GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

TOMO LXVI - BOGOTA, COLOMBIA, - MAYO Y JUNIO DE 1949 - NUMEROS 2073 - 2074

SALA PLENA

EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 5º Y 7º DE LA LEY 160 DE 1936

La publicidad ordenada en las disposiciones acusadas, que se surte por carteles y bandos, asegura al propietario y lo alerta a la defensa de su patrimonio; y la potestad de oponerse aún en vía breve y sumaria, así como la de seguir juicio ordinario, aunque aquél se haya surtido, es para él completa garantía; y el señalamiento de términos para el ejercicio de estas acciones no puede considerarse como amenaza o sacrificio de su derecho, al paso que al proceder el legislador a señalarlo en tal o cual cifra no hace sino ejercer la potestad que la Carta le confiere al efecto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, junio tres de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El abogado José Hugo Soler demanda la declaración de inexequibilidad de los artículos 26 y 28 de la Ley 37 de 1931, 72 del decreto número 1270 de ese año, y 5º y 7º de la Ley 160 de 1936.

Ante todo es preciso traer a cuento la esfera de acción de la Corte en relación con las varias disposiciones atacadas, a fin de que se limite a lo que puede y debe ser materia de su estudio y decisión.

Ese decreto es reglamentario de la ley 37 del mismo año de 1931, lo que indica que no es de la competencia de esta Corporación lo atañedero a su constitucionalidad y legalidad, según los artículos 214 y 215 de la Carta.

El artículo 5º de la Ley 160 comienza diciendo: "El artículo 26 de la Ley 37 de 1931 quedará así: ...." y en seguida establece lo que en esta forma lo reemplaza.

Otro tanto sucede con el artículo 7º de esa Ley 160 respecto del artículo 28 de la 37.

Esto significa que tales artículos 26 y 28 de la Ley 37 de 1931 quedaron derogados al ser reemplazados respectivamente por dichos artículos 5º y 7º de la 160, y que ya no rigen, esto es, que no pueden ser tema valedero de una acusación.

Así las cosas, debiendo la Corte inhibirse de conocer de dichos artículos de la Ley 37 y no siendo de su resorte el artículo 72 del decreto de ese año, su estudio debe concretarse a los artículos 5º y 7º de la Ley 160 de 1936.

Establecen que cuando se formule una propuesta de contrato para la exploración y explotación de los hidrocarburos de un terreno dado de los de la clase contemplada allí, se anunciará la propuesta por carteles, bandos, etc., para el conocimiento del público; y en seguida proveen como pasa a verse transcribiéndolos, con advertencia de que es en esta parte que se va a transcribir en donde se halla, al decir del acusador, la inconstitucionalidad.

Dice el artículo 5º en esa parte: "Mientras no hayan transcurrido sesenta (60) días hábiles, a partir del cumplimiento de las formalidades dichas, toda persona puede oponerse al contrato propuesto, formulando su oposición por escrito ante

el Ministerio respectivo o ante la Gobernación, Intendencia o Comisaría donde esté ubicado el terreno, y acompañando las pruebas en que funde tal oposición.

"Vencido el término señalado en el inciso anterior sin que se hayan presentado la oposición y pruebas dichas, se adelantará la tramitación de la propuesta.

"Si dentro del término señalado en el inciso segundo de este artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola de las pruebas de que trata el mismo inciso, se suspenderá la tramitación de la propuesta, y se enviará con los documentos que la acompañan, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo), a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario (artículos 1203 y siguientes del Código Judicial), en una sola instancia, y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o no fundada la oposición. En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes el opositor, la Nación y el proponente del contrato.

"Si el fallo fuere favorable al proponente, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo, quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial. El mismo derecho le quedará al presunto dueño del terreno que no hiciere la oposición dentro de los términos señalados en este artículo, pero en uno y otro caso el opositor o el presunto dueño no podrán intentar demanda ordinaria después de dos años, contados desde la fecha del fallo para el primero, y para el segundo, desde el día en que venció el plazo que señala este artículo para presentar oposición. Si el fallo en el juicio breve y sumario fuere adverso a la Nación, no se continuará la tramitación del contrato propuesto, pero el Gobierno no podrá ejercitar las acciones que a favor de la Nación consagra el derecho común, después de dos años contados también desde la fecha del fallo de que se viene hablando".

Dice el artículo 7º, en la parte acusada: "Cuando el Ministerio del ramo, en vista de los documentos que se hayan acompañado al aviso o por las demás informaciones que obtenga, estime que es de la Nación el petróleo de que se trata, enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario, en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o no fundada la pretensión del interesado particular. Mientras tanto no se podrá emprender o adelantar la exploración o la explotación proyectada. En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes la Nación y dicho interesado particular. Si el fallo fuere favorable a la Nación, el dicho interesado particular no podrá emprender la exploración o la explotación proyectadas, ni adelantarlas si las hubiere iniciado ya, pero tendrá expeditas las acciones de derecho común que sean del caso, las que sólo podrá intentar dentro del plazo de dos años a partir de la fecha de la sentencia. Si el fallo en el juicio sumario de que se trata fuere adverso a la Nación, y el Gobierno insistiera en estimar que el petróleo en referencia es de ella, procederá a dar autorizaciones e instrucciones al respectivo Agente del Ministerio Público, o a constituir apoderados que intenten las acciones que sean procedentes, las que no podrán iniciarse después de transcurridos dos años de la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario".

El demandante conceptúa que al dar a la sentencia dictada en juicio breve y sumario el alcance de reducir a dos años el plazo para demandar; al tratar como poseedor al proponente que allí ha obtenido sentencia favorable, y al colocar al dueño del terreno cuando no se ha opuesto en oportunidad en posición que no corresponde sino a quien ha sido parte o ha intervenido en las gestiones preliminares, se quebrantan los preceptos de la Constitución que respaldan los derechos adquiridos, prohiben la confiscación y vedan el efecto retroactivo de las leyes. A este fin cita los artículos 26, 31 y 34 de la Carta de 1886, el artículo 5º del Acto Legislativo No. 3 de 1910 y el artículo 20 de la reforma constitucional de 1945.

El Procurador General de la Nación sostiene que las disposiciones acusadas son constitucionales, pues no arrebatan a los particulares ningún derecho y, de otro lado, procuran una mejor situación para la explotación del petróleo y evitan graves perjuicios a la economía nacional. Advierte que lo que es materia de las leyes acusadas no es el terreno mismo, cuyo dominio cree amenazado el demandante, sino el petróleo del subsuelo, consideración que destruye o deja sin base los temores de aquél, a tiempo que justifica la brevedad de los términos y agrega: "....En realidad, el propietario del subsuelo que puede resultar perjudicado por no ejercer su acción en tiempo, jamás ha ejercido verdaderos actos de posesión en tal subsuelo. Es más, seguramente ha ignorado que es titular de una riqueza petrolífera. Y es muy difícil

alegar que se ha poseído una cosa cuya existencia se ignoraba. Además, no debe olvidarse que la oposición a las propuestas de contrato es apenas uno de los medios que el legislador otorga para hacer valer el derecho de propiedad privada del petróleo. Antes de la propuesta el propietario ha podido, y en cierto modo ha debido, dar aviso al Gobierno de que va a proceder a la explotación de su riqueza. Las leyes acusadas determinan la forma en que puede él obtener con facilidad, dando ese aviso, el reconocimiento de su derecho. De modo que los dos años que tanto mortifican al demandante afectan solamente a los propietarios que no han querido anticiparse a ejercer el derecho de explotación de su riqueza, a cumplir con el deber de explotar las riquezas, si es que se tiene respecto de la propiedad el concepto social que rige hoy en el mundo y que está muy claramente consagrado en nuestra Carta fundamental".

Se considera:

La distinción entre suelo y subsuelo y el reconocimiento de que no es a aquél sino a los hidrocarburos que pueda haber en éste a lo que se refieren las disposiciones acusadas, simplifica sobremanera el problema, suponiendo que lo haya efectivamente a pesar de las siguientes reflexiones obvias.

La ley acusada comienza por ordenar una publicidad de cuya eficacia no puede dudarse si se piensa en ciudadanos normales, en varones constantes que, como tales, atiendan a su patrimonio con la debida acucia. Esa publicidad y prudencia los libran de asaltos. El procedimiento es análogo, como no podía menos de serlo, al que la ley minera tiene establecido de largo tiempo atrás en el aviso y denuncia de minas y al que las pertinentes reglamentaciones fiscales señalan para la adjudicación de baldíos, en nada de lo cual ha ocurrido ni se podría formular la queja de que el derecho del verdadero dueño queda sacrificado porque se sustancien pretensiones de terceros.

De ahí que nada se vea inconstitucional en el simple hecho de que, una vez llenadas las formalidades conducentes a la referida publicidad, empiece a contarse un término dentro del cual quien se crea dueño puede oponerse a la propuesta que otro haya presentado para explorar y explotar el petróleo que haya o pueda haber en la respectiva finca, no por cierto en lo que efectivamente la constituye o ha de tenerse por tal, sino en sus entrañas, como ya se puso de presente.

Ese término, que precisamente ha de ser corto, si es que ha de aprovecharse en bien de la economía general la riqueza del subsuelo, en vez de procastinarse a favor de lentas tramitaciones este beneficio, señala el punto de partida para la oposición a que la ley atiende por parte del dueño, al que inviste de la potestad o se la reconoce de incoar y concluir su oposición en juicio breve y sumario, como lo otorga también la de entablar un subsiguiente juicio ordinario si en aquél fuere vencido.

Del propio modo, cuando no ha hecho uso de esa facultad de gestionar su oposición en juicio breve y sumario, tiene por virtud de las disposiciones acusadas el derecho de incoar el juicio ordinario directamente.

Bien se ve que en nada de esto puede hallarse el sacrificio de derechos adquiridos.

Para ese juicio ordinario señalan aquéllas un plazo de dos años contados desde la fecha del fallo del juicio breve, o si no la ha habido, desde el vencimiento de los sesenta días transcurridos a partir de cuando han quedado llenadas las exigencias sobre la aludida publicidad.

Al demandante le parece demasiado corto este plazo. No así al legislador, a quien no puede negarse su facultad constitucional de fijar el que estime conveniente o prudente. Nuestras leyes señalan con suma diversidad los términos de prescripción, ya adquisitiva, ya extintiva, yendo de la extraordinaria que era de 30 años y se ha reducido a 20, a la ordinaria de 10, a la quinquenial de la Ley 200 de 1936, al cuadrienio que el Código establece para varias acciones como la rescisoria o la de reforma del testamento, a las de tres y de dos años de que el Código Civil habla llamándolas de corto tiempo, y llegando a las de un año, como las posesorias y aún de un semestre como la que para el caso de despojo fija el artículo 984 de esa obra. Por vía de ilustración podrían citarse los términos procedimentales de días y aún de horas.

En suma: la aludida publicidad, que se surte por carteles y bandos, asegura al propietario y lo alerta a la defensa de su patrimonio; y la potestad de oponerse aun en vía breve y sumaria, así como la de seguir juicio ordinario aunque aquél se haya surtido, es para él completa garantía; y el señalamiento de términos para el ejercicio de estas acciones no puede considerarse como amenaza o sacrificio de su derecho, al paso que al proceder el legislador a señalarlo en tal o cual cifra no hace sino ejercer la potestad que la Carta le confiere al efecto.

Una ley normativa como lo es la 153 de 1887, atiende al tránsito de un término de prescripción

a otro distinto de la misma, tal como reza su artículo 41, lo que claramente indica cómo da por sentado que al legislador le es potestativo alterar esos lapsos de tiempo, o mejor dicho, que le reconoce esa potestad. A favor de quien está prescribiendo existe en calidad de prescribiente este derecho adquirido, el que en sí no puede consistir en que tenga a su disposición un plazo dado que el legislador no pueda alterar. Más todavía: quien no ha entrado aún a prescribir y a quien, por tanto, no ha comenzado un término de prescripción, no se comprende cómo pudiera invocar como derecho adquirido la circunstancia de que para una prescripción posible y futura se señale determinado lapso de tiempo por la ley en forma tal que, en fuerza de esa posibilidad por venir, no fuera posible alterar ese lapso extendiéndolo o reduciéndolo.

Bien que para la decisión sobre inexequibilidad bastan las precedentes reflexiones, no sobra recordar que, según el artículo 28 de la citada Ley 153, "Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

La propiedad es una función social y, por ende, algo que, a más de constituir un derecho, impone obligaciones. El bien público, la riqueza del país, el aprovechamiento de sus bienes no pueden someterse a la ignorancia, la indigencia, la negligencia, la obsecación y otras dificultades personales de los individuos. Al propietario brinda la ley facilidades para explorar y explotar los hidrocarburos que guarden sus tierras. Estas reflexiones concurren a hacer ver que las disposiciones legales acusadas no adolecen de inconstitucionalidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución y oído el señor Procurador General de la Nación, declara exequibles los artículos 5º y 7º de la Ley 160 de 1936, no halla lugar a conocer de los artículos 26 y 28 de la Ley 37 de 1931, porque están reemplazados por aquéllos, y se inhibe de conocer del artículo 72 del Decreto No. 1270 de 1937, por ser este decreto reglamentario (art. 215 de la C. N.).

Notifíquese, comuníquese al Ministerio de Minas y Petróleos.

Pedro Castillo Pineda. — Belisario Agudelo. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Luis Rafael Robles. — Domingo Sarasty M. — Hernán Salamanca. Arturo Silva Rebolledo. — Manuel José Vargas. — Angel Martín Vásquez. — Enrique A. Becerra, Conjuez. — **Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

EXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE SEÑALA LA FECHA PARA LAS PROXIMAS ELECCIONES" (1949)

1.—Como cuestión previa esencial de planteamiento y estudio estima la Corte que el diferendo entre la Presidencia de la República y el Congreso Nacional sobre el punto preciso ya conocido, por las razones en que se sustenta y se han expuesto de parte y parte, no corresponde exactamente, desde el punto de vista de su significación y trascendencia, a una cuestión de mero procedimiento por pretermisión de una ritualidad en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, sino más propiamente una cuestión sustancial o de fondo, pues en el diálogo contradictorio de los poderes, a la afirmación presidencial de que el proyecto vetado no fue sometido al trámite de adopción a que se refiere el numeral 2º del artículo 80 de la Constitución Nacional, debiendo haberlo sido, no se opone la parlamentaria de que sí lo fuera, sino la de que, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del acto legislativo, que en manera alguna puede considerarse como reformatorio de un código, como largamente se debatió en las dos Cámaras, no tenía por qué someterse a trámites distintos de los que corresponden constitucionalmente a la elaboración de las leyes ordinarias o comunes.

2.—No habiendo imperativa definición legal que fuerce el criterio jurídico para distinguir las leyes-códigos, y no habiendo merecido del legislador esa clasificación jerárquica para las leyes electorales que expresamente clasificó dentro de las leyes generales, no encuentra la Corte razón valedera para no inclinarse en favor de la tesis del Congreso, que es la fuente soberana de donde emanan todas las leyes, las comunes y las que él quiera clasificar como códigos para limitarse a sí mismo en relación con éstos el mecanismo de la expedición con la imposición de trámites extraordinarios, no esenciales, sino simplemente destinados a crear una pausa de reflexión en la labor legislativa para estabilizar relativamente las leyes que por haber llegado a ser cuerpos orgánicos y completos sobre una materia han merecido la clasificación jurídica de códigos.

En esta situación de desacuerdo en que han proliferado las opiniones y conceptos más contradictorios y no exclusivamente jurídicos en que se ha desarrollado el conflicto de autoridad que hoy dirime la Corte, el juego normal y democrático de las instituciones nacionales aconseja dar la prevalencia al Congreso que tiene la atribución radical de hacer las leyes, que a todos nos obligan y que en función de constituyente de acuerdo con el artículo 218 de la Carta tiene poder para decidir sobre la organización política del Estado y determinar la órbita funcional de los poderes públicos. Difícil sería no hallar en la solución contraria una interferencia arbitrariamente paralizante de la función legislativa.

3.—Decidida en la forma negativa en que ha quedado la cuestión sustancial que ineludiblemente consideró la Corte que debía plantearse y resolverse en primer término, de si en la legislación colombiana existe un Código Electoral, sólo resta, para examinar la totalidad del problema suscitado por el ejercicio del derecho del veto del señor Presidente de la República al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", estudiar "la objeción de inconstitucionalidad en su tramitación", como está escrito en el mensaje, punto reducido, por lo visto, a condición meramente accesoria en la motivación de este fallo.

Para fundar la discordancia de la Corte Suprema con la tesis de la Presidencia de la República por el solo aspecto procedimental usado por el Congreso —inadecuadamente planteado así puesto que tal cosa es mera consecuencia o resultado de la ineludible condición de fondo que quedó estudiada— basta recordar que esta superioridad, en jurisprudencia reiterada y explicada a lo largo de más de treinta años, y no rectificada como equivocadamente lo afirma la Procuraduría, se ha negado a ejercer el control constitucio-

nal de las leyes en razón de los trámites o procedimientos establecidos para el proceso de su expedición.

Nunca se ha considerado autorizada para enjuiciar una ley con el objeto de resolver si en los actos preparatorios de su expedición se infringieran o no las reglas formales de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Belisario Agudelo).

En virtud de haber el Congreso Nacional declacionalidad le formuló el Excmo. señor Presidente cionalidad le formulo el Excmo, señor Presidente de la República al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" y haber insistido las Cámaras, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la atribución que le confiere el artículo 90 de la Carta, decidir definitivamente sobre su exequibilidad poniendo término al conflicto surgido entre el Congreso y el Ejecutivo a fin de que si el fallo es afirmativo el Presidente sancione la ley, o se archive el proyecto si fuere negativo".

El proyecto de ley objetado dice textualmente:

El Congreso de Colombia,

Decreta:

"Artículo 1º—Las elecciones de Presidente de la República para el próximo período constitucional, se verificarán el último domingo de noviembre de este año.

Artículo 2º—El artículo 43 de la Ley 89 de 1948 quedará así:

"Artículo 43.—En cada mesa de votación se colocará un recipiente con tinta indeleble o cualquiera otra solución química de este carácter, que distribuirá el Registrador Nacional, por conducto de los Delegados Departamentales del Estado Civil, a fin de que en el momento de la votación cada ciudadano empape en dicha tinta o solución el dedo índice de la mano derecha hasta la primera coyuntura, por lo menos. El Alcalde de cada municipio, o el Corregidor en su caso, vigilará que se cumpla esta disposición por los encargos de la función de recibir los votos en las mesas, a quienes se impondrá una multa de veinte a doscientos pesos, por falta de cumplimiento de este requisito en el acto de las votaciones.

"En los términos de esta ley, que regirá desde su sanción, queda modificado el inciso 3º del artículo 43 y derogados los incisos 1º y 2º de este artículo, y los artículos 44 y 45, todos de la Ley 89 de 1948.

"Dada en Bogotá, a veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

El veto por inconstitucionalidad impuesto por el Excmo. señor Presidente de la República se hace consistir en que el proyecto de ley en referencia viola el artículo 76 numeral 2º y el artículo 80 también en su numeral 2º de la Constitución Nacional que, en su orden, son del tenor siguiente:

"Artículo 76.—Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

.....

2º—Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

"Artículo 80.—Exceptúandose de lo dispuesto en el artículo anterior:

.....

"2º—Las leyes a que se refieren los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 76, que no podrán ser dictadas o reformadas sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas comisiones permanentes de una u otra Cámara, o presentados por los Ministros del Despacho".

Considera el Jefe del Estado que no hay duda alguna de que la Ley 85 de 1916, con sus reformas, es nuestro Código de Elecciones, no solo por la materia que lo compone sino por sus antecedentes legislativos, y que la Ley 89 de 1948 que lo modificó, constituye parte integrante de ese Código y como tal debe tenérsele y se le tuvo según la tramitación que sufrió en las Cámaras para su expedición. Por consiguiente, cualquiera reforma que a ella como a la Ley 85 de 1916 se le pretenda hacer como ocurre con el proyecto en estudio, tendrá que someterse a la tramitación que para expedir códigos y reformas a sus disposiciones en todos los ramos de la legislación señalan expresamente los artículos constitucionales que se citan como violados y que establecen excepciones a la regla general consagrada en el artículo 79 de que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho, debiendo ser consideradas y aprobadas en tercer debate en la correspondiente comisión permanente, agregando para las leyes a que se refieren los numerales 2º, 3º, 4º y 5º la ne-

cesidad de ser adoptados los proyectos correspondientes por las respectivas comisiones permanentes de una u otra Cámara cuando no sean presentados por los Ministros del Despacho. Después de recordar el mensaje presidencial de objeciones algunos antecedentes legislativos sobre el trámite de la adopción, que considera esencial para la validez de los actos, y luégo de aludir al empleo que se ha hecho de la palabra código como calificación de algunas leyes, como la Ley 31 de 1929 que usó tal término en su preámbulo y la Ley 60 de 1930 que suspendió la vigencia de algunas disposiciones del precitado estatuto, dice, copiando su propio mensaje dirigido a la Cámara de Representantes cuando se debatía el proyecto:

"En consecuencia, en Colombia, rige un Código Electoral no solo en el sentido expreso que a la palabra le da el diccionario de la lengua al definirlo como "cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático" sino porque la Rama Legislativa y el Poder Público así lo denominó y por lo mismo hay que aceptar con denominación, en presencia del artículo 28 del Código Civil, cuyo texto dispone que "las palabras de la ley se entenderán en un sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en ésta su significado legal".

"Se reúnen en el presente caso las dos condiciones: el sentido natural y obvio de la palabra Código y la definición explícita del legislador".

"No obstante la fuerza de los hechos y razones enumerados, vuestra Comisión primera dio curso al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", prescindiendo del requisito constitucional de la adopción, lo que varía una práctica y una interpretación legislativas que hasta ahora se han mantenido inalterables, y contribuye a crear un ambiente de desasosiego público cuyas consecuencias el Gobierno considera de su deber, por vía de previsión, poner de presente ante la Honorable Cámara".

.....

"El artículo 80 de la Constitución Nacional preceptúa que las leyes a que hacen referencia los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 76 de la misma, no se podrán dictar ni reformar sino mediante proyectos adoptados por las comisiones permanentes de una y otra Cámara, o presentados por los Ministros del Despacho. Así se quiere evitar la desarticulación de los códigos y que sus normas no sufran el cambiante vaivén de las actividades legislativas, y de ahí que se hayan fijado condiciones especiales para su reforma".

"Entre las atribuciones del Congreso, el constituyente de 1945 le señaló la de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones" y sujetó el ejercicio de tal atribución a las normas que contiene el artículo 80 de la Carta. Es así como el procedimiento de la adopción es regla indispensable y de carácter esencial para la validez de la ley reformatoria de códigos.

"Reafirmando mi convicción sobre este respecto con lo anteriormente expuesto, considero que el proyecto de ley que ha venido para la sanción ejecutiva ha debido ser adoptado previamente como lo dispone el artículo 80 de nuestra ley suprema".

"Por las razones expuestas, devuelvo sin la sanción ejecutiva el proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", al cual formulo las siguientes objeciones:

a) Objeción de inconstitucionalidad en su tramitación, por violación de los artículos 76 y 80 de la Carta".

Otras consideraciones y aspectos contiene el Mensaje Presidencial, unos políticos y otros sobre inconveniencia de la iniciativa del Congreso, que están fuera del temario de esta decisión.

Dentro del perentorio término constitucional y después de conocer el concepto del señor Procurador General de la Nación, interesante estudio que la Sala Plena ha considerado atentamente y en que refuerza las tesis centrales en que se fundamenta esta sentencia, la Corte procede a dirimir el conflicto de autoridad, como suprema reguladora del orden jurídico dentro de las instituciones nacionales, al margen de toda consideración circunstancial y con ceñido acato a las normas fundamentales democráticas de nuestra Constitución política.

Desde luego, como lo dice el señor Presidente, la Corte en su misión "de guarda de la integridad de la Constitución", para resolver un conflicto semejante no podrá tener finalidad distinta a la de resolver sobre cuál de las dos ramas del Poder Público tenía razón en sus afirmaciones discordantes", o como lo ha expresado esta Sala, "la cuestión sometida a la decisión de la Corte, como es obvio, se reduce al punto concreto en que reside la disparidad de criterio entre las dos ramas del Poder Público que ha dado lugar al conflicto institucional", y lo decida expresando su conformidad o coincidencia con una de las dos tesis constitucionales contrapuestas.

Como cuestión previa esencial de planteamiento y estudio estima la Corte que el diferendo entre la Presidencia de la República y el Congreso Nacional sobre el punto preciso ya conocido, por las razones en que se sustenta y se han expresado de parte y parte, no corresponde exactamente, desde el punto de vista de su significación y trascendencia, a una cuestión de mero procedimiento por pretermisión de una ritualidad en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, sino más propiamente a una cuestión sustancial o de fondo, pues en el diálogo contradictorio de los poderes, a la afirmación presidencial de que el proyecto vetado no fue sometido al trámite de adopción a que se refiere el numeral 2 del artículo 80 de la Constitución Nacional, debiendo haberlo sido, no se opone la parlamentaria de que sí lo fuera, sino la de que, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del acto legislativo, que en manera alguna puede considerarse como reformatorio de un código, como largamente se debatió en las dos Cámaras, no tenía por qué someterse a trámites distintos de los que corresponden constitucionalmente a la elaboración de las leyes ordinarias o comunes.

El mensaje de objeciones al proyecto en consideración dice que "de su análisis y de los antecedentes de su expedición se desprende con toda claridad que hubo olvidos de preceptos fundamentales requeridos para que pudiera considerarse como acto jurídico de plena madurez", cuando es claro que no se trata de pretermisión involuntaria, sino de escogencia de procedimiento en razón de consideraciones sustantivas, como es la calificación de una calidad jurídica a la que se vincula indisolublemente el trámite de la adopción, según que se trate de un código o de su reforma, o simplemente de una ley común. Las dos tesis constitucionales enfrentadas se expresan con más propiedad diciendo con el señor Presidente de la República: el proyecto objetado hay que considerarlo como código porque es reformatorio del Código de Elecciones; o con el Congreso: no se trata de reformar un Código Electoral, que no existe en la legislación nacional, sino simplemente de ejercer la función constitucional de hacer las leyes y por medio de ellas reformar las preexistentes. En esta clasificación jurídica se envuelve una cuestión sustancial, y los trámites por donde debió impulsarse el proyecto no son más que su consecuencia. El mensaje dice que la objeción de inconstitucionalidad versa sobre la tramitación, pero es claro que la calificación de este punto de estudio es de la exclusiva y libre competencia de la Corte en su función de guardar la Constitución Nacional, como muchas veces lo ha dicho.

De donde resulta que lo que procede es dilucidar primero si se trata, jurídicamente hablando, de reformar un código. Buscando el fundamento racional para una definición de esta palabra, sobre cuyo manso sentido normativo se ha librado ahora tan encendida controversia, más política que jurídica, no se encuentran sino dos: el que diera la ley con obligatoriedad general al tenor del artículo 28 del C. C., y a falta de éste, una de índole técnica, decisiva a los ojos de los juristas, sacada de la doctrina y de las enseñanzas de los maestros del derecho. La noción de código, para un tribunal de justicia, resulta artificiosa y arbitraria si se la reduce a la simple semántica general o al uso indiscriminado e intrascendente del vocablo en la legislación nacional, antes de que fuera preciso asignarle un sentido técnico jurídico por su ingreso a la terminología de la Constitución de 1945 para efectos importantes en el proceso de la expedición de las leyes.

Como puede verse en el extenso y minucioso estudio histórico-jurídico sobre codificación en el país, que forma la motivación razonada de la proposición senatorial en que se declararon infundadas las objeciones de la Presidencia de la República, la palabra código venía empleándose en la legislación colombiana tradicional y consuetudinariamente ,sin criterio técnico ni clasificación ni definición legales, más bien en razón de su importancia, como "conjunto de reglas o preceptos sobre cualquier materia", que es el corriente significado que da a esa palabra el Diccionario de la Real Academia Española.

Sólo de 1945 en adelante se ha planteado la necesidad de saber ciertamente qué acepción, naturalmente dentro de la técnica legislativa, corresponde a la palabra referida, porque sólo desde entonces ha sido preciso distinguir, en el lenguaje de los legisladores, código y ley común, a pesar de su identidad intrínseca, por la diferencia de trámites que la Comisión constitucional de ese año, trunca porque no prosperó la iniciativa gubernamental sobre leyes orgánicas o privilegiadas, introdujo en el procedimiento parlamentario para la expedición de las leyes. No existe ninguna definición legal que sirva, por la mención de sus características y atributos esenciales, para diferenciarla específicamente dentro del género ley.

Ambas nacen en una misma fuente y se identifican en la operancia y eficacia de su imperio, y las dos son igualmente declaración de la voluntad so-

berana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional.

Pero si ni el legislador ni el constituyente han definido expresamente qué es código para los efectos procedimentales de su expedición por el Congreso, caso en que habrá que dársele el significado legal, se encuentra en cambio una clasificación de las leyes en códigos y en leyes generales agrupadas en razón de la materia de legislación, que constituye el único antecedente que da piso firme para moverse en este terreno de técnica legislativa. Es la Ley 4ª de 1913. sobre régimen político, que en su parte atinente se copia en seguida:

"Capítulo IV — Clasificación de las leyes y reglas generales relativas a ellas.

"Artículo 35.—El ramo civil comprende las leyes relativas al estado civil de las personas y derechos y obligaciones concernientes a él: adquisición, uso y goce de los bienes de propiedad pública o particular; sucesiones y donaciones; contratos y cuasicontratos; disposiciones especiales sobre comercio y minas.

"Artículo 36.—El ramo penal comprende las leyes relativas a los delitos y penas; personas punibles y personas excusables; prescripción y ejecución de penas, y organización de los establecimientos de castigo; indultos y amnistías.

"Artículo 37.—El ramo judicial comprende las leyes relativas a la organización de los Tribunales y Juzgados; división judicial; enjuiciamiento criminal; finalmente la intervención del Ministerio Público en la administración de justicia.

"Artículo 38.—El ramo militar comprende las leyes relativas a la organización, servicio y disciplina militar; penas y recompensas exclusivamente militares, y procedimientos para aplicarlas y concederlas.

"Artículo 39.—El ramo fiscal comprende las leyes relativas a la organización, recaudación e inversión de los impuestos nacionales, manejo, administración de los bienes del Estado.

"Artículo 40.—El ramo administrativo comprende los demás asuntos que sean materia de legislación, los cuales son: el régimen político y municipal, división política, elecciones populares, policía, instrucción pública, caminos, correos, telégrafos, agricultura, estadística, civilización de indígenas, beneficencia, y otros de semejante naturaleza.

"Artículo 41.—Desde el punto de vista de la codificación actual, se dividen las leyes en tres grupos: códigos nacionales, leyes de carácter general y leyes de carácter especial.

"Al primer grupo corresponden los siguientes códigos: el Civil, el de Comercio Terrestre, el de Comercio Marítimo, el de Minas, el Fiscal, el Penal, el Militar y el Judicial.

"Artículo 42.—Los proyectos de ley presentados por los Ministros del Despacho o por los miembros de las Cámaras que tiendan a reformar o adicionar los códigos y leyes generales, se amoldarán a la clasificación legal....".

No habiendo imperativa definición legal que force el criterio jurídico para distinguir las leyes-códigos, y no habiendo merecido del legislador esa clasificación jerárquica para las leyes electorales que expresamente clasificó dentro de las leyes generales, no encuentra la Corte razón valedera para no inclinarse en favor de la tesis del Congreso, que es la fuente soberana de donde emanan todas las leyes, las comunes y las que él quiera clasificar como códigos para limitarse a sí mismo en relación con éstos el mecanismo de la expedición con la imposición de trámites extraordinarios, no esenciales, sino simplemente destinados a crear una pausa de reflexión en la labor legislativa para estabilizar relativamente las leyes que por haber llegado a ser cuerpos orgánicos y completos sobre una materia han merecido la clasificación jurídica de códigos.

En esta situación de desacuerdo en que han proliferado las opiniones y conceptos más contradictorios y no exclusivamente jurídicos en que se ha desarrollado el conflicto de autoridad que hoy dirime la Corte, el juego normal y democrático de las instituciones nacionales aconseja dar la prevalencia al Congreso que tiene la atribución radical de hacer las leyes, que a todos nos obligan y que en función de constituyente de acuerdo con el artículo 218 de la Carta tiene poder para decidir sobre la organización política del Estado y determinar la órbita funcional de los poderes públicos. Difícil sería no hallar en la solución contraria una interferencia arbitrariamente paralizante de la función legislativa.

Tampoco halla la Corte razones para desautorizar la tesis constitucional del Congreso a la luz de los principios que ofrece la técnica jurídica para precisar el sentido y alcance de la palabra código, que es la base del conflicto y la clave de su decisión. Las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de la misma, cuando no han sido definidas legalmente, pero las palabras técnicas de cada ciencia o

arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte (artículos 28 y 29 del C. C.), y el vocablo código pertenece a la tecnicología del derecho, cuyos principios y enseñanzas hay que consultar para saber qué se debe entender jurídicamente significado por tal término, ya que en materia jurídica las cosas son como son, y no lo que las simples denominaciones inconsideradas sugieren.

Enseñan ilustres maestros de la ciencia jurídica (Geny, Saleilles, Consentini, Planiol), que el sentido y significado de código debe responder más que a una simple y escueta elaboración legislativa, a un proceso de estabilización de la ley por su desarrollo y perfeccionamiento, a un estado de concordancia entre el estatuto jurídico y el organismo social, entre el derecho y la vida.

Por código no puede entenderse sino una organización jurídica completa, con lógica y simetría entre sus partes que forman un sistema armónico sólidamente estructurado. "La palabra —dice Buotmy refiriéndose a código— es de gran resonancia: Implica, en efecto, una especie de licenciamiento absoluto de la historia y de los historiadores.

"La codificación es un acto decisivo del legislador, que desgaja, digámoslo así, al derecho de sus orígenes, lo fundamenta por entero en la razón, la justicia, el interés público, el acuerdo y mutua dependencia entre los diferentes artículos, dispensa de buscar precedentes o justificación fuera de un documento auténtico anterior al día de la promulgación. A quien quisiera ir más lejos, la ley misma parece contestar: para qué, hemos liquidado el pasado y comenzado una nueva éra.... La codificación es la filosofía de lo volición creadora y del plan reflexivo, en reemplazo de la filosófía de la evolución por modificaciones parciales y sucesivas. Es la obra artística firmada y fechada que, por la perfecta trabazón de sus elementos llama la atención y el interés que poco antes se concedía a las lentas y oscuras elaboraciones que se forja todo ser real y viviente".

Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga dicen al respecto: "Codificar es reducir a unidad orgánica y sistemática todas las normas que se refieren a una misma materia. La codificación entraña la confección de un código, esto es, la agrupación sistemática, orgánica y completa de las leyes de una misma especie. El código es un cuerpo sistemático porque todas las disposiciones que lo componen se hallan ordenadamente relacionadas entre sí. Es orgánico porque las leyes que lo integran forman un todo, con el cual las partes se hallan dispuestas guardando consonancia y armonía, tal como en un organismo. Y, por último, el código es un cuerpo completo, porque contiene todas las normas de una misma especie, vigentes en un determinado momento histórico.... El concepto de código difiere del de recopilación.

"Esta es una reunión, efectuada por orden cronológico o de materias, de varias leyes dictadas en varias ocasiones, cada una de las cuales conserva su individualidad no obstante su inclusión en el libro o conjunto de libros, realizada para facilitar su manejo. Mientras aquél es una ley única de vastos contornos, donde se agrupan en sistema un conjunto de normas jurídicas relativas a determinadas materias. Si el código se forma de diversas leyes (como ocurrió en el código civil francés), o si sufre innovaciones por leyes nuevas, las diversas leyes integrantes del código, o reformadoras del mismo, pierden su carácter individual y se convierten en artículo o párrafos".

En la Enciclopedia Espasa, en la parte correspondiente a la acepción forense de la palabra código se lee:

"CODIGO.—Der. "En sentido vulgar e histórico, se tiene por código la compilación de preceptos legales; pero en su sentido propio y actual se denomina CODIGO a la ley única que regula todo el derecho positivo de un pueblo en alguna de sus ramas, con unidad de materia, plan, época y, por lo general de autor". "Históricamente se ha venido dando y se da todavía, el nombre de código a diversos cuerpos legales que no son tal, en el sentido científico de la palabra".

Nuestras leyes en materia electoral, muy numerosas y muchas de carácter transitorio y circunstancial, enredada madeja de disposiciones sin correspondencia armónica, apenas han dado materia para una compilación. Los abogados Carlos Holguín y Antonio Vicente Arenas, Visitadores Nacionales de la Registraduría Nacional del Estado Civil, dicen en el preámbulo explicativo del folleto que publicaron por orden de aquella oficina y con el fin de facilitar la consulta y manejo de numerosos preceptos dispersos en muchas leyes y en muchos años:

(Compilación Electoral, Bogotá. Imprenta Nacional. 1949):

"La Ley 89 de 1948 cambió fundamentalmente nuestra organización electoral, pero dejó vigentes numerosas disposiciones sustantivas y de procedimiento que se hace necesario recoger en forma ordenada, a fin de facilitar su consulta y aplicación. A la codificación por materias hemos preferido la

compilación, por riguroso orden cronológico, de las disposiciones constitucionales y legales que, en nuestro sentir, se hallan vigentes".

El doctor Carlos Lozano y Lozano, ilustre profesor de Derecho, Presidente de la Corte Electoral, conceptuó públicamente sobre el particular de que se trata, así:

"La diferencia entre las leyes comunes y los códigos estriba primero: en que estos últimos constituyen un cuerpo orgánico de normas que rigen todo un aspecto de las relaciones sociales, y segundo: que esas normas tienen un carácter de estabilidad y de permanencia.

"Para desentrañar el sentido de una disposición legal no basta considerar su contenido literal ni siquiera lo que ha sido llamado la historia fidedigna de su origen, o sea el curso de su elaboración legislativa. Hay que contemplar el objeto social de esa disposición, los fines que se tuvieron en mente al expedirla. Por qué quiso el constituyente colombiano que los códigos se reformaran por procedimientos más severos y dilatados que las otras leyes? Porque una vez que un cuerpo de leyes ha llegado a su elaboración definitiva, a su madurez conceptual, a un sistema armónico y orgánico, no conviene cambiarlo a la ligera, ni perturbar las relaciones de todo orden que se han formado a su amparo. El régimen de la familia o de las obligaciones, por ejemplo, no deben estar a merced de las oscilaciones o veleidades de criterios efímeros. Ese fue el objeto social de las trabas puestas a la reforma de los códigos.

"Ahora bien: la Ley 89 de 1948 no consiste sino en el establecimiento de una jerarquía de funcionarios encargados de contar los votos y hacer los escrutinios y de una serie de disposiciones transitorias, tan transitorias que no van a operar sino por una sola vez. Todo lo relativo a los aspectos sustantivos del derecho de sufragio, al sistema de voto, a la manera de consignarlo libremente, a los escrutinios en sí mismos, a las nulidades que puedan afectar las votaciones y los escrutinios, a las autoridades ante quienes puede reclamarse por esas irregularidades y al procedimiento con que deben tramitarse los juicios, quedó por fuera de la ley.

"Por ninguna parte puede verse en ella un cuerpo orgánico o sistemático de normas encaminadas a reglamentar una rama del derecho. Tan cierto es esto que están vigentes 21 leyes diversas acerca de las elecciones, todas las cuales obedecen a necesidades y criterios diferentes. No se inspiran en ningún plan de conjunto ,frecuentemente son contradictorias y están despojadas de cualquier lazo lógico que las convierta en un sistema. Es el caso de preguntar entonces: ¿cuál de esas leyes podría ser un código? Ninguna, puesto que cada una de ellas apenas contempla aspectos fragmentarios del asunto. Mas si se pretendiera que son todas ellas en su conjunto el código, menos rige el argumento, puesto que entonces, habría en el país una verdadera multitud de códigos. Habría que entender por tales todas las leyes que han sido expedidas sobre las innumerables materias de que se ocupa el legislador, Código de Impuestos, de Carreteras, de Ferrocarriles, de Petróleos, de Bancos, de Aviación, de Pensiones, etc., etc. En esta forma las funciones normales del Congreso quedarían afectadas porque prácticamente no habría un tema que no fuera objeto de una serie de leyes anteriores, que vendrían a considerarse como cuerpos orgánicos de carácter permanente, aunque por su naturaleza misma fueran incompatibles con este carácter.

"La ley electoral entre nosotros ha sido una serie de experimentos, un continuo tanteo, un cúmulo de expxerimentaciones. Carece de lógica, de armonía y de madurez. Carece de estabilidad y de permanencia. Esto es tan claro, que acabamos de traer una misión canadiense para que nos trace derroteros y nos corrija los defectos que se observan. Nada, pues, más reñido con la índole y los caracteres científicos de un código que esa legislación".

"Estas ideas de unidad sintética, sistematizada, orgánica y completa que requiere la técnica para poder configurar un código, se hallan acogidas en la propia Constitución Nacional, en el artículo e) transitorio del acto legislativo número 1º de 1945, dictado para impedir que se desarticulara la legislación constitucional por efecto de las diversas enmiendas que se le habían hecho a la Carta, que dicen: "Artículo e) Previo dictamen del Consejo de Estado, el Gobierno hará la Codificación de las disposiciones constitucionales vigentes. La nueva numeración comenzará por la unidad, y los Títulos se ordenarán sujetándose a la distribución de materias".

Decidida en la forma negativa en que ha quedado la cuestión sustancial que ineludiblemente consideró la Corte que debía plantearse y resolverse en primer término, de si en la legislación colombiana existe un Código Electoral, sólo resta, para examinar la totalidad del problema suscitado por el ejercicio del derecho del veto del señor Presidente de la República al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", estudiar "la objeción de inconstitucionalidad en su

tramitación", como está escrito en el mensaje, punto reducido, por lo visto, a condición meramente accesoria en la motivación de este fallo.

Para fundar la discordancia de la Corte Suprema con la tesis de la Presidencia de la República por el solo aspecto procedimental usado por el Congreso —inadecuadamente planteado así, puesto que tal cosa es mera consecuencia o resultado de la ineludible condición de fondo que quedó estudiada— basta recordar que esta superioridad, en jurisprudencia reiterada y explicada a lo largo de más de treinta años, y no rectificada como equivocadamente lo afirma la Procuraduría, se ha negado a ejercer el control constitucional de las leyes en razón de los trámites o procedimientos establecidos para el proceso de su expedición.

Nunca se ha considerado autorizada para enjuiciar una ley con el objeto de resolver si en los actos preraratorios de su expedición se infringieron o no las reglas formales de la Constitución. En seguida se copia la doctrina más recientemente expuesta por esta Sala Plena acerca del punto en referencia, que aunque hace parte de un salvamento de voto colectivo a la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1947, no publicada aún, es el trasunto fiel, como allí se dice, de la opinión jurídica de doce de los diez y seis Magistrados en torno a la cuestión concreta de la intervención de la Corte, en acciones de inexequibilidad, en lo relativo a la extructuración constitucional de las leyes:

"En efecto, por decisión mayoritaria de doce votos la Corte reafirmó la doctrina expuesta en sus fallos de 20 de abril de 1912, 20 de octubre de 1913, 15 de febrero de 1915, 7 de diciembre de 1925 y otros posteriores en los cuales ha venido sosteniendo invariablemente su incompetencia para conocer de las acciones de inexequibilidad de las leyes fundadas en irregularidades o vicios en el proceso de su expedición por el Congreso.

"Con este nuevo pronunciamiento —previo a la decisión del negocio a que el presente salvamento se refiere— la Sala Plena entendió no solamente fijar una vez más el alcance de la guarda constitucional que el Estatuto Supremo le concedió a partir del Acto Legislativo No. 3 de 1910, sino delimitar en forma definitiva las zonas de competencia entre las atribuciones legislativas del Congreso y la intervención de la Corte en punto a la extructura constitucional de las leyes.

"Para la adopción de esta medida —cuya procedencia y alcance no lograron la aceptación unánime de los eminentes expositores de Derecho Público colombiano que en su época se ocuparon del tema— no bastó a la Sala Plena la reconsideración de los argumentos en que se han asentado sus primeras jurisprudencias sobre la materia —y que por ser bien conocidas resultaría inútil reproducir aquí— sino que con el debido cuidado se detuvo a examinar el proceso de evolución de nuestro Derecho Constitucional respecto al control de los actos de la legislatura del Gobierno. Esta tarea era tanto más necesaria e importante por cuanto los textos vigentes de la última reforma —artículos 214 y 216— modificaron fundamentalmente el precepto fundamental expedido en 1910, por medio del cual se incorporó por primera vez en el Derecho Positivo del país el Estatuto de la acción jurisdiccional contra la ley; y de esta manera pudo llegar la Sala a la conclusión de que los antecedentes de la enmienda vigente no solo abonan la juridicidad de sus anteriores tesis sino que elimina del plano de las posibilidades toda modificación de las mismas respecto de los límites de sus facultades en cuanto a la crítica conteciosa de los actos proferidos por el legislador ordinario.

"En efecto, es sabido que en el proyecto llevado a la consideración de las Cámaras en 1944 se establecían dos categorías de leyes, denominadas orgánicas o normativas y comunes; y, con la finalidad de asegurar la jerarquía de las primeras en relación con las últimas se propuso la siguiente modificación al artículo 149 de la Carta:

"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, en su fondo o **en su forma,** y sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno, como violatorias de la ley normativa u orgánica **en su fondo o en su forma**; o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

"También decidirá la Corte si una reforma constitucional es exequible cuando el Gobierno la objeta por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas en el artículo 209.

"El sentido de la enmienda propuesta por el Gobierno quedó ampliamente explicado en el siguiente pasaje de la exposición de motivos que la acompañó:

"La modificación de este artículo, el 149 de la Constitución, consiste en atribuir a la Corte, como

facultad nueva, la de decidir la Corte definitivamente sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma, agregando también que la Corte podrá declarar inexequible un proyecto de ley objetado por el Gobierno como inconstitucional **si no se acomoda en su forma a las disposiciones de la Carta, es decir, si ha sido expedido con violación de las normas constitucionales.**

"Se agrega la atribución de la Corte de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos legislativos, acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales. Como se ve, no sería facultad de la Corte de juzgar sobre la forma de las leyes o decretos legislativos acusados por inconstitucionales en acción pública, sino solamente de decidir, en estos casos, cuando el Gobierno, que es colegislador, objete por inconstitucional o violador de la ley orgánica, un proyecto de ley cuya expedición no se acomoda a los trámites establecidos en la Carta".

"Son suficientemente claras e inequívocas las fórmulas del proyecto y las palabras que lo explican para comprender cómo se intentaba reforzar por medio de aquellas el sentido de las normas entonces en vigencia reemplazándolas por otras que, al ampliar la órbita de competencia de la Corte, permitiera a esta entidad conocer de las controversias suscitadas con motivo de objeciones del Ejecutivo a los proyectos de ley y de enmiendas a la Constitución por quebranto o inobservancia de las reglas superiores que gobiernan el mecanismo de su expedición.

"Mas, no habiendo sido acogidas las iniciativas en referencia, hay que llegar a la conclusión forzosa de que el constituyente de 1945, en ejercicio de su potestad soberana, quiso mantener intacto el imperio del anterior régimen jurídico que, de acuerdo con la reiterada interpretación de la Corte, impide a ésta extender su órbita de acción al examen de la formulación de la ley por el Congreso; y, de otro lado, limitar las atribuciones del Gobierno al veto de los proyectos de ley por motivos de inconveniencia o de inconstitucionalidad material en los mismos sin que le sea dable ampliar el ejercicio de los atributos que le confieren los artículos 86 y 90 de la Carta para hacer objeciones fundadas en simples vicios de forma, ya se refieran éstos a la proposición, discusión o votación de la ley.

En una palabra, que el Congreso ha seguido conservando para sí la integridad de sus prerrogativas respecto al control de la regularidad formal de sus actos, las que ejerce de pleno derecho sin la intervención de ninguna de las otras ramas en que el poder político del Estado se divide".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara EXEQUIBLE el proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" y dispone el envío del expediente al Excmo. señor Presidente de la República para los efectos de su sanción de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase.

Pedro Castillo Pineda. — Belisario Agudelo. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Con salvamento de voto, **Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Hinestrosa Daza.** — Con salvamento de voto, **Alvaro Leal Morales.** — **Luis Rafael Robles. — Hernán Salamanca.** — Con salvamento de voto, **Domingo Sarasty M.** — Con salvamento de voto, **Eleuterio Serna R.** — Con salvamento de voto, **Arturo Silva Rebolledo.** — Con salvamento de voto, **Angel Martín Vásquez.** — **Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS A. FLOREZ

Estimo conveniente destacar el inexacto e infundado cargo que el señor Procurador General de la Nación le hace a la Corte al conceptuar sobre el asunto sometido a su decisión, consistente en haber rectificado su reiterada doctrina de no serle dable "entrar a decidir si la elaboración de las leyes se ha sometido o no a las exigencias constitucionales", citando como demostración de su aserto las "sentencias que declararon inexequibles los proyectos de ley "por la cual se eleva una partida" y "por la cual se decreta una contribución económica", dictadas ambas en febrero último", para expresar luego, que desde entonces ha **meditado profunda y largamente,** llegando al convencimiento —dice— "de que vuestra reciente doctrina es la acertada", esto es, que la Corte sí tiene competencia para conocer y decidir de objeciones formuladas por el Presidente de la República a proyectos de ley por razones de inconstitucionalidad en su contenido formal, o más claramente sobre vicios o irregularidades de forma cometidos en su elaboración.

Al intervenir en los debates a que dio lugar la discusión del proyecto de decisión presentado por el ponente Magistrado doctor Agudelo, y que finalmente fue adoptado sin variaciones sustanciales por la Corte con el voto unánime de los señores Magistrados que lo suscriben sin salvedad alguna, tuve la oportunidad de demostrar, con la lectura de los fallos mencionados por el señor Procurador, que corren publicados en los números 2068-2069 de la Gaceta Judicial ,la inexactitud de aquella afirmación, como lo reconocieron y manifestaron, a instancias de quienes no la aprobaron, los autores de la decisión mayoritaria, que, además, calificaron aquella afirmación como equivocada. Ellos, allí mismo, de modo explícito, ratifican la doctrina sostenida invariablemente por la Corte, a partir de 1912, de carecer de competencia para pronunciarse sobre inexequibilidad de una ley por vicios formales en su tramitación y expedición.

Para desvanecer toda duda al respecto, estimo oportuno insertar aquí lo dicho por la Sala Plena en las "sentencias" a que alude el señor Procurador doctor Quiñones Neira, quien invariable e insistentemente venía sosteniendo la doctrina de la inhibitoria de la Corte, por el aspecto indicado, y que ahora recoge con valor y franqueza que preciso es reconocerle, no obstante la pretendida sustentación de cambio de parecer, que él funda, se repite, en recientes doctrinas de la Corte, que en realidad no existen.

En la decisión adoptada unánimemente por la Sala Plena de la Corte en el primero de los casos citados por la Procuraduría, se expresó lo siguiente:

"Claro es que no se trata de resolver sobre la exequibilidad o inexequibilidad del proyecto en su contenido formal, es decir, sobre vicios o irregularidades de forma cometidos en su elaboración, únicamente se trata de examinar si el legislador condicionó el proyecto de ley a los requisitos exigidos por la Constitución en relación con los auxilios que se destinan para empresas de aquellas a que hace referencia el art. 76 en su ordinal 20, porque es precisamente la ausencia de los requisitos determinados por la Constitución los que crean los motivos de inconstitucionalidad. El proyecto será inexequible no por estar en desacuerdo o en pugna con el contenido de la Ley 71 de 1946 que establece los planes y programas para determinadas empresas, sino por estar en pugna con el ordenamiento del numeral 20 del art. 76 de la Constitución, y como se trata de un auxilio que concede la Nación al Municipio de Buenos Aires, es lógico que dicha erogación debe hacerse con sujeción estricta a las normas establecidas por el artículo 7º, numeral 20 del Acto Legislativo No. 1º de 1945.

"Si la facultad del legislador en la elaboración de estos proyectos de ley no estuviera condicionada —como lo ha sostenido la Corte— a la estricta sujeción a los planes y programas correspondientes, la reforma constitucional no tendría ningún objeto y serían inoperantes las objeciones que en adelante se hagan a los proyectos de ley que no cumplan o llenen los requisitos del ordinal 20, artículo 76 de la Constitución Nacional".

Y refiriéndose al segundo de los casos, citado también por la Procuraduría, la Corte, en Sala Plena, con igual unanimidad, dijo:

"Como queda apuntado ya, en una y otra Cámara sufrió el proyecto la tramitación que es de

rigor de acuerdo con la enmienda de 1945, y el Congreso expresó su voluntad de que tal proyecto fuera convertido en ley de la República. Así las cosas sólo le falta para tener la preeminencia de ley, la sanción del Ejecutivo, ordenada en el artículo 85 de la Carta.

"El primer mandatario, dentro del término previsto en el artículo 86, propuso sus objeciones.

"No dicen ellas relación alguna a la ritualidad o extructuración simplemente adjetiva de ese acto del soberano. Miran al fondo, desde luego que le hacen reparos al contenido del proyecto, o sea al mandato que él encierra. De acuerdo con ese mandato, en efecto, la Nación ha de pagar anualmente una suma del Erario Público al Instituto de Tecnología del Atlántico. La imposición de ese pago es lo que objeta el Ejecutivo, porque imposiciones de esa laya están condicionadas a planificación y programación previas, por expresa voluntad del constituyente".

Como claramente puede apreciarse el señor Procurador procede con lógica para concluir solicitando la exequibilidad del proyecto de ley objetado por el señor Presidente de la República, "objeción de inconstitucionalidad en su tramitación, por violación de los artículos 76 y 80 de la Carta", como expresa y concretamente fue formulada. Y se dice que es lógico en su pedimento por cuanto parte de la tesis por él sentada de que el proyecto de contrareforma no persigue en realidad la reforma de un código sino la de una simple ley, no siendo por lo tanto susceptible del trámite de la adopción por las respectivas comisiones constitucionales de una y otra Cámara.

No ocurre lo propio con la decisión a que este salvamento de voto se refiere .Allí, por una parte se ratifica la constante doctrina de la Corte en cuanto a su incompetencia para conocer de las tachas formuladas a la ley o a un proyecto de ley, cuando esas tachas o reparos se refieren a los actos preparatorios de su expedición; por la otra, se apela a un razonamiento, muy habilidosamente presentado, para concluir que en el caso actual la objeción de inconstitucionalidad formulada por el Ejecutivo, no es ya en consideración al trámite, sino que se refiere "más propiamente a una cuestión sustancial o de fondo", aunque el Gobierno la concretó en la tramitación, según quedó visto.

Todo demuestra cómo hay más lógica en el concepto del señor Procurador que en la decisión mayoritaria. Porque mientras el primero, que se acoge a una rectificación de la doctrina de la Corte, solicita —siendo consecuente con su errada creencia— que ella decida la controversia; la decisión mayoritaria, que inicialmente desata la controversia, termina ratificando la doctrina de la Corte sobre su incompetencia para el conocimiento de las objeciones de inconstitucionalidad cuando éstas versan sobre el trámite.

Podría agregar otras muchas consideraciones, pero lo dicho basta para fundar mi voto disidente.

Luis A. Flórez.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ALVARO LEAL MORALES

He puesto a salvo mi voto en la sentencia precedente porque la considero ilógica y reñida con una tradicional jurisprudencia a la cual hallo cada día mejores soportes jurídicos.

En la dicha decisión la Corte asume el papel de juzgador necesario en todos los conflictos que a propósito de la inconstitucionalidad de las leyes se susciten entre el Gobierno y el Congreso, presupuesto que al proyectarse sobre la totalidad de dichas discrepancias halla obstáculo insalvable en el límite de las funciones jurisdiccionales encomendadas al respecto por el Constituyente a esta Corporación.

Es cierto que ella, según el artículo 90 de la Carta, debe decidir sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por inconstitucionales, pero tal precepto, a mi entender, no es sino aplicación de la facultad general atribuída en el artículo 214, a uno de los diversos tipos de colisiones que pueden presentarse entre la Constitución y la ley; en tal virtud la decisión de objeciones ejecutivas por la Corte está condicionada y circunscrita dentro del radio que el mismo Estatuto para su propia guarda le señala, siendo de rigor que el fallo sobre aquellas comience por establecer como cuestión previa si el caso **sub judice** está o no comprendido dentro de la órbita propia de la jurisdicción constitucional; al no procederse así se incurrió en el error de penetrar en el fondo de una litis sin que antes el juzgador se cerciorara de su capacidad objetiva para desatarla.

Como consecuencia de esa inicial subversión de la conducta que ha de observar todo funcionario ante cualquier tema que se proponga a su conocimiento, vino la inmotivada, y no por implícita menos completa rectificación de la constante doctrina que la Corte sostiene y mantiene desde 1912 en cuanto a su incapacidad para decidir sobre quebrantos constitucionales en la formación de las leyes; cualquier valor que tuvieran en su época las reflexiones doctrinarias que sustentaron esa tesis, es lo cierto que en el pronunciamiento de la voluntad constituyente de 1945 la Corte ha visto elevada a regla fundamental del Estado su discutida teoría, como lo advierte expresamente en el fallo trancribiendo asertos anteriores, que lejos de darle fundamento lo hacen contradictorio e incongruente.

Nadie podrá entender cómo al propio tiempo que la decisión mayoritaria reproduce y cita las permanentes enseñanzas jurisprudenciales, las contradice pretermitiendo todo estudio previo sobre su aplicación al caso concreto.

Si la Corte las hubiera tenido en cuenta para continuar observándolas se habría encontrado ante la imposibilidad de fallar sobre la materia misma del proyecto objetado ya que lo fue a causa de ciertos vicios de trámite o formales, ajenos a su conocimiento como en la misma sentencia se afirma con meridiana claridad.

A la Corte está confiada la guarda de la integridad constitucional y se le fijan para el ejercicio de su función las vías jurisdiccionales; cuanto se haya pensado sobre ese aspecto del poder público apareja el principio de reintegración del derecho amenazado, o de actuación de las normas generales en casos individuales, o de conflicto entre preceptos objetivos y voluntades subjetivas, o de composición de intereses contrapuestos, o de satisfacción de reglas jurídicas violadas o insatisfechas; estas nociones originarias en escuelas diferentes son aplicables por igual a la jurisdicción en cuanto presuponen un ordenamiento jurídico que instituye la regla, el destinatario de la voluntad expresada en la regla, y la entrega a un poder decisorio de la facultad de imponer la regla al destinatario si éste la contradice y vulnera. Tal el Legislador enfrente de la Constitución, y tal la Corte ante ésta y aquél.

Concebido el atributo jurisdiccional desde cualquiera de los puntos de vista referidos, implica la actuación del querer abstracto contenido en los preceptos a los casos que ellos mismos regulen; el objeto de la decisión jurisdiccional es el derecho, no los hechos en sí mismos sino en cuanto configuren la situación jurídica concreta necesaria para la actuación de las normas. La declaración **in factum** sólo estimula el ejercicio de la jurisdicción excepcionalmente en circunstancias predeterminadas y singulares.

La jurisdicción constitucional tiene así por objeto imponer la voluntad del Constituyente cuando quiera que el Legislador en uno o en varios casos

pretenda desconocerla o transgredirla dictando normas de conducta que pugnen con el Estatuto. La inexequibilidad es, por consiguiente, de índole conceptual, ideológica, jurídica, y el fallo que la declare apenas remueve la colisión normativa de los mandamientos legales con los constitucionales, en cuanto ambos contengan voluntades abstractas y generales.

Difieren a mi entender esa función, su contenido y su objeto, de la consistente en establecer si las leyes se han tramitado regularmente en el Congreso; cuando la Constitución, como tan expresivamente lo hace en su artículo 81, exige cierto desarrollo forzoso e insustituíble para que un proyecto sea ley, está condicionando la existencia de esa fuente formal del derecho, desde que de simple iniciativa se constituye en norma, a un itinerario cuya dirección y cuyos ciclos no abandona al variable querer de los legisladores; fija cuales son los diferentes períodos sucesivos y armónicos necesarios para formar las leyes, de manera tal que la pretermisión de uno solo desarticula y rompe las vértebras del trámite, que es proceso de evolución del no ser al ser, impidiendo que sobrevengan los futuros grados que solo adquieren firmeza sobre la consolidación de los anteriores que les sirven de soporte, y de indispensable antecedente.

El control de la observancia, por parte del Legislador, de los preceptos constitucionales reguladores del trámite no está encomendado a la Corte, porque evidenciar y declarar las acciones o las omisiones que lo hayan quebrantado no es propio de la función jurisdiccional como ya se vio, y no mira a la exequibilidad de los preceptos sino a su existencia; la noción de la exequibilidad no puede predicarse sobre el vacío jurídico.

Que la regularidad en el proceso de su formación incida sobre la existencia de la ley, es enseñanza de común recibo en la doctrina jurídica, y no afirmación personal sin fundamento; en efecto:

Los diversos períodos legislativos "por los cuales debe pasar toda ley para originarse", son según Carré de Malberg (Teoría General del Estado, página 353), operaciones indispensables por cuanto sin el concurso de cada uno y sin su reunión total no puede erigirse en la ley una disposición. Comentando la posibilidad de que el aplicador de la ley se cerciore primero de su existencia, Pascual Fiore (De la irretroactividad y de la interpretación de las leyes, Reus 1927, página 552) dice: "...El Magistrado que ha de aplicar la ley se halla obligado a investigar si ésta tiene los requisitos que exige la Constitución, y puede con razón negarse a aplicarla si le faltan dichos requisitos". Detalla luégo el dicho autor cuáles son los tales requisitos, semejantes en un todo a los previstos por el artículo 81 de nuestra Carta, y añade: "la autoridad judicial no podría aplicar como precepto jurídico una de estas disposiciones cuando le faltase alguno de los requisitos exigidos para que se le pudiera atribuir la eficacia del precepto jurídico obligatorio, según la Constitución del Estado que estuviese vigente en el momento en que aquél se formuló".

Tratando el mismo tema de la inaplicación de la ley por defectos en su formación escribe Hugo Rocco (Legitimación para obrar, Porrúa Hnos, y Cía., 1944, página 51): "Si este principio (el de la división de poderes) fuese rigurosamente seguido y actuado según la fórmula originaria de Montesquieu, es decir, si en todo Estado la función legislativa estuviese atribuída por entero a un órgano, el Parlamento, la función ejecutiva al Gobierno y la judicial a los tribunales ordinarios, el problema de la comprobación de la existencia de una ley resultaría extraordinariamente simplificado, ya que, así para los efectos de la división teórica, como para los de la solución práctica habría un nexo necesario, constante, entre el contenido y la forma de los varios actos de soberanía; y bastaría comprobar la forma, que es tan fácilmente discernible, para tener por determinada su sustancia".

El artículo 81 de la Constitución Nacional al determinar los requisitos de observancia en la formación de las leyes, dice que sin ellos "ningún proyecto será ley", es decir, subordina la adquisición del ser jurídico al cumplimiento riguroso de todos ellos, permitiendo así que en nuestro derecho se discurra con propiedad sobre la existencia real de las normas legales aparentes como fenómeno claramente individualizable e inconfundible.

No interesa para los fines de este salvamento dilucidar a quién corresponde el control que en mi concepto se sustrae a las funciones jurisdiccionales de la Corte; algunos, entre ellos varios Magistrados continuadores de la idea predominante en el fallo de 1912, creen que es al Congreso; otras personas opinan que tal función la ejerce el Presidente de la República al sancionar la ley con lo cual certifica sobre la existencia y regularidad de la misma; opinan quienes discrepan de esas soluciones que el aplicador en cada caso ha de establecer la existencia de la ley.

Creo que si la Corte hubiera obrado consecuentemente con su tradicional jurisprudencia habría prestado un positivo servicio a nuestras instituciones

nes aprovechando este caso para fijar el criterio de nuestro régimen constitucional al respecto ya que, como es obvio, la constante declaración inhibitoria, hoy gravemente relajada, descubre una incertidumbre adversa a la estabilidad jurídica del país.

En suma: Estimo que la Corte se arrogó una función que el derecho positivo no le atribuye, transgrediendo la órbita de sus facultades y poniéndose en contradicción consigo misma. Tal el motivo de mi disentimiento.

Bogotá, septiembre de 1949.

Alvaro Leal Morales.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR DOMINGO SARASTY M.

Por no estar de acuerdo con las razones expuestas por la mayoría de la Corte salvo mi voto.

El proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" consta de dos artículos: por el primero ,se señala el último domingo de noviembre para la elección de Presidente de la República, en vez del primer domingo de junio que señala el artículo 49, inciso 4º de la Ley 89 de 1948; y el segundo deroga los incisos 1º y 2º del artículo 43, y los artículos 44 y 45 de la citada ley.

Estos artículos fueron objetados por el Excelentísimo señor Presidente de la República en dos formas, ora por el aspecto de inconstitucionalidad en cuanto a la tramitación, ya también por el aspecto de inconveniencia, la que hace radicar exclusivamente en el artículo segundo del proyecto. La parte pertinente del mensaje dice:

"Por las razones expuestas devuelvo sin la sanción ejecutiva el proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" al cual formulo las siguientes objeciones:

"a) Objeción de inconstitucionalidad en su tramitación por violación de los artículos 76 y 80 de la Carta, y

"b) Objeción en parte, del proyecto fundada en la inconveniencia que encuentro en el artículo 2º del mismo".

La jurisdicción de la Corte se vincula al examen de las objeciones por inconstitucionalidad, mas no a las inconveniencias; pero esto no significa que la Sala no tenga facultad para estudiar previamente lo relativo a saber si las objeciones se tramitaron de acuerdo con las normas de la Carta, y determinar si en el momento actual ha llegado la oportunidad para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las objeciones, o si, por el contrario, debe abstenerse mientras se llena este requisito. En otros términos, si en las cámaras no se ha cumplido el proceso necesario para resolver sobre las objeciones de inconveniencia, la Corte, omitiendo esta formalidad, tiene competencia para decidir del problema planteado por el ejecutivo.

La facultad conferida por el constituyente al Presidente de la República para objetar los proyectos de ley, está consagrada en el artículo 118 de la Constitución Nacional en su numeral 2º cuando dice:

"Corresponde al Presidente de la República en relación con el Congreso....

"7º—Concurrir a la formación de las leyes, presentando proyectos por medio de los ministros, ejerciendo el derecho de objetarlos y cumpliendo el deber de sancionarlos con arreglo a esta Constitución".

Cuando la disposición constitucional autoriza al Presidente de la República para concurrir a la formación de las leyes presentando proyectos por medio de los ministros, le confiere una facultad para intervenir en la preparación de las leyes para mayor seguridad y eficacia de las mismas, y a la vez, le otorga el derecho de objetar los proyectos de ley cuando estime que son inconstitucionales o cuando son inconvenientes. En estos dos casos, el Presidente de la República ejercita el derecho del veto;

2º—El veto, según la definición del diccionario de la Real Academia es "el derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir una cosa".

La palabra veto se usa principalmente para significar el derecho atribuído —según las constituciones— al Jefe del Estado para objetar los proyectos de ley.

"Comúnmente recibe el nombre de veto el derecho de oposición **(intercessio)** que tenía en el Derecho Público Romano el magistrado y el tribuno. Recibe también el nombre de veto la facultad que tiene el Jefe del Estado de negar su sanción a una ley". (Enciclopedia Italiana, página 256, Tomo 35).

El derecho de veto puede ser absoluto o suspensivo. Naturalmente que dentro de nuestra Constitución no se consagra el veto absoluto, es decir, aquel que se confía a la exclusiva voluntad del jefe del ejecutivo. En nuestra Carta sólo se contempla el veto suspensivo o relativo, veto que se puede tornar en absoluto cuando las Cámaras encuentren que las objeciones hechas por el presidente a la iniciativa parlamentaria son fundadas.

El derecho de veto también se consagra en nuestra legislación en materias electorales. Así por ejemplo, la lista de ciudadanos de ambos partidos

políticos, de la cual el Registrador Nacional elige los delegados departamentales, tiene que ser acordada por la unanimidad de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; y algunas elecciones que hacen los Magistrados de la Corte Electoral, también, tienen que ser acordadas por la unanimidad de sus miembros, como ocurre con la designación de Secretarios de la Corte o Registrador del Estado Civil. En estos casos el legislador ha consagrado a favor de estas corporaciones el derecho de veto.

Pero el derecho de vetar los proyectos de ley se concreta en forma práctica en nuestra Constitución en las siguientes normas:

Artículo 85 de la Carta:

"Aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras, pasará al Gobierno, y si éste lo aprobare también, dispondrá que se promulgue como ley".

"Si no lo aprobare, lo devolverá con objeciones a la Cámara en que tuvo su origen".

El primer inciso de esta disposición se refiere a la tramitación legislativa que se ha llevado a efecto en las respectivas Cámaras en relación con los proyectos de ley. Si el proyecto ha sido aprobado con sujeción a las normas prescritas por la Constitución, quiere decir que en esta forma ha expresado el legislador su voluntad de que esa iniciativa parlamentaria tenga el carácter de ley, y debe pasarlo al Gobierno para que éste cumpla con la función constitucional de "aprobarlo" o desaprobarlo, para emplear los términos del constituyente.

Pero el derecho de vetarlo o desaprobarlo no puede consistir en una facultad o concepto simplemente abstracto. Ese derecho tiene que concretarse en algo real y positivo, y esa forma real y positiva no puede ser otra que la voluntad y pensamiento del ejecutivo expresado en el pliego de objeciones que hace al respectivo proyecto; en ese acto tiene concreción efectiva y práctica el derecho otorgado por el constituyente en el artículo 85 al Presidente de la República para objetar un proyecto de ley.

¿Cuál es el término de que dispone el Presidente de la República para objetar un proyecto de ley? Esa norma de conducta está regulada por el artículo 86 de la Constitución Nacional, que dice:

"El Presidente de la República dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de cincuenta artículos; de diez días cuando el proyecto contenga de cincuenta y uno a doscientos artículos, y hasta de quince cuando los artículos sean más de doscientos.

"Si el Presidente, una yez transcurridos los indicados términos, según el caso, no hubiere devuelto el acto legislativo con objeciones no podrá dejar de sancionarlo y promulgarlo. Pero si las Cámaras se pusieren en receso dentro de dicho término, el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado, dentro de los diez días siguientes a aquél en que el Congreso haya cerrado sus funciones".

Así, pues, el derecho de veto no es indefinido, sino limitado por el número de artículos que contenga el respectivo proyecto. Pero si el Presidente de la República no hace uso de ese derecho y no propone ninguna objeción al proyecto de ley, aun cuando éste "no hubiere devuelto el acto legislativo con objeciones, no podrá dejar de sancionarlo y promulgarlo". El constituyente en esta forma limitó esa facultad y quiso que se tenga como no objetado el proyecto cuando el Presidente de la República no ejerce el derecho de veto.

Formuladas las objeciones, resta saber cuál es el trámite que debe adoptarse en las respectivas Cámaras, cuando las objeciones se refieren a problemas de inconstitucionalidad o a puntos de inconveniencia, bien sea en su totalidad o parcialmente.

El artículo 67 de la Constitución de 1886 establecía lo siguiente: "El proyecto de ley objetado en su conjunto por el Presidente volverá a las Cámaras a tercer debate. El que fuere objetado sólo en parte, será considerado en segundo debate con el único objeto de tomar en cuenta las observaciones del Gobierno".

"El orden y la lógica —dice Samper— exigen que los procedimientos sean distintos, para reconsiderar un proyecto de ley objetado según la naturaleza de las objeciones. Si éstas se refieren a todo el proyecto, como inconstitucional o inconveniente en su totalidad, es claro que no hay motivo para reconsiderar los pormenores de la obra, ni introducir en ella enmiendas parciales. Basta, por lo tanto considerar el proyecto como en tercer debate y así lo dispone este artículo. Si al contrario las objeciones son parciales refiriéndose a determinados artículos que se quiere sean redactados de otro modo, o a supresiones o adiciones que el Gobierno estima convenientes, es obvia también la necesidad de abrir el segundo debate por cuanto en éste se discuten los proyectos en sus pormenores".

Esta misma interpretación le dan al artículo comentado los profesores de derecho constitucional,

doctores Francisco de Paula Pérez y Tulio Enrique Tascón, en sus respectivas obras.

El artículo 87 de la Constitución de 1886 fue reemplazado por el artículo 14 del Acto Legislativo número 1º de 1945 que dice:

"El proyecto de ley objetado en su conjunto por el Presidente, volverá a las Cámaras en segundo debate. El que fuere objetado sólo en parte, será reconsiderado en primer debate en la comisión respectiva con el único objeto de tomar en cuenta las observaciones del Gobierno".

La reforma constitucional de 1945 suprimió los tres debates que tenían las leyes y dispuso que ningún proyecto sería ley sin los requisitos siguientes: 1º—Haber sido aprobado en la comisión correspondiente de cada Cámara en primer debate por mayoría absoluta de votos; 2º—Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate por mayoría absoluta de votos, y 3º—Haber obtenido la sanción del Gobierno.

Consecuente con esta innovación en cuanto a la formación de las leyes, era lógico que se hubiera adoptado un procedimiento similar para el trámite de las objeciones. Por eso es por lo que dispuso el artículo 87 de la Constitución vigente, correspondiente al artículo 14 del Acto Legislativo de 1945, la manera cómo debían tramitarse las objeciones en las respectivas Cámaras.

Cuando el proyecto de ley es objetado en su conjunto, es decir, totalmente, vuelve a las Cámaras a segundo debate, y cuando el proyecto es objetado parcialmente, será considerado en primer debate en la comisión respectiva.

En la parte pertinente del mensaje presidencial en el numeral b) se dice: "Objeción en parte del proyecto fundada en la inconveniencia que encuentro en el artículo 2º del mismo". Luego por mandato constitucional esta objeción parcial al proyecto de ley debió volver por orden de la presidencia de la Cámara a la comisión primera constitucional, para que ésta se pronunciara —previamente— sobre las objeciones parciales de inconveniencia a que alude el mensaje presidencial, y posteriormente a esta decisión, volver el pliego de objeciones a la Cámara a segundo debate para que resuelva sobre el primer punto de las objeciones.

Sólo cumpliendo el mandato constitucional del artículo 87 podrá quedar resuelto el problema planteado por el Gobierno al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones". Una determinación en contrario dejaría sin resolver, dentro de los trámites constitucionales, las objeciones parciales por inconveniencia, y se pretermitiría una de las formas esenciales que la Carta impone para decidir el conflicto.

Claro es que un mismo proyecto de ley puede ser objetado por inconstitucionalidad y por inconveniencia, objeciones que pueden ser totales o parciales, o totales por inconstitucionalidad y parciales por inconveniencia. Cuando esto último ocurre, cada una de las objeciones —en su trámite— debe ser considerada en la forma prevista en la Carta, con el fin de adoptar la correspondiente solución en cuanto a la insistencia de las Cámaras sobre dicho proyecto.

El estudio de este problema no plantea para la Corte el de saber si es o no competente para decidir sobre los vicios de forma, cometidos en la expedición o tramitación de las leyes o proyectos de ley. No, porque es doctrina reiterada de la Sala que sobre el trámite no tiene jurisdicción alguna.

Es indudable que la Corte tiene jurisdicción para resolver los temas referentes a la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes o proyectos, pero esa jurisdicción en abstracto debe concretarse al momento oportuno dentro del cual se puede ejercer esa facultad, oportunidad que se deriva del hecho de que tanto el proyecto como las objeciones hayan sufrido los trámites que señala la Constitución.

Así, por ejemplo, en el caso del artículo 90 de la Constitución Nacional, si el pensamiento de las Cámaras sobre la insistencia de que un proyecto sea ley no se manifiesta en la forma prevenida en la Constitución, la Corte no podría pronunciarse sobre el fondo del negocio, aunque el asunto haya llegado a esta entidad para su estudio correspondiente.

Si las Cámaras, al resolver unas objeciones parciales sobre inconstitucionalidad o inconveniencia, en vez de considerarlas en primer debate en las respectivas comisiones, las consideran en segundo, la Corte, a pesar de que tiene jurisdicción para decidir sobre el fondo del problema, no podría entrar a resolverlo, porque no ha llegado el momento oportuno para hacerlo; no porque carezca de jurisdicción y competencia para ello, sino por cuanto el momento para decidir es inoportuno, ya que hay una deficiencia que debe llenarse previamente por las Cámaras, antes de remitir el proyecto a la Corte para que ejerza la función constitucional.

Lo que ocurre en relación con los problemas constitucionales en cuanto a la oportunidad de pronunciar el correspondiente fallo es similar a

lo que sucede en la tramitación de los negocios, tanto penales como civiles. En lo penal, por ejemplo, cuando un impedimento manifestado por uno de los Magistrados no es calificado por la Sala Dual, sino por el solo Magistrado que le sigue en turno, y en esta forma pasa a la Corte para decidir, ésta tiene que abstenerse de hacerlo, no por falta de jurisdicción y competencia para ello, sino porque se omitió una formalidad indispensable en el trámite, o sea, la de que el impedimento fuera calificado por la Sala Dual; es decir, para la Corte no había llegado la oportunidad de resolver mientras no se llenara esa formalidad de previo cumplimiento.

En la tramitación de las objeciones presidenciales al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" las cámaras no consideraron las objeciones parciales por inconveniencia en primer debate en la comisión respectiva, es decir, se omitió este requisito de previo cumplimiento. El proyecto fue objetado totalmente por inconstitucionalidad y parcialmente por inconveniencia. Las primeras se refieren a la pugna de los textos del proyecto con las normas de la Carta en cuanto a su tramitación; y las segundas, o sea, las de inconveniencia se fundan sobre motivos diversos. Pero la totalidad de las objeciones no forma un todo homogéneo para que las de inconstitucionalidad absorban a las de inconveniencia y se adopte un solo procedimiento para resolverlas.

Las dos clases de objeciones, diferentes en su forma y contenido, no podrán resolverse adoptando un solo trámite, bien sea el de considerar y rechazar las objeciones en las Cámaras en segundo debate, o bien sea el de considerarlas en primer debate en la comisión respectiva, ora porque ésta no es la forma que el constituyente señaló para la tramitación de las objeciones, ya también porque no existe disposición especial que la autorice para ello.

El legislador no puede a elección suya adoptar el uno o el otro procedimiento para resolver las objeciones, sino que debe cumplir los trámites señalados en la Constitución. Si el legislador pudiera por sí y ante sí cumplir o no una disposición constitucional, querría decir que los textos de la Carta son normas muertas frente a la voluntad del mismo.

Otro sería el caso, si el constituyente hubiera consagrado una norma especial en virtud de la cual el legislador, frente a unas objeciones totales sobre inconstitucionalidad y parciales por inconveniencia, hubiera previsto la solución del conflicto mediante un solo procedimiento; pero como no lo hizo, no puede darse una interpretación distinta a la norma constitucional, cuando su espíritu, su letra y su contenido son demasiado claros que no permiten ninguna interpretación extensiva o contraria a lo que ella misma dispone.

Cuando la Corte resuelve problemas de inexequibilidad por motivo de objeciones a un proyecto de ley, tiene que ceñirse estrictamente al tema planteado entre el Ejecutivo y el Legislativo; y es obvio que esa facultad no la puede ejercitar en su plenitud cuando las objeciones no han sido previamente consideradas por las Cámaras, de acuerdo con las normas fijadas por la Carta.

En este caso, aunque la Corte tiene jurisdicción y competencia para conocer sobre la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes o proyectos, no podría adelantar ninguna decisión de fondo, por no haber sido resueltas las objeciones parciales formuladas por el Presidente de la República al artículo segundo del proyecto.

Éstos puntos de vista también fueron propugnados por los Magistrados de la Corte, Luzardo Fortoul, Tancredo Nannetti y Luis Felipe Rosales, en sentencia de mil novecientos veintisiete.

El primero dijo: "....El artículo 87 de la misma Carta establece para el caso de objeciones parciales, como son las de que aquí se trata, el modo como las Cámaras deben manifestar su insistencia, modo que no es otro que volviendo el proyecto a segundo debate con el único objeto de tomar en cuenta las observaciones del gobierno. Se hace necesario examinar si se cumplió la indicada formalidad, para así mismo saber si ha mediado insistencia constitucional".

"Al entrar en este estudio se observa que las Cámaras por medio de sendas proposiciones, discutidas y aprobadas en la forma ordinaria y sin que el proyecto fuera vuelto a segundo debate, declararon infundadas las objeciones del gobierno. Se ha dicho que cuando esto ocurre no hay necesidad de reconsiderar el proyecto en segundo debate, por cuanto declaradas infundadas las objeciones, no hay sobre qué recaiga el debate. Al formular esta observación, se pierde de vista que conforme a la disposición constitucional que se comenta, las objeciones del gobierno no pueden ser tomadas en cuenta, esto es, consideradas, sino en segundo debate, y que como la declaración de ser infundadas implica necesariamente la consideración de aquéllas, es forzoso que tal declaración se haga dentro del segundo debate para que quede cumplido el indicado precepto constitucional". Estas razones lo

llevaron a sostener la tesis de que "no ha llegado la oportunidad de que la Corte ejerza la atribución del artículo 90 y que así ha debido declararse en el fallo".

Los segundos expresaron:

"En el supuesto en que se sitúa la mayoría de la Corte, de que pudieran considerarse como objeciones los reparos hechos al proyecto por defectos de orden constitucional, en la tramitación seguida por las Cámaras al considerar las primitivas objeciones, la resolución que en ese supuesto ha debido dictarse era la de que no podría entrar la Corte por ahora a ejercer la atribución que le otorga el artículo 90 de la Carta, una vez que faltaba la consideración de esas nuevas objeciones por el Congreso y su insistencia respecto de la inconstitucionalidad del procedimiento; y como consecuencia que no era el caso de decidir acerca de las objeciones primitivas, pues hay íntima relación entre éstas y las formuladas contra el procedimiento, precisamente por no haberse considerado las primeras en la forma prevenida por la Constitución".

Se ha tratado este punto, porque los Magistrados que suscribieron el fallo de mayoría entraron a resolver sobre el fondo del negocio, mientras que los Magistrados minoritarios se colocaron dentro de la tesis de la inhibición.

Concepto del Procurador

Al emitir su concepto sobre el veto del Presidente de la República al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", el Agente del Ministerio Público hace dos afirmaciones:

La primera, que es una verdad no desmentida hasta ahora, se refiere a la doctrina jurisprudencial de que la Corte es incompetente para conocer sobre los vicios formales cometidos en la elaboración de las leyes o proyectos de ley, y al efecto dice:

"La Honorable Corte Suprema había sustentado en varios fallos la dictrina consistente en considerar que sería inmiscuirse en el campo señalado a otros órganos del Poder Público entrar a decidir sobre la elaboración de las leyes, si se han sometido o no a las exigencias constitucionales. La Corte, según esa doctrina, debería simplemente confrontar los textos de las leyes o proyectos de ley con las normas constitucionales".

Esta tesis, que no ha sido modificada caprichosamente, fue sostenida por primera vez en fallo de veinte de abril de mil novecientos doce, en donde se dice que la Constitución le otorga a la Corte el control de las leyes ya expedidas, y no del proceso seguido para dictarlas, en otros términos, el control constitucional opera sobre los textos legales frente a la Constitución, para saber si son o no violatorios de alguna norma de la Carta, pero no sobre la forma procedimental o sobre el proceso de elaboración de la ley cumplido en las respectivas Cámaras, y así se expresó:

"No se cree la Corte autorizada para abrir procesos a una ley a efecto de resolver si en los actos preparatorios de ella se infringieron o no las reglas constitucionales. Ello, además de la amenaza que envolvería para la estabilidad de las leyes, equivaldría a llevar la investigación a una época anterior, a la existecia de la ley acusada; a deducir su inconstitucionalidad no de los propios términos de la ley misma, sino de las pruebas que al efecto se presentaren; y a declarar no la inexequibilidad de la ley como tal, sino la inconstitucionalidad del procedimiento empleado para dictarla. Para esto último no se le ha dado competencia a la Corte".

Esta tesis ha sido sostenida invariablemente por la Corte a través de todos sus fallos posteriores al que se comenta, como puede verse en sentencias de octubre veinte de mil novecientos trece, febrero quince de mil novecientos quince, siete de diciembre de mil novecientos veinticinco y otras. En esta forma se demuestra la invariable jurisprudencia de la Corte sobre la afirmación del colaborador.

La segunda afirmación sustentada por el Procurador General de la Nación en su concepto, no es cierta; es inexacta, injusta e inverídica. La Corte no ha modificado su tesis jurisprudencial sobre incompetencia para pronunciarse sobre vicios o irregularidades de forma, para reemplazarla por aquélla que hoy sustenta el Procurador en los siguientes apartes:

"Sin embargo, vosotros en dos fallos, pronunciados ambos en el corriente año, declarásteis inconstitucionales dos proyectos de ley ,no porque su texto contrariara alguna disposición constitucional, sino porque a los proyectos no se había acompañado la documentación correspondiente, exigida por la ley planificadora expedida en cumplimiento de disposiciones constitucionales. Me refiero a las sentencias que declararon inexequibles los proyectos de ley "por la cual se eleva una partida" y "por la cual se decreta una contribución económica", dictadas ambas en febrero último.

"Desde entonces ha meditado profundamente sobre la cuestión y he llegado al convencimiento de

que vuestra reciente doctrina es la acertada. De que confiada a vosotros la guarda de la integridad de la Constitución, y otorgada al Presidente de la República la facultad de objetar los proyectos de ley por razones de inconstitucionalidad, y dispuesto en la Carta de modo expreso que rechazadas las objeciones el proyecto debe ir a la Corte para la decisión de la controversia, vosotros estáis indiscutiblemente en la obligación de examinar el fundamento de las objeciones y de fallar si la razón está de parte del Presidente de la República o del Parlamento".

"Y si se piensa cómo el país se halla pendiente de vuestra decisión, porque el problema ha comprometido el interés político de los colombianos, se patentiza la necesidad de que vuestra sabiduría se ponga al servicio de la misión altísima que la Constitución os ha conferido".

Para demostrar lo contrario de la afirmación hecha por el Procurador, basta transcribir los apartes de la sentencia, los cuales se hallan en perfecta concordancia con el pensamiento del colaborador consignado en el concepto de 14 de diciembre de 1948 en relación con el proyecto de ley "por la cual se eleva una partida" que para mayor claridad se transcribe:

"Ha entendido la Corte —dice el Procurador— que sus facultades en materia de exequibilidad no pueden extenderse hasta declarar que una ley no es ley porque se hayan quebrantado en su formación algunas ritualidades, prescritas por la Constitución, pues de otro modo se darían a la Corte Suprema tal suma de poderes que ella invadiría el campo de acción del Congreso y aunque estas doctrinas se han expresado en presencia de acusaciones a leyes vigentes, no a proyectos de ley, me parece que sus fundamentos conservan su validez cuando sólo de proyectos se trate. En otros términos: los proyectos en sí mismos pueden contener disposiciones violatorias de la Constitución, y es entonces cuando corresponde a la Corte decidir sobre las objeciones formuladas por el Presidente, mas no cuando las objeciones se refieran a formalidades que han debido llenarse al presentar o al discutir el proyecto".

La sentencia, que está en un todo de acuerdo con este pensamiento, expresa:

"Como en los antecedentes del proyecto y en la documentación enviada a la Corte, no hay constancia de que se hubiera cumplido con dichas exigencias, la ausencia de estos requisitos esenciales entraña una violación del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, ya que por mandato expreso del mismo constituyente, las empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo, no pueden adelantase hoy, sino con sujeción estricta a los planes y programas correspondientes, planes y programas que para el caso de estudio del proyecto están determinados en la Ley 71 de 1946.

"Claro es que no se trata de resolver sobre la exequibilidad e inexequibilidad del proyecto en su contenido formal, es decir, sobre vicios o irregularidades de forma cometidos en su elaboración, únicamente se trata de examinar si el legislador condicionó el proyecto de ley a los requisitos exigidos por la Constitución en relación con los auxilios que se destinan para empresas de aquellas a que hace referencia el artículo 76 en su ordinal 20, porque es precisamente la ausencia de los requisitos determinados por la Constitución los que crean motivos de inconstitucionalidad. El proyecto será inexequible, no por estar en desacuerdo o en pugna con el contenido de la Ley 71 de 1946 que establece los planes y programas para determinadas empresas, sino por estar en pugna con el ordenamiento del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución, y como se trata de un auxilio que concede la Nación al Municipio de Buenos Aires, es lógico que dicha erogación debe hacerse con sujeción estricta a las normas establecidas por el artículo 7º, numeral 20 del Acto Legislativo No. 1º de 1945.

"Si la facultad del legislador en la elaboración de estos proyectos de ley no estuviera condicionada —como lo ha sostenido la Corte— a la estricta sujeción a los planes y programas correspondientes, la reforma constitucional no tendría ningún objeto y serían inoperantes las objeciones que en adelante se hagan a los proyectos de ley que no cumplan o llenen los requisitos del ordinal 20, artículo 76 de la Constitución Nacional".

No sobra advertir que en la sentencia a que hace alusión el señor Procurador fue Magistrado ponente el doctor Sarasty, y que ni el proyecto, ni la sentencia recoge la jurisprudencia que la Corte ha mantenido inalterable a través de varios lustros.

Pero —en este caso— era necesario o indispensable interpretar en sentido contrario el pensamiento de la Corte, para llegar a las conclusiones que propone el Agente del Ministerio Público, ora porque a la exequibilidad del proyecto no podía llegarse sino por el cambio de doctrina, ya también porque las objeciones presidenciales no versan sobre el contenido sustancial del proyecto de ley, sino sobre los trámites o formalidades cumplidas en su elaboración.

Esta es la diferencia fundamental y básica del

problema sometido a estudio de la Corte, y así, el concepto del Procurador para ser lógico en su conclusión afirma que las objeciones **"se refieren no al texto mismo del proyecto, sino a los requisitos de su expedición"** (subrayo).

En este sentido guarda una lógica perfecta entre el planteamiento del problema y la solución que propone a la Corte, ya que sólo —se repite— se puede aceptar la exequibilidad del mismo haciendo la afirmación de que la Corte recogió su doctrina sobre incompetencia para conocer sobre los vicios de forma en la expedición del proyecto.

Tesis del fallo

El fallo de la Corte se funda en las siguientes razones:

a) El proyecto de ley objetado por el Gobierno no es un código, sino una ley, y, por consiguiente no necesita adopción.

b) Las objeciones presidenciales no se refieren a una cuestión de procedimiento, sino a una cuestión de fondo.

Esta última afirmación se respalda así:

"Estima la Corte que el diferendo entre la Presidencia de la República y el Congreso Nacional sobre el punto preciso ya conocido, por las razones en que se sustenta y se han expresado de parte y parte, no corresponde exactamente, desde el punto de vista de su significación y trascendencia, **a una cuestión de mero procedimiento por preterm**isión de una ritualidad en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, **sino más propiamente a una cuestión sustancial o de fondo".**

Posteriormente agrega:

"El mensaje dice que la objeción de inconstitucionalidad versa sobre la tramitación, pero es claro que la calificación de ese punto de estudio es de la exclusiva competencia de la Corte en su función de guardar la Constitución Nacional, como muchas veces se ha dicho".

En relación con el primer argumento de si el proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones' es código o es ley, estimo que no es función de la Corte definir esas palabras, por cuanto ese no es problema planteado por el Gobierno a la Sala en su mensaje de objeciones, sino el de estudiar y resolver la objeción de inconstitucionalidad en su tramitación. Sin embargo, el suscrito Magistrado comparte los conceptos sustentados por el señor doctor Velásquez.

En cuanto al segundo argumento, la Corte estudia el problema de las objeciones desde un punto de vista diametralmente opuesto al pensamiento del Presidente de la República concretado en su mensaje de objeciones:

En efecto: el veto presidencial en su parte concreta dice: "a) Objeción de inconstitucionalidad **en su tramitación** por violación de los artículos 76 y 80 de la Carta".

Trámite es cada uno de los estados o diligencias preparatorias que debe recorrer un negocio hasta su conclusión; y la tramitación hace referencia a esa serie de fórmulas prescritas por la Constitución o la ley para cada negocio determinado, y en el orden procesal se denomina trámites judiciales el orden continuo y sucesivo de todas aquellas diligencias que deben practicarse o cumplirse en la formación de los procesos.

Y en el proceso elaborativo de las leyes "la adopción" no es más que uno de los medios o fórmulas que la Constitución exige para la tramitación de un proyecto determinado. Siendo esto así, la objeción presidencial contenida en el numeral a) sobre inconstitucionalidad en su tramitación al proyecto de ley, escapa al control jurisdiccional de la Corte, porque en su reiterada jurisprudencia ha sostenido que sobre vicios o irregularidades de forma cometidos en el proceso de las leyes o proyectos de ley no puede conocer. Afirmación ésta que también la hace el fallo de la Corte.

Cuando la Corte, en función de los artículos 214 y 90, defiende la integridad de la Constitución, al ejercer esa facultad debe sujetarse a dos formalidades esenciales, a saber:

Si la demanda de inconstitucionalidad versa sobre una ley o sobre un decreto dictado por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y el artículo 121 de la Constitución Nacional, la Corte tiene facultad para confrontar estos textos legales, no sólo con las disposiciones constitucionales que en la demanda se indican como violadas, sino con todos los preceptos de la Carta, y no sólo por las razones aducidas sino por todas aquellas que hagan que por uno u otro motivo pugnen con los preceptos de la Carta (artículo 2º, inciso segundo de la Ley 96 de 1936).

Pero cuando la Corte ejerce el control constitucional sobre un proyecto de ley por razón o motivo de unas objeciones, el debate se circunscribe al tema planteado en las objeciones presidenciales al proyecto de ley, en otros términos, el pliego de objeciones constituye la demanda que la Corte debe estudiar.

Si el veto presidencial circunscribe las objecio-

nes de inconstitucionalidad al proyecto de ley "en su tramitación" es claro y evidente que la Corte en su fallo no puede salirse de ese radio de acción fijado en el pliego de objeciones, so pretexto de que para adoptar una conclusión definitiva debe estudiarse el fondo del problema, porque en ese supuesto hay necesidad imperiosa de recoger la doctrina de la Corte.

La objeción es por inconstitucionalidad del proyecto en su tramitación de los artículos 76 y 80 de la Carta, y la Corte afirma que ésta no es una cuestión "de mero procedimiento por pretermisión de una ritualidad en la tramitación parlamentaria del proyecto, sino más propiamente una cuestión sustancial o de fondo" y añade: "la objeción de inconstitucionalidad versa sobre la tramitación, pero es claro que la calificación de este punto de estudio es de la exclusiva competencia de la Corte en su función de guardar la Constitución Nacional".

Ahora bien, si la objeción es de inconstitucionalidad en su tramitación, la Corte, al afirmar que no es una cuestión de mero procedimiento sino una cuestión sustancial, y al decir que "este punto de estudio es de la exclusiva competencia de la Corte" se toma una función que no le ha conferido la Constitución, pues ello en el terreno jurídico equivale a suplantar el pensamiento del ejecutivo en relación con las objeciones, para completar, suplir o ampliar la intención y finalidad de las objeciones hechas al trámite y no al fondo del problema.

Lo anterior no significa que las objeciones no puedan y deban ser interpretadas de acuerdo con los textos constitucionales que se dicen violados, pero lo que le está vedado a la Corte es tomar o asumir el lugar del Presidente de la República para suplir los vacíos agenciales que anota la Sala en el pliego de objeciones, porque su jurisdicción y el control constitucional que le confiere la Carta no pueden llegar al extremo de reemplazarlo en la indicación de los motivos o razones con los cuales debió vetar el proyecto de ley.

Si el Gobierno objetó el proyecto de ley por inconstitucionalidad en cuanto a la tramitación, el examen de exequibilidad o inexequibilidad debió concretarse a este punto; pero no se puede decir que estas objeciones no son de trámite sino de fondo, porque esa no es la posición del ejecutivo, y al pronunciarse la Corte sobre este tema falla sobre un problema que no le fue sometido a su estudio, sobre el cual no tiene ningún radio de acción.

En las anteriores consideraciones se funda mi salvamento de voto.

Domingo Sarasty M.

Bogotá, septiembre 30 de 1949.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO SILVA REBOLLEDO

"52.—Todo el que tome parte en la votación de una sentencia debe firmar lo acordado aunque haya disentido de la mayoría pero en tal caso puede salvar su voto,, y ha de extenderlo con su firma y agregarlo a continuación del fallo, dentro de los dos días siguientes". (Código de Organización Judicial).

En cumplimiento del ineludible mandato del artículo 52 del Código de Organización Judicial, y sólo por respeto al imperio de la ley, suscribo, salvando empero mi voto expresamente, la sentencia de exequibilidad del proyecto legislativo reformatorio del Código Electoral "por el cual se señala la fecha para las próximas elecciones", no obstante que ataqué esa decisión en los debates respectivos, que la voté de manera negativa y que la encuentro injusta, antijurídica y manifiestamente ilógica además.

En atención al veto del Gobierno Nacional, que exclusivamente se funda en que el proyecto no fue constitucionalmente tramitado en el Congreso, la Corte sostiene y reafirma en la sentencia su tradicional doctrina, constante y uniforme, conforme a la cual carece de jurisdicción para conocer de causas sobre exequibilidad de actos legislativos vetados o acusados por vicios de procedimiento en su formación —doctrina de la que en lógica sana se deduce sin duda que no es competente en este caso para pronunciarse— y sin embargo se pronuncia en definitiva, con quebranto de todos los precedentes, con el pretexto inaceptable de que se hace preciso investigar previamente, entrando al fondo vedado del problema, si se ha reformado un código o una simple ley, para calificar la bondad o deficiencia del trámite.

La objeción presidencial

Es incuestionable que la objeción de inconstitucionalidad formulada por el Excelentísimo señor Presidente de la República, se basa, como textualmente lo dice el mensaje a las Cámaras, en que "el procedimiento de la adopción es regla indispensable y de carácter esencial para la validez de la ley reformatoria de códigos" y en que, por tanto, el proyecto "ha debido ser adoptado previamente como lo dispone el artículo 80 de nuestra ley suprema".

Son apartes fundamentales del citado mensaje presidencial los siguientes:

"De la tramitación que sufrió la Ley 89 de 1948 en las sesiones de las Cámaras, se desprende en forma muy clara que así fue considerada por el legislador, y que cualquier reforma que a ella como a la Ley 85 de 1916 se le hiciera o pretendiera hacérsele, tendría que someterse a la tramitación que para expedir códigos o reformas de sus disposiciones en todos los ramos de la legislación, señala expresamente la Carta en el numeral 2º del artículo 76 y en el numeral 2º del artículo 80".

. . . . . .

"No se necesita de mayor esfuerzo para probar que la práctica parlamentaria relacionada anteriormente se ciñe con exactitud al sistema legal que rige al respecto, como quiera que mediante la Ley 85 de 1916 se reglamentó íntegramente la materia relacionada con elecciones populares y se derogaron expresamente las leyes anteriores que constituían hasta entonces el Código Electoral, sustituyéndolo con las nuevas normas legislativas"

. . . . . .

"No obstante la fuerza de los hechos y razones enumerados, vuestra Comisión Primera dio curso al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", prescindiendo del requisito constitucional de la adopción, lo que varía una práctica y una interpretación legislativa que hasta ahora se han mantenido inalterables, y contribuye a crear un ambiente de desasosiego público cuyas consecuencias el Gobierno considera de su deber, por vía de previsión, poner de presente ante la Honorable Cámara".

"Como conclusión de los apartes del mensaje a que me estoy refiriendo, solicitaba de la Honorable Cámara la conveniencia de revisar la actuación de la Comisión Primera constitucional, con el fin de que el proyecto reformatorio del Código de Elec-

ciones fuera sometido al trámite de la adopción que ordena la ley suprema de la República".

"En ese mismo mensaje agregué: "Ni leyes, ni providencias de inferior categoría pueden expedirse sin el lleno completo de las formalidades constitucionales, porque de otra manera quedarían viciadas en su origen con este procedimiento, no obstante sus apariencias, y se sustituirían los preceptos fundamentales que fijaron no sólo determinadas atribuciones para las distintas ramas del poder, sino la manera de ejercerlas".

.....

"El artículo 80 de la Constitución Nacional preceptúa que las leyes a que hacen referencia los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 76 de la misma, no se podrán dictar o reformar sino mediante proyectos adoptados por las comisiones permanentes de una u otra Cámara, o presentados por los Ministros del Despacho. Así se quiere evitar la desarticulación de los códigos y que sus normas sufran el cambiante vaivén de las actividades legislativas, y de allí que se hayan fijado condiciones especiales para su reforma".

"Entre las atribuciones del Congreso, el constituyente de 1945 le señaló la de "expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones" y sujetó el ejercicio de tal atribución a las normas que contiene el artículo 80 de la Carta. Es así como el procedimiento de la adopción es regla indsipensable y de carácter esencial para la validez de la ley reformatoria de códigos".

"Reafirmando mi convicción sobre este respecto con lo anteriormente expuesto considero que el proyecto de ley que ha venido para la sanción ejecutiva ha debido ser adoptado previamente como lo dispone el artículo 80 de nuestra ley suprema".

.....

"Sobre materia tan importante no rigen solamente fórmulas reglamentarias que puedan ser cambiadas por el Congreso, de manera libre y con independencia plena, sino que se hallan en vigor otras de carácter constitucional que tienen que ser observadas y que no pueden modificarse sin seguir los trámites que las reformas de la Carta exigen".

.....

"Suben de punto estas consideraciones, si se recuerda que el requisito de la adopción reviste proyecciones del mayor alcance y tiene consecuencias dentro del propio estatuto fundamental, como la que se relaciona con las objeciones que el Ejecutivo pueda presentar y que deben ser decididas por las dos terceras partes de los votos de los miembros que componen las Cámaras y las respectivas comisiones, cuando los proyectos de la ley versan sobre expedición de códigos o reformas de los mismos".

.....

"La interpretación del precepto —alude el Jefe del Estado al artículo 80 de la Constitución— implica la obligación del Gobierno de estudiar, antes de impartir la sanción, si los proyectos que le llegan se han ceñido en el curso de los debates a los términos y condiciones fijados por el constituyente, debiendo ser dichos puntos fundamento de objeciones cuando quiera que considere que no han sido observados por las Cámaras Legislativas".

.....

"....Al estudiar el proyecto objetado no se puede prescindir de examinar si se han cumplido en su tramitación las normas establecidas por el constituyente, porque sería desconocerlas y no salvaguardiarlas".

.....

Más adelante y razonando entonces el Jefe del Gobierno sobre la necesidad de que recoja la Corte su tradicional jurisprudencia sobre incompetencia para fallar sobre inconstitucionalidad de actos legislativos vetados o acusados por defectos de tramitación en el Congreso (a lo cual se ha negado ahora también la Sala Plena), agrega: "Es tanto más clara esta interpretación, cuanto que un posible fallo del más elevado tribunal de la rama jurisdiccional, debería decidir si el Gobierno tuvo o no argumentos suficientes para negarse a sancionar inmediatamente un proyecto de ley, cuando quiera que de su análisis y de los antecedentes de su extensión se desprende con toda claridad que hubo olvido de preceptos fundamentales requeridos para que pudiera considerarse como acto jurídico de plena madurez".

"Otra interpretación podría conducir al absurdo de que aún omitiendo uno o varios de los debates constitucionalmente obligatorios, tendría el Jefe del Estado que sancionar al respectivo proyecto sin poderlo objetar como inconstitucional".

"En el presente caso, se trata de una ley que no puede ser dictada o reformada sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas comisiones permanentes de una u otra Cámara o presentados por los Ministros del Despacho.

.....

"Por las razones expuestas, devuelvo sin la sanción ejecutiva el proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", al cual formulo las siguientes objeciones:

"a) Objeción de inconstitucionalidad en su tra-

mitación por violación de los artículos 76 y 80 de la Carta....".

El problema planteado

El Ejecutivo en el mensaje de objeciones dirigido a los HH. Senadores y Representantes, cuyos apartes principales he transcrito, no formula objeción alguna de fondo sobre la inconstitucionalidad del proyecto, sino que se limita a llamar la atención de las Cámaras sobre su indebida tramitación.

No ha dicho el Jefe del Estado que viole el proyecto algún **principio** de nuestra suprema Carta, de aquellos que reconocen o consagran los derechos esenciales del Estado o los particulares, cuyo quebrantamiento implicaría su inexequibilidad, sino que ha advertido que en su formación han sido infringidas las **reglas** que obligatoriamente determinan cómo debe gestarse en el seno del Congreso la ley para que pueda nacer a la vida del Derecho.

La objeción versa entonces, no sobre el **texto** del acto del legislador, que en punto alguno se opone al texto constitucional, presupuesto necesario a la causa de exequibilidad, sino sobre la creación misma de aquél, que de ser incompleta —como lo cree el Gobierno— determina su inexistencia jurídica que escapa al conocimiento de la Corte conforme a su jurisprudencia reiterada.

La solución jurisprudencial

Tratándose así en el presente caso, no de la exequibilidad del proyecto por oposición de su texto al de la Carta, lo que sería del resorte de este Supremo Tribunal, sino de la viabilidad jurídica de la ley proyectada, debió la sentencia concluir declarando inhibida la Corte para desatar el diferendo entre el Gobierno y el Congreso sobre si **"la voluntad soberana" se manifiesta o no, en este caso. en la forma prevenida en la Constitución Nacional"**. (C. C., artículo 4º).

No se diga al respecto que en esta oportunidad la Sala Plena recoge su tesis de treinta y siete años de existencia, como se lo había insinuado, para ofrecerle un lógico camino, el Procurador General de la Nación. Todo lo contrario: la sostiene, dice que la ha reafirmado siempre y la confirma ahora, como ya lo anoté, en la sentencia a la que niego mi voto, cuando textualmente y en ella misma dice: "....Esta superioridad, en jurisprudencia reiterada y explicada a lo largo de más de treinta años, y no rectificada como equivocadamente lo afirma la Procuraduría, se ha negado a ejercer el control constitucional de las leyes en razón de los trámites o procedimientos establecidos para el proceso de su expedición. Nunca se ha considerado autorizada para enjuiciar una ley con el objeto de resolver si en los actos preparatorios de su expedición se infringieron o no las reglas formales de la Constitución. En seguida se copia la doctrina más recientemente expuesta por esta Sala Plena acerca del punto en referencia que aunque hace parte de un salvamento de voto colectivo a la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1947, no publicada aún, es el trasunto fiel, como allí se dice, de la opinión jurídica que doce de los diez y seis Magistrados en torno a la cuestión concreta de la intervención de la Corte, en acciones de inexequibilidad, en lo relativo a la estructuración constitucional de las leyes:

"En efecto, por decisión mayoritaria de 12 votos la Corte reafirmó la doctrina expuesta en sus fallos de 20 de abril de 1912, 20 de octubre de 1913, 15 de febrero de 1915, 7 de diciembre de 1925 y otros posteriores en los cuales ha venido sosteniendo invariablemente su incompetencia para conocer de las acciones de inexequibilidad de las leyes fundadas en irregularidades o vicios en el proceso de su expedición por el Congreso.

"Con este nuevo pronunciamiento —previo a la decisión del negocio a que el presente salvamento se refiere— la Sala Plena entendió no solamente fijar una vez más el alcance de la guarda constitucional que el Estatuto supremo le confirió a partir del Acto Legislativo número 3 de 1910, sino delimitar en forma definitiva las zonas de competencia entre las atribuciones legislativas del Congreso y la intervención de la Corte en punto a la estructura constitucional de las leyes.

"Para la adopción de esta medida —cuya procedencia y alcance no lograron la aceptación unánime de los eminentes expositores de Derecho Público colombiano que en su época se ocuparon del tema— no bastó a la Sala Plena la reconsideración de los argumentos en que se han asentado sus primeras jurisprudencias sobre la materia —y que por ser bien conocidas resultaría inútil reproducir aquí— sino que con el debido cuidado se detuvo a examinar el proceso de evolución de nuestro Derecho Constitucional respecto al control de los actos de la Legislatura del Gobierno. Esta tarea era tanto más necesaria e importante por cuanto los textos vigentes de la última reforma —artículos 214 y 216— modificaron fundamentalmente el precepto original expedido en 1910, por medio del

cual se incorporó por primera vez en el derecho positivo del país el estatuto de la acción jurisdiccional contra la ley; y de esta manera pudo llegar la Sala a la conclusión de que los antecedentes de la enmienda vigente no sólo abonan la juridicidad de sus anteriores tesis sino que elimina del plano de las posibilidades toda modificación de las mismas respecto de los límites de sus facultades en cuanto a la crítica contenciosa de los actos proferidos por el legislador ordinario.

"En efecto, es sabido que en el proyecto llevado a la consideración de las Cámaras en 1944 se establecían dos categorías de leyes, denominadas orgánicas o normativas y comunes; y, con la finalidad de asegurar la jerarquía de las primeras en relación con las últimas se propuso la siguiente modificación al artículo 149 de la Carta:

"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, en su fondo **o en su forma,** y sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno, como violatorias de la ley normativa u orgánica **en su fondo o en su forma;** o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella por cualquier ciudadano, como inconstitucionales previa audiencia del Procurador General de la Nación.

También decidirá la Corte si una reforma constitucional es exequible cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas en el artículo 209.

El sentido de la enmienda propuesta por el Gobierno quedó ampliamente explicado en el siguiente pasaje de la exposición de motivos que la acompañó:

"La modificación de este artículo, el 149 de la Constitución, consiste en atribuir a la Corte, como facultad nueva, la de decidir definitivamente sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma, agregando también que la Corte podrá declarar inexequible un proyecto de ley objetado por el Gobierno como inconstitucional **si no se acomoda en su forma a las disposiciones de la Carta, es decir, si ha sido expedido con violación de las normas constitucionales.** Se agrega la atribución de la Corte de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos legislativos, acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales. Como se ve, no será facultad de la Corte de juzgar sobre la forma de las leyes o decretos legislativos acusados por inconstitucionales en acción pública, sino solamente de dedicir, en estos casos, cuando el Gobierno, que es colegislador, objete por inconstitucional o violador de la ley orgánica, un proyecto de ley cuya expedición no se acomoda a los trámites establecidos en la Carta".

"Son suficientemente claras e inequívocas las fórmulas del proyecto y las palabras que lo explican para comprender cómo se intentaba reformar por medio de aquéllas el sentido de las normas entonces en vigencia reemplazándolas por otras que, al ampliar la órbita de competencia de la Corte, permitiera a esta entidad conocer de las controversias suscitadas con motivo de objeciones del Ejecutivo a los proyectos de ley y de enmiendas a la Constitución por quebranto o inobservancia de las reglas superiores que gobiernan el mecanismo de su expedición.

"Mas, no habiendo sido acogidas las iniciativas en referencia hay que llegar a la conclusión forzoza de que el constituyente de 1945, en ejercicio de su potestad soberana, quiso mantener intacto el imperio del anterior régimen jurídico que, de acuerdo con la reiterada interpretación de la Corte, impide a ésta extender su órbita de acción al examen de la formulación de la ley por el Congreso; y, de otro lado, limitar las atribuciones del Gobierno al veto de los proyectos de ley por motivos de inconveniencias o de inconstitucionalidad material en los mismos sin que le sea dable ampliar el ejercicio de los atributos que le confieren los artículos 86 y 90 de la Carta para hacer objeciones fundadas en simples vicios de forma, ya se refieran éstos a la proposición, discusión o votación de la ley. En una palabra, que el Congreso ha seguido conservando para sí la integridad de sus prerrogativas respecto al control de la regularidad formal de sus actos, las que ejerce de pleno derecho sin la intervención de ninguna de las otras ramas en que el poder político del Estado se divide".

Conclusión

Dejo establecido que la Corte, según la tesis que en la propia sentencia se transcribe, es en absoluto incompetente para resolver positiva o negativamente la cuestión de exequibilidad planteada, y no puedo concebir que sea indispensable el estudio a fondo del problema tendiente a esclarecer si se

trata de la reforma de un código o de una ley común, para determinar cuál sea el trámite constitucional correspondiente, puesto que, siendo jurisdiccionalmente imposible esta calificación para la Corte, no puede hacerla ni directa ni mediatamente sin invadir franca o clandestinamente un campo que es ajeno y le está reconocidamente vedado.

Tampoco puedo aceptar el fundamento aparente de la decisión: que sea divisible en dos la objeción presidencial **sub judice,** en una de fondo y en otra de forma, porque pugna esto abiertamente con la letra y el espíritu del mensaje del Jefe del Estado, quien si bien sostiene que se proyecta la reforma de un código, lo hace tan solo para señalar el vicio en el trámite de la enmienda legal y sólo en virtud de que corresponde siempre la forma a una sustancia y no puede aquella desvincularse totalmente de ésta.

Menos puedo admitir otra interpretación del fallo, también posible, conforme a la cual la misma Corte, en presencia de un veto relacionado con el trámite, ha planteado oficiosamente un inexistente problema de fondo, puesto que a todas luces se halla impedida para incoar acciones que ella misma debe resolver.

En razón de lo expuesto, suscribo la sentencia salvando mi voto, hoy cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

Arturo Silva Rebolledo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ELEUTERIO SERNA R.

Tenía la ilusión de que la Corte Suprema, en virtud de antecedentes jurisprudenciales, se colocara al margen de una cuestión alrededor de la cual las pasiones políticas habían librado recias batallas. Sin embargo, a pesar de varios intentos, no fue posible llegar a un plano de armonía, como ha ocurrido en otras ocasiones en que esta corporación trató de enfilarse en dos bandos inconciliables, porque entonces, sobre las circunstancias imperiosas de la hora, primaron altos ideales que, serenandos los espíritus, levantaron la justicia sobre un plinto, como sucedió en el controvertido caso de la demanda de inconstitucionalidad referente al Colegio de San Bartolomé y que fue decidido, en Sala Plena, por unanimidad.

Los Magistrados de la mayoría expresan en el fallo las razones de su convicción que yo respeto, pero no acepto, porque en las discusiones de la Sala, los estimados colegas mayoritarios fueron muy parcos y casi en su totalidad, muy reservados.

Con ánimo tranquilo y desprevenido, voy a explicar el salvamento de mi voto.

Planteamiento

Después de hacer un resumen de las objeciones del Gobierno, el fallo transcribe estos apartes del mensaje presidencial dirigido a la Cámara de Representantes:

"En consecuencia, en Colombia rige un Código Electoral, no sólo en el sentido expreso que a la palabra le da el diccionario de la Lengua al definirlo como "cuerpo de Leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático", sino porque la Rama Legislativa del Poder Público así lo denominó, y por lo mismo hay que aceptar esa denominación, en presencia del artículo 28 del C. C., cuyo texto dispone que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el Legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará en ésta su significado legal".

"Se reúnen en el presente caso las dos condiciones: el sentido natural y obvio de la palabra "código" y la definición explícita del legislador"

"No obstante la fuerza de los hechos y razones enumerados, vuestra Comisión Primera dio curso al proyecto de ley 'por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", prescindiendo del requisito constitucional de la adopción, lo que varía una práctica y una interpretación legislativas que hasta ahora se han mantenido inalterables, y contribuye a crear un ambiente de desasosiego público, cuyas consecuencias el Gobierno considera de su deber, por vía de previsión, poner de presente ante la Honorable Cámara".

"El artículo 80 de la Constitución Nacional preceptúa que las leyes a que hacen referencia los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 76 de la misma, no se podrán dictar o reformar sino mediante proyectos adoptados por las comisiones permanentes de una u otra cámara, o presentados por los ministros del Despacho. Así se quiere evitar la desarticulación de los códigos y que sus normas no sufran el cambiante vaivén de las actividades legislativas, y de ahí que se hayan fijado condiciones especiales para su reforma.

Entre las atribuciones del Congreso, el Constituyente de 1945 le señaló la de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones", y sujetó el ejercicio de tal atribución a las normas que contiene el artículo 80 de la Carta. Es así como el procedimiento de la adopción es regla indispensable y de carácter esencial para la validez de la ley reformatoria de códigos.

Reafirmando mi convicción sobre este respecto con lo anteriormente expuesto, considero que el proyecto de ley que ha venido para la sanción ejecutiva ha debido ser adoptado previamente, como lo dispone el artículo 80 de nuestra Ley Suprema....".

"Por las razones expuestas, devuelvo sin la sanción ejecutiva el proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" al cual formulo las siguientes objeciones:

"a) Objeción de inconstitucionalidad en su tramitación, por violación de los artículos 76 y 80 de la Carta".

Como se ve por lo transcrito, el Gobierno objeta por un vicio en la formación de la ley o sea por la carencia del requisito de adopción, calificando previamente el proyecto, porque esa es la base de

hecho, el fundamento que permite sacar una conclusión.

Los Magistrados que aprobaron la ponencia circunscriben la interpretación del veto presidencial en los términos que textualmente se copian: "Como cuestión previa esencial de planteamiento y estudio estima la Corte que el diferendo entre la Presidencia de la República y el Congreso Nacional sobre el punto preciso ya conocido, por las razones en que se sustenta y se han expresado de parte y parte, no corresponde exactamente, desde el punto de vista de su significación y trascendencia, a una cuestión de mero procedimiento por pretermisión de una ritualidad en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, sino más propiamente una cuestión sustancial o de fondo, pues en el diálogo contradictorio de los poderes, a la afirmación presidencial de que el proyecto vetado no fue sometido al trámite de la adopción a que se refiere el numeral 2º del artículo 80 de la Constitución Nacional, debiendo haberlo sido, no se opone la parlamentaria de que sí lo fuera, sino la de que, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del acto legislativo, que en manera alguna puede considerarse como reformatorio de un código, como largamente se debatió en las Cámaras, no tenía por qué someterse a trámites distintos de los que corresponden constitucionalmente a la elaboración de las leyes ordinarias o comunes. El mensaje de objeciones al proyecto en consideración dice "que de su análisis y de los antecedentes de su expedición se desprende con toda claridad que hubo olvido de preceptos fundamentales requeridos para que pudiera considerarse como acto jurídico de plena madurez", cuando es claro que no se trata de pretermisión involuntaria, sino de escogencia de procedimiento en razón de consideraciones sustantivas, como es la calificación de una calidad jurídica a la que se vincula indisolublemente el trámite de la adopción, según que se trate de un código o de su reforma, o simplemente de una ley común".

Los falladores manifiestan que la discrepancia entre las dos ramas del Poder consiste en que el Gobierno afirma: "el proyecto objetado hay que considerarlo como código, porque es reformatorio del Código de Elecciones", y el Congreso: "no se trata de reformar un Código Electoral, que no existe en la legislación nacional, sino simplemente de ejercer la función constitucional de hacer las leyes y por medio de ellas reformar las preexistentes".

A continuación agregan que esta clasificación jurídica envuelve un asunto sustancial, y que los trámites por donde ha de impulsarse el proyecto no son más que una consecuencia.

Importante es no olvidar el siguiente pasaje de la decisión mayoritaria, en la que se da a entender que la "objeción de inconstitucionalidad en su tramitación" no es materia de compentencia de la Corte, porque para ello no hay control jurisdiccional: "decidida en la forma negativa en que ha quedado la cuestión sustancial que ineludiblemente consideró la Corte que debía plantearse y resolverse en primer término, de si en la legislación colombiana existe un Código Electoral, sólo resta para examinar la totalidad del problema suscitado por el ejercicio del derecho de veto del señor Presidente de la República al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", estudiar la "objeción de inconstitucionalidad en su tramitación", como está escrito en el mensaje, punto reducido, por lo visto a condición meramente accesoria en la motivación de este fallo.

"Para fundar la discordancia de la Corte Suprema con la tesis de la Presidencia de la República por el sólo aspecto procedimental usado por el Congreso —inadecuadamente planteado así puesto que tal cosa es mera consecuencia o resultado de la ineludible cuestión de fondo que quedó estudiada—, basta recordar que esta Superioridad, en jurisprudencia reiterada y explicada a lo largo de más de treinta años, y no rectificada como equivocadamente lo afirma la Procuraduría, se ha negado a ejercer el control constitucional de las leyes en razón de los trámites o procedimiento establecido para el proceso de su expedición....".

En seguida añaden, tomándolo de un salvamento de voto, referente a la sentencia de 30 de septiembre de 1947, en la que la Sala Plena de la Corte declaró que, por vicios de inconstitucionalidad sustancial y no de mera forma, era inexequible el artículo 45 de la Ley 60 de 1946 sobre presupuesto del año fiscal de 1947: "En efecto por decisión mayoritaria de doce votos la Corte reafirmó la doctrina expuesta en su fallos de 20 de abril de 1912, 20 de octubre de 1913, 15 de febrero de 1915, 7 de diciembre de 1925 y otros posteriores en los cuales ha venido sosteniendo invariablemente su incompetencia para conocer de las acciones de inexequibilidad de las leyes fundadas en irregularidades o vicios en el proceso de su expedición por el Congreso".

En el mismo salvamento se sostiene que la órbita de competencia de la Corte no puede ir hasta

conocer de las controversias motivadas por objeciones presidenciales a los proyectos de ley, por vicios de forma.

Esta doctrina tiene sólida base, si se estudia con detenimiento la enmienda institucional que se llevó al Congreso de 1944, y que no fue aceptada por el Constituyente de 1945. Quedó así zanjada toda duda al respecto ,porque la providencia de 20 de abril de 1912, pauta de otras posteriores, sólo estudió el problema en relación con las leyes en la forma que en seguida se expresa: "....las funciones de la Corte, en presencia de una ley acusada ante ella, se limitan a examinar si sus disposiciones como tales violan o no preceptos constitucionales. En efecto el artículo 4º del Código Civil define la ley diciendo que es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida por la Constitución Nacional y que su carácter es el de mandar, prohibir, permitir o castigar....".

"La acusación propuesta contra la ley que se examina va encaminada, no precisamente a obtener la declaración de que sus disposiciones violan la Carta fundamental, sino a que se decida que aquel acto no es una ley, por defecto en los trámites seguidos para su expedición....". Es como si se hubiera dicho: la acusación no se dirige a la declaración de la inexequibilidad de una ley, sino a que se decida que esa ley es inexistente.

Empero, un criterio lógico conduce a la aplicación de la misma jurisprudencia en las discrepancias de orden constitucional por vicios formales, suscitadas por objeciones a los proyectos de ley, porque, en este evento, el veto presidencial no tiende tánto a la inexequibilidad del articulado del proyecto, sino a que se declare que éste no tiene la aptitud requerida para convertirse en una ley regular.

Límites de la controversia de las objeciones

Desde 1911, la Corte, resolviendo acerca de unas objeciones del Ejecutivo, por inconstitucionalidad, circunscribió la controversia al preciso punto de la discrepancia, no obstante que dos ilustres Magistrados no estuvieron de acuerdo ,porque estimaban que si se encontraban razones distintas de las invocadas en el veto, debían analizarse.

Pero la doctrina de la disidencia no ha sido acogida. Al contrario, cuando el asunto se discutió en el caso de un auxilio al aeródromo de Matecaña (Pereira), el Magistrado doctor Salamanca, ponente de la providencia respectiva aprobada por la Corte, dijo lo que ahora se consigna en el actual fallo: "....La cuestión sometida a la decisión de la Corte, como es obvio, se reduce al punto concreto en que reside la disparidad de criterio entre las dos ramas del Poder Público que ha dado lugar al conflicto institucional".

Hay que pensar que la interpretación mayoritaria no puede desvirtuar las objeciones, sin salirse del punto concreto del diferendo.

En el mensaje, la calificación del proyecto es el fundamento que sostiene la necesidad del trámite, y es claro que la inconstitucionalidad formal es la conclusión de aquella premisa.

Podría decirse con propiedad que la calificación del proyecto (código o ley ordinaria) en relación con la adopción, es determinante de la decisión.

Para verificar la recta aplicación del artículo 80, ordinal 2º de la Constitución no se podría prescindir del examen del proyecto en sus delineamientos jurídicos; pero la inconstitucionalidad no radica allí, sino en la falta de trámite. ¿Cómo ha de determinarse si la norma de la Ley Suprema ha sido o no quebrantada, si se prescinde de la calificación de la naturaleza jurídica del proyecto?

En la sentencia de la mayoría se declara exequible el proyecto, es decir, se sanea el vicio de inconstitucionalidad. Pero no es posible disociar la fundamentación del requisito de adopción y su falta, porque decidiendo que el proyecto no es código, el trámite del artículo 80 aludido no se requiere, y por consiguiente, la conclusión lógica sería la exequibilidad. Y es palmario que si así se resuelve es porque se estima que la Corte tiene jurisdicción para ello, de donde resulta contradictorio hablar a la vez de inhibitoria acerca del vicio de tramitación.

La opinión a que se acoge este salvamento es la de que, conforme a la jurisprudencia de treinta y siete (37) años, no hay competencia para conocer de las objeciones de que se trata. Por tanto, no es posible calificar el proyecto y sacar las conclusiones correspondientes, como lo hace la decisión mayoritaria.

Porque yo estimo que el escogimiento de una determinada tramitación es una vía para la formación de la ley, y si hay un desvío de ella, existe un impedimento procesal (vicio formal).

Más lógico fue el Procurador General de la Nación, cuando con cierta inoportunidad, invita a la Corte a rectificar su doctrina treintenaria, a pesar de que él mismo la había fortificado, como lo expresó del modo siguiente, en su dictamen a propósito de un veto presidencial a un proyecto sobre contribución económica, para un establecimiento docente:

"Pero ocurre que la H. Corte, en jurisprudencia constante, ha declarado que carece de jurisdicción para fallar sobre el procedimiento empleado en el Congreso hasta expedir el proyecto de ley que se envíe a la sanción del Gobierno, y que su función de guardián de la Carta sólo alcanza a los textos de las leyes, proyectos de ley, o decretos con fuerza de tales. Y esta doctrina de la H. Corte encuentra un serio respaldo al estudiar los antecedentes de la reforma constitucional de 1945 que fue precisamente la que decretó los ordinales 4º y 20 mencionados, porque el Presidente de la República, doctor Alfonso López, al enviar el proyecto de enmienda constitucional en 1944 habló de la necesidad que existía de que la Constitución estableciera que "la Corte examine la constitucionalidad de una ley en su fondo y en su forma" y en efecto en el artículo 147 del proyecto se daba a la Corte facultad para "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales en su fondo y en su forma. Y el Acto Legislativo número 1º de 1945 se abstiene de referirse a la forma de los proyectos de ley, lo cual da base para entender que el constituyente aceptó la doctrina de la Corte y no quiso hacer una definición al respecto".

Una tesis de actualidad

No puedo resistirme al deseo de citar los siguientes conceptos que son de actualidad muy trascendental:

"De acuerdo con lo anterior, puede darse el caso de una discrepancia entre el Ejecutivo y el Legislativo acerca del uso o abuso que de sus facultades constitucionales haya hecho el Congreso al expedir una ley. Ese uso o ese abuso puede referirse a la materia misma de la ley, cuando el Congreso cree que ha legislado sobre una materia que es de su competencia y el Gobierno cree lo contrario; o puede referirse a la forma o manera como la ley haya sido expedida, v. gr.: cuando el Congreso estima de buena fe, que el proyecto ha sido aprobado por la mayoría por la Constitución exigida, y el Gobierno estima lo contrario, también de buena fe. Esta última divergencia puede ocurrir cuando el Congreso y el Gobierno no se ponen de acuerdo para apreciar la naturaleza de determinado proyecto de ley, cuando, por ejemplo, el Gobierno piensa que se trata de un código ,y el Congreso que se trata de una ley ordinaria. En este caso el Congreso puede considerar que, por no tratarse de código, el proyecto quedó constitucionalmente aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras y las objeciones ejecutivas constitucionalmente rechazadas por esa misma mayoría absoluta; y el Gobierno puede creer, al contrario, que por tratarse de un código, el proyecto no fue constitucionalmente aprobado ni las objeciones presidenciales constitucionalmente rechazadas por esa mayoría absoluta, pues, por la naturaleza del proyecto, esa aprobación o ese rechazo requerían las dos terceras partes de los votos. En este ejemplo habría una discrepancia, oposición o conflicto entre el Organo Legislativo y el Ejecutivo respecto del uso constitucional de las facultades, al expedir una ley". (Carta del doctor Darío Echandía a varios abogados en agosto de este año).

Como es fácil observar, el doctor Echandía hace distinción entre las normas constitucionales sustantivas y las de procedimiento, y al referirse a una discrepancia, semejante a la que se está discutiendo, da a entender que se trata de una divergencia referente a la forma o manera de la expedición de la ley. Dentro de este orden de cosas, es de toda evidencia que la adopción de un proyecto iniciado por los miembros del parlamento (artículo 80, ordinal 2º de la Constitución) es una formalidad extrínseca que debe llenarse en el evento de ciertos proyectos que la respectiva comisión debe calificar. Tal formalidad hace parte del conjunto de disposiciones del Título VII, en que el constituyente fijó el modo como se han de realizar las labores legislativas.

Para los Magistrados de la mayoría el diálogo de las dos ramas del Poder es una cuestión sustancial, porque se contrae a determinar la calidad jurídica del proyecto, con miras al escogimiento del procedimiento adecuado. Esta operación preliminar que hace el entendimiento es fundamental y la consecuencia de adoptar o no adoptar, es decir, de escoger este u otro procedimiento, son cosas sustanciales, desde el punto de vista ideal; pero la tacha de inconstitucionalidad que hace el Gobierno no la refiere al contenido material del articulado del proyecto, ni a la incompentencia radical del Congreso, como ocurriría en las leyes o proyectos con violación del artículo 78 ordinales 2º y 5º de la Constitución, o cuando las atribuciones del legislador están condicionadas, si se trata de auxilios sin planes ni programas legislativos, sino a vicios formales, que al decir del profesor Bielsa "afectan en el fondo garantías establecidas por la Constitución, pues las mayorías exigidas para la sanción de las leyes (entre nosotros aprobación) es garantía

de mayor representación y correlativa responsabilidad y de mayor suma de opinión".

Inhibición

La Corte debió declararse incompetente o inhibida, conforme a lo que se ha expuesto.

Para tal proceder, fuera de la aplicación del **stare decisis** o sea de los antecedentes de la jurisprudencia, hay otros argumentos, como lo expresa el Magistrado doctor Alvaro Leal Morales en su salvamento. En efecto, la definición que da el artículo 4º del C. C. indica cómo allí la ley tiene un carácter formal, de suerte que la constitucionalidad de forma es necesaria para la existencia de aquélla. Por eso dice el artíículo 81 de la Carta cuales son los requisitos para que un proyecto sea ley o exista como tal.

Esta inhibitoria no implica la afirmación de que el Parlamento es juez y parte, de suerte que la interpretación dada por él sea una verdad ineludible, porque conforme al artículo 2º de la Constitución, los poderes públicos están sometidos en su ejercicio a las normaciones de la ley suprema. Nuestra Constitución es escrita, y lo es, no para que sea un libro cerrado, o una obra de consulta, sino un conjunta de normas obligatorias, y entre ellas hay que contar las que restringen y delimitan el ejercicio del Poder Público.

En la carta del doctor Echandía sobre este aspecto se lee: "Porque la facultad del Congreso para hacer leyes no es ilimitada ni absoluta. Ella está limitada en la Constitución, ya por la materia de la ley, pues el Congreso no puede hacer por medio de leyes, sino las que la Constitución le permite hacer, ya en cuanto a la manera o forma en que las leyes deben ser expedidas".

Calificación del proyecto

Como se dice en la decisión de la mayoría ni en la Constitución ni en la ley se define el vocablo código, y es verdad asimismo que el artículo 41 de la Ley 4ª de 1913 "desde el punto de vista de la codificación actual" hace una enumeración de códigos; pero ello no es óbice para que el legislador la aumente, como lo ha hecho con posterioridad.

El estudio del H. Senador Gilberto Moreno, mentalidad ágil y penetrante, enseña cómo cuando el legislador desde 1863 quiso darle a una ley esa calificación, empleó el término, ora en el Título, bien en las disposiciones o en ambas partes.

Los Magistrados disidentes invitamos a nuestros ilustres colegas de la mayoría para que con el criterio empleado por el Senador Moreno investigáramos ampliamente si dentro de ese criterio eran procedimientos similares buscar la voluntad del legislador al respecto, ora en la historia fidedigna de la Ley 85 de 1916, ora en las Leyes 31 de 1929 y 60 de 1930.

Nada se discutió sobre esta faz del asunto, y el tema quedó circunscrito a las definiciones de Geny, Saleilles, Consentini, Carlos Lozano, etc., dentro de las cuales cabría la Ley 85 de 1916, y que no tienen tampoco una preponderancia sobre el concepto de Littre, Rodríguez Piñeres y Moreno Jaramillo.

En estas circunstancias es muy deleznable el basamento principal de la decisión de la mayoría, porque puede probar demasiado, y por eso, no probar nada.

Otro de los Magistrado disidentes quizá se refiera más ampliamente a este asunto, que no es preciso dilucidar a espacio, porque la minoría propició una resolución de incompetencia.

Tramitación de objeciones

Cuando se trata de objeciones por inconstitucionalidad, si las cámaras insisten, el proyecto pasa a la Corte; pero es lógico que esta insistencia debe efectuarse conforme a los preceptos constitucionales, porque sólo cuando la controversia esté agotada en su trámites en el Congreso, llega para la Corte el momento de ejercer la atribución que le confiere el artículo 90 de la Constitución Nacional.

El artículo 87 de la Carta enseña cómo ha de verificarse la tramitación en cada caso.

Ahora bien: cierto es que el aludido artículo parece dar a entender que las objeciones sólo se harán en conjunto o parcialmente; pero si el texto se interpretara a la letra se llegaría al absurdo de limitar, sin motivo, el veto que la Constitución, con amplitud, concede al Gobierno.

Si él puede objetar en conjunto o parcialmente no se ve cuál sería el argumento razonable para negarle el veto complejo en la fórma en que se alega en el mensaje.

Inconveniencia o inconstitucionalidad son dos conceptos diferentes: la inconveniencia de una ley está e sus desventajas, en los perjuicios que pueda producir; la inconstitucionalidad radica en su oposición a mandatos de la ley suprema. En el fondo de la inconstitucionalidad se agita ciertamente una manifestación de inconveniencia, puesto que las leyes o proyectos inconstitucionales, como violacio-

nes de la ley fundamental, son inconvenientes en un estado de derecho. Mas esa no es la inconveniencia de los ordenamientos expresados en las disposiciones, sino una inconveniencia consecuencial al quebratamiento de las normas superiores.

Habiédose hecho reparos parciales por inconveniencia y totales por inconstitucionalidad, la tramitación de ellos ha debido sujetarse a procedimientos distintos, como quiera que los primeros están sometidos a la competencia de una comisión permanente, en la cual las observaciones puedan ser tomadas en cuenta, mientras los otros se contemplan en segundo debate, que tiene otras finalidades.

Y no se diga que las objeciones son accesorias unas de otras, porque en el **sub lite** se perfilan dos especies de diferente naturaleza.

No es que yo insinúe la aplicación de un judicialismo inútil. Lo que sucede es que hay principios universades de procedimiento que constituyen un orden lógico, ora en el Derecho Público, bien en el Privado, para seguir la denominación tradicional y clásica.

Podría argüirse que a la Corte no le es dado entrar a revisar el procedimiento adoptado por el Congreso. Empero no hay tal revisión, porque la Corte, para ejercer su alta y delicada función, ha de apreciar, no la simple circunstancia material de la llegada de un expediente, sino las condiciones jurídicas en que se presente, es decir, para el evento actual, cuando ya en el parlamento esté agotada al insistencia, por supuesto de conformidad con los preceptos constitucionales.

Dentro de la separación de funciones, correspondientes a las ramas del Poder Público (artículo 55 de la C.), no es lícito imponer a la Rama Jurisdiccional la obligación de mirar con indiferencia, tapándose los ojos, un procedimiento inconstitucional que se le presente como la condición **sine qua non** para ejercer sus atribuciones. Si ello fuere valedero habría, no una separación funcional, sino una férrea dependencia de la Rama Jurisdiccional, no obstante la excelsitud del parlamento, como expedidor de las leyes.

Podría argumentarse diciéndose que las objeciones de inconstitucionalidad tuvieron adecuada tramitación y que es indiferente lo ocurrido con las de inconveniencia. Mas no hay que olvidar que el veto produce efectos suspensivos, cualquiera que sea su clase, y esos efectos sólo desaparecen cuando se realizan los procedimientos constitucionales.

El H. Magistrado doctor Sarasty en su salvamento ahonda el problema discutido, por lo cual no es indispensable examinarlo más a espacio.

Consideraciones finales

1º—Al declararse exequible el proyecto, sin querer extravasar las objeciones del Gobierno, se ratificó implícitamente la jurisprudencia sobre incompentencia y así es inexplicable reafirmar de modo explícito la misma doctrina.

2º—Al acatarse aquella jurisprudencia, debió hacerse en la parte resolutiva alguna declaración al respecto.

3º—Como no se expresó a la luz de qué disposiciones constitucionales se desató el litigio, si las dos consideraciones anteriores no se estimaren admisibles, entonces la controversia se decidió en frente de otros artículos distintos de los señalados en el mensaje presidencial, sin saberse cuáles fueron, y en tales condiciones no se atendió a lo que en la decisión mayoritaria se manifiesta, repitiendo lo que se dijo en el caso del aeródromo de Pereira.

4c—No hay acuerdo total con el concepto del señor Procurador, ni siquiera una aclaración, cuando el señor Agente del Ministerio Público mostró el camino de una rectificación jurisprudencial.

5º—No se demuestra cómo es posible hacer de la objeción dos partes, siendo ella indivisible y confundiendo así lo que es la cuestión previa sustancial que respalda el requisito de la adopción, con una inconstitucionalidad de fondo o de contenido material del proyecto, cuando el Gobierno delimitó su veto dentro del radio de informilidades de tramitación.

6º—No se contesta la tacha que hicimos los Magistrados disidentes sobre la inoportunidad de ejercer la atribución del artículo 90 de la Codificación Constitucional no estando agotado en el Congreso el conflicto, ya que las objeciones de inconveniencia no estaban resueltas en forma constitucional, para que se consideraran normalmente desaparecidos los efectos suspensivos del veto.

7º—Al definirse la calificación del proyecto, se hizo someramente a un lado el meritorio e importante estudio del Senador Gilberto Moreno, para reducir el problema a una confrontación con doctrinas de expositores, en las cuales puede caber la Ley 85 de 1916, la Ley 167 de 1941, como lo reconoció algún Magistrado de la mayoría, la Ley 37 de 1931 sobre el petróleo y otras en que se regule una materia sistemáticamente.

8º—No es argumento decisivo el que la mayoría

de la Corte otorgue la prevalencia a una de las Ramas del Poder, sin poner en la balanza en que se equilibran las opiniones divergentes razones más vigorosas que las que emergen de estas frases:

"En esta situación de desacuerdo en que han proliferado las opiniones y conceptos más contradictorios y no exclusivamente jurídcios en que se ha desarrollado el conflicto de autoridad que hoy dirime la Corte, el juego normal y democrático de las instituciones nacionales, aconseja darle la prevalencia al Congreso".

Una lógica severa hubiera colocado a la Corte Suprema de Justicia entre la tesis de la inhibición o la rectificación de la doctrina de treinta y siete años. Y una actitud prudente, elevada, digna de todo respecto y fácil de asumir por unanimidad, habría sido una sujeción al **stare decisis** o sea el acatamiento a los antecedentes jurisprudenciales.

Bogotá, 3 de octubre de 1949, día en que firmo la decisión.

Eleuterio Serna R.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ANGEL MARTIN VASQUEZ

Durante la detenida exposición oral que tuve oportunidad de hacer cuando se discutía la ponencia que declara exequible el proyecto de ley de contra-reforma electoral, a conocimiento de la Corte Plena por las objeciones que el Excelentísimo señor Presidente de la República le formulara, presenté los argumentos que dentro de mi criterio debían conducir a esta Corporación a inhibirse, por incompetencia de jurisdicción, de conformidad con reiteradas doctrinas, del conocimiento de la cuestión **sub judice,** por tratarse exclusivamente de un asunto de trámite en la formación de la ley, que no compete a la Corte decidir.

Ni mis argumentos ni los que hicieran los distinguidos colegas que conmigo participaron del mismo criterio, al exponer ellos también con admirable dialéctica, las razones de discordancia con la sentencia de mayoría, encontraron eco propicio para ser atendidos y es este el motivo que determina la exposición, nuevamente, de algunos de los puntos tratados entonces, los que serán desarrollados, en la forma más breve posible, a fin de justificar mi disidencia con el fallo de mayoría de la Corte.

En dos forma silogísticas podría plantearse para su síntesis, los criterios contrapuestos:

La Ley 85 de 1916, con sus reformas y adiciones posteriores, no contiene un cuerpo de leyes al cual pueda denominársele código; como lo que no es código no precisa el requisito de la adopción, constitucionalmente hablando, la falta de esta exigencia en la mecánica de la ley, no la vicia de inexequibilidad. Esta es la tesis del Congreso.

La contratesis, es esta: la Ley 85 de 1916, con sus reformas y adiciones posteriores, contiene todos los elementos intrínsecos y extrínsecos que caracterizan una ley-código; como todo código, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 80 de la Constitución Nacional, exige y precisa determinados requisitos para su expedición o reforma, ésta o quélla no puede hacerse en el lenguaje constitucional, sin el requisito de la adopción, trámite fundamental para que un proyecto de ley de tal categoría pueda llegar a ser ley.

El mismo enunciado de los términos que plantea la discrepancia alrededor de las cuestiones en pugna, indica que no es de la esencia del problema, de su misma sustancia o fondo, constitucional, de donde surge el desacuerdo de criterios, sino de algo que dice exclusiva relación a la escogencia de uno u otro procedimiento o trámite para que la iniciativa parlamentaria, limitada en este punto por el querer expreso del constituyente, siga de allí en adelante cumpliendo los derroteros que le marca su propia naturaleza y el objeto a que está destinada en función del ejercicio de expedir leyes, que compete privativamente al Congreso.

Trámite (del latín trames — itis, camino, medio), significa, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia: paso de una parte a otra o de una cosa a otra; cada uno de los estados y diligencias que recorre un negocio hasta su conclusión.

Tramitación, es la acción y efecto de tramitar. Serie de trámites prescritos para un asunto o de los seguidos en él.

Acomodándose el ordenamiento constitucional, en materia de adopción, al significado de las expresiones antes enunciadas, parece fuera de controversia que todo lo que diga relación a esa circunstancia en la expedición de la ley, no pasa de ser una cuestión meramente formal, sin repercusión alguna en la sustancia misma del problema.

No la tendría, en manera alguna, si no fuese porque ese requisito de forma tiene indiscutible repercusión, esta vez sí, en el desarrollo posterior de la ley, en orden a la formación de la misma, puesto que en caso de veto ejecutivo aquella circunstancia condiciona su rechazo, por el órgano legislativo, a especiales exigencias, relativas al número de votos con que debe cumplirse dicho rechazo, o sea las dos terceras partes de los miembros que componen las cámaras.

No existiera este control constitucional a la expedición de ciertas leyes, llamadas con razón privilegiadas, y la controversia de poderes no habría surgido, porque su presencia en este problema no tiene significación distinta a que una de las ramas del Poder Público carece de los votos indispensables para volver ley una iniciativa parlamentaria, aunque reforme un cuerpo de leyes denominado código, sin el cumplimiento de determinado requi-

sito —la adopción— a la que sí se habían sometido todos los proyectos posteriores a la reforma del año 1945 que introducían modificaciones al Código Electoral o sea la Ley 85 de 1916.

Pero incide realmente el problema de código en la constitucionalidad que se estudia del proyecto de ley objetado, hasta convertir lo que es una simple cuestión de trámite en punto sustancial o de fondo para los efectos de la competencia jurisdiccional de la Corte, en orden a desatar la litis entre las ramas del Poder Público en pugna?

Es necesario optar por la negativa de la interrogación propuesta.

Dos fundamentales razones apoyan este criterio:

a) El mismo espíritu que informara la reforma constitucional del año de 1945, renuente a reconocer implícitamente que los requisitos para la formación de ciertas leyes privilegiadas incidieran en cuestiones fundamentales de inconstitucionalidad orgánica de las mismas.

En efecto, propuesto por el Gobierno de entonces, al propugnar la reforma del año de 1945, la adopción de un texto constitucional que implicara para la Corte la función de guarda de la Constitución en su fondo y en su forma, la iniciativa fue rechazada por el Constituyente.

Su objetivo fue explicado así por un eminente comentarista de la reforma.

"Según este inciso (se refiere al texto del artículo 147 de la reforma, correspondiente al 149 de la anterior codificación), decide la Corte:

1º—Sobre los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales, en su fondo y en su forma; agrega, pues, este inciso al vigente la facultad de que la Corte estudie la inconstitucionalidad de los proyectos de ley cuando se les objete por no ajustarse a los requisitos de forma o de trámite establecidos para su expedición. De suerte que si un proyecto de ley no recibe los debates correspondientes, no se presente por quienes puedan hacerlo, no se aprueba en el término señalado, no se vota o **adopta,** según el caso, por el número de votos establecido en la Constitución, etc., el proyecto debe ser objetado y pasado a la Corte para que decida sobre su exequibilidad, exactamente lo mismo que si el proyecto fuera violatorio de la norma suprema en su materia. La reforma tiende en este punto a disciplinar y ordenar el trabajo de las Cámaras. Si la Constitución considera necesario que un proyecto, para que llegue a ser ley, debe someterse a ciertos requisitos de trámite, o actos de forma especiales y claramente determinados, no se ve por qué tales mandatos puedan ser violados precisamente por las entidades que los dictan. Un mandato constitucional, cualquiera que sea su contenido, debe acatarse. No se establece para que no se cumpla. Así, pues, la disposición es lógica, y si se consigna es para corregir el error de la jurisprudencia, que ha estimado que los trámites constitucionales de forma no caen bajo la tacha de inconstitucionalidad...." (lo subrayado no es del texto).

No cabe, pues, la menor duda de que el espíritu que informaba ese cambio fundamental en la estructura constitucional, perseguía llenar la deficiencia encontrada por la jurisprudencia de la Corte en el ejercicio de la facultad otorgada por el constituyente del año de 1910, en su artículo 41 (correspondiente al 214 de la codificación actual), deficiencia consistente en no extender aquella atribución hasta llevar la jurisdicción constitucional a decidir sobre los vicios o defectos de forma que una ley o un proyecto de ley puedan tener, provenientes de su tramitación o formación legislativa.

Surgida aquella facultad de la Corte del texto del artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 y comprendiendo la misma tanto las leyes acusadas de inconstitucionalidad como los proyectos con veto ejecutivo, no puede circunscribirse su ejercicio únicamente a los primeros, sino que abarca también a los últimos, que para aquellos efectos la función de la Corte tiene idéntica prerrogativa como guardiana de la Constitución.

Por consiguiente, ninguna diferencia cabe entre ambas circunstancias, porque la atribución las comprende con idéntica finalidad, y en consecuencia, habiéndosele negado inplícitamente por el constituyente de 1945, la facultad de conocer de los vicios de procedimiento en la formación de las leyes, la deficiencia observada por la jurisprudencia persiste, pues el único órgano capaz de colmarla, se abstuvo de hacerlo.

Las doctrinas de la Corte anteriores a la reforma del año de 1945, pudieron ser susceptibles de crítica en cuanto recortaba la facultad de guarda de la integridad de la Constitución. Sin duda esa misma crítica explica la introducción de los conceptos **fondo** y **forma** que traía el texto primitivo de la reforma.

No habiéndolos adoptado el constituyente, por no admitir la iniciativa en referencia, resulta necesario reconocer que se quiso mantener intacto, sin modificación alguna, el anterior régimen jurídico, que de conformidad con reiterada y constante doctrina de la Corte, impide a ésta extender su

órbita de acción al examen de los vicios formales que puedan existir en el trámite legislativo.

Ante la posibilidad de conflictos entre el Legislador y el Ejecutivo bien está que exista un poder superior capaz de ser árbitro de los mismos, para regular sus atribuciones y facultades a los cauces constitucionales, de los cuales puedan salirse aquellos poderes por el excesivo ejercicio de sus prerrogativas propias.

Pero es obvio que la atribución para dirimir conflictos relativos a vicios formales en la expedición de las leyes debe dimanar de una facultad expresa. No se la quiso dar explícita la Constitución a la Corte, o por lo menos hizo expresa la negativa a modificar el texto de la reforma del año de 1910, por otro que comprendiese en su integridad la atribución conferida a aquella corporación, que al no ser adoptada por el constituyente, dio todavía mayor fuerza a las razones que su propia doctrina había mantenido para no inmiscuirse en cuestiones atañederas a simples reparos adjetivos en la formación de las leyes.

Si antes de la reforma del año de 1945, el asunto podría ser dudoso en su planteamiento jurídico, después de ella no puede decirse lo mismo, porque el constituyente implícitamente reafirmó la doctrina anterior de la Corte sobre el punto jurisdiccional.

b) Esta razón ya no se apoya en un concepto de incompetencia jurisdiccional sino en un sentido rigurosamente lógico de las consecuencias del fallo de mayoría, porque de nada valdría una jurisprudencia reiterada de la Corte, mantenida vigente a pesar de sus constantes críticas, si pudiese ser vulnerada o modificada o restringida con argumentos de fuerza únicamente circunstancial, para hacerle decir a aquella doctrina su exacto sentido jurídico, cuando un criterio distinto del simple interpretativo de los textos legales es el que se emplea, mientras que otro diverso se prefiere cuando la función de guarda de la integridad constitucional resulta interferida por razones de contenido diferente, caso en el cual se busca y se consigue, por medio de una dialéctica utilitaria, tender un puente artificioso entre la tesis de la inhibitoria por incompetencia, fundada en el concepto del trámite legislativo y el fondo mismo del problema, para decidirlo con este último criterio. Ello significa entonces que la doctrina de la incompetencia jurisdiccional no tiene fuerza en su puro contenido dogmático, sino en cuanto no fuese necesario hacer del trámite, como razón de su existencia, una cuestión más fundamental, a fin de conseguir por este medio considerarla de fondo, para rechazar así su aplicación en un caso dado.

Por consiguiente, el requisito de la adoptación en el trámite de la formación de una ley es una simple cuestión de forma y por serlo la doctrina reiterada de la Corte de incompetencia jurisdiccional no ha debido modificarse, no obstante se pregone para justificar el tránsito de un criterio a otro, la naturaleza jurídica del acto legislativo que trata de expedirse, porque con idéntico argumento basta que el intérprete quiera sustraerse al concepto de trámite en la formación de la ley, para conseguir que este incida en un vicio constitucional de fondo, sorteando de esta suerte el escollo que le impediría obrar dentro de aquel concepto.

Ha sido dicho que la inconstitucionalidad puede consistir:

a) En irregularidades en la formación de las leyes (vicio formal);

b) En la oposición del texto legal a una norma constitucional (inconstitucionalidad material o de contenido); y

c) En carencia o limitación de atribuciones del Legislativo (incompetencia radical: absoluta o relativa).

La Corte ha aceptado simepre que es incompetente para conocer por razón de la inconstitucionalidad derivada del aparte a).

Un cambio de criterio, en el presente caso, no tiene justificación alguna, así se pretenda cohonestarlo mediante argumentos de índole circunstancial, que llevan en su propia sustentación el vicio de lo ilógico y acomodaticio.

Al fallo de mayoría, lógicamente, debía incumbirle la adecuada demostración de la premisa mayor del silogismo que lo sustenta, es decir que la Ley 85 de 1916, con sus reformas y adiciones posteriores, no contiene un cuerpo de ley al cual pueda denominársele técnicamente código. A pesar de su sutil dialéctica, en prosa jurídica que por lo undívaga disfraza con su ondulación la argumentación en que se apoya ,no pudo conseguir su intento.

En la controversia han surgido definiciones en uno y otro campo, todas ellas incompletas o excesivas, porque siempre ha sido grandemente difícil buscar el género próximo y la diferencia específica, que constituyen una buena definición. Quizá por ello se acentúa más cada vez la tendencia de sustraer las materias jurídicas de las definiciones, para evitar el escollo de que o no se comprenda en ellas todo el problema o se le amplíe desmesurada-

mente, ambos eventos extraños a una técnica rigurosamente científica y filosófica.

Por ello se ha observado que mientras los propugnadores de una tesis parapetan su criterio en la indiscutible autoridad del Diccionario de la Real Academia, para buscar la definición del vocablo o las distintas acepciones que le asigna a la misma, otros, en cambio, recurren a la autoridad de los juristas y expositores de Derecho, y aun a los diccionarios jurídicos, para encontrar en ellos un apoyo en sus puntos de vista.

Pero es evidente que bien se use uno u otro expediente, la realidad es que con las mismas definiciones sobre la palabra código que trae el proyecto mayoritario, las tesis contrapuestas pueden ser sostenidas. Por ello, habría sido más eficaz y convincente que marginando este problema sobre el concepto propio de la palabra en discrepancia, apenas fuera el trámite en la formación legislativa el que sirviera para la decisión de la Corte, y no otro ninguno.

Un escrutinio de la definición de Alessandri Rodríguez, cuya cita se ha hecho profusamente para impugnar la tesis de que la Ley 85 de 1916 con sus reformas y adiciones constituye un cuerpo legal con estructura de código, convence que ella sirve también para sostener la tesis que se propugna.

Dice así el mentado expositor:

"El código es un cuerpo sistemático porque todas las disposiciones que lo componen se hallan ordenadamente relacionadas entre sí. Es orgánico, porque las leyes que lo integran forman un todo, en el cual las partes se hallan dispuestas guardando consonancia y armonía, tal como en un organismo. Y, por último, el código es un cuerpo completo, porque contiene todas las normas de una misma especie, vigentes en un determinado momento histórico .(Curso de Derecho Civil, Tomo I. página 46).

Conviene advertir, primeramente, que la definición anterior corresponde en forma exclusiva al Código Civil, del cual aquel expositor es eminente comentarista. No es aceptable, pues, que se amplíe tanto su contenido hasta pretender con ella definir la locución código, como lo hace el fallo, sin parar mientes en el objeto a que está destinada.

Pero aun aceptando tal criterio, basta con descomponer aquella definición, y adaptarla a la materia de que se trata, para que resulte claro que si por sistemático se quiere significar el ordenamiento de las materias entre sí, a fin de que aparezca un conjunto de reglas o principios sobre una determinada materia, enlazados y concatenados en forma que ese ordenamiento y concatenación contribuyan a un objetivo especial, es imposible negar la categoría de código a la Ley 85 de 1916 con sus reformas y adiciones.

Lo mismo ocurre si es al concepto de orgánico a lo que se reduce la nomenclatura de código dentro de la definición que se estudia ,porque si ese criterio se remite a que las partes se hallen dispuestas guardando consonancia y armonía tal como un organismo, es evidente que el Código Electoral llena con creces este cometido, porque eso mismo pregona la estructura material de la ley de elecciones en cita, que está compuesta de 309 artículos, con 17 capítulos, en donde se reglamenta en toda su integridad la materia y cuyas leyes posteriores están incorporadas automáticamente en la misma estructura del código, puesto que versan sobre cuestiones que tienden con un fin metódico a desenvolver, por medio de normas, toda la actividad que surja en materia comicial, bien sea en cuanto a censo, división territorial, jurisdicción, competencia, definición de las infracciones penales, asignación de las penas aplicables y procedimiento para investigar los delitos de esa índole, calificarlos y sentenciarlos, aparte de que también prescribe reglas sobre jurados de votación, nombramientos, excusas, papeletas, votaciones, escrutinios, períodos, nulidades, elegibilidad, no elegibilidad, etc., etc.

Si esto no es un **cuerpo completo,** como la misma definición que se cita lo exige, es porque se cierran los ojos a una realidad concreta y no susceptible de distinta interpretación.

Y así podría seguirse argumentando con igual método, con fundamento en otras definiciones contenidas en el fallo de la mayoría, en la seguridad de que de su discriminación resultaría la evidencia de la tesis pregonada.

En efecto, si como lo quiere el doctor Carlos Lozano y Lozano, la estructura de un código exige permanencia, madurez y continuidad, todos estos atributos corresponden a la Ley 85 de 1916 con sus reformas y adiciones, porque reglamentando esta ley la materia comicial, base de la organización jurídica del Estado y origen de los poderes públicos, si hay algo que deba tener carácter de permanencia es ella, desde luego que su modificación entraña consecuencias de gravedad indiscutible, que por incidir en los organismos políticos, no puede ser modificada unilateralmente. Talvez no fuese otro el criterio que guiara al constituyente para limitar la iniciativa parlamentaria en orden a la expedición y reforma de estas leyes, a fin de conseguir mediante esos controles constitucionales, un más reflexivo y detenido estudio de la materia so-

bre que se pretende legislar, con base en el presupuesto que las leyes señaladas en el ordinal 2º del artículo 80, por ser de trámite privilegiado, exigen mayor técnica y más cuidadoso examen y discriminación que las leyes comunes. Los mismos argumentos refuerzan el criterio de madurez y continuidad en esa clase de organismos legislativos.

Contra la ordenación y sistematización del Código Electoral se arguye que no puede denominársele de esta suerte porque en múltiples ocasiones ha sido modificado y que por lo tanto no tiene carácter de estabilidad o de permanencia.

No puede ser serio que se le quite el carácter de código a una materia legislativa de cualquier índole que sea si llena los demás requisitos que le dan aquella denominación, bien sea intrínsecos o extrínsecos o adjetivos, porque en el curso de su actividad como elemento para regular una determinada acción legal, ha sido modificado o sus disposiciones han sufrido derogación o subrogación, en materias de suyo cambiantes y que pueden hacer referencia a cosas que por su misma índole exigen modificaciones o alteraciones por el transcurso de los tiempos.

Así ocurre con el sistema del voto, con el período de los senadores y representantes, diputados y concejos municipales; con el número de habitantes que pueden constituir una determinada circunscripción electoral, modificable a medida que los censos elevan la población; con la ampliación de la capacidad de elegir mediante el sufragio universal, sin limitación alguna por renta o capital o la misma vecindad del elector para votar en el municipio si figura en el censo electoral; sobre las fechas de las elecciones, que pueden ser objeto de cambios; sobre el empleo de la cédula, corporaciones escrutadoras, etc., etc. Materias todas estas que por implicar modificaciones al Código Electoral no cambian su fisonomía ni alteran su estructura, porque si bien ordenan cuestiones susceptibles de ser reguladas por normas diferentes, al ser incorporadas al Código Electoral hacen parte integrante de éste y como tal pueden ser concatenadas y sistematizadas, en forma que guarden todas entre sí la debida armonía e integridad que las haga un cuerpo homogéneo y regular en una determinada materia legislativa.

Decir que un código, porque ha sufrido modificaciones, no merece tal calificativo no pasa de ser una afirmación carente de sentido jurídico. Podrían citarse multitud de códigos, a los que nadie les ha negado este carácter, a pesar de que sufrieron infinidad de modificaciones y subrogaciones en el transcurso de su vigencia. Nadie osa negar categoría de Código al Judicial, por ejemplo. Su adopción no sería nunca materia de controversia. Y sin embargo, por adjetiva y simple que sea su reforma, aquel requisito tendría que ser cumplido, y ¿cuándo un hecho de esta clase desataría zozobra, intranquilidad o desasosiego público? Quizás nunca. ¿Por qué entonces considerar de menor categoría un Código Electoral, en el cual los partidos políticos, base de la democracia, fincan sus aspiraciones, y se busca su modificación sin satisfacer exigencias constitucionales, que entre sus mejores resultados tendría por lo menos el de evitar reformas inconsultas, precipitadas o peligrosas?

Destro de este orden de ideas podría darse una definición de Código, cuyos términos de precisión jurídica inobjetables, ensamblan de manera perfecta en la estructura de la Ley 85 de 1916, con sus reformas y adiciones.

"Por código se entiende un cuerpo orgánico de normas, constituído sobre una base sistemática predeterminada, en materias en parte nuevas y en parte preexistentes a la redacción del código, comprensivo de todas las normas pertinentes a una rama del derecho y destinado a regular todas las relaciones jurídicas que caigan bajo el mismo, que emanan de manera inmediata, por su aspecto formal, de aquel órgano del Estado al cual corresponde el poder de legislar". (Enciclopedia Italiana ,Tomo X, página 676).

Así definido, dos condiciones podrían encontrarse para que una ley tenga el carácter de código: una de naturaleza intrínseca, con prescindencia de sus condiciones externas; otra de esta categoría. En el primer caso a la naturaleza dada por el propio legislador, se conforma la naturaleza misma de la ley que se expide con ese nombre o que con ese nombre quiso ser incorporada a la legislación de un país por el propio legislador.

De manera que bien por este concepto o por el intrínseco, aisladamente de toda otra consideración, como situaron el problema los Magistrados de mayoría, la Ley 85 de 1916, con las reformas y adiciones que con posterioridad a su expedición se le han introducido y que forman parte de su estructura, constituye el Código Electoral colombiano, porque tendría ese carácter "aun cuando nadie lo llamara así, porque las cosas son lo que son", concepto del que no se aparta, por el contrario acoge, la ponencia.

Un criterio de autoridad indiscutible, por el triple aspecto jurídico ,moral y político, sirve para tener como valederas las anteriores afirmaciones.

Surge él del siguiente concepto dado por los eminentes jurisconsultos doctores Eduardo Rodríguez Piñeres y Jaime Rodríguez Fonnegra, cuando afirman: "Que definiendo lo que en la Constitución se llama código, el legislador restrinja o amplíe el significado del vocablo, no es posible, comoquiera que sólo el constituyente podría interpretar con autoridad las expresiones oscuras del mismo; por manera que hay que entenderlo en su sentido natural y obvio. Dado esto, y puesto que en un principio la Ley 85 de 1916 fue cuerpo legislativo de los que encajan en la definición de "código", tiene razón Moreno Jaramillo en afirmar que tal ley es el Código de Elecciones y que el sin número de disposiciones que lo reforman son, por lo general, parte del mismo".

No contradice este criterio, la tesis de la transitoriedad, tan cara a los juristas ya nombrados y en virtud de la cual la fecha que fija el artículo 49 de la Ley 89 de 1948 para las próximas elecciones presidenciales, no hace parte del Código Electoral, precisamente por aquel carácter transitorio.

Al respecto puede afirmarse que en materias legislativas ,lo que es transitorio es la ejecución de la ley y que el imperio de la misma desaparece cronológicamente ,pero no por esto deja de ser ley, porque el concepto del legislador, recogido en el precepto transitorio ,no desaparece como concepto emitido, y sirve de esa suerte para la interpretación de la misma, aunque después aparezca vaciado de contenido, en orden a sus futuras consecuencias, pero no dejaron de producirse cuando la vigencia del mismo actualizaba su permanencia como norma de ineludible cumplimiento.

Como ejemplo de esto pueden ponerse los artículos transitorios de la Constitución, los cuales por tener ese carácter no pueden ser modificados por una ley cualquiera, sino por un acto reformatorio de la misma.

Y es que lo transitorio apenas hace relación al orden cronológico de los acontencimientos. Pero en el orden jurídico sirve de enlace para los hechos que siguen adelante, desde luego que constituye el fundamento de lo que debe sucederse en el futuro.

En efecto, la Ley 85 de 1916, o sea el Código Electoral, señalaba el primer domingo de febrero como fecha en que debían efectuarse las elecciones presidenciales, a contar de 1914 (artículo 88).

Con posterioridad, el artículo 8º de la Ley 187 de 1936, dijo: "La elección de Presidente de la República se hará cada cuatro años, el primer domingo de mayo, a partir de 1938".

Por su parte el artículo 49 de la Ley 89 de 1948, señaló como fecha para las elecciones de Presidente de la República, en el próximo período constitucional, o sea de 1950 a 1954, el primer domingo de junio de 1950.

Esta ley que fija la fecha en junio de 1950, reforma las otras, en donde se había establecido fecha permanente para dicha elección, puesto que esta última restringe la aplicación de la que había antes fijado aquella fecha. Es, pues, una especie de suspensión implícita ;y ya la jurisprudencia de la misma Corte ha admitido que la suspensión de la ley es una reforma de la misma ley. Restringir y suspender son sin duda alguna reformas de la ley.

Además, por ser transitoria una norma legal podría decirse que su vigencia tuvo circunscrito su imperio para un determinado período de tiempo; pero ello no significa que no esté incorporada a la legislación y como tal debe considerársele para saber si sobre la materia de que versa se han de adoptar determinados requisitos en su expedición, que en caso de ser desconocidos vulneran principios de muy superior categoría.

Es a este criterio al que debe atenderse y no a la función tiempo en que actúe la ley, porque aquel dice permanencia en orden a las formas de su expedición, como regla reguladora de una especial actividad, y ésta a contingencias accesorias de muy escasa significación frente a los principios tutelares de la organización del Estado, como son, por antonomasia, los consagrados en la Constitución Nacional.

No es posible concebir un Código Electoral sin fijar fechas en las que han de celebrarse los comicios populares. Todo código debe responder a muchas preguntas. Una de ellas es señalar fechas, términos, etc., etc. Y si es electoral, esto último es fundamental en el código, hasta el punto de que puede afirmarse que es más importante el hecho de señalar una fecha para que se realicen las elecciones, que el acto físico de sumergir el dedo índice de la mano derecha en un recipiente de tinta indeleble para efectos de restringir la votación múltiple por un mismo individuo. Ello porque es más importante para el ciudadano conocer con exactitud cuándo ejerce la facultad constitucional de sufragar, que conocer la manera de hacerlo o los requisitos con que debe ejercer dicha facultad.

Así el artículo 2684 del Código Civil, aunque es adjetivo porque se refiere a la manera de citar las disposiciones de los códigos nacionales, no puede negarse que se encuentra incluído dentro del Código Civil, que hace parte integrante de éste, por-

que no se le puede permitir al intérprete la facultad de decir cuáles artículos que están en el código hacen parte de él. Se necesita un poder igual o superior al del legislador para sustraerlos de allí, o para no aplicarlos arbitrariamente, para efecto de las prelaciones legales. Los mismos legisladores no podrían hacerlo sino por medio de otras leyes constitucionalmente dictadas.

Por lo demás, el hecho de que una disposición suspenda otra no significa que queda derogada, porque no es aquel uno de los modos de derogar la ley que contempla el Código Civil (artículo 72).

Bastaría para fundamentar todos estos razonamientos tener en cuenta las leyes que otorgan facultades extraordinarias al Organo Ejecutivo del Poder Público, transitorias por definición, por lo mismo que dichas facultades son constitucionalmente **pro tempore.** Sin embargo estas leyes están vivas, a pesar de que su vigencia sea transitoria, pues la transitoriedad en ellas apenas hace referencia a sus efectos que se cumplen mientras subsistan las facultades, y las consecuencias de orden legal derivadas de las mismas por efecto de la manera como se hizo uso de esas facultades, subsisten en el tiempo, no son precarias, sino que tienen una proyección jurídica tan extensa como las materias sobre que versan o sobre lo que fue objeto de su regulación.

Que a la Ley 85 de 1916 se le quiso dar el carácter de código, no se remite a duda. Bastaría para tenerlo como evidente recorrer la historia fidedigna de su expedición para comprobar, sin la menor duda, que tanto la exposición de motivos, originaria del Consejo de Estado, como los informes de las Comisiones que estudiaron en ambas Cámaras el proyecto respectivo, indican que en el espíritu de los legisladores estuvo presente la idea de dotar a la República de un Código Electoral, necesidad inaplazable y clamor unánime de los partidos en ese entonces.

Podría hacerse una extensa transcripción de todas las piezas pertinentes, extractadas del tomo respectivo, que establecen sin ambigüedad ni eufemismo, que los legisladores de 1916 tuvieron el propósito, que realizaron y cumplieron, de dotar a la República de un cuerpo ordenado y sistematizado de disposiciones que regularan íntegramente la materia electoral, base de los Poderes Públicos y como tal, fuente de donde dimanan, que por serlo, merece ser catalogada entre las leyes de más alta categoría de que pueda ufanarse un país civilizado y democrático.

Fue tanta la previsión de los Legisladores que expidieron el Código Electoral, o sea la Ley 85 de 1916, que la propia comisión del Senado, al rendir informe favorable para segundo debate, expresó algo que aparte de constituir una admirable demostración del espíritu que animó la expedición de ese código, contiene además un extraordinario antecedente, desde luego que aquella ilustrada comisión opinaba que el proyecto debía ser sometido al trámite prescrito en los reglamentos de las Cámaras, porque se trataba de expedir un código.

Dice así:

"El Congreso faltaría a uno de los más elementales deberes para con el país si dejara transcurrir la presente legislatura sin expedir un **Código Electoral** claro y preciso, que no dé asidero con sus oscuridades al fraude, a la burla y suplantación del derecho que tienen los pueblos de ser gobernados por los mandatarios de su propia elección.

"Un proyecto de esta naturaleza, cuyas partes están íntimamente enlazadas entre sí y sujetas a un plan persistente, no podría modificarse inconsiderablemente en las discusiones de las Cámaras, sin peligro de incurrirse en yerros de funestas consecuencias, por lo cual nos acogemos a las sabias disposiciones que contiene el Reglamento de la Corporación cuando se trata de la expedición de códigos, como en el caso presente ,para proponeros".

Pero no son solamente los hechos concomitantes a la expedición del mismo código los que sacan avante esta tesis. Hechos posteriores también sirven de modo eficaz para comprobarlo, porque si el legislador llamó a aquel ordenamiento de disposiciones legales sobre una misma materia, la electoral, código, la referencia que en leyes posteriores hiciera a él, dándole tal denominación, significa la consagración auténtica del mismo estatuto y presta gran autoridad para negarle ese atributo.

La Ley 31 de 1929 (noviembre 12) tiene este título: "Por la cual se reforma el CODIGO ELECTORAL". El título de un código es verdad que no tiene fuerza para darle vigor a una disposición o a una serie de disposiciones reguladoras de idéntica materia legislativa. Sirve, sin embargo, como elemento imponderable para demostrar el espíritu del legislador, cuya voluntad fue expedir un CODIGO ELECTORAL, por la continuidad que ese mismo espíritu manifiesta a través de distintas etapas legislativas.

La Ley 60 de 1930, en el artículo 1º dice que durante la suspensión de sus disposiciones rige "El Código Electoral".

Ya se ha dicho que el carácter transitorio de la ley no es elemento que quite a ésta su razón de ser en sí misma y en su contenido. Aparte de esto bien vale la pena afirmar que tanto la Ley 31 del 29 como la 60 de 1930, pueden considerarse como normas interpretativas, que en último término no vienen a decir cosa distinta de que la voluntad del legislador fue expedir un CODIGO ELECTORAL. Ello porque no es necesario que en el acto de expedir una ley se diga expresamente que es un código. Esta denominación puede dársele antes o después de su expedición. Antes, v. gr., lo dijo el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, ordinal 2º, que es de este tenor:

"Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, o se hallen en un mismo Código, proferirá la disposición consignada en artículo anterior; y si estuviere en diversos códigos proferirá, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública".

Quiere decir lo anterior que sobre todas estas materias el legislador tiene facultad para expedir Códigos y en realidad muchas de ellas están regidas por estatutos de esta naturaleza, sin que sea óbice la división general de los mismos en la Ley 4ª de 1913 (Código Político y Municipal).

Este ha sido, sin duda alguna, el argumento más trascendente para desconocer el carácter de código a la Ley 85 de 1916 ,el que se ha fundado en el artículo 41 de la mencionada Ley 4ª de 1913.

De conformidad con este punto de vista se arguye que no figurando en la enumeración del artículo 41 la materia electoral, no puede atribuírsele el carácter de código a la Ley 85 de 1916.

El argumento se contesta afirmando simplemente que el artículo 41 al hacer la enumeración de los cuerpos legales del país, advirtió previamente que ella se hacía desde el punto de vista "de la codificación actual". Es decir, de la existente el día que entró a regir la Ley 4ª de 1913, esto es, el Código Político y Municipal.

Si el legislador, con posterioridad a la mencionada ley, por haber ésta clasificado los códigos existentes hasta ese momento, no pudiese hacer uso de la facultad constitucional de expedir nuevos códigos, ello querría decir que tal facultad carecería de objeto.

También el legislador, con posterioridad a la vigencia de la Ley 85 de 1916, afirmó en las leyes de los años de 1929 y 1930 (31 y 60), de naturaleza interpretativa y que por lo mismo hacen parte del espíritu que guió al legislador al expedir el Código Electoral, que tal ley tenía este carácter y ninguno otro.

Se ha sostenido, con cita de multiplicidad de leyes expedidas en diversas épocas, que únicamente el cuerpo de las mismas denominado código de manera expresa por el Legislador merece tal nombre, el cual no puede dárseles a otras, aunque constituyan un cuerpo sistematizado u ordenado de una determinada materia de la legislación, olvidando quienes de tal suerte opinan que puede haber otros criterios semejantes, como sería el caso de que en la historia fidedigna de la expedición de una ley, como ocurre con la 85 de 1916, apareciera la voluntad del legislador, reafirmada después en leyes posteriores, como las que antes se citaron.

Por lo mismo, no puede admitirse aquel único y exclusivo criterio para definir si una determinada ley tiene el carácter de código. Aun no teniendo la expresa manifestación del legislador en tal sentido, hay materias que la llevan implícita, y otras, que en el espíritu de quienes las elaboraron y como legisladores las expidieron, quedó refrendado el propósito de que fuera ley con el distintivo característico que le da el nombre de código.

La mayoría, sin tener en cuenta detenidamente el concepto del senador Gilberto Moreno sobre aquel orden de ideas, para meditarlo con toda reflexión, como hubiera sido de desear por la importancia de sus conclusiones, optó, sin embargo, por buscar la naturaleza de lo que es código en las simples exposiciones de los doctrinantes, criterio que no deja de ser vago y deleznable y que se presta perfectamente para acomodar allí la Ley 85 de 1916, como hasta la saciedad se ha demostrado.

Por consiguiente, abandonado por la mayoría el criterio de que la palabra código debía entenderse de conformidad con el significado que le diese el propio legislador en cada caso al expedir un cuerpo de leyes con aquella denominación, es obvio que se acogió al método científico para interpretar la palabra de acuerdo con el sentido que le dieran a la misma los expositores de derecho y los diccionarios forenses.

Esto conduce a considerar que siendo tan discordantes los pareceres sobre la materia, la tesis de la mayoría, por extensa, puede servir para que en otros casos ella misma se preste a dar aquella denominación a ciertos cuerpos de leyes cuya estructura concuerda con las definiciones tenidas como científicas, sin que pueda ponérsele objeción

alguna a esa clasificación, que encaja en el concepto de los doctrinantes. Entonces, frente a situaciones como la presente, habría que recoger la doctrina sustentada en el fallo, o mantenerla, dando a las cosas la denominación que les corresponde, pero sin criterio casuísta.

Fácil resulta aducir como argumento que porque el legislador, en un momento dado, olvidó reglamentar determinado orden de materias, para incluirlas en el concepto de lo que debía ser tenido como cuerpo de ley-código, ese orden de materias —en este caso el electoral— no hace parte de aquella exhautiva clasificación.

Cuando de tal suerte se argumenta se olvida el espíritu que informó la expedición del código, expresamente manifestado por quienes interesados en ella, así lo denominaron; se desconoce, también, una ingente labor jurisdiccional, que sin reato alguno, porque no estaba de por medio otra concepción casuística, así de tal manera lo designó; se olvida, asimismo, lo que dijeron juristas eminentes, profesores universitarios y serios compiladores, quienes no dudaron en enseñar y publicar que el país tiene un Código Electoral, circunscribiéndolo y determinándolo, sin sombra de sospecha, a las materias que reglamenta la Ley 85 de 1916.

No sobra agregar que constituye un hábil sofisma del fallo de la muy ilustrada mayoría de la Corte citar el artículo 29 del Código Civil, para contraponerlo al artículo 28 de la misma obra y radicar en aquél la fuerza argumental que saque valedera la tesis allí sustentada sobre la inexistencia de un Código Electoral en la legislación del país.

Quizás el argumento tendría más eficacia persuasiva si los que profesan esa ciencia o arte que se pretende —aunque no se diga siquiera a cuál corresponde la de que aquí se trata— estuviesen acordes en la definición más adecuada a la palabra que constituye la polémica. Ello porque existiendo unidad de criterio al respecto, nadie sería osado a negarse a atender a esa regla de hermenéutica, que estaría más en consonancia con la índole del problema.

Pero como ocurre que la misma definición de los expertos en esa ciencia o arte sirve para sustentar una u otra tesis, el argumento se quiebra, pierde su fuerza sofística, y cobra, en cambio, mayor valor el que sustenta el artículo 28, porque en éste el criterio para el intérprete no se presta a divisiones sobre el significado o alcance de un vocablo o palabra, desde luego que el sentido natural y obvio de las palabras, cuando éstas no están definidas por el legislador, no se presta a edificar sobre ese concepto distinta interpretación que la que surge de la significación misma de la palabra y del empleo o uso con que ha sido costumbre entenderla en lenguaje común, porque éste es el predominante en estos particulares y además hace parte del léxico jurídico

Para terminar este salvemento es indispensable afirmar que la exposición contenida en él sobre si la Ley 85 de 1916, con sus reformas y adiciones, es código, fue necesario hacerla únicamente para desvanecer los argumentos de la mayoría, con los cuales se quiere demostrar que el proyecto objetado constituyé una ley ordinaria y no un código, calificación que forzosamente estaban obligados a hacer y demostrar los señores Magistrado mayoritarios para llegar a la exequibilidad.

Dentro del punto de vista de quienes no comparten igual criterio, no es preciso escogitar definitivamente la naturaleza del proyecto. De modo que los conceptos expresados en este salvamento sobre aquel punto concreto no persiguen nada distinto que demostrar cómo son de débiles y deleznables las razones en que se apoya la decisión mayoritaria.

Es evidente que a los muy distinguidos Magistrados de la mayoría les correspondía, al calificar el proyecto, para saber si debía adoptarse o no, demostrar plenamente si se trataba de una ley ordinaria y no de un código.

En este salvamento se han dado razones muy valederas y satisfactorias para comprobar que hay argumentos más decisivos que los invocados por la mayoría para establecer que la Ley 85 de 1916 sí es código.

Conviene advertir, también, que no se pretende aquí la calificación definitiva de la naturaleza del proyecto objetado, porque ello no es indispensable para propugnar la doctrina tradicional de la inhibición, que hubiera sido la más procedente en el caso.

De manera que la exposición sobre código sólo tiende a poner de relieve la inconsistencia de la decisión mayoritaria respecto de lo que allí se denomina la cuestión de fondo, que constituye todo el fundamento principal de la resolución adoptada.

La argumentación que tuve la oportunidad de hacer en la discusión plena sobre todas estas cuestiones, creo sinceramente que no tuvo adecuada respuesta, y por tanto juzgué indispensable repetirla en este salvamento.

Respaldo, también, los motivos de disentimiento en que cada uno de mis colegas de minoría fijaron su disidencia al fallo, porque comparto en su totalidad las razones jurídicas en que fundamentan su actitud.

Bogotá, octubre seis (6) de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

Angel Martín Vásquez.

SALA DE CASACION CIVIL

CASACION. — LA VIOLACION DE NORMAS LEGALES PROBATORIAS NO INCIDE EN ESTE RECURSO

Es tesis tradicional de la Casación Civil de la Corte la de que el quebranto de reglas legales probatorias no incide por sí mismo en el recurso de casación, como quiera que, siendo ellas apenas un medio de hacerse tangible en el proceso la existencia y medida del derecho subjetivo, sólo cuando éste se desconoce como efecto de yerros probatorios se vulnera la norma sustancial reguladora de la conducta de las partes fuera del proceso, y dirigida dentro de éste al Juez para que imponga a aquellas su observancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo cuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Entre Lucrecia Forero Franco, vendedora, y José Vicente Niño, comprador, se contrató la compraventa de un inmueble situado en Bucaramanga, e individualizado como se puntualiza en estos autos; poco tiempo después la vendedora demandó al comprador ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga para que mediante el trámite ordinario se declarara que el verdadero precio fue inferior al que aparece en la escritura mediante la cual se solemnizó el pacto, y que sobre la base del precio real, o, en subsidio del aparente, se rescindiera por lesión enorme el aludido contrato, y se adoptaran las medidas consecuenciales a la rescisión.

Los hechos fundamentales de la acción, en síntesis, se refieren al verdadero precio del inmueble, a la exigua cuantía del realmente recibido, y a la imposición del comprador sobre la forma cómo debía aparecer en la escritura el precio de la finca.

En la primera instancia el Juez despachó favorablemente las pretensiones de la demandante en sentencia fechada el veinte de noviembre de mil novecientos cuarnta y seis, la cual revocó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en fallo del diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, al desatar la apelación que contra el de primer grado interpuso la parte demandada, a la cual absolvió de todos los cargos del libelo.

Lucrecia Forero ha recurrido ante la Corte en casación, recurso que se procede a solucionar.

El Tribunal se fundó, mediante un prolijo análisis del material probatorio, en que la actora no logró demostrar el justo precio de la cosa vendida; contra ese examen, y esa conclusión dirige el recurrente el cargo de ser violatorios de los artículos 721, 723 y 697 del C. J., relativos los dos primeros al mérito de la prueba pericial, y el último al de la de testigos.

La sola enunciación del cargo conlleva el fracaso del recurso; en efecto:

Esta Sala, de manera constante y uniforme, ha venido repitiendo el concepto que, sin desconocer a los preceptos puramente probatorios linaje sustantivo, los priva, sin embargo, de entidad suficiente para que su solo quebranto incida en la prosperidad de un recurso de casación.

Tal idea se reafirma ante la tendencia contemporánea de cobijar bajo las calificaciones de sustantividad o adjetividad de las normas jurídicas, conceptos un poco más precisos que los vagos y ambiguos que hasta ahora se han contenido en esas construcciones del léxico forense; Gallinal observa a este propósito que la expresión "ley adjetiva" aplicada a los mandamientos procesales, y contrapuesta a la de "ley sustantiva", tuvo su origen en una caprichosa y anticientífica clasificación de Bentham, quien, influído por la escasa importancia que en su época se atribuyó al estudio del proceso, concebía dos géneros de normas de derecho comparables la una a la acepción gramatical del sustantivo, enunciador de la naturaleza de las cosas, y la otra al adjetivo, destinado apenas a expresar las cualidades o modos de ser

de la sustancia. Dentro de ese artificial cotejo del contenido de dos partes de la oración con el de los preceptos positivos, se consideró la ley sustantiva, es decir la que atribuye o reconoce el derecho subjetivo, como permanente y sólida base del ordenamiento jurídico, al paso que la adjetiva se reputaba como accesoria o accidental, y en todo caso, de inferior calidad a las reglas que caían bajo el prestigio del otro calificativo.

Con criterio tan incierto pronto se destacó qué normas de estructura meramente procesal eran de entidad relevante dentro de la realización y operancia normal del derecho, y qué otras, como las probatorias, no podían catalogarse con precisión y propiedad dentro de alguna de esas dos categorías por no coincidir con las características absolutas de la una, ni con las secundarias de la otra.

Se abrió así el campo para que en cada caso concreto el juzgador, teniendo en cuenta los lineamientos generales del sistema comparativo que se deja visto, asignara a cada mandamiento jerarquía y alcance, habida consideración de su contenido.

Tal estado de cosas, como es obvio, se resentía del inevitable casuísmo consiguiente a la aplicación de principios indecisos, imprecisos e incompletos, a fenómenos reales que por su naturaleza escapan a este linaje de configuración teórica.

Los autores que actualmente investigan sobre la naturaleza y alcance de los diversos géneros de mandamientos continúan asignando una índole propia y eminente a los que regulan en forma directa la conducta de los asociados en frente de la distribución y goce de los derechos generadores de sus posibles intereses; tal el precepto sustantivo o sustancial, si se le quire libertar de su calificación gramatical por considerarla inductiva de ambigüedad o error. Pero, en frente de esas leyes, hay otras destinadas a actuar cuando la libre voluntad de los obligados no es eficaz para que el ordenamiento sustancial halle cumplido efecto; es entonces cuando el Estado ha de imponer la observancia de aquél contrariando la renuencia individual a realizarlo, y es también, entonces, cuando se hace indispensable la pauta jurídica que gobierne el comportamiento de los jueces y de las partes en el mecanismo previsto por la ley para que puedan alcanzarse las finalidades ya dichas. Surge así el derecho procesal como un instrumento del sustancial, en el sentido de que el primero no es fin de sí mismo sino medio de observancia del segundo.

Se destaca así la circunstancia, comentada por Calamandrei, de que mientras el derecho instrumental es norma de actividad para el juez y las partes dentro de una realización dinámica no concluída, pues apenas lo estará con la sentencia, el derecho sustancial entra en el proceso "como tema de investigación y de reconstrucción histórica, respecto de la cual se discute únicamente para establecer cómo debía ser observado y si fue observado fuera del proceso en una relación ya agotada que se considera estáticamente como perteneciente al pasado".

De esta diferencia surge con nitidez que hay preceptos de aplicación necesaria en el desarrollo del proceso para que éste cumpla su objeto, y que sin embargo no coinciden cabalmente, participando de ambas, con la naturaleza de los sustanciales, como tampoco con la de los instrumentales; lo primero porque apenas pueden considerarse como medio de penetrar en el proceso las normas sustanciales y lo segundo porque no regulan las formas de los actos procesales propios del juez o de las partes; estos mandamientos se consideran como medio de comunicación entre el derecho sustancial y el proceso en el logro de la indispensable unidad del ordenamiento jurídico.

Refiriéndose a esta clase de disposiciones legales y especialmente a la dificultad de codificarlas como sustanciales o formales, se expresó así la relación Grandi al motivar el Código de Procedimiento Civil italiano: "Sin embargo, tiene sus profundas razones la colocación tradicional en el Código Civil de algunas normas procesales en su apariencia, como aquellas relativas a las pruebas y cosa juzgada, o a la ejecución forzosa. Algunas instituciones bifrontes, que representan un puente de tránsito entre el proceso y el derecho subjetivo, pueden tomarse útilmente en cuenta mirándolas bajo el aspecto con que juegan en el proceso, o en cuanto a los efectos que producen sobre el derecho substancial fuera del proceso; por consiguiente, las mismas son susceptibles de sistematizaciones diferentes, según sea el punto de vista desde el cual se enfoquen. Esto vale especialmente para las normas que regulan la admisión y la eficacia de los medios probatorios, que, particularmente cuando se establecen por los casos de relaciones jurídicas especiales, se adhieren estrictamente a la disciplina substancial de esas relaciones y obedecen comúnmente a los mismos principios de derecho sustancial y de derecho transitorio".

Estas nociones contribuyen a robustecer la tradicional tesis de esta Sala en cuanto a que el quebranto de reglas legales probatorias no incide por

sí mismo en el recurso de casación, como quiera que, siendo ellas apenas un medio de hacerse tangible en el proceso la existencia y medida del derecho subjetivo, sólo cuando éste se desconoce como efecto de yerros probatorios, se vulnera la norma sustancial reguladora de la conducta de las partes fuera del proceso, y dirigida dentro de éste al Juez para que imponga a aquéllas su observancia; tal la doctrina tantas veces reiterada, y que concretamente se expuso en fallo de esta Sala (G. J., número 1986, página 640), en la cual se dijo:

"Ninguna de las disposiciones que el recurrente cita como infringidas por la sentencia del Tribunal es de naturaleza sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esto es, que otorga o reconoce un derecho, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. Tales preceptos en cuya transgresión se funda la demanda de casación son meramente procesales y de carácter modal unos, que se limitan a señalar el camino que ha de seguirse para obtener el reconocimiento judicial de los derechos; y otros contentivos de reglas para la producción de una prueba y determinanates de su mérito o valor demostrativo. Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio,** porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación".

Basta lo dicho para que no prosperen los cargos propuestos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, o sea la que profirió en este juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO. — NATURALEZA JURIDICA Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL MISMO

1.—La palabra testamento trae su origen de la frase latina "testatio mentis", o sea, testimonio de la voluntad.

Según el artículo 1055 del C. C., el testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. Según el artículo 1059 del mismo Código, el testamento ES ACTO DE UNA SOLA PERSONA, y agrega en su inciso 2º, que "serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona".

Quiere la ley que en un acto tan importante, como lo es el testamento, haya la más completa independencia y la mayor espontaneidad, para así impedir que las disposiciones testamentarias se conviertan en materia de especulación y que puedan ser el resultado de un convenio interesado entre dos o más personas; por tal razón, se prohibe de manera absoluta la testamentifacción en común, de dos o más individuos en un solo instrumento.

2.—El artículo 1055 del C. C. contiene los elementos esenciales que definen e integran jurídicamente el testamento y cuya falta lo desnaturaliza y condena a la ineficacia. Es un acto jurídico unilateral, esto es, solamente necesita la voluntad de una sola persona para producir los efectos que le son propios, su finalidad dispositiva de bienes para después de la muerte del testador. Esta voluntad unipersonal es exclusiva y excluyente, no sólo en el sentido de mancomunidad de los testamentos conjuntos, sino en el de toda ingerencia de voluntades extrañas, que en alguna forma incida sobre la voluntad del testador, restándole su libre poder de revocación de sus disposiciones mientras viva, tal como acontecería con cualquier modalidad que lo bilateralizara, asemejándolo a contrato, para dar origen a obligaciones entre vivos. En vida del testador, la disposición que de sus bienes hace en testamento, tiene apenas la naturaleza de un proyecto; sólo su muerte le da operancia jurídica, convirtiéndola en uno de los cinco modos de adquirir el dominio (artículo 673 del C. C.). Es, por consiguiente, un acto esencialmente revocable por la sola voluntad que lo crea, y lo único que le comunica irrevocabilidad es la muerte del otorgante. Por incompatibilidad jurídica esencial, el testamento no puede participar en forma alguna de la naturaleza contractual.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo cuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Por escritura pública número 151 de 19 de junio de 1943, otorgada ante el Notario Público de la ciudad de Armenia (Antioquia), con los requisitos especiales exigidos para el otorgamiento de testamentos ante Notario, el señor Félix Barrera Acosta consignó su última voluntad.

Hizo constar allí, en su cláusula tercera, que aceptan los beneficiados, que habiendo vendido con anterioridad una finca raíz a cada uno de sus hijos, Enrique y Juan de la Cruz, intenta en tal forma "legalizar el acto de compraventa".

Apoyado en los hechos que se desprenden de la anterior relación, el señor Francisco Barrera, en su calidad de hijo legítimo del causante, demandó ante el Juez del Circuito de Titiribí para que se declarara la nulidad del testamento en cuestión y que, en consecuencia, la distribución de los bienes de la herencia debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada.

Como fundamento de su acción, alega que un testamento otorgado en tales condiciones, es nulo.

La nulidad la hace depender de haber concurrido a su otorgamiento más de una persona, de haber dado carácter bilateral a un acto, como es el testamento, esencialmente unilateral. "La ley quiere asegurar la voluntariedad absoluta del acto, la total independencia del testador al hacer sus declaraciones, partiendo de la base de que la concurrencia de terceros, su presencia e intervención activa o pasiva, resta libertad al testador".

La demanda fue dirigida contra los instituídos herederos y contra la esposa del testador, señora Ana Francisca Osorio.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento, por sentencia del doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, declaró nula, "por ser contraria a la ley", únicamente la cláusula quinta del testamento, en cuanto a la constitución del usufructo de todos los bienes a favor de la cónyuge sobreviviente, porque —dice— "aparece evidente del testamento mismo que se han lesionado las legítimas por el hecho de constituir el usufructo sobre todos los bienes en perjuicio de los herederos y en favor de la cónyuge supérstite".

La providencia recurrida

Apelado el fallo, exclusivamente por el actor, quedando en firme lo resuelto con respecto a la cláusula quinta del testamento, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde luégo de la actuación correspondiente, se puso término a la instancia, por providencia de once de junio de mil novecientos cuarenta y siete, en la cual se confirma la recurrida.

Hace el sentenciador el estudio de la cuestión debatida, en los siguientes términos:

"El doctor Rodríguez funda la demanda de nulidad del acto testamentario en el hecho de haber intervenido en éste más de dos personas. Expresa que le dio un carácter bilateral, puesto que en él declara el otorgante que "legaliza una venta anterior, por lo cual considera que asume allí un papel que no es ya de testador sino de vendedor.

"Pero ponderada la memoria testamentaria de Barrera Acosta —continúa el Tribunal— se halla que propiamente solo éste la otorgó, y que la referencia a la legalización de una venta, convenida desde mucho antes, no implica la intervención de los sedicentes compradores en las disposiciones testamentarias, sino una especie de liberación a obligaciones que Barrera Acosta consideraba pendientes.

"Porque cuando la ley dice en el citado artículo 1059 del Código Civil que el testamento es un acto de una sola persona y que son nulas todas las disposiciones contenidas en el que se otorgue por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona, comprende exclusivamente la parte de ese acto en donde se dispone por el otorgante de todo o de una parte de los bienes para que tenga pleno efecto después de sus días —artículo 1055 ib.—, que es lo que constituye la esencia de ese acto, pero no deben interpretarse esos preceptos en el sentido de que si un tercero interviene, no para disponer de las cosas o derechos del testador, sino para refrendar o hacer declaraciones que no comprometen ni tienen por objeto la disposición de bienes, por ese hecho se anule todo el documento testamentario".

. . . . . .

"El Juez expresa en su sentencia que propiamente la parte del testamento en donde Barrera Acosta habló de legalizar la venta anterior convenida con sus hijos Enrique y Juan de la Cruz, no debe interpretarse como un contrato, sino como un legado. Refuerza esa opinión un hecho, hasta ahora no anotado en el juicio, a saber: que el testamento de Barrera Acosta únicamente se registró en el Libro II, lo que quiere decir que tampoco se entendió por el testador, ni por sus hijos, que en dicho acto se hubiera verificado una compraventa de bienes inmuebles, pues en tal caso debió registrarse también en el Libro I".

No satisfecho con la decisión del superior, el demandante interpuso recurso de casación, por cuyo motivo los autos fueron remitidos a la Corte, donde se le ha dado al negocio la tramitación debida, y siendo la oportunidad legal, la Sala procede a fallar, teniendo en cuenta las consideraciones que pasan a anotarse.

Las causales de casación

Propone el actor un solo cargo contra la providencia que se revisa, que formula en los siguientes términos: "Violación directa y flagrante de los artículos 1055, 1057, 1059 del Código Civil, en cuanto el H. Tribunal afirma que la intervención de terceros (Juan de la Cruz y Enrique Barrera), que se operó en el texto del testamento, es compatible con la existencia o validez de él". Que la violación es directa, por no haber aplicado dichas

disposiciones, que preconizan que el testamento es acto de una sola persona; que serán nulas las disposiciones contenidas en un testamento otorgado por dos o más individuos a un tiempo; que la intervención de dos o más personas, quita revocabilidad al testamento, y que el carácter conmutativo o bilateral desnaturaliza la expresión o consignación de la última voluntad, que es de suyo unilateral.

Continúa luégo afirmando que un testamento otorgado en tales condiciones, es nulo. La nulidad se deriva de haber concurrido a su otorgamiento más de una persona, en haber dado el carácter de bilateral a un acto que es esencialmente unilateral. La ley quiere asegurar la voluntariedad absoluta del acto, la total independencia del testador al hacer sus declaraciones, partiendo de la base que la concurrencia de terceros, su presencia o intervención activa o pasiva, resta libertad al testador.

Dice, citando a algún autor nacional, que "la ley quiere que el acto testamentario sea personalísimo, para evitar cualesquiera ambigüedad en la voluntad expresada, y para asegurar un grado máximo de voluntariedad".

Se considera:

La palabra testamento trae su origen de la frase latina "testatio mentis", o sea, testimonio de la voluntad.

Según el artículo 1055 del C. C., el testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. Según el artículo 1059 del mismo Código, el testamento es **acto de una sola persona,** y agrega en su inciso 2º, que "serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona".

Quiere la ley que en un acto tan importante, como lo es el testamento, haya la más completa independencia y la mayor espontaneidad, para así impedir que las disposiciones testamentarias se conviertan en materia de especulación y que puedan ser el resultado de un convenio interesado entre dos o más personas; por tal razón, se prohibe de manera absoluta la testamentifacción en común, de dos o más individuos en un sólo instrumento.

Conviene transcribir del instrumento público contentivo de la memoria testamentaria de que se trata, la cláusula relacionada con las cuestiones jurídicas planteadas en este recurso de casación. Es la tercera, y dice:

"Tercero. Es mi voluntad legalizar a cada uno de mis hijos Enrique y Juan de la Cruz Barrera Osorio, el título que les adeudo de un lote de terreno, que a cada uno vendí en épocas pasadas, cuyo valor recibí y que no les he otorgado las correspondientes escrituras; hoy por medio del presente declaro legal el acto de compraventa, verificado con dichos señores, y les doy la posesión real, pues la material la tienen recibida a entera satisfacción. El lote vendido a Enrique Barrera O., está situado en este municipio en el paraje denominado, etc., ...". (Sigue la descripción de los predios y linderos).

Por el contexto de la escritura pública, de que hace parte la cláusula copiada, su redacción y sus objetivos, no hay duda de que se trata de un testamento. En vista de sus términos, no es posible decir que en tal instrumento se hallan yuxtapuestos un acto testamentario y un contrato de venta. Hay imposibilidad jurídica de configurar esta convención, por carencia de elementos esenciales para su existencia. Todo induce a afirmar que con su otorgamiento, en la forma conocida y como resulta de los términos usados, lo que se quiso fue legalizar una venta que se supone y dice celebrada anteriormente, queriendo darle así realidad a esa enajenación, testamentariamente, por medio del testamento. No pudiéndose considerar la referida disposición como un contrato, como acertadamente lo dice la sentencia recurrida, es preciso someterla para su examen a las reglas legales del testamento.

El artículo 1055 del C. C. contiene los elementos esenciales que definen e integran jurídicamente el testamento y cuya falta lo desnaturaliza y condena a la ineficacia. Es un acto jurídico unilateral; esto es, solamente necesita la voluntad de una sola persona para producir los efectos que le son propios, su finalidad dispositiva de bienes para después de la muerte del testador. Esta voluntad unipersonal es exclusiva y excluyente, no sólo en el sentido de mancomunidad de los testamentos conjuntos, sino en el de toda ingerencia de voluntades extrañas, que en alguna forma incida sobre la voluntad del testador, restándole su libre poder de revocación de sus disposiciones mientras viva, tal como acontecería con cualquier modalidad que lo bilateralizara, asemejándolo a contrato, para dar origen a obligaciones entre vivos. En vida del testador, la disposición que de sus bienes hace en testamento, tiene apenas la naturaleza de un proyecto; sólo su muerte le da operancia jurídica, convirtiéndola en uno de los cinco modos de ad-

quirir el dominio (artículo 673 del C. C.). Es, por consiguiente, un acto esencialmente revocable por la sola voluntad que lo crea, y lo único que le comunica irrevocabilidad es la muerte del otorgante. Por incompatibilidad jurídica esencial, el testamento no puede participar en forma alguna de la naturaleza contractual.

Contra todos estos principios de doctrina, consignados en las disposiciones legales que el recurrente cita en su demanda, especialmente en los artículos 1055 y 1059 del C. C., peca visiblemente la disposición testamentaria que se examina, contentiva, en puridad de verdad, de una asignación por medio de un inadecuado e improcedente mecanismo contractual, normas y reglas éstas que fueron incuestionablemente quebrantadas por el Tribunal, al dejarlas de lado en el examen y tratamiento a que sometió la cuestionada cláusula testamentaria en la sentencia recurrida.

Como puede observarse, por los razonamientos que se dejan expuestos, no ha sido la concurrencia en el acto testamentario de otras personas distintas del testador, lo que lleva a la Sala a decretar la nulidad del acto, sino la forma adoptada, que le da carácter bilateral, expresión contractual a la manifestación del testador, quitándole su revocabilidad, elemento esencial del testamento.

Estudiando las cláusulas del testamento, contenidas en la escritura pública número 151 de 19 de junio de 1943, otorgada en la Notaría de Armenia (Antioquia), la Sala observa:

Las cláusulas primera y segunda se contraen al cumplimiento de las exigencias señaladas en el artículo 1073 del C. C., indicándose el nombre del testador, su estado civil, su condición mental y enumerándose los hijos habidos en el matrimonio.

La tercera es la concerniente a los puntos que han sido materia del estudio hecho atrás, en relación con la violación de los artículos 1055 y 1059 del C. C.

La cuarta se concreta a la enumeración de otros bienes del testador, distintos de la enumeración hecha en la cláusula tercera.

La cláusula quinta, que establece un usufructo de por vida a favor de la cónyuge sobreviviente, fue declarada nula en la providencia de primera instancia. Tal decisión, en lo que a tal cláusula se refiere, no fue reclamada por quien correspondía. Por consiguiente, en el fallo que dicte la Sala, se consignará la misma decisión.

La sexta señala cuáles de los hijos del testador lo ayudaron y cuáles no, en el pago de una deuda para recuperar determinados bienes, que tenían enajenados con pacto de retroventa.

La séptima y octava se circunscriben a la declaración de deudas que graven el activo sucesoral y a la revocación de todo testamento anterior.

Las razones que se dejan consignadas son motivos suficientes para casar el fallo recurrido y fundamento de la providencia que ha de reemplazarlo. Como ya se vio, la cláusula quinta del testamento fue declarada nula por el Juez de primera instancia, y en tal materia no se reclamó por quien correspondía. En la providencia que va a dictarse, se reproducirá tal decisión. La Sala declara nula, por lo atrás consignado, la cláusula tercera, y con respecto a las demás del memorado acto, no hay lugar a hacerlo.

Como el actor solicita se exprese también que la sucesión ha de regirse por las reglas de la sucesión intestada, no encuentra la Sala inconveniente en hacerlo, ya que el testador no dispuso de sus bienes en forma alguna, y a falta de ello, se aplicarán las referidas reglas.

Sentencia

Por las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha once de junio de mil novecientos cuarenta y siete, y reformando la de primera instancia, falla el pleito así:

Decláranse nulas las cláusulas tercera y quinta del testamento otorgado ante Notario en la población de Armenia (Antioquia), por el señor Félix Barrera Acosta, con fecha diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y tres, según escritura pública número 151.

La distribución de los bienes se hará de acuerdo con las reglas que rigen la sucesión intestada.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE REFORMA DEL TESTAMENTO Y DE EXCLUSION DE UNOS BIENES DE LOS INVENTARIOS

1.—Como lo tiene resuelto la Corte en innumerables fallos, si la sentencia es absolutoria de todos los cargos de la demanda, no es procedente acusar la providencia del caso por la causal segunda, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de un fallo absolutorio.

2.—Si el testador dispuso, en su memoria testamentaria, de bienes pertenecientes al cónyuge sobreviviente, por concepto de sus gananciales, o por otro motivo, no es la acción de reforma el camino apropiado al efecto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo cuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, Departamento del Valle del Cauca, la señora Ceferina Pérez de Hortúa, en su propio nombre, y los señores José María Zuluaga y Juan N. Flórez, como subrogatarios en una tercera parte de los derechos que a éste pudieran corresponderle en la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre la nombrada y don Rosendo Hortúa, su marido, demandaron a los herederos de dicho señor, para que se declare que los referidos cónyuges "no estuvieron separados de bienes, ni fueron liquidados sus gananciales en la sociedad que formaron" y, en consecuencia, que se decrete la reforma del testamento otorgado por Hortúa, por medio de la escritura pública número 452 de fecha trece de septiembre de 1943, pasada ante el Notario Público de Roldanillo, en el sentido de suprimir el aparte que en dicho instrumento dice: "dejando constancia de que mi esposa fue liquidada de sus gananciales y ella posee los bienes que le corresponden" y que, por lo tanto, se disponga que pertenecen a la señora Ceferina Pérez viuda de Hortúa, **como gananciales,** la mitad de los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, o sean los detallados en le hecho séptimo de la demanda, los cuales "quedan excluídos de la masa sucesoral y de los inventarios".

Se pide también que a virtud de la cesión de una cuota de los derechos de la viuda de Hortúa a los nombrados Zuluaga y Flórez, se les tenga como dueños de la parte de gananciales por ellos adquirida y se ordene cubrirles en proporción.

Como fundamento de su demanda, invocan los artículos 1274 del C. C. y siguientes, y los artículos 1398 y 1399 ibídem.

Sentencia de primera instancia

Notificada la demanda y surtidos los trámites de ley en la oportunidad debida, el Juez del conocimiento pronunció fallo declarando absueltos a los demandados de los cargos enunciados, por cuanto —dice— no es procedente la acción de reforma del testamento para hacer efectivos los gananciales que pudieren corresponder al cónyuge sobreviviente en la liquidación de la sociedad conyugal, cuando en cualquier forma son desconocidos sus derechos al respecto en la memoria testamentaria.

Durante la primera instancia, la señora viuda de Hortúa desistió de la acción, continuando en su empeño exclusivamente, los cesionarios de una cuota, señores Zuluaga y Flórez.

La sentencia recurrida

Del fallo en cuestión apeló para ante el superior, el representante del cesionario Flórez y el apoderado de los herederos demandados, éste en cuanto no se condenó a los actores en costas, por lo cual los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, a cuya jurisdicción corresponde el memorado circuito de primera instancia.

El Tribunal dio al pleito la tramitación de rigor y al final de la actuación del caso, puso término al recurso por fallo de once de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, en que confirma el apelado en lo que se refiere a la negativa de la acción propuesta, reformándolo sólo en el sentido de condenar en costas, en la primera instancia,

a los demandantes por ser temeraria la acción.

Como fundamentos de su proveído prohija los consignados en la sentencia del Juez y agrega que, no sólo por ello "sino porque el hecho de ser subrogatario de la cónyuge sobreviviente no le da acción, ni para la reforma del testamento, ni para la separación de bienes, porque de esas acciones, no pudiendo hacer uso la persona del cónyuge sobreviviente de quien provienen los derechos de los subrogatarios demandantes, mal pueden éstos reemplazarla, en ejercicio de acciones que solamente a ella le podían corresponder".

Que para obtener la reintegración de los gananciales, si a ello hubiera lugar, bien pudieron los interesados ejercitar otras acciones, pero no la reforma del testamento, que es privativa del cónyuge sobreviviente para la integración de la porción conyugal, o de los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde (artículos 1274 y 1278 del C. C.).

En desacuerdo con la providencia en cuestión, el representante del señor Juan N. Flórez, interpuso recurso de casación que, sustanciado en la Corte en forma legal, se pasa a decidir.

Causales de casación alegadas

a) Sostiene el actor que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por la parte demandante (artículo 520 del C. J., ordinal 2º).

Dice que, tanto el Juez como el Tribunal, al examinar únicamente lo relativo a la "improcedencia de la reforma del testamento", con fundamento en los artículos 1274 y 1278 del Código Civil, dejaron de fallar sobre otras acciones que con la de reforma habían sido también propuestas, o sea, las que se refieren a la exclusión o separación de los bienes de Ceferina Pérez, por gananciales, indebidamente inventariados como pertenecientes a la sucesión de Rosendo Hortúa.

Que entre las razones de derecho, alegadas en apoyo de la demanda, se citó el artículo 1398 del Código Civil, que dispone que si el patrimonio del difunto estuviera confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razones de bienes propios o gananciales del cónyuge, etc....., se procederá, en primer lugar, a la separación de patrimonios. Que la sentencia debió ordenar, como se demandó, la separación de bienes que no corresponden a la sucesión de Hortúa, o sea, los que por gananciales pertenecen exclusivamente a Ceferina Pérez.

Se considera:

Como consecuencia de la acción de reforma del testamento, los actores en el juicio pidieron se declarara que, muerto el testador, la mitad de los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, correspondían a la cónyuge sobreviviente, los cuales debían quedar excluídos de la masa sucesoral, y de los inventarios.

Negada la acción de reforma, caía la consecuencia dependiente del éxito de la primera.

El Tribunal, al hacer el estudio de la cuestión debatida señala, además de las razones del Juzgado, que acoge, otras por las cuales considera también que los actores en el pleito, en su carácter de subrogatarios de la cónyuge supérstite, carecen de acción para solicitar la reforma del testamento, o para pedir la separación de ciertos bienes de la mortuoria. Tanto, pues, las razones del Juzgado, como las suyas propias, lo llevaron a confirmar la absolución declarada.

Ahora bien: como lo tiene resuelto esta Sala en innumerables fallos, si la sentencia es absolutoria de todos los cargos de la demanda, no es procedente acusar la providencia del caso por la causal segunda, puesto que jurídicamente, no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de un fallo absolutorio. (Casación, Tomo XLI, G. J. No. 1894).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

b) **Causal primera.**—Como cargos de casación apoyados en esta causal, aduce el recurrente los que a continuación se enumeran:

I.—Violación de ley sustantiva por infracción directa de los artículos 1388 y 1398 del C. C.

Se funda en que, de acuerdo con sus pretensiones, la mitad de los bienes relacionados en el testamento y en la demanda, no pertenecen a la sucesión de Rosendo Hortúa, por ser bienes gananciales. Que se ha alegado un derecho exclusivo sobre la mitad de dichos bienes y el Tribunal dejó de aplicar los artículos citados, al no hacer las declaraciones impetradas.

II.—Violación de ley sustantiva, al no apreciar, como prueba el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Roldanillo, donde se hace constar que no aparece inscrito ningún instrumento público, ni acta de partición, en que conste que el causante Hortúa y su cónyuge hubieran efectuado la separación de bienes en su sociedad conyugal.

III.—Violación de ley sustantiva por infracción directa del artículo 1781 del C. C., en su ordinal 5º que enumera entre los bienes pertenecientes al haber de la sociedad conyugal "los que cualquiera

de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso". Afirma que en el expediente hay constancia, por copias de instrumentos públicos debidamente inscritos, de la adquisición por el marido durante el matrimonio y, por consiguiente, para la sociedad conyugal, de ciertas fincas raíces, por lo cual "la mitad de los bienes de tal sociedad pertenecen a la cónyuge sobreviviente y a sus causahabientes, Flórez y Zuluaga, en la proporción en que éstos adquirieron derechos sobre los mismos, por escritura pública registrada".

IV.—Violación del artículo 1830 del C. C., que da derecho a cada uno de los cónyuges a la mitad de los bienes sociales, una vez hechas las deducciones contempladas en las disposiciones a que tal artículo se refiere.

Dice que, no habiendo separación de bienes, "es obvio que la mitad de los inventariados, excluyendo las deudas, deben pertenecer y pertenecen al cónyuge vivo por su mitad de gananciales".

V.—Error de hecho y de derecho en la apreciación, como prueba, del testamento de Hortúa, al "aceptar en contra de la cónyuge que no testó, ni intervino para nada en el testamento, las declaraciones unilaterales hechas por el testador en su memoria testamentaria".

Se apoya en que, de acuerdo con el artículo 1055 del C. C., "las declaraciones de un testador afectan sus bienes propios y no los ajenos", por lo cual —dice— mal puede distribuir el causante haberes que pertenecen exclusivamente a la cónyuge sobreviviente, por su parte de gananciales.

De ahí deduce que es pertinente la acción propuesta sobre "separación de bienes del haber sucesoral".

VI.—Violación del artículo 494 del C. J., que afirma ser precepto sustantivo en la parte que dispone que la apelación se entiende interpuesta, sólo en lo desfavorable al apelante, siéndole vedado al superior —agrega— enmendar las providencias en los puntos que no han sido materia del recurso.

Afirma que el único apelante del fallo en estudio, fue su cliente y que, sin embargo, el Tribunal reformó la providencia del Juez, condenóndolo en costas.

Se considera:

Los cargos que se acaban de enunciar, se estudian a continuación, en el orden en que fueron propuestos.

I.—Este cargo es improcedente, como quiera que la acción propuesta fue simplemente de reforma del testamento, por cuanto en éste se dijo por el causante, que había liquidado con su esposa lo relativo a sus gananciales y que la misma posee los bienes que le correspondieron. Como consecuencia de la acción de reforma, que se encaminaba a suprimir tal declaración en el testamento, por estar reñida con la verdad, según afirman los demandantes, se pidió que se ordenara por el Juez "que al morir el señor Rosendo Hortúa, correspondía a la señora Ceferina Pérez de Hortúa, como gananciales, la mitad de los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, etc.".

Como se ve, pues, no hay tal acción de exclusión de bienes, ni éstos podían excluírse, por pertenecer a la sociedad conyugal Hortúa-Pérez, siendo en la mortuoria del primero de los cónyuges fallecido, donde correspondía liquidar la sociedad conyugal.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

II.—Se querella en este numeral de su demanda el recurrente, de violación de ley sustantiva, sin determinar, o señalar concretamente el precepto infringido, por falta de apreciación de una prueba. Habiéndose omitido la cita de la disposición sustantiva que se entiende violada, la Sala se abstiene de considerar el cargo, por razones muchas veces expresadas por la Sala de Casación Civil y generalmente conocidas.

III y IV.—Violación de los artículos 1781 y 1830. La primera de estas disposiciones enumera qué bienes pertenecen a la sociedad conyugal y entre los allí indicados, figuran "los que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso", y la segunda señala la forma cómo ha de distribuírse, hechas las deducciones de ley, el patrimonio común resultante del haber conyugal.

El presente asunto se circunscribe a una demanda de reforma del testamento y como consecuencia de ella, la exclusión de la mortuoria de ciertos bienes, por ser de la sociedad conyugal. Si no fueran improcedentes los motivos en cuestión, como quiera que, como ya se dijo atrás, la acción propuesta en el pleito es simplemente de reforma del testamento de Hortúa, y no la de exclusión de bienes de su mortuoria, serían, por otro lado, las alegaciones referidas, medios nuevos, que no son admisibles en casación.

V.—El testador declaró —expresa el recurrente— que sus únicos y universales herederos son sus hijos legítimos, que señala en su declaración de última voluntad y a quienes se demanda, y en cuanto a su cónyuge, advierte que ella fue "liquidada de sus gananciales", y que la misma posee los bienes que le correspondieron".

Se demandó la reforma del testamento otorgado por Hortúa, porque con la declaración hecha por

éste en tal instrumento, sobre tener arregladas sus gananciales la cónyuge, se quiso privar a ésta de la mitad de sus haberes en la sociedad conyugal. El Tribunal declaró que la acción de reforma del testamento competía exclusivamente a los legitimarios, a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, o el cónyuge sobreviviente, para la integración de su porción conyugal, y como la demanda se encamina a obtener la reforma del acto por lesión en los gananciales, es por ello improcedente.

Si el testador dispuso, en su memoria testamentaria, de bienes pertenecientes al cónyuge sobreviviente, por concepto de sus gananciales, o por otro motivo, no es la acción de reforma el camino apropiado al efecto. El artículo 1055 del C. C., que señala como infringido, define lo que se entiende por testamento, y no se ve de qué manera la sentencia pudo violar tal precepto al declarar que no cabe la acción de reforma en el caso contemplado.

Por lo expuesto, se declara improcedente el cargo.

VI.—El cargo comprendido en este aparte de la demanda de casación, carece de toda seriedad, ya que la providencia de primera instancia fue apelada, no sólo por el demandante Flórez, sino también por el apoderado de los demandados, como puede observarse al final de la página 47 del cuaderno número 1. Allí, el doctor Lozano Quintana, representante de la parte demandada, al notificarse del fallo, agregó: "y manifiesta que apela" y el Tribunal concedió el recurso.

Se rechaza, pues, el cargo.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha once de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

Sin costas, por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA. — VALOR DEL RELATO DE BIENES DE UNA SUCESION HECHO POR EL APODERADO DE LOS INTERESADOS. — RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 981 DEL C. C.

1.—Es verdad, como dice el recurrente, que el relato de bienes de una sucesión hecho por el apoderado de los interesados como paso hasta cierto punto de carácter administrativo preparatorio de la secuela del juicio de sucesión, no contiene propiamente una confesión de tales interesados sobre el dominio del causante, en el sentido que a la palabra CONFESION con su eficacia probatoria ha de dársele a la luz de las disposiciones legales que el recurrente cita, entre las cuales figura también la que restringe la potestad de un apoderado para rendirla; y es verdad, así mismo, que las pruebas deben pedirse y practicarse en las oportunidades y forma que la ley procedimental establece y que, por tanto, no le es dado a una de las partes litigantes aducir y practicar pruebas no solicitadas ni decretadas previamente, a pretexto de la práctica de otra sí decretada.

2.—El reconocimiento de la firma puesta en un recibo, hecho por quien lo suscribe, implica el reconocimiento del recibo mismo, de acuerdo con los artículos 639 y siguientes del C. J., en especial del 642.

3.—La circunstancia de ocurrir la presentación y reconocimiento de un documento dentro de una diligencia de absolución de posiciones, no infirma el hecho del reconocimiento.

4.—Un documento reconocido por quien lo suscribió, tiene plena autenticidad, por lo cual las tachas sobre su contenido deben formularse y comprobarse por quien firmó y reconoció, si es que aspira a infirmarlo o desvirtuarlo en todo o en parte.

5.—El artículo 981 del C. C., que figura dentro del Título 13 del Libro III "Acciones posesorias", no puede interpretarse como disposición que atribuya a los actos enumerados allí como ejemplos, una calidad de posesorios inherente a ellos, por sí mismos, sino como actos que, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión, tienen la virtud indicada al respecto en ese Título. De lo contrario, se estaría ante una confusión entre la posesión y la mera tenencia opuesta a lo establecido en dichos artículos 762 y 775 y a todo nuestro sistema legal sobre estos temas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo seis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Municipio de Zarzal se opuso a la declaración de pertenencia solicitada por Francisco de la Cruz Motoa respecto del inmueble ubicado en Roldanillo y alinderado en su solucitud, en la que afirma haberlo poseído tranquilamente por más de 30 años continuos.

El Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo dictó sentencia de primera instancia el 26 de mayo de 1947 que en su parte motiva se detiene principalmente en la falta de pruebas y en la resolutiva se abstiene tanto de admitir la objeción u oposición del Municipio como de decretar la prescripción adquisitiva demandada por de la Cruz. Apelada por ambos, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Buga, cuyo fallo de 19 de abril de 1948 reforma aquél "para negar simplemente la declaración de pertenencia por prescripción extraordinaria solicitada por Francisco de la Cruz Motoa y condenar a éste en las costas del juicio". Tales sus palabras.

El apoderado de este señor interpuso casación. Concedido y tramitado el recurso, hoy se decide.

Para reformar la decisión del Juez el Tribunal advierte que la oposición del Municipio del Zarzal se admitió desde el auto que acogió el respectivo libelo, por lo cual no puede decir el sentenciador que se abstiene de admitirlo. De ahí la supresión de esta parte de la resolutiva del Juzgado. Y en cuan-

to a la solicitud inicial, a la que por lo antedicho declara que debe concretarse, confirma la negativa del Juez porque, aunque en la segunda instancia se produjeron pruebas cuya completa ausencia la había determinado, ha de insistirse en ésta en atención a que lo comprobado es mera tenencia y no posesión del solicitante de la Cruz.

En esto, en rigor de verdad, estriban el pleito mismo y el presente recurso, esto es, en sí lo acreditado por de la Cruz es la posesión que afirma o tan sólo la mera tenencia que le encuentra el Tribunal.

Este funda su concepto, no en que no se hayan comprobado por de la Cruz los varios hechos y actos suyos que invoca, sino en que en ello no procedió como dueño o con ánimo de señor, sino como administrador del dueño, su hermana María de Jesús de la Cruz Motoa, porque constituye confesión de él la relación de bienes formulada por su apoderado al manifestar los que quedaron por óbito de esta señora; porque varios testigos aseveran ese reconocimiento hecho por él, según declaraciones rendidas durante la inspección ocular, y porque de tal administración habla inequivocadamente el recibo reconocido por de la Cruz que aquí se estudiará.

La demanda de casación acusa así: I—Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial con que de la Cruz acredita los actos constitutivos de su posesión según el artículo 981 del C. C., y también de hecho, en cuanto el Tribunal prescinde de esos testimonios, y consecuencial quebranto de ese artículo 981 y violación directa del artículo 762 del mismo Código y del 5º de la Ley 120 de 1928. II—Quebranto de los artículos 1760, 1769 y 1857 del C. Civil y 604, 605 y 607 del Judicial, por dar valor de confesión a actos que no la contienen ni la significan. III—Error de hecho y de derecho en la apreciación del aludido recibo, fechado el 22 de octubre de 1944, que el Tribunal da por reconocido sin estarlo, con lo que violó los artículos 612, 637 y 640 del C. J., el 5º de la Ley citada de 1928 y 762, 981, 2512, 2518, 2531 y 2532 del C. C.; y IV—Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial recibida en la inspección ocular, con violación de los artículos 597, 725 y 728 del C. J. y consecuencialmente de los del C. Civil y la Ley 120 citados en el cargo III. El recurrente sostiene su calidad de poseedor y que es inaceptable la de mero tenedor que se le asigna.

Se considera:

El primer cargo es infundado y para entenderlo así basta reflexionar sobre que el Tribunal, como de paso ya se dijo aquí, no niega que estén acreditados por de la Cruz los hechos y actos aludidos; de suerte que el fallo no incurrió en la prescindencia de esa prueba testimonial, lo que basta para deducir que no incurrió tampoco en el quebranto de disposiciones sustantivas que el recurrente señala como consecuencia de ese supuestos error.

Es verdad, como dice el recurrente, que el relato de bienes de una sucesión hecho por el apoderado de los interesados como paso hasta cierto punto de carácter administrativo preparatorio de la secuela del juicio de sucesión, no contiene propiamente una confesión de tales interesados sobre el dominio del causante, en el sentido que a la palabra **confesión** con su eficacia probatoria ha de dársele a la luz de las disposiciones legales que el recurrente cita, entre las cuales figura también la que restringe la potestad de un apoderado para rendirla; y es verdad, así mismo, que las pruebas deben pedirse y practicarse en las oportunidades y forma que la ley procedimental establece y que, por tanto, no le es dado a una de las partes litigantes aducir y practicar pruebas no solicitadas ni decretadas previamente, a pretexto de la práctica de otra sí decretada, como por ejemplo aquí la aludida inspección ocular, pues no habiéndose solicitado para establecer, como sobra advertirlo, si ciertos hechos de de la Cruz estaban o no revestidos del ánimo de dueño, sino para identificar un predio, se recibieron en tal diligencia declaraciones de testigos sobre ese ánimo.

Se justifica, pues, el reparo relativo a la admisión de estos testimonios en la sentencia y a la calificación de confesión dada al relato de bienes relictos supradicho. Pero, por lo que se verá en seguida, estos reparos y su admisión no bastan a infirmar la sentencia recurrida que conserva suficiente soporte, y apenas alcanzan a librar al recurrente de las costas del recurso por la aplicación que sostenidamente ha hecho esta Sala del artículo 578 del C. J. en su numeral 2º **in fine.**

Ese soporte suficiente para impedir la invalidación de la sentencia recurrida consiste en el mencionado recibo y su situación legal que se precisará en seguida.

El tenor de ese documento es este:

"Recibí de la señora María Jesús de la Cruz M., la cantidad de un mil ciento treinta y dos pesos diez centavos para atender a los diferentes gastos ocasionados en su propiedad del mangón de Roldanillo, que se distribuyen así: Novecientos treinta y dos pesos, diez centavos para pagar gastos, palada, sembrada, repalada, cogida, desgranada y

herramienta, todo pagado por la señora dueña María Jesús de la Cruz Motoa. Doscientos pesos para pagarle la administración de la misma propiedad y cultivo de la señora María Jesús Motoa, del referido mangón".

Este recibo lleva la firma de de la Cruz quien la reconoció como suya, lo que implica el reconocimiento del recibo mismo, de acuerdo con los artículos 639 y siguientes del C. J. y en especial del 642.

Contra el alcance de este hecho arguye el recurrente que el documento se presentó dentro de unas posiciones y que en ellas se desobedeció el artículo 612 de esa obra, porque su cuadro contenía preguntas que no se limitaban a un solo hecho.

Se observa que los reclamos sobre este detalle, no sólo son inoportunos hoy, sino inadecuados ante lo requerido por la casación, y que la circunstancia de ocurrir la presentación y reconocimiento dentro de una diligencia de absolución de posiciones, no infirma el hecho del reconocimiento, que es lo fundamental y que está debidamente comprobado en el proceso.

Un documento reconocido por quien lo suscribió, tiene plena autenticidad, por lo cual las tachas sobre su contenido deben formularse y comprobarse por quien firmó y reconoció, si es que aspira a infirmarlo o desvirtuarlo en todo o en parte, y aquí no se formularon tachas ni se siguió el incidente que, en su caso, es indispensable para que prospere. Dícese esto, porque otro argumento del recurrente contra la admisión y valor de esta prueba consiste en que desde las posiciones advirtió que el contenido del recibo no lo admitía, y la calidad que adquirió este documento con el reconocimiento de la firma obligaba a de la Cruz a formular y comprobar las tachas, sin lo cual aquél queda con toda la fuerza probatoria que le asigna la ley (C. C. artículo 1761, C. J. artículo 637).

En sentencia de esta Sala de 1º de abril de 1944 (G. J., Tomo LVII, páginas 141 a 144), se estudió un caso de la mayor analogía con el presente, pues la demanda solicitaba declaración de dominio de ciertos inmuebles en favor del demandante por haberlos poseído continua y tranquilamente por más de 30 años y en el curso de las instancias demostró haber él ejecutado actos como sembrar, cosechar, vender los frutos, habitar o arrendar la casa de la finca, hacer y reparar cercas y desagües, sin intervención de persona distinta de él, acerca de lo cual a sus aludidas percepciones los testigos agregan su concepto afirmativo sobre que a todo ello procedía él como dueño; y acontecía que él había demandado al dueño para el pago de gastos y honorarios de administración y obtenido sentencia favorable que después como si ello necesitase corroboración, complementó interviniendo en juicio tendiente a impedir que ese dueño dispusiese de sus bienes en fraude de sus acreedores, entre ellos el aludido demandante. De aquí se dedujo que todo aquel conjunto de actos suyos no podía reputarse posesión, porque su reconocimiento de dominio ajeno les señalaba la calidad de actos de mera tenencia. La Sala, abundando en estos conceptos, se denegó a infirmar la sentencia recurrida en que el Tribunal, por no hallar posesión, se abstuvo de declarar la prescripción y absolvió a la parte demandada.

Y es que con sólo recordar los artículos 762 y 775 del C. C. y el contraste que establecen cuando para la posesión obligan a aquél a la concurrencia del ánimo de señor o dueño y establece éste cómo no hay sino mera tenencia cuandoquiera que media reconocimiento de dominio ajeno, en sus casos, basta para conceptuar que en el presente, reconocido por de la Cruz el dominio de su hermana María Jesús, no pueden los actos de él considerarse como de poseedor y, por ende, no puede acogerse su pretesión de que, cual si fuese poseedor, se halle y se le decrete la prescripción adquisitiva.

El artículo 981 del C. C., que figura dentro del Título 13 del Libro II "Acciones posesorias", no puede interpretarse como disposición que atribuya a los actos enumerados allí como ejemplos, una calidad de posesorios inherente a ellos, por sí mismos, sino como actos que, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión, tienen la virtud indicada al respecto en ese Título. De lo contrario, se estaría ante una confusión entre la posesión y la mera tenencia opuesta a lo establecido en dichos artículos 762 y 775 y a todo nuestro sistema legal sobre estos temas.

No debe perderse de vista que el presente juicio no es reivindicatorio; de manera que el Tribunal no ha declarado ni tenía por qué declarar que el inmueble en cuestión es de tal o cual persona, cuestión ajena a los postulados y súplicas de la demanda y, por ende, al fallo. Simplemente no ha accedido a decretar o declarar en favor de de la Cruz la prescripción adquisitiva, porque ésta requiere posesión, a la que no equivale la mera tenencia. No violó, pues, las disposiciones sustantivas antedichas relativas a poseción y prescripción, de cuyo quebranto se acusa por no haberse aplicado unas y por haberse interpretado erróneamen-

te otras. En controversias como la presente lo procedente es que quien demuestra haber ejecutado ciertos actos demuestre también que obró con ánimo de señor, y aquí falta este elemento indispensable de la posesión, porque de la Cruz obró reconociendo dominio ajeno. Es ese ánimo lo cardinal y decisivo quien quiera que sea la persona distinta a quien corresponda ese dominio reconocido por quien ejecutó tales actos que, repítese, ejecutados con tal reconocimiento, precisamente son de mera tenencia.

Atribuyendo al fallo una decisión sobre dominio que no contiene, según se ve al leerlo y lo persuaden estas reflexiones, es como el recurrente acusa de violación de los artículos 1760, 1769 y 1857 del C. C., atribuyéndole además el error de haber tomado la supuesta confesión supradicha de Francisco de la Cruz, y demás pruebas ya citadas distintas de instrumento público de transferencia, la calidad de comprobantes del dominio de María de Jesús de la Cruz. El cargo es infundado por lo que acaba de decirse.

Acusa también el recurrente porque el Tribunal acomoda indebidamente el mencionado recibo al inmueble materia del pleito, no obstante que María de Jesús de la Cruz tenía varios bienes en Roldanillo y el recibo no precisa ninguno en particular. Este cargo no se justifica, porque al respecto nada se objetó o reparó en las instancias, lo que lo haría inadmisible en casación, como medio nuevo, y porque la misma parte recurrente dio por sentada la identidad entre el inmueble materia del juicio y el que es materia del recibo en varias piezas del proceso, particularmente y con plena claridad en su alegato de conclusión en la segunda instancia, según los párrafos que se leen al folio 57 frente del cuaderno 2º.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 19 de abril de mil novecientos cuarenta y ocho.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — CLAUSULA PENAL. — CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—La pena establecida en la cláusula penal se considera equivalente a los perjuicios, esto es, como el reconocimiento antelado de que, en su caso, se producen, y la fijación también antelada de su valor. De ahí que no se puedan pedir ambas cosas sino excepcionalmente, tal como establece el artículo 1594 del C. C., que es tan sólo cuando la pena aparece estipulada por el simple retardo o cuando se ha pactado que por el pago de ella no se entienda extinguida la obligación principal.

2.—El sentenciador incurre en la falta contemplada en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., falta consistente en incongruencia entre lo sentenciado y lo pedido, cuando deja de decidir sobre algo de lo que como acción o excepción ha constituído las pretensiones oportunamente aducidas por las partes, o cuando decide sobre algo no pedido o se extiende a más de lo efectivamente pedido. Pero no hay lugar a tal aflta cuando al hacer la liquidación de una cuenta incurre en error por mala apreciación de pruebas u omisión de tal o cual partida, puesto que tales errores cuando los hay no significan incongruencia entre lo sentenciado y lo pedido, tal como esta disparidad es contemplada en la dicha disposición legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bucaramanga cursó la primera instancia de este juicio ordinario, decidido allí el 25 de marzo de 1947 en sentencia de que apelaron las partes y que el Tribunal Superior reformó en la de 25 de noviembre de ese año, contra la cual ambas interpusieron casación, recurso que hoy se decide.

Es demandante el abogado Gustavo Atuesta en nombre propio como mandatario que fue de la señora Leocadia Márquez de Santos y demandado la sucesión de esta señora, contra la cual pide aquél condena a pagarle: 1º—$ 500.00 por honorarios, 2º—$ 500.00 por gastos, 3º—$ 5.000.00 por perjuicios, y 4º—Las costas judiciales. Todo con base en el convenio sobre mandato que celebraron el actor y dicha señora el 25 de marzo de 1943.

El Juzgado absolvió a la parte demandada de todos estos cargos, salvo en la petición 2ª, pues la condenó a pagar al actor $ 261.86, por gastos y anticipaciones hechas por él como mandatario en ejecución del mandato. El Tribunal falló así: La condenó por honorarios en cantidad de $ 19.00 y por anticipaciones y gastos en cantidad de $ 220.00, y en lo demás mantuvo la absolución pronunciada por el Juez.

Como ya se dijo, ambas partes recurrieron en casación. La demandada no fundó su recurso que, por tanto, se declaró desierto. Queda, pues, como materia del presente fallo tan sólo el recurso del demandante.

Con el antecedente aludido de un convenio sobre mandato general, por escritura No. 475 ante el Notario 1º de aquel Circuito, el 5 de abril de 1943 lo confirió la señora Márquez de Santos al doctor Atuesta con la mayor amplitud, al punto de que después de enumerar las múltiples facultades atribuídas en la cláusula primera, la cierra diciendo: "queda entendido que la ejecución de este poder va destinada no sólo para mientras yo viva, sino hasta después de mi muerte, lo que entonces hará mi apoderado de acuerdo con los albaceas que deje al respecto".

En la cláusula 3ª de ese instrumento dice la señora' "Este poder no podrá ser revocado sino de acuerdo con el apoderado por causas legales debidamente comprobadas; y en caso de violación de esta cláusula, sea ella cometida por mí o por mis albaceas o herederos, el apoderado adquiere el derecho de cobrar ejecutivamente una multa civil de mil pesos moneda legal, que queda pactada a su favor y a cargo mío" (cuarderno 6º folios 6 a 8).

Según escritura No. 910 de 7 de julio de ese año y Notaría, la señora, citando la de 5 de abril, dijo: "que por cuando no conviene a los intereses de la exponente que tal mandato subsista y por cuanto el apoderado no ha cumplido las obligaciones de

su cargo, la exponente revoca en todas sus partes el referido poder".

El pacto originario de este mandato se hizo constar en documento privado del citado 25 de marzo de 1943, registrado el 14 de junio del mismo año (cuaderno, 3º folios 25 y 26), y allí consta que la señora le daría al abogado poder amplio, como vino a hacerlo en la escritura citada de 5 del subsiguiente abril, y que lo proveería de todo lo necesario para la ejecución del mandato. Además estipularon como remuneración el 50% de todas las entradas que él o ella percibieran en el desarrollo del poder, "más el mayor valor de los bienes que el apoderado venda o permute mediante un precio convenido de antemano con la poderdante propietaria".

También estipularon: "Esta acondicionará uno de sus locales o inmuebles que posee actualmente o poseerá en lo futuro con todos sus servicios para que tenga su oficina y viva el doctor Atuesta, local o inmueble que sea independiente, con puerta para la calle y en lugar central convenido de común acuerdo entre poderdante y apoderado. Dicho local lo ocupará gratuitamente el doctor Atuesta como condición imputable a sus honorarios y mientras dure el poder contemplado, como derecho de habitación".

El demandante, fundándose en estos hechos, en que la señora percibió sumas por más de mil pesos y no le participó la mitad estipulada, en que los servicios del inmueble destinado a oficina los tuvo que pagar él y pagó reparaciones e instalaciones en otros bienes de ella, en que lo deshaució y lanzó de ese inmueble y en que revocó el poder inmotivadamente y en forma ofensiva para él y lesiva de su nombre de abogado con el perjuicio consiguiente para el ejercicio de su profesión, es como formula sus referidas súplicas.

El Tribunal reconoció como lo había hecho el Juzgado, los pagos del actual demandante, por su cuenta, en desempeño del mandato, en la cantidad ya dicha de $ 220.00. El Juzgado había reconocido $ 261.86, según cuenta que el Tribunal corrigió. Los $ 19.00 de honorarios son gastos de él que se vienen a imputar en esta forma porque corresponden a servicios del local cuya habitación hacía parte integrante de su remuneración. Y para negar lo relativo al porcentaje, el Tribunal hace presente la falta de prueba de que la señora recibiera las sumas de donde se tomaría, en su caso. Varias razones aduce la sentencia para negar la indemnización de perjuicios, entre ellas principalmente que la revocación por sí misma no basta para demostrar que se hayan causado y que los comentarios adversos a la honradez profesional del actor no surgieron de la revocación sino del poder mismo y, además, no pueden atribuírse a la señora sino al público o a los competidores de que él habla; y de otro lado, que desde el primer momento se previó por ambas partes la posibilidad de que la señora revocara por sí sola y se estipuló para tal evento el pago de mil pesos como multa. Exigida ésta judicialmente por el mandatario, no cabe acción separada y adicional por perjuicios.

El recurrente acusa por no estar la sentencia en consonancia con las peticiones suyas y por violación de disposiciones legales sustantivas; es decir, que aduce los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Salta a la vista la improcedencia del 2º. Esa falta de consonancia versa sobre la falta de condenación en costas. En lo relativo a éste tiene el Tribunal la soberanía correspondiente a su libre apreciación de las circunstancias que conducen a pronunciar o no tal condena. Si la Corte, a pesar de esto, pudiera entrar a considerar este detalle, hallaría que no sería de ley condenar en las costas del juicio a un demandado a quien total o parcialmente se absuelve.

Dentro del motivo 1º acusa: a) Por violación directa de los artículos 1603, 1612, 1613, 1615 y 1623 del C. C., en cuanto se deja de imponer la sanción legal al incumplimiento de un contrato, el que es ley para los contratantes y obliga a todo lo estipulado, sanción que consiste en la indemnización demandada con apoyo en esas disposiciones, refrendadas al decir del recurrente por la del artículo 2356 de ese Código; b) Violación directa del artículo 2150 de esa obra, cuyo inciso final requiere para disolver el contrato de mandato la mutua voluntad de las partes. Estos cargos de quebranto de tales disposiciones los formula también por violación indirecta, o sea como procedente de error en la apreciación de las pruebas que establecen la revocación pronunciada sólo por la señora y sus aludidos actos relativos a la habitación del actor; c) Aplicación indebida e interpretación errónea de la ley, por no tomarse en cuenta la presunción de buena fe que, según el recurrente, le atribuye el artículo 769 de ese Código, y por haberse desoído el artículo 1768 del mismo, armónico con los artículos 593, 594,662 y 665 del C. J.; y d) En relación con la indemnización de perjuicios reclama porque el Tribunal se limita a reconocer los aludidos gastos en el lapso del 5 de abril, fecha del poder, al 7 de julio, fecha de la revocación, a pesar de haberse extendido los pagos a lapso mayor. De aquí, vol-

viendo al motivo 2º, deduce el cargo de incongruencia entre la sentencia y la demanda.

Se analizan los cargos en su orden expresado:

a) El Tribunal no pasa por alto ni el hecho de que la mandante revocara por sí sola el mandato, ni lo relativo a la habitación del mandatario, sino que para absolver por lo primero aduce las razones ya resumidas aquí, entre las cuales culmina la de haberse previsto el evento de una revocación como la que sobrevino, y reglamentado el caso mediante cláusula penal. La pena se considera equivalente a los perjuicios, esto es, como el reconocimiento antelado de que, en su caso, se producen, y la fijación también antelada de su valor. De ahí que no se puedan pedir ambas cosas sino excepcionalmente, tal como establece el artículo 1594 del C. C., que es tan sólo cuando la pena aparece estipulada por el simple retardo o cuando se ha pactado que por el pago de ella no se entienda extinguida la obligación principal. No estándose en ninguno de esos casos y habiéndose demandado por Atuesta judicialmente la multa convenida como indemnización para el caso de que la señora revocara el poder, no es aceptable este juicio ulterior con ese fin, que es el mismo, allá con el nombre de multa, hoy con el de indemnización de los perjuicios.

En lo atañedero a habitación, el Tribunal se funda en que las prestaciones asumidas por la señora son parte integante de la remuneración del apoderado y habían de durar lo que el mandato, como era obvio y se estipuló, pues quedarían sin causa una vez que éste cesara. Esto bastaría para respaldar ese concepto, refrendado además por el demandante mismo, que así formuló sus súplicas. Reconocidos los gastos del actor en el tiempo transcurirdo del 5 de abril al 7 de julio, que fue el de duración del mandato, no hay objeción al respecto.

b) Lo dicho sobre cláusula penal contesta la acusación sobre que el contrato no se disuelve sino por voluntad de ambas partes.

c) El Tribunal no desconoce los hechos comprobados por el actor ni le presume mala fe. Otra cosa es que de la revocación pronunciada por la misma mandante y de lo sucedido sobre habitación, no encuentra que pueda deducirse algo distinto de lo que deduce, a saber: la indemnización a que se proveyó con la multa y la opción por ésta a que procedió el actor cobrándola, y de otro lado, la condenación a pagar los gastos hechos por el demandante.

Las frases del fallo sobre el convenio de 25 de marzo que califican de gravosas y excesivas en favor del apoderado sus estipulaciones, no pueden ser materia del recurso de casación, entre otras razones porque ese concepto, expresado tangencialmente, no es el fundamento de la decisión.

d) El cargo señalado aquí con esta letra se encamina a corregir las cuentas del Tribunal sobre gastos del mandatario, que advierte que por servicio telefónico pagó $ 277.75 y no se le reconocen sino $ 16.50.

Suponiendo que el Tribunal errara en la liquidación de esas cuentas por mala apreciación de pruebas u omisión de tal o cual partida, de ahí no se desprendería la acusación que el recurrente deduce, puesto que tales errores cuando los hay no significan incongruencia entre lo sentenciado y lo pedido, tal como esta disparidad es contemplada en el numeral 2º del artículo 520 del C. J. En esta falta incurre el sentenciador cuando deja de decidir sobre algo de lo que como acción o excepción ha constituído las pretensiones oportunamente aducidas por las partes o cuando decide sobre algo no pedido o se extiende a más de lo efectivamente pedido. Muy distinto es, según repetidamente lo ha advertido la Sala, que un fallo dado no llene las aspiraciones de una de las partes o no satisfaga a ninguna de las dos.

Lo dicho indica que no prospera ninguno de los cargos formulados.

No hay lugar, pues, a casar la sentencia recurrida. Tampoco lo hay a condenación en costas en el recurso, no sólo porque ambas partes fueron recurrentes, sino también porque ningunas se causaron a la demandada, que no gestionó en esta superioridad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA. — CONTRATO DE SOCIEDAD

1.—Por virtud del efecto relativo que corresponde a las sentencias proferidas en juicio de reivindicación, circunscrito exclusivamente a las partes, en que la calidad de dueño se prueba respecto y frente al demandado, no hay para qué remontar el examen probatorio del proceso más allá del punto de confluencia o acuerdo de las pretensiones contrapuestas según el planteamiento que los propios litigantes han dado a su controversia.

2.—La falta de aporte no es inductiva de nulidad o inexistencia de la sociedad, porque ésta no es un contrato real. Para su perfeccionamiento basta que se contraiga la obligación de aportar; el incumplimiento de esta prestación da origen solamente a acción exclusiva de los demás socios contra el renuente o moroso para obligarlo a cumplir o disolver la sociedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo trece de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Los antecedentes de este juicio reivindicatorio, extractados de los hechos fundamentales de la demanda, son:

Por medio de la escritura pública No. 91, otorgada el 20 de abril de 1907 ante el Notario 2º de Cali, Ignacio Palau, Ricardo Velásquez y Francisco A. Palau constituyeron la sociedad colectiva de comercio denominada "Palau, Velásquez & Cía.", a la cual aportó el socio Ignacio Palau un edificio compuesto de dos plantas, una alta y la otra baja, ubicado en la ciudad de Cali, barrio de Santa Librada, adquirido por compra hecha a Manuel José Cobo en el año de 1904. El aporte de los otros socios fue en dinero.

"Por escritura pública número 263 de 16 de diciembre de 1910, otorgada en la misma Notaría segunda del Circuito, se liquidó la sociedad "Palau, Velásquez & Cía", y el socio Ignacio Palau vendió a los señores Ricardo Velásquez J. y Francisco A. Palau, por partes iguales, el inmueble comprado a Cobo por medio de la escritura No. 489 de 1904". (Hecho 2º de la demanda).

Por medio de escritura pública No. 630 de 30 de julio de 1935, otorgada ante el mismo Notario 2º de Cali, Ricardo Velásquez J. y Susana Palau de Velásquez vendieron a Blanca Marina Velásquez Palau de Hammerle todo el inmueble del barrio de Santa Librada a que se ha hecho referencia, sin excluir el derecho correspondiente a la mitad que pertenecía a Francisco A. Palau, conforme a la escritura No. 263 de diciembre de 1910. La compradora de esta venta es desde entonces y hasta hoy la poseedora del edificio.

Con apoyo en estos hechos, Ignacio Palau Borrero, Ligia Palau de Rodríguez y Lola Borrero v. de Palau, por medio de apoderado y en interés y nombre de la sucesión intestada e ilíquida de Francisco A. Palau, en libelo de fecha 5 de febrero de 1944, ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, demandaron a Blanca Marina Velásquez de Hammerle en juicio ordinario de reivindicación para que se declare que la mitad del inmueble descrito pertenece a la sucesión ilíquida de Francisco A. Palau ,y que, en consecuencia, la demandada debe restituirlo en la indicada cuota a los representantes de la herencia, junto con los frutos correspondientes a la mitad reivindicada, y que debe pagar las costas del juicio, si lo afronta.

Contestó la demandada oponiéndose a las pretensiones reivindicatorios, por no haber tenido ni tener los demandantes ningún derecho sobre el inmueble que es materia del pleito, y opuso, entre otras, la excepción de petición antes de tiempo. De acuerdo con el artículo 235 del C. J. denunció el pleito a sus vendedores Ricardo Velásquez y Susana Palau de Velásquez, quienes comparecieron al juicio contestando la demanda en la misma forma que la demandada y alegando, además, la excepción de prescripción ordinaria y extraordinaria.

Trabada así la litis fue decidida por el Juzgado a la postre de la instancia en sentencia de 22 de noviembre de 1945 en que despachó favorablemente todas las peticiones de la demanda, inclusive la condena en costas.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la sentencia (21 de mayo de 1947) que decidió el segundo grado a que dio lugar la apelación de ambas partes, revocó la recurrida y en su lugar declaró probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo.

Las razones de esta decisión se pueden sintetizar así: Como se deduce claramente de los términos de la escritura No. 263 de 16 de diciembre de 1910, de la Notaría 2ª de Cali, Ignacio Palau sólo transfirió a sus consocios Palau y Velásquez los derechos que tenía en la sociedad colectiva "Palau, Velásquez & Cía.", radicados en los elementos y enseres de la Tipografía Moderna y en el inmueble descrito en la demanda, pertenecientes a la sociedad. No se hizo ni podía hacerse en ese instrumento venta de cuota determinada en ese bien, correspondiente el haber social. Y como en esa misma escritura se constituyó una nueva sociedad colectiva entre Velásquez y Francisco Palau, que siguió girando bajo la misma razón social y a la cual aportaron la Tipografía y el inmueble mencionados, es evidente que el dominio de estos bienes entró al patrimonio de la nueva sociedad, que es su titular y dueña exclusiva. No se formó, pues, por la escritura 263 una comunidad particular entre Velásquez y Palau sobre el inmueble del barrio de Santa Librada. De modo que siendo la nueva sociedad la propietaria del bien cuestionado, mientras no se disuelva y liquide la compañía no se puede saber qué cuota en el inmueble corresponde a la sucesión del socio Francisco A .Palau, de donde se deduce la existencia de la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, para los efectos de la acción de dominio.

El recurso

Está el negocio a la consideración de la Corte por recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal que acaba de extractarse en lo pertinente.

Apoya el recurrente su acusación en la causal primera del artículo 520 del C. J. por estimar que el Tribunal incurrió en diversas ilegalidades que lo condujeron a negar equivocadamente la procedencia de la acción de dominio, visiblemente establecida en sus elementos esenciales con las pruebas del proceso, porque no hay duda de que con la compra que conjuntamente hicieron Ricardo Velásquez y Francisco Palau por la escritura número 263 de 16 de diciembre de 1910 del inmueble de que se trata, a su dueño Ignacio Palau, se formó entre ellos una comunidad singular, de tal modo que si el copropietario Velásquez vendió todo el bien común a la demandada, es evidente que en la cuota de mitad perteneciente al comunero Palau se operó una venta de cosa ajena que vale sin perjuicio del derecho del dueño, que representado por sus herederos lo defiende y reclama en esta acción reivindicatoria.

Y razona así contra las tesis fundamentales del fallo acusado:

La propiedad del inmueble no ingresó al patrimonio de la primitiva sociedad "Palau, Velásquez & Cía", a la cual se dice fue aportado por Ignacio Palau, porque la escritura social (91 de 20 de abril de 1907) no fue registrada sino en el libro No. 2, como lo certifica el Registrador, de modo que la tradición del socio a la sociedad no se realizó, la cual quedó así inexistente o nula por la falta de aporte. Si la sociedad no llegó a ser propietaria ,lo enajenado por Ignacio Palau a sus consocios en la escritura 263 fue el dominio del fundo que había permanecido en su patrimonio como en varios pasajes lo acepta el fallo y no derechos o interés social vinculados a él porque ninguno tenía la sociedad sobre un bien que no ingresó a su patrimonio. Por eso la expresión "derechos" que usa la escritura de venta, es en el fondo, realmente, venta del dominio que pertenecía al socio vendedor que era lo único que tenía. Los copropietarios del inmueble, Velásquez y Palau, no lo aportaron a la nueva sociedad "Palau, Velásquez & Cía", formada por la escritura 263, y la afirmación en contrario que a este respecto trae la sentencia es el producto de errores de hecho y de derecho en que incurrió en la estimación de ese instrumento de constitución de la sociedad porque él no contiene ninguna estipulación o cláusula de aporte, y porque la nota que tiene de haber sido registrado en el libro primero se refiere a la tradición de la venta de la finca a Velásquez y Palau y no a la tradición a la sociedad a título de aporte de los dos socios compradores. Para que el Tribunal tuviera razón habría sido necesario hacer las dos inscripciones que correspondían a la venta y al aporte. Conclusión lógica de todas estas afirmaciones es la existencia de la comunidad, en cuotas iguales, de los dos compradores de Ignacio Palau en la escritura 263, que le sirve de sostén a la acción de dominio.

Con respaldo en estos razonamientos se acusa la sentencia por violación directa y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apre-

ciación probatoria de la escritura No. 263, especialmente en cuanto se admite que por ella Ignacio Palau transfirió derecho o interés social sobre el fundo que no pertenecía a la compañía y en cuanto se acepta en ella cláusula de aporte de ese bien a la nueva sociedad ,y de los certificados del registrador que obran en autos, de los artículos 752, 756, 946, 947, 949, 1542, 1620, 1759, 2079, 2081, 2637, ordinal 1º y 2552 ordinal 1º del C. C., 502 del C. de Co., y 632 del C. J.

Considera la Sala:

Por virtud del efecto relativo que corresponde a las sentencias proferidas en juicio de reivindicación, circunscrito exclusivamente a las partes, en que la calidad de dueño se prueba respecto y frente al demandado, no hay para qué remontar el examen probatorio del proceso más allá del punto de confluencia o acuerdo de las dos pretensiones contrapuestas según el planteamiento que los propios litigantes han dado a su controversia. La fuente común en este caso es el acto jurídico contenido en la escritura pública número 263 de fecha 16 de diciembre de 1910, de la Notaría 2ª del Circuito de Cali. A la interpretación de tal acto se vinculan el derecho del reivindicante como se vio al copiar el hecho 2º de su demanda, y la solución de la sentencia acusada, inhibitoria de ese derecho por efecto de la excepción declarada, y en ella reposa también la defensa de la demanda, que al contestar el mencionado hecho, dice: "Otra cosa resulta de la escritura citada. La afirmación hecha por el representante de los actores no pasa de ser una interpretación acomodaticia y mala del mismo instrumento". Conviene, pues, para la claridad en el examen de los cargos la transcripción textual del referido instrumento, que en lo pertinente reza:

"Los otorgantes (Ignacio Palau, Ricardo Velásquez J. y Francisco A. Palau), por medio de la escritura pública número 91, de fecha 20 de abril de 1907, otorgada en esta Notaría Segunda, constituyeron entre sí una sociedad colectiva, comercial, cuyos derechos ,obligaciones y forma del contrato están descritos en el documento citado. 2º—Que en vista del estado actual de los negocios, y por avalúo convencional, han determinado, de común acuerdo, que las acciones y derechos de cada uno de los socios valen hoy la suma de $ 3.000.00 incluyendo en ésta el capital aportado por cada socio y las utilidades que le corresponden o puedan corresponder en los negocios; 3º—El socio Ignacio Palau expone: a) Que acepta la liquidación convencional en la forma y precio que quedan arriba expresados; b) Que por la presente escritura vende a sus socios Ricardo Velásquez y Francisco A. Palau todas las acciones que le corresponden o puedan corresponderle en la Tipografía Moderna, derechos que le corresponden o puedan corresponlor de $ 3.000.00, de tal modo que nada se reserva de lo que hasta hoy le pertenece en la nombrada compañía; pues, en esta venta incluye también los derechos que le corresponden o pueden corresponderle en el edificio que posee la sociedad, y que tiene los siguientes linderos: ..... c) Que tal inmueble fue aportado a la compañía por el otorgante, adquirido por escritura pública número 489; d) Que el precio de la venta es la suma de $ 3.000.00 oro que declara tener recibidos de los compradores, a su satisfacción. 4º—Los compradores manifiestan: a) Que en virtud del presente contrato de compraventa quedan ellos únicos dueños de todos los derechos y acciones de la compañía "Palau, Velásquez & Cía.", y se hacen cargo del activo y del pasivo de ella. b) Que entre ambos queda subsistente la compañía, conforme a la escritura de asociación, de fecha 20 de abril de 1907 ya citada. c) Que la sociedad continuará con la misma razón social de "Palau, Velásquez & Cía.", con domicilio en esta ciudad de Cali y en la misma línea de negocios. d) Que, de común acuerdo han convenido en prorrogar por cinco años más el término de duración de esta sociedad, los cuales principiarán a contarse desde el 20 de abril de 1912, fecha en la que terminará el plazo estipulado en la escritura número 91 de que se habló al principio. e) Que vencido el nuevo término de la sociedad podrán prorrogarlo de común acuerdo los dos socios, sin necesidad de otorgar nueva escritura. f) Que, como el precio de esta compra lo han pagado los compradores al vendedor por partes iguales, los derechos y acciones que adquieren corresponden a cada uno por partes iguales también, lo mismo que las utilidades o pérdidas que se deriven de los negocios....".

De la transcripción anterior obtiene la Sala los elementos fundamentales para su decisión, porque el sentido y alcance de los términos y declaraciones de ese instrumento que fijan su naturaleza jurídica sin posibilidad ninguna de equívocos, conduce a conclusiones que no coinciden con el planteamiento que con base en él dio a su acción el reivindicante al afirmar que por medio de la escritura número 263 se liquidó la sociedad "Palau, Velásquez & Cía.", y el socio Ignacio Palau vendió particularmente a Velásquez y Francisco Palau, por partes iguales, el inmueble que él había aportado. Ni armonizan tampoco con las tesis jurídicas del recurrente cuya razón básica se hace consistir en circunstancias de registro de la escritura so-

cial número 91 de abril de 1907 que quiere hacer valer con desconocimiento o desfiguración de la realidad objetivada en las declaraciones instrumentales copiadas. Ni concuerdan tampoco exactamente con el concepto del Tribunal de que por medio de esa escritura se dio nacimiento a una nueva sociedad del mismo nombre a la cual aportaron los dos socios compradores el inmueble que se quiere reivindicar en la mitad.

De la lectura de tales estipulaciones, escritas con más o menos perfección técnica, lo que resulta incuestionable es que los tres socios de la compañía colectiva "Palau, Velásquez & Cía.", formada por la escritura número 91 de 20 de abril de 1907, de la Notaría Segunda de Cali, convinieron en que el socio Ignacio Palau se retirara de la sociedad, para lo cual, en vista del estado de los negocios sociales a la fecha y para el solo efecto de poder avaluar el derecho o interés social que debía pagarse por su participación en ellos al socio que se retiraba, se hizo un avalúo convencional del haber de la sociedad por aportes y utilidades, que fue lo que se denominó liquidación convencional. Determinado y apreciado el interés o derecho del socio Ignacio Palau en el patrimonio social, inclusive, como se especificó a pesar de ser obvio, "los derechos que le corresponden o puedan corresponderle en el edificio que posee la sociedad", los otros dos socios, Velásquez y Francisco Palau lo compraron y pagaron con dineros sociales y declararon todos que de ahí en adelante la sociedad quedaba integrada por los dos socios compradores a quienes correspondía la totalidad de su patrimonio y que seguiría ocupándose de los mismos negocios y que prorrogaban su duración por cinco años a partir de la fecha del plazo extintivo fijado en la escritura de constitución número 91 y según las mismas normas allí estipuladas. Tal fue la intención de los contratantes, claramente expresada en el tenor literal de sus palabras.

Diversas razones impiden acoger el reparo sobre deficiencia o defecto de registro de la escritura número 91 del 20 de abril de 1907, de la Notaría Segunda de Cali, constitutiva de la sociedad "Palau, Velásquez & Cía.", a que se alude en la demanda reivindicatoria y que el recurrente usa como soporte original de todas sus tesis y conclusiones. Es la primera de orden probatorio, porque no obrando en los autos el instrumento público, que en este caso, por referirse a un contrato solemne, es prueba ineludible e irreemplazable, las consideraciones referentes a su inscripción carecen de base y no sirven para deducir de ellas las consecuencias que expone el recurrente vinculadas a la tradición del aporte de uno de los socios a la sociedad. La falta de aporte, por otra parte, no es inductiva de nulidad o inexistencia de la sociedad, porque ésta no es un contrato real. Para su perfeccionamiento basta que se contraiga la obligación de aportar; el incumplimiento de esta prestación da origen solamente a acción exclusiva de los demás socios contra el renuente o moroso para obligarlo a cumplir o disolver la sociedad. A esta cuestión del registro defectuoso de la escritura número 91 se refirió el Tribunal sentenciador para decir acertadamente que tal circunstancia en ningún caso incide sobre la conclusión central del fallo, consistente en que la sucesión de Francisco A. Palau no es dueña directa de cuota determinada en el dominio del inmueble singularizado en la demanda y que mientras no se liquide la sociedad de que fue socio no se puede saber si le corresponde tal dominio y en qué cuota, porque aun aceptando la tesis del recurrente en punto al registro de la escritura número 91 no hay duda de que la transferencia del bien de que se trata se realizó perfectamente a favor del patrimonio de "Palau, Velásquez & Cía.", por virtud del que en legal forma se hizo de la escritura número 263 de diciembre de 1910, cuya inteligencia y alcance ya quedaron determinados. Por medio de este instrumento, como se sabe, se reformó la sociedad colectiva con la salida de uno de sus tres socios originales, quien vendió a sus consocios su derecho en la compañía que así reformada continuó su vida jurídica. Este interés o crédito que es, no requería para su tradición que fuera inscrito en el libro número 1º, como lo pretende el recurrente sobre la desatinada interpretación de que lo vendido por la escritura No. 263 fue el inmueble mismo. Las estipulaciones contractuales que contiene esta escritura pública fueron hechas y suscritas por Francisco A. Palau, causante de los reivindicadores, y es evidente que su voluntad allí claramente expresada no fue la de adquirir personalmente con Velásquez, en condominio indiviso de cuotas iguales, el edificio allí alinderado, como evidente es también que Ignacio Palau no intervino en su celebración particularmente, como vendedor de bien propio, sino como socio de "Palau, Velásquez & Cía' para ceder su interés o derecho en el haber social, distinto, como es sabido, de su patrimonio personal. Ningún fundamento tiene tampoco la tesis de que en el citado instrumento se hizo la liquidación de la sociedad, y resulta absurdo hablar de tal fenómeno en referencia una compañía no disuelta.

Las consideraciones que se han hecho y muy especialmente el contexto transcrito de la escritura

número 263 del 16 de diciembre de 1910, dan base para concluir que ninguna de las acusaciones de la demanda de casación saca de sus quicios de legalidad y acierto la sentencia recurrida, porque en ninguna forma se ha demostrado la existencia de la comunidad por condominio indiviso entre Francisco A. Palau y Ricardo Velásquez sobre el edificio ubicado en el barrio de Santa Librada de la ciudad de Cali, en que se ha fundado su reivindicación.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 21 de mayo de 1947, materia de este recurso.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE RENDICION DE CUENTAS. — TESTIMONIO

Hasta la saciedad tienen advertido la doctrina probatoria y la jurisprudencia que el testigo no es tal, dentro de la concepción legal de esa índole de prueba, sino en cuanto depone sobre hechos que hieran los sentidos; las ideas que esa percepción suscite en su mente, así sean el producto del más lógico raciocinio, están excluídas de la prueba, pues ella no se destina a introducir opiniones en el proceso sino a la demostración de acaecimientos externos perceptibles por cualquier persona normal; es al Juez a quien corresponde la determinación de si un acontecimiento probado indica la existencia de otro, y es claro que esa facultad soberana no puede verse interferida por la prueba de una presunción anterior nacida en el entendimiento del testigo y como tal presente en el material de decisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales)

Para que Espíritu López de Martínez como guardadora de su esposo demente rindiera las cuentas del caso fue demandada por las hermanas de aquél, Matilde y Elisa Martínez, ante uno de los jueces del Circuito de Bogotá; para comunicar el libelo a la demandada hicieron diligencias dos personas que después declararon sobre el ocultamiento de Espíritu dando así lugar a que se le designara un curador ad-litem con el cual se surtieron el traslado de la demanda y todo el juicio especial de cuentas de cuya sentencia no apeló aunque fue adversa para su representada.

Quien fue así condenado a rendir cuentas promovió luégo contra sus demandantes victoriosos, ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, este juicio ordinario tendiente a obtener la declaración de nulidad del especial de cuentas con base en dos razones principales: ser incompetente por la vencindad de la demandada el Juez que lo decidió, y no haber sido legalmente citada y emplazada pues a causa del ya aludido informe de ocultamiento se prescindió de esta última formalidad. El juez de la causa decretó la nulidad invocada en fallo fechado el cinco de abril de mil novecientos cuarenta y seis, confirmado luégo en lo esencial por el Superior cuando en sentencia que profirió el diez y ocho de diciembre del mismo año, dio solución al recurso de alzada que las demandantes habían interpuesto contra lo decidido en primera instancia.

El Tribunal para motivar su sentencia consideró improcedente la súplica sobre nulidad fundada en incompetencia de jurisdicción comoquiera que no es dable alegarla en juicio separado del en que se causó, a términos de los artículos 456 y 457 del C. J.; en cambio encontró viable la súplica sostenida en falta de citación o emplazamiento por cuanto éste se pretermitió ilegalmente teniendo en cuenta informes testimoniales contentivos de inferencias de los testigos sobre ocultamiento de la demandada, y no de hechos concretos constitutivos de maniobras elusivas por parte de aquélla.

Matilde y Elisa Martínez han recurrido ante la Corte en demanda de la casación del fallo de segunda instancia, recurso que se procede a decidir.

Las recurrentes presentan contra la decisión del Tribunal los cargos de ser violatoria de las disposiciones consignadas en los artículos 76, 80, 82 y 83 del C. C., por interpretación errónea de sus disposiciones, lo mismo que de las consignadas en los artículos 317, 457 y 697 del C. J., y además por falta de apreciación de las declaraciones presentadas en la segunda instancia de este juicio y de la copia auténtica de la tarjeta de identidad número 160898 expedida por el Jefe de Servicio de identidad del Ministerio de Correos y Telégrafos, todo lo cual será alegado y quedará demostrado en el curso de esta demanda".

Ya se vio que el Tribunal fundamentó su fallo en la ineficacia que a su juicio tenían los elementos sobre los cuales se procedió a designar un curador ad-litem para que representara integralmente a Espíritu López en el juicio de cuentas de que se ha hecho mérito desde la comunicación del libelo hasta la notificación de la sentencia; esa curaduría tuvo origen irregular, según el Tribunal de segundo grado, porque se generó en probanzas inconducentes en cuanto a la ocultación de la dicha parte, y, consecuencialmente, en cuanto dieron pie

a la pretermisión de un emplazamiento a su entender necesario para provocar legalmente la comparecencia del demandado al juicio especial de que se trata.

Esta circunstancia pone de manifiesto: a) Que los preceptos civiles acerca del domicilio no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal pues la posible actuación de esas normas, así como las pruebas aducidas en relación con ellas en la segunda instancia, reflejaban sobre la nulidad derivada de la incompetencia de jurisdicción, la cual fue desestimada en la instancia, y, por tanto, careció de toda influencia en la decisión recurrida; b) Que ésta no se produjo a virtud de un modo de fijar el sentido y alcance de ciertos preceptos por parte del Tribunal, sino porque éste reputó inadmisible la prueba sumaria allegada para acreditar el ocultamiento de la demandada, de tal suerte que si hubiera quebranto de los preceptos contenidos en los artículos 317 y 457 del C. J. no habría sido a virtud de interpretación errónea de esas disposiciones, sino por haberlas aplicado indebidamente a consecuencia de un error de hecho o de derecho al justipreciar la prueba de la ocultación.

Estos pormenores destacan la inconducencia de la queja vinculada a la noción legal del domicilio, y la impertinencia de la fundada en errónea interpretación; entendiendo benignamente la demanda podría considerarse que en ésta se configura el cargo de violación indirecta de los artículos 317 y 457 del C. J. como consecuencia de la transgresión del artículo 697 ibídem, consistente en no haber dado la plenitud de su valor a los relatos de las dos personas encargadas de buscar a Espíritu López para correrle traslado de la demanda inicial del juicio de cuentas; sobre este particular se considera:

Hasta la saciedad tienen advertido la doctrina probatoria y la jurisprudencia que el testigo no es tal, dentro de la concepción legal de esa índole de prueba, sino en cuanto depone sobre hechos que hieran los sentidos; las ideas que esa percepción suscite en su mente, así sean el producto del más lógico raciocinio, están excluídas de la prueba, pues ella no se destina a introducir opiniones en el proceso sino a la demostración de acaecimientos externos perceptibles por cualquier persona normal; es al Juez a quien corresponde la determinación de si un acontecimiento probado indica la existencia de otro, y es claro que esa facultad soberana no puede verse en el entendimiento del testigo y como tal presente en el material de decisión.

En el caso de autos, como lo observó rectamente el Tribunal, los deponentes afirmaron la ocultación de la persona a quien buscaban sobre lo que en su concepto la acreditaba, o sea "la manera cómo la sirvienta dio los informes, con titubeos, etc."; es obvio que los testigos estimaron y valoraron el dicho de la doméstica y que es éste, y el juicio que sobre él se formaron, lo que el recurrente aspira a revestir de categoría de prueba testimonial para imputar al juzgador de segundo grado quebranto del artículo 697 del C. J.

Si éste no ocurrió en realidad, y es el único cargo que se formula sobre la apreciación de los nombrados testimonios, no puede prosperar el recurso.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del presente recurso, o sea la proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

TESTAMENTO CERRADO. — LA APERTURA NO ES PARTE INTEGRANTE. — INFLUENCIA DE LA DEMANDA EN EL JUICIO. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1.—Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que tal funcionario y testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene un testamento, a menos que se trate de un mudo (artículo 1080 del C. C.).

2.—En el testamento cerrado hay que considerar dos partes diversas: a) El sobrescrito o cubierta del testamento, que tiene la fuerza de un instrumento público, por estar autorizado por el funcionario competente con las solemnidades legales, y b) La memoria testamentaria o testamento, que es obra exclusiva del testador.

3.—La apertura no es parte integrante del testamento, y los motivos de nulidad se refieren al testamento y no a las formalidades de la apertura.

4.—El Juez debe atenerse, al consignar la razón de su decisión, a los hechos que hayan sido el fundamento de la demanda, o los en que apoye el demandado su defensa. Según el artículo 205 del C. J., la demanda debe contener lo que se demanda, debiendo expresarse con claridad y precisión los hechos u omisión en que se fundamenta. Resulta de ello, que tanto la razón como la pretensión forman el contenido de la demanda; por tanto si el Juez no puede juzgar fuera de los límites de lo demandado, es evidente que no puede atribuir a la decisión razones DE HECHO no invocadas por quien ha demandado.

La afirmación de hecho es condición de eficacia de la demanda, y, por tanto, implica un límite de ésta.

5.—La facultad que tiene el Juez para interpretar la demanda no puede moverse en campo ilimitado y arbitrario, y no procede sino en casos en que los términos en que aparezca concebida, permitan esa labor exegética, que de ningún modo puede llevarse hasta la desestimación o alteración de sus declaraciones categóricas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez del Circuito en lo Civil de la ciudad de Ocaña, en el Departamento del Norte de Santander, los señores Ramón Raimundo Gómez y otro, demandaron por la vía ordinaria a la señora Vicenta Gómez viuda de Quintero, para que con su audiencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que es absolutamente nulo el testamento cerrado que se dice otorgó el señor José Ignacio Quintero en Ocaña el nueve (9) de febrero de mil novecientos treinta y uno (1931) y que fue abierto por usted el diez y siete (17) de diciembre próximo pasado, como se expresa en el punto 1º de este libelo.

"b) Que es intestada la sucesión de José Ignacio Quintero, a la cual concurren mis poderdantes en su carácter expresado, como sobrinos del mismo causante, y

"c) Que en caso de oposición de la demandada, ésta deberá pagar las costas procesales y demás prestaciones a que haya lugar, según las leyes".

Los hechos enunciados como fundamento de la acción, pueden sintentizarse así:

Que el señor José Ignacio Quintero, esposo de la demandada, otorgó testamento cerrado, el cual fue abierto por el Juez Civil del Circuito de Ocaña el diez y siete de diciembre de mil novecientos cuarenta; que por el memorado acto de expresión de la última voluntad, el testador dejó todos sus bienes a su esposa, ya que carecía de herederos forzosos; que uno de los individuos que aparece como testigo del acto, "no sabía firmar, ni tampoco leer", por lo cual ha debido suscribir el sobre cerrado, a su ruego, otra persona, como lo previe-

ne en su penúltimo aparte el artículo 1080 del Código Civil, y sin embargo, el referido testigo figura estampando allí su firma; que otra de las personas que atestiguan el otorgamiento, era desde hacía mucho tiempo y lo fue con posterioridad a su legalización "dependiente o doméstico" del señor Quintero y finalmente, dice la demanda, que también se pretermitieron "varias otras formalidades de las que según el derecho civil constituyen esencialmente el testamento cerrado".

Al señalar las razones de derecho que justifican sus pedimentos, expresan que los reparos que hacen "constituyen omisión de formalidades esenciales de los testamentos cerrados", que implican nulidad absoluta. Citan los artículos 11 y 15 de la Ley 95 de 1890 y 1741 del C .C., y 2º de la Ley 50 de 1936.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento puso término a la primera instancia del pleito, por providencia de diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, en la que se absuelve a la demandada de todos los cargos contra ella propuestos.

La sentencia recurrida

El representante de los actores en el juicio, no satisfecho con la providencia del Juez, apeló para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, a donde fueron remitidos los autos oportunamente. Allí se decidió el recurso por sentencia de treinta de abril de mil novecientos cuarenta y seis, en que se confirma la del inferior.

El Tribunal, al hacer el estudio de la cuestión, encuentra que no se demostró ninguna de las causales de nulidad alegadas, pues claramente se estableció en el proceso que el testigo tachado de analfabeto sabía leer y escribir, y en cuanto al señalado como dependiente o sirviente del testador, se probó que tenía profesión de albañil, que trabajaba por cuenta propia, y que en desempeño de su oficio, pudo en ocasiones prestarle servicios en su ramo al señor Quintero.

Como en la segunda instancia se enderezara por los demandantes la cuestión en el sentido de que se anulara el testamento por pretermisión de formalidades en su apertura, publicación e inscripción en la oficina de registro, dijo al respecto el Tribunal:

"De consiguiente la alegación de la falta de formalidades en la apertura del testamento es inoperante en orden a las súplicas de la demanda ya que, como atrás se expresó, omisión tal no puede en forma alguna anular la voluntad del testador; por otra parte, la demanda de nulidad de un testamento no implica ni implicar puede la de violación de formalidades referentes a su apertura y publicación (véase J. C. S. No. 2706, Tomo III).

"Y por ello, habiéndose demandado la nulidad del testamento en la primera súplica del libelo, y como su consecuencia la de los fallos que ordenan su apertura y publicación, y no siendo operante la alegación de omisiones de formalidades relativas a la apertura y publicación en orden a obtener la nulidad del acto testamentario, se impone concluir que carece de base la segunda súplica, ya que ella como dependiente y sujeta a la viabilidad de la primera, debe correr su misma suerte.

"Además es de observar —continúa la sentencia— que en la demanda no se enunciaron esas omisiones en la apertura como motivos de las nulidades solicitadas, ya que allí sólo se adujeron como tales, las relativas a incapacidad de los testigos y la omisión de formalidades esenciales a la existencia y validez del testamento; y como atrás se demostró, tales formalidades esenciales son solamente las establecidas por el artículo 1080 del C. C., y el actor no ha demostrado que se omitiera alguna de ellas.

"De consiguiente la alegación de omisión de formalidades en la apertura del testamento, hecha en esta instancia, aparece desvinculada de la demanda y por tanto es improcedente, además de que como atrás se expresó, es inoperante como motivo de la nulidad demandada".

En desacuerdo con la providencia del Tribunal, los demandantes interpusieron en tiempo el recurso de casación, por lo cual se envió a la Corte el expediente, donde se le ha dado la tramitación de rigor y siendo la oportunidad procesal debida, la Sala Civil de la Corporación procede al estudio de los puntos materia del recurso, en los términos siguientes.

Motivos de casación propuestos

Cargo a) La sentencia, dice la demanda en casación, es violatoria de ley sustantiva por mala apreciación de algunas pruebas, por desetimación de otras y por errónea interpretación y mala aplicación de la misma ley, así como por no haberse aplicado algunas disposiciones sustantivas. Acusa también por errada interpretación de la demanda.

Señala como preceptos sustantivos violados, los artículos 923 y 924 del C. J., 1073, 1077, inciso 3º, 1080, 1081, 1082, 1083 del C. C., y 11 de la Ley 95 de 1890.

Dice que, cuando de las declaraciones de los testigos testamentarios, resulta que la cubierta no está cerrada, marcada o sellada, como en el acto del otorgamiento, **el testamento no presta mérito alguno** mientras no se declare su validez en juicio ordinario. De donde deduce la violación de los artículos 923 y 924 del C. J.

Que por igual motivo se violaron los artículos 1077 y 1082 del C. C., y 11 de la Ley 95 de 1890, preceptos que se dejaron de aplicar y que disponen que los testigos presentes en la apertura y publicación de un testamento, reconozcan no sólo su firma sino la del Notario y testigos ausentes; que se violó el 11 de la ley citada, en la parte que este precepto declara sin valor el testamento en que se omitiera cualquiera de las formalidades a que debe sujetarse, según los artículos mencionados.

Que un testigo (Garcés) declaró "que no recordaba si allí estarían presentes el testador y los testigos....", que luégo agregó que él no presenció la apertura del testamento, por consiguiente, no se dio cuenta si estaría o no alterado el sobre.

Que el Notario, con ocasión de la apertura del testamento, expresó que en el momento del otorgamiento "se encontraba en tal casa un sujeto que sirvió también de testigo y que probablemente es el mismo que corresponde al nombre de Margario Jaimes", de lo cual deduce que ha faltado la prueba sobre la identidad de este testigo.

Refuta luégo el concepto del Tribunal sobre diferencia entre las diligencias de la apertura del testamento y el testamento mismo.

Manifiesta que si el Juez abre el testamento prescindiendo de las formalidades prescritas por las leyes para su apertura y publicación, deja sin valor lo principal, ni más ni menos, como si un testador o un tercero rompieran los sellos.

Al concepto del Tribunal sobre que "las alegaciones de la falta de formalidades en la apertura del testamento, son inoperantes en orden a las súplicas de la demanda", etc., por no haberse señalado tales hechos como elementos de la acción incoada, manifiesta que en ello hay error de "hecho y de derecho", al querer separar el testamento mismo de las formalidades requeridas para su autenticidad e identidad de testador y testigos.

Que el sentenciador ha incurrido en error de hecho en la interpretación de la demanda, cuando sostiene que en ésta no se enunciaron las omisiones referidas como motivo de las nulidades solicitadas, y que lo alegado sobre el particular, aparece desvinculado de la demanda, siendo improcedente, por tanto, para el fallo definitivo.

Que en el caso de autos, la petición primera se dirige a obtener la nulidad absoluta del testamento, y la segunda tiende a que ,de consiguiente, se declaren ineficaces y sin ningún valor los fallos por los cuales se ordenó la apertura y publicación del testamento. El Juzgador, con todo, creyó que la ineficacia o nulidad de las referidas providencias, estaba subordinada a la nulidad misma del testamento, entendiéndolo así por la frase adverbial: "de consiguiente".

Agrega que la demanda no puede tener tal interpretación restringida, ya que en el hecho octavo se dijo que "en el acto testamentario se omitieron varias otras formalidads que, según el derecho civil, constituyen esencialmente el testamento cerrado".

Que la sentencia ha interpretado erróneamente el artículo 1080 del C. C., desarticulándolo del 11 citado porque, si es cierto que lo que constituye el testamento cerrado, es el lleno de todas las formalidades del artículo 1080, no lo es menos que para que tal acto valga, se requiere que el sobre aparezca cerrado y sellado, con las firmas en la cubierta de los cinco testigos, la del testador y el Notario, y que para que el pliego privado que está en la cubierta, tenga toda su eficacia ante la ley, debe ser abierto con sujeción a las prescripciones de los artículos 1082 del C. C. y 11 citado.

Se considera:

Entendieron, tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal, al revisar su fallo, que el proceso se encamina exclusivamente a obtener la nulidad del testamento, es decir, de las disposiciones de última voluntad consignadas por el testador en pliego cerrado, por pretermisión de formalidades sustanciales en su otorgamiento, y como consecuencia, la de las diligencias que lo hicieron público y lo mandaron tener como testamento nuncupativo del señor José Ignacio Quintero (artículo 1077 del C. C.).

Por ello, el actor ataca el fallo por error de hecho en la interpretación de la demanda, que condujo al juzgador a ver en la acción propuesta, una simple petición de nulidad del testamento por informalidades en su otorgamiento, dejando de un lado —sostiene el recurrente— otras relativas al acto de su apertura y publicación.

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que tal funcionario y testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento, a menos que se trate de un mudo, que no es el caso en estudio (artículo 1080 del C. C.).

En el testamento cerrado, hay que considerar dos partes diversas: a) El sobrescrito o cubierta del testamento, que tiene la fuerza de un instrumento público, por estar autorizado por el funcionario competente con las solemnidades legales, y b) La memoria testamentaria o testamento, que es obra exclusiva del testador. Con el fin de conocer esa memoria testamentaria, mantenida en secreto hasta su apertura después de la muerte del testador, y darle la fuerza de un instrumento público, la ley fija las formalidades necesarias para su apertura y publicación en el artículo 1077 del C. C.; allí se indican las precauciones que deben tomarse por el funcionario ante quien se presente el sobre cerrado y sellado, para cerciorarse de que el documento se encuentra en las condiciones en que fue otorgado y para, una vez llenado tal requisito, efectuar su apertura y publicación.

La ley, dado el carácter de cerrado de este documento, exige que se organice la forma de inspeccionar, antes de abrir la cubierta que lo encierra, su identidad y su estado de conservación, evacuando precisamente, las declaraciones de los testigos instrumentales y del Notario.

La apertura no es parte integrante del testamento, y los motivos de nulidad se refieren al testamento y no a tales formalidades.

Como puede observarse, no es indispensable la comparecencia del Notario y de todos los testigos, basta que los presentes reconozcan el testamento, su firma y la de los ausentes, y a juicio del Juez, podrá abonarse con otros testigos, la firma del Notario y testigos ausentes.

Sobra entrar en más consideraciones con respecto al cumplimiento o no cumplimiento de las formalidades para la apertura y publicación del testamento, pues la base de la demanda no fue la autenticidad del documento, ni la carencia o pretermisión de formalidades en su apertura, sino el acto en sí, la memoria testamentaria, la declaración de última voluntad del testador, por sostenerse que tal acto es nulo, por carencia de las calidades en los testigos para testimoniar sobre su otorgamiento y demás requisitos exigidos por la ley.

De la demanda, base del presente pleito, se desprende claramente, que lo solicitado fue simplemente la nulidad del acto testamentario en sí, y como consecuencia, la cancelación de las diligencias de su apertura y publicación, cosa innecesaria. En los hechos en que se apoya y que se dejaron atrás consignados, nada se dijo que tuviera relación con informalidades relativas a la apertura y publicación.

De manera que obró justamente en derecho el Tribunal, al acoger la tesis de la nulidad simplemente del testamento, y no de las diligencias de su apertura y publicación, y ya se vio que en el testamento cerrado, hay que considerar dos partes diversas: el sobrescrito o cubierta materia de las diligencias de apertura y publicación, y la memoria testamentaria o testamento.

El Juez debe atenerse, al consignar la razón de su decisión, a los hechos que hayan sido el fundamento de la demanda, o los en que apoye el demandado su defensa. Según el artículo 205 del C. J., la demanda debe contener lo que se demanda, debiendo expresarse con claridad y precisión los hechos u omisión en que se fundamente. Resulta de ello, que tanto la razón como la pretensión forman el contenido de la demanda; por tanto, si el Juez no puede juzgar fuera de los límites de lo demandado, es evidente que no puede atribuir a la decisión razones **de hecho** no invocadas por quien ha demandado.

La afirmación de hecho es condición de eficacia de la demanda y, por tanto, implica un límite de ésta.

Es necesario expresar el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho que se reclama en juicio. Los términos de una demanda son los factores señalados por el actor, como constitutivos del problema planteado ante el demandado y sometido a la decisión judicial, factores de los cuales no puede salirse, ni mucho menos variar el juzgador.

Todo proveído que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda, es un proveído sorpresivo, tal como si en el presente caso, en que se ha demandado la nulidad del testamento cerrado por falta de calidades en los testigos instrumentales, y se ha citado a juicio al reo para que se defienda dentro del campo específico de tales nulidades, la sentencia lo condenara, v. gr., no ya por la carencia de calidad en los testigos, sino por pretermisión de formalidades en la apertura del mismo testamento, sería un fallo inesperado, inusitado, que se pronunciaría sobre materia que no ha sido discutida en las instancias del proceso, lo que equivaldría a condenar a una persona sin haber sido oída y vencida en juicio, porque se le llamó a responder por determinadas nulidades que se fundamentaban en determinados hechos, y se le condenaría por otra causa, con apoyo en hechos distintos. (Casación, Tomo 50, página 93).

Ha alegado el recurrente error en la interpretación de la demanda, por no haber visto en el libelo que se comenta, la acción de nulidad de apertura y publicación de la memoria testamentaria en cuestión, pero ya se vio que, ni de los hechos pro-

puestos, ni de los puntos materia de la decisión, se puede deducir lo pretendido por el actor. Por lo demás, la facultad que tiene el Juez para interpretar la demanda, no puede moverse en campo ilimitado y arbitrio, y no procede sino en casos en que los términos en que aparezca concebida, permitan esa labor exegética, que de ningún modo puede llevarse hasta la desestimación o adulteración de sus declaraciones categóricas.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo b) Violación de los artículos 746 y 752 del C. J., que establecen que no es permitida la práctica de pruebas no pedidas en tiempo.

Se considera:

Se plantea en este punto una cuestión de procedimiento que no da lugar a estudio en casación. Otra cosa sería si se hubiera acusado por la indevida apreciación de pruebas producidas en la forma irregular que advierte el recurrente.

Tampoco es admisible algún nuevo reparo propuesto en relación con la persona que inscribió en la Oficina de Registro de Ocaña el testamento, luégo de su apertura, pues se discute en el pleito la nulidad del acto testamentario por informalidades en su otorgamiento, y no la nulidad de las diligencias de su apertura y publicación.

Cargo c) Por último, acusa el recurrente el fallo por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, con la cual el actor se propuso demostrar que el testigo Jaimes era empleado del señor Quintero en el momento del otorgamiento de su testamento, y que la prueba aducida por la contraparte, se concreta a demostrar el no hecho con referencia a la dependencia del testigo.

Cita como violados los artículos 601, 702 del C. J., 11 y 15 de la Ley 95 de 1890.

Se considera:

Aparece del acerbo de pruebas que se presentaron, testimonios opuestos por una y otra parte, y que el Juez y el Tribunal decidieron esa oposición en las pruebas conforme a lo prescrito en los artículos 601 y 702 del C. J. No es cierto que la demostración de la calidad de trabajador independiente, con respecto al testigo Margario Jaimes, se haya establecido con declaraciones sobre hechos negativos. Los testigos que afirman tal condición, se apoyan en hechos positivos, tales como el ejercicio de la profesión independiente de albañil, cuyos servicios eran prestados por Jaimes a muchas personas en la localidad en que vivía y, en cambio, los que le atribuyen una dependencia directa con el testador, señor Quintero, no se refieren concretamente a una época, ni lo relacionaron con la fecha del testamento, y por otro aspecto, varios se contradijeron notablemente.

De acuerdo con el artículo 702 del C. J., cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos, contradictorias entre sí, el Juez atendiendo a las condiciones de aquéllas, y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de la sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones.

Se sienta, pues, el principio de la libre apreciación judicial de la prueba testimonial en tal caso, el cual no se toma, ha dicho esta Sala, en el sentido de que la libertad dada al Juez para apreciar la prueba, consiste en el mero arbitrio de éste, sino que el patrón objetivo que vinculaba al funcionario en el antiguo derecho procesal, ha sido sustituído por el subjetivo, que permite al Juez un marco de actuación encuadrado dentro de las nociones de la ciencia de la prueba, a fin de que él mismo conforme su convencimiento. El fin de la prueba es lograr el convencimiento del Juez, pero como la verdad que se busca es relativa, en las disposiciones transcritas, la ley no sujeta al Juez, como anticientíficamente lo hace en otras ocasiones, a determinadas pautas en la elaboración de su convencimiento. (Casación, G. J. Tomo 43, número 1911-12, página 764).

Por lo demás, como en repetidos fallos lo ha dicho esta Sala, "la operación de crítica probatoria llevada a cabo por el Tribunal, escapa a la casación, porque no se ha demostrado que fuese manifiestamente errónea la conclusión de hecho a que llevó esa crítica". (Casación, Tomo 43, página 585).

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Sentencia

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con fecha treinta de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — PRESUNCION DE CULPA. — CUANDO DEJA DE OPERAR ESTA PRESUNCION EN TRATANDOSE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

..Como lo ha explicado la jurisprudencia la presunción de culpabilidad que se deduce del texto del artículo 2356 del C. C., no es aplicable en favor de la víctima y en contra del patrono o empresa, aunque se trate de un daño que se ha causado en desarrollo de una actividad que es de suyo peligrosa, cuando la víctima no es un tercero extraño a ella, como ocurre en el caso del dependiente, empleado u obrero, respecto de la empresa por cuenta de la cual trabaja. En estos casos no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de que ACTORI INCUMBIT PROBATIO. (Véase sentencia de 8 de noviembre de 1944, G. J. Tomo LVIII, página 730 y siguientes).

Pero es claro que a la enunciada tesis jurisprudencial no puede dársele un alcance generalizado, para extenderla a todos los casos en que existe una relación de dependencia entre la víctima, empleado u obrero, y la empresa que ejercita o explota una actividad de índole peligrosa, atendiendo para ello a la mera circunstancia de existir aquella relación, pues es indispensable, además, que el empleado u obrero, por razón de las funciones de su oficio, tenga ingerencia directa, total o parcial, en el manejo de la propia actividad que causa el daño, a fin de que así pese sobre él de igual suerte que sobre la empresa misma, la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños a la empresa, a terceros y a sí mismo. Un ejemplo aclarará mejor los límites de aplicabilidad de esta tesis: en el descarrilamiento de un ferrocarril en marcha, el maquinista que dirige y controla la máquina, si resulta lesionado en el accidente, no podrá invocar en su favor y en contra de la empresa el artículo 2356 del C. Civil, para obligarla a indemnizarle los perjuicios que haya sufrido. A este efecto, necesita, por el contrario, dar la prueba del hecho concreto constitutivo de culpa. En cambio, el chequeador de tiquetes, el empleado encargado del restaurante o la despensa, o el contabilista, que tienen funciones naturalmente ajenas al manejo, control y dirección de la máquina sí pueden alegar útilmente en su favor y en contra de la empresa la presunción de culpa del artículo 2356 citado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veinte (20) de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelos fechados el 27 de febrero de 1942 y 5 de marzo del mismo año, Lucas María Galán y María v. de Galán presentaron conjuntamente ante el Juez del Circuito en lo Civil de Ciénaga dos demandas, cuya acumulación decretó posteriormente, contra la Compañía Colombiana de Electricidad S. A., para que en sentencia definitiva se le condene a ésta, según la primera demanda, a pagarle a la sucesión de Ladislao Galán Varela, o a los demandantes personalmente, según la segunda, las sumas que pericialmente se fijen como indemnización de los perjuicios causados con la muerte de Galán Varela.

En los hechos, sintetizados, de ambas demandas, se afirmó que éste trabajaba bajo las órdenes y dependencia de la Compañía demandada en el Municipio de Ciénaga y que sus servicios consistían en la construcción, mantenimiento, reparación y limpieza de la red de distribución y equipos complementario con que se presta el servicio de energía eléctrica en dicho lugar; que el 31 de julio de 1941, por orden de la empresa demandada, se ocupaba Galán en arreglar y pintar las aspas o crucetas que soportan las líneas conductoras de electricidad en el barrio del mencionado municipio y ejecutando esa labor sufrió una descarga eléctrica que le ocasionó súbita muerte, la cual es imputable a culpa del reo, por no haber desconectado la corriente, como era costumbre hacerlo, ni suministrado a Galán equipo protector para ejecutar el trabajo, y que el referido suceso les ocasionó a los demandantes perjuicios materiales y morales que les deben ser indemnizados por la compañía

demandada. Esta aceptó el hecho relativo a la prestación de servicios por Galán Varela; negó los restantes y se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

El Juez del conocimiento decidió el pleito en sentencia de 3 de febrero de 1944, que condenó al demandado a pagar a los actores perjuicios morales y lo absolvió de los cargos restantes.

Esa providencia, apelada por ambas partes fue revocada por la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta de 22 de octubre de 1946, que en su lugar resolvió lo siguiente: absolvió a la compañía de los cargos de la demanda fechada el 27 de febrero de 1942, y, acogiendo la otra, la declaró civilmente responsable de la muerte de Galán Varela; la condenó a pagarles a los actores, como directamente damnificados, perjuicios materiales y morales subjetivos. El valor de estos los fijó en $ 2.000.00 para cada uno de los demandantes y dispuso que el monto de los primeros se regulara conforme al procedimiento del artículo 553 del C. J. y que de la suma respectiva se descuente la cantidad de $ 780.00 recibidos por los demandantes a título de seguro de vida.

En la motivación del fallo halló el Tribunal que la acción civil extracontractual incoada debía prosperar por aparecer comprobados en el proceso los tres elementos que la configuran o sean el hecho culposo, el perjuicio y la consiguiente relación de causalidad. De las razones en que el sentenciador apoya sus conclusiones, sólo es necesario destacar para el estudio que va a emprenderse las que tienen relación con el primero y último de los mencionados elementos, ya que el recurso de casación que el demandado ha interpuesto apenas se concreta a esas dos cuestiones.

A este respecto expresa el fallo que conforme al texto del artículo 2341 del C. Civil se requiere para la prosperidad de la acción que el demandado suministre la prueba de la culpa; pero que de acuerdo con el artículo 2356 ibídem, ésta se presume, por lo cual podría afirmarse que probado el accidente y que el trabajo que ejecutaba el empleado era **per se** peligroso y de mucho riesgo, había lugar a dicha presunción en el presente caso. Luego agregó que la culpa de la Empresa se halla probada por medio de los siguientes indicios que tuvo por demostrados:

"a) Que el trabajador se encontraba reparando la red de distribución, lo que hace presumir que ésta se hallaba en malas condiciones.

b) La circunstancia o el hecho de la empresa demandada de haber desconectado la energía con posterioridad al accidente en el sector en que esto ocurrió para que otros trabajadores pudieran continuar las labores de refacción en las mismas líneas. Esto es, para evitar otra tragedia; y

c) El electrocutamiento —probado también con testimonios médicos y con el certificado de defunción— pues si las líneas hubiesen estado en buenas condiciones y el trabajador hubiese estado amparado o defendido de las altas corrientes eléctricas por medio del equipo protector, no se habría producido el suceso.

Estos indicios y los testimonios que obran en autos, si se examinan en conjunto o engranaje, producen la convicción de que los alambres transmisores estaban pelados o en mal estado, o que la Compañía Colombiana de Electricidad S. A., había incurrido en una falta de prudencia, de atención y de oportuna vigilancia, como dice el Juez Labée, ya citado. Vale decir, la empresa había incurrido en una falta de conducta y de diligencia en un servicio público que ineludiblemente genera culpa, por la cual habrá de responder".

Después añade:

"A falta pues de la prueba que debió presentar el reo acerca del cuidado que generalmente le incumbe en controversias de esta índole, como habría sido la que suministró oportunamente aisladores o protectores al trabajador, que son de uso corriente en esta clase de labores, o que hizo la incomunicación de la energía en el sector en que operaba su trabajador, porque los adelantos de la ciencia en electricidad así lo exigen, es de presumirse la culpa de la sociedad demandada y en consecuencia de ella es la responsabilidad civil por los daños que causó".

Finalmente en el capítulo de la sentencia destinado a examinar la relación de causalidad entre la culpa y el daño, dice el sentenciador:

"En el caso de autos si los alambres transmisores de la energía no se hubiesen hallado en mal estado en los momentos en que trabajaba Galán, o si la empresa hubiese suministrado los elementos protectores o aisladores necesarios; o si ella hubiese desconectado oportunamente la energía eléctrica en aquel sector, no habría incurrido en culpa y el perjuicio no se habría causado. Los testigos declaran que al día siguiente de la tragedia otros empleados de la misma empresa estuvieron arreglando el servicio en el mismo lugar en que ocurrió el suceso, pero que previamente se había desconectado la energía. Luego ha podido la sociedad demandada tener el mismo cuidado, emplear la misma diligencia antes de que Galán principiara a trabajar el día del accidente y este cuidado, esa conducta de la Compañía Colombiana de Electri-

cidad habría evitado el fallecimiento de ese trabajador".

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que ha sustentado en la oportunidad legal, acusando el fallo por la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial y proponiendo en su contra los cargos que en seguida se resumen:

1º—Dice el recurrente que la presunción de culpa establecida en el artículo 2356 del C. Civil no tiene aplicación cuando se trata, como en el presente caso, de un juicio entre una empresa y un empleado o dependiente de la misma; que así lo ha sostenido la Corte en varios fallos que en parte transcribe; que de las razones en tales fallos expresadas se desprende claramente la conclusión de que el Tribunal, al decidir este pleito con fundamento en la disposición del artículo 2356 citado, lo aplicó indebidamente, y así lo quebrantó junto con el artículo 2341 ibídem; que Galán, empleado de la compañía demandada, fue víctima de un accidente de trabajo y que para que haya lugar a la indemnización ordinaria de perjuicios en tal caso, es necesario que aparezca probada la culpa del patrono, conforme al artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 y que en consecuencia el fallo viola las siguientes disposiciones:

"a) Artículo 2356 del Código Civil, por haberlo aplicado, sin ser aplicable;

"b) Artículo 2341 del Código Civil, por no haberse aplicado correctamente;

"c) Artículo 1757 del Código Civil y 12 de la Ley 6ª de 1945, por haber decidido, contra lo que estos textos disponen, que a la parte actora no le correspondía la prueba de la culpa atribuída a la parte demandada".

2º—Alega el recurrente que "para el Tribunal, la culpa de la compañía demandada consiste en que existía un daño en las líneas conductoras de la electricidad en el momento en que el empleado Galán sufrió el accidente"; que este hecho, aún suponiéndolo probado, no constituye culpa de la compañía demandada, pues una empresa de energía eléctrica no puede estar obligada a obtener que las líneas no se dañen en ningún momento; que a lo que sí está obligada es a revisarlas y a reparar los daños y que esto lo cumplía por conducto de Galán, en el momento en que ocurrió su muerte; que el Tribunal incurre en grave error al calificar como culpa de la empresa un hecho que jurídicamente no tiene tal carácter y que por tales motivos, el Tribunal violó los artículos 63 y 2341 del C. Civil, por haberlos aplicado, siendo inaplicables.

Dice, por último, que la compañía no incurrió en negligencia en relación con la revisión de las líneas; que en la propia demanda se expresa que el empleado Galán tenía a su cargo ese trabajo, por lo cual estaba obligado ante aquella a cumplir correctamente la función encomendada; que sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia en el mismo grado que sobre aquella; que por este aspecto el Tribunal violó los artículos 2341 y 2356 del C. Civil al atribuírle a la compañía una culpa en que ella no ha incurrido.

En relación con estos cargos considera la Corte:

Es una cuestión fuera de toda controversia, como que constituye uno de los fundamentos de la demanda inicial del pleito, utilizada en casación por el propio recurrente como base esencial de sus alegaciones, que Ladislao Galán era dependiente u obrero de la empresa demandada; que sus servicios consistían en la construcción, mantenimiento, reparación y limpieza de la red de distribución y equipos complementarios con que aquella presta el servicio de energía eléctrica en el municipio de Ciénaga, y que en cumplimiento de sus atribuciones sufrió la descarga eléctrica que le ocasionó súbita muerte.

En estas circunstancias, aunque la actividad en cuyo desarrollo se causó el daño es de suyo peligrosa, la culpa de la empresa demandada no es materia propia de presunciones, pues la víctima no es un tercero extraño a ella ni un empleado u obrero que tuviera funciones ajenas a la actividad causante del perjuicio. Galán, por el contrario, participó en la consumación del hecho que le causó la muerte; cumplía un oficio al cual era inherente el peligro; estaba expuesto, por tanto, a riesgos que él debía conocer, y para evitarlos en relación con su persona tenía a su cargo el deber natural y jurídico de ser cuidadoso y diligente; de velar por su propia seguridad, en igual o mayor grado, si cabe, que la sociedad demandada. Se encontraba sí con respecto a ésta colocado en un plano de relaciones, dentro del cual no militan las razones en que se sustenta la presunción de culpa que la Corte ha encontrado en el artículo 2356 del Código Civil.

A este respecto, fundándose en consideraciones que son estrictamente aplicables al caso de autos, ha dicho la Corte:

"La teoría de las presunciones de culpa en algunos casos de responsabilidad delictual, en los que excepcionalmente se deroga en juicio la regla general **actori incumbit probatio,** se explica por la concurrencia de hechos dañosos que por su naturaleza misma excluyen la culpa, la intervención, la negligencia de la víctima. Basta citar a título de ejemplo los descarrilamientos y choques de tre-

nes, los siniestros automoviliarios o de aviación, que hacen víctimas al pasajero desprevenido, o al espectador o caminante, que de un momento a otro se ve sorprendido por la catástrofe. En estos casos y otros semejantes, en que la víctima nada ha podido prever, porque apenas ha desempeñado un papel meramente pasivo, sería irrazonable exigirle pruebas de que el daño se debe a culpa originada en descuido o negligencia de quien lo causó. Por eso la genuina doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa, que se encuentra consagrada en el artículo 2356 del Código Civil "opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, lo cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad". (G. J. Tomo 46, página 216). Pero la presunción de culpabilidad es inadmisible en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente extraño y ajeno a la ejecución de este hecho. El empleado que por cuenta de otro que tiene el carácter de dueño, dirige o maneja una cosa como automóvil, locomotora, aeroplano, etc., está obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños en la máquina, en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si él fuera su conductor; y aún tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, impidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o se deteriore. De consiguiente, si sobre el dueño gravita la obligación de conducir, con extrema diligencia, cuando él accione sobre la cosa, el empleado tiene exactamente igual compromiso tanto en relación con terceros como con el propio dueño. Esto es obvio. Por lo tanto, si conduciendo sufre un accidente y se lesiona, no puede presumirse la culpa del dueño en el acaecimiento del hecho para los efectos de indemnizar al empleado, pues el accidente ha sido hecho propio del conductor, y las personas responden de sus hechos y sufren sus consecuencias. Por el hecho de otro, en materia de responsabilidad delictual no hay presunción de culpabilidad distinta de la que recae sobre la persona bajo cuyo cuidado o dependencia está la causante del daño, según los artículos 2347, 2348 y 2349 del C. Civil. Mas esta presunción, basada en los deberes de vigilancia o mala elección, está creada en favor de los terceros, víctimas del daño. El empleado causante directo del daño está lejos de contarse entre estos terceros, en relación con el empleador, pues él a su vez debe responderle a éste del daño originado en su hecho personal (artículo 2352 del C. Civil), en virtud del vínculo jurídico que los ata y que lo obliga a ejercer la función encomendada con sumo cuidado y diligencia para evitar el daño de la cosa, el daño a terceros y aún el del propio empleado, que puede repercutir sobre otros, incluyendo al empleador. En consecuencia, el empleado o dependiente que en ejecución de las funciones de conductor, chofer, maquinista, piloto, mecánico, obrero, etc., se causa daños en los momentos en que actúa, originado en un accidente, en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho a la reparación. No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado necesario de actos u omisiones del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir que en casos tales no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de **actori incumbit probatio**". (G. J. Tomo LVIII, sentencia de 8 de noviembre de 1944, páginas 730 y siguiente)..

Informadas en este mismo criterio puede citarse las siguientes sentencias: la de 24 de marzo de 1945, tomo citado, página 834; la de 4 de diciembre de 1945, Tomo LIX, páginas 919 y siguientes, y la de 26 de octubre de 1946, Tomo LXI, página 380.

Pero es claro que a la enunciada tesis jurisprudencial no puede dársele un alcance generalizado, para extenderla a todos los casos en que exista una relación de dependencia entre la víctima, empleado u obrero, y la empresa que ejercita o explota una actividad de índole peligrosa, atendiendo para ello a la mera circunstancia de existir aquella relación, pues es indispensable, además,

que el empleado u obrero, por razón de las funciónes de su oficio, tenga ingerencia directa, total o parcial, en el manejo de la propia actividad que causa el daño, a fin de que así pese sobre él, de igual suerte que sobre la empresa misma, la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños a la empresa, a terceros y a sí mismo. Un ejemplo aclarará mejor los límites de aplicabilidad de esta tesis: en el descarrilamiento de un ferrocarril en marcha, el maquinista que dirige y controla la máquina, si resulta lesionado en el accidente, no podrá invocar en su favor y en contra de la empresa el artículo 2356 del C. Civil, para obligarla a indemnizarle los perjuicios que haya sufrido. A este efecto necesita, por el contrario, dar la prueba del hecho concreto constitutivo de culpa. En cambio, el chequeador de tiquetes, el empleado encargado del restaurante o la despensa, o el contabilista, que tienen funciones naturalmente ajenas al manejo, control y dirección de la máquina sí pueden alegar útilmente en su favor y en contra de la empresa la presunción de culpa del artículo 2356 citado.

Lo expuesto hasta aquí tiende apenas a rectificar doctrinariamente la conclusión a que llegó el sentenciador de que el caso de este pleito podía decidirse con apoyo en la mencionada presunción del art. 2356 del C. C., que por las razones dichas, resulta claramente inaplicable. La infracción en que por tal concepto se incurrió de esa disposición sustantiva no da lugar a la casación del fallo, ya que la condena indemnizatoria que se profirió se basa también en culpa concreta probada a cargo de la empresa recurrente y la acusación que al respecto se formula no es procedente, como pasa a demostrarse.

Al hacerse la síntesis de la parte motiva de la sentencia, se vio que el Tribunal dio por establecida la culpa con tres hechos indiciarios que tuvo como plenamente justificados y que apreció en conjunto. Apoyándose en ellos afirmó que "si los alambres transmisores de la energía no se hubiesen hallado en mal estado en los momentos en que trabajaba Galán, o si la empresa hubiese suministrado los elementos protectores o aisladores necesarios, o si ella hubiese desconectado la energía eléctrica en aquel sector, no habría incurrido en culpa y el perjuicio no se habría causado".

Refiriéndose a este particular dice el recurrente que "para el Tribunal la culpa de la compañía demandada consiste en que existía un daño en las líneas conductoras de la electricidad en el momento en que el empleado Galán sufría el accidente"; que este hecho no constituye culpa, desde luego que la empresa no podía "estar obligada a obtener que las líneas no se dañen en ningún momento", y que el sentenciador incurrió en grave error al calificar como culpa un hecho que jurídicamente no tiene tal carácter.

Pero la acusación concretada a ese solo aspecto, aún considerándola infundada carece de eficacia para invalidar el fallo, ya que fuera de la circunstancia que anota el recurrente, el Tribunal, como se dijo, hace depender también la culpa de otras dos, como son la de no haberse suministrado a Galán los elementos proyectores o aisladores para ejecutar su labor y no haber desconectado la energía eléctrica en los momentos en que aquélla se llevaba a cabo, y esto imponía el deber de englobar en su acusación, para que fuera viable, al menos por el aspecto de la técnica del recurso, la totalidad de esas circunstancias de cuya apreciación conjunta desprendió la culpa el sentenciador.

Además debe recordarse que ha sido y es jurisprudencia reiteradamente sostenida por la Corte la de que el juzgador de instancia goza de amplia libertad para la apreciación de indicios, y que sólo cuando incurra en un error al estimar los hechos que lo constituyen o cuando la inducción es manifiestamente absurda, puede modificarse o cambiarse en casación la conclusión probatoria del sentenciador. Aquí a lo sumo podría predicarse lo último sobre la circunstancia que apunta el recurrente; pero ni ocurre lo mismo respecto de las restantes ni el recurrente ha sostenido siquiera que así suceda.

Lo dicho es suficiente para rechazar los cargos propuestos; advirtiéndose que a pesar del insuceso del recurso no hay lugar a condenar en costas al recurrente en atención a la rectificación que por vía de doctrina se hizo de una de las tesis que sirven de soporte al fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y seis pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el presente negocio.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Alvaro Leal Morales. — Ricardo Hinestrosa Daza. Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo.— Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — PARA LA PROSPERIDAD DE ESTA ACCION NO SE REQUIERE LA COMPROBACION POR PARTE DEL DEMANDANTE DE QUE EL TITULO ESTA VIGENTE. — INACEPTABILIDAD DE LA FORMULA DE DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA EN VEZ DE ABSOLVER AL DEMANDADO

1.—Procesalmente no es de recibo la fórmula de declarar infundada la demanda en lugar de absolver a los demandados, porque siembra incertidumbre en torno de la cosa juzgada.

2.—La Corte ha decidido reiteradamente que para la prosperidad de la acción de dominio no es menester adjuntar al título del actor el certificado expedido por la oficina de registro.

3.—La Sala de Casación Civil dijo, entre otras cosas, en sentencia que fue publicada en el Tomo LIII, página 677 de la Gaceta Judicial: "por regla general para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública es bastante la presentación del correspondiente instrumento en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige que además de la presentación de este título registrado se acredite su suficiencia, como sucede entre otros, en los contemplados en los artículos 998, 1135 y 1189 del C. J. Esta forma de acreditar el dominio que como se ve es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario demostrar la propiedad en juicio en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del artículo 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador, etc. Pero no es de ley exigir que se acredite la suficiencia del título en juicio de reivindicación, en los que no se trata de demostrar sumariamente el dominio, sino de justificar, con relación al demandado, el derecho que se tiene para que la cosa que éste posee pase a poder del demandante, estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos; una situación jurídica más arreglada a derecho, como acontece en este caso en relación con los fenómenos operados por la reforma legislativa en el régimen de la sociedad conyugal".

4.—A la parte que reclama del otro contratante el cumplimiento de obligaciones nacidas del pacto, o la ineficacia o modificación del estado jurídico creado por el acuerdo de voluntades, le basta acreditar la existencia del contrato, que, si es solemne, se confunde con su prueba porque la escritura pública es simultáneamente vehículo necesario para expresar útilmente el consentimiento, y medio de comprobar la concurrencia de voluntades que configura la naturaleza contractual de un acto jurídico. Si la vigencia de éste se ha extinguido implicando, consecuencialmente ,la cancelación del título, estos particulares dirigidos contra la CAUSA PETENDI de la gestión actora han de ser propuestos y demostrados por el reo siguiendo la enseñanza del artículo 1757 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veinte de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

María del C. Ríos inició ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena un juicio ordinario contra Eugenio L. Pedraza y Celina Guarda, con fundamento en los hechos que a continuación se sintetizan:

La actora y la demandada Celina Guarda vendieron con pacto de retroventa a Pedraza, por la cantidad de quinientos cincuenta y ocho pesos, en una misma escritura, dos solares pertenecientes uno a cada una de ellas; antes de vencerse el plazo de la retroventa el comprador vendió a Salomón Amín el solar que había adquirido de Celina Guarda quien concurrió al otorgamiento de la

correspondiente escritura para renunciar a todos los derechos que pudiera tener sobre el inmueble que había sido suyo; el precio de esta compraventa fue de mil doscientos pesos, de los cuales Pedraza recibió seiscientos pesos, o sea algo más de lo que había dado conjuntamente por los dos predios de la demandante y de Celina.

Sobre estos antecedentes María del C. Ríos pidió principalmente la declaración jurisdiccional de que con los seiscientos pesos recibidos por Pedraza de Amín se canceló el precio de la retroventa siendo del caso, en consecuencia, el otorgamiento por parte del primero de la correspondiente escritura a favor de la demandante; subsidiariamente propuso la rescisión por lesión enorme, y en cuanto a ella respecta, de la compraventa que conjuntamente con Celina Guarda celebró con Pedraza.

El Juez de primera instancia encontró que las acciones así planteadas no eran viables, y en lugar de absolver a los demandados, como obligado efecto de sus consideraciones, declaró infundada la demanda, fórmula decisoria ésta que no es de recibo procesalmente, entre otras razones, porque siembra incertidumbre en torno de la cosa juzgada.

La actora apeló de tal sentencia pronunciada el diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y seis, y el Tribunal Superior la revocó en la proferida el diez de julio de mil novecientos cuarenta y siete, para dar acogida a las súplicas sobre rescición.

Para proceder así tuvo en cuenta que del avalúo practicado dentro del término de la segunda instancia resulta como justo precio del inmueble vendido por la demandante la suma de mil doscientos pesos, cantidad que excede del doble del precio pactado y recibido el cual se reputó ser la mitad de quinientos cincuenta y ocho pesos porque "si se fijó una sola cantidad de dinero como precio de las dos fincas.... se debe presumir, salvo prueba en contrario, que el precio de cada finca fue el correspondiente a la mitad de la suma de dinero entregada por el comprador.... Mayormente cuando se trata de dos terrenos cuya propiedad era de distintos dueños".

El demandado Pedraza recurrió en casación de la sentencia dictada por el Tribunal y la acusa, en primer lugar, por quebranto del artículo 1951 del C. C., a causa de un error de hecho "consistente en estimar como prueba suficiente el título constitutivo del contrato de compraventa, con violación de la norma establecida en el artículo 635 del C. de P. C."; en segundo término le imputa transgresión de los artículos 354 y 727 del C. J.

La sola enunciación del primer cargo pone de manifiesto que, si el Tribunal hubiera incurrido en la falla probatoria que el recurrente señala, no sería de hecho, sino de derecho; haciendo caso omiso de este desajuste de la demanda con las exigencias técnicas del recurso, se observa que la acusación así fundada conlleva su fracaso, además, por virtud de su desacertado planteamiento: se sostiene en que el demandante apenas adujo el título registrado en que se recogió el contrato de cuya rescisión se trata, sin haberlo acompañado de la certificación a que se refiere el artículo 635 del C. J., lo cual incide en el artículo 1951 del C. C. pues sin el dicho certificado no es posible "acreditar la existencia de la cosa vendida en poder del comprador, al momento de ejercitar la acción".

Sea lo primero recordar que esta Sala ha determinado por vía doctrinaria los diferentes casos en que la aplicación del artículo 635 del C. J., se impone por la naturaleza del hecho que pretende acreditarse con el título registrado, marcando una notable diferencia entre ellos y los en que basta dar cumplimiento al primer miembro del artículo 630 del C. J. Sobre esa discriminación ha decidido reiteradamente que para la prosperidad de la acción de dominio no es menester adjuntar al título del actor el certificado expedido por la oficina de registro. Las razones de esta opinión se hallan expuestas, entre otros, en el fallo publicado a la página 677 del Tomo LIII de la G. J. al cual pertenecen los siguientes apartes:

"....Por regla general para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública es bastante la presentación del correspondiente instrumento en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige que además de la presentación de este título registrado se acredite su suficiencia, como sucede entre otros, en los contemplados en los artículos 998, 1135 y 1189 del C. J. Esta forma de acreditar el dominio que como se ve es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario demostrar la propiedad en juicio en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del artículo 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador, etc. Pero no es de ley exigir que se acredite la suficiencia del título en juicio de reivindicación, en los que no se trata de demostrar sumariamente el dominio, sino de justificar, con relación al demanda-

do, el derecho que se tiene para que la cosa que éste posee pase a poder del demandante, estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos, una situación jurídica más arreglada a derecho, como acontece en este caso en relación con los fenómenos operados por la reforma legislativa en el régimen de la sociedad conyugal".

Ya en sentencia publicada en el Tomo LXIII de la G. J., página 339, se había dicho:

"El carácter de dueño, exigido por el artículo 946 del C. C. y la noción de "propiedad" prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o **erga omnes**. Apenas relativo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto".

Estas claras razones, si adecuadas y exactas en cuanto a la acción de dominio se refieren, cobran mayor poder si cabe, al vincularlas con cualquier acción **ex-contractu**; en efecto: a la parte que reclama del otro contratante el cumplimiento de obligaciones nacidas del pacto, o la ineficacia o modificación del estado jurídico creado por el acuerdo de voluntades, le basta acreditar la existencia del contrato, que, si es solemne, se confunde con su prueba porque la escritura pública es simultáneamente vehículo necesario para expresar útilmente el consentimiento, y medio de comprobar la concurrencia de voluntades que configura la naturaleza contractual de un acto jurídico. Si la vigencia de éste se ha extinguido implicando, consecuencialmente, la cancelación del título, estos particulares dirigidos contra la **causa petendi** de la gestión actora han de ser propuestos y demostrados por el reo siguiendo la enseñanza del artículo 1757 del C. C.

Respecto de los títulos anteriores bien claro resulta que la permanencia o desaparición de su registro no incide por sí misma en el contrato como tal, y que si reflejaran en el ejercicio de las recíprocas obligaciones será precisamente como efecto de aquél, como secuela necesaria del acto bilateral, jurídicamente emancipado de todo vínculo con situaciones anteriores, aunque en el hecho pueda estarlo por obra de la mayor o menor operancia que ellas hayan permitido a las finalidades de la contratación.

La calidad de comprador que Pedraza tiene respecto de la demandada resulta pura y simplemente de la escritura pública que recogió las estipulaciones contractuales; las cargas que esa calidad apareja no emanan ciertamente de la cadena sucesiva de transmisiones anteriores, sino del contrato entre ellos celebrado, generador única y exclusivamente de las obligaciones asumidas por cada cual; resultaría aberrante para los efectos de la prueba del pacto relegar la norma del artículo 630 del C. J., relativa al mérito de la escritura pública, para exigir demostraciones inadecuadas y distantes de la situación subjetiva que se pretendió garantizar con el ejercicio de la acción rescisoria.

No prospera, pues, este cargo.

En cuanto al fundado sobre la violación de los artículos 354 y 727 del C. J. se observa: a) Se trata de normas reguladoras de la forma y mérito de los medios de prueba, lo cual bastaría para desechar el cargo, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala; b) El recurrente ataca el valor demostrativo de una inspección ocular considerándola como el medio que se tuvo en cuenta para determinar el justo precio de la cosa vendida ,siendo así que para la demostración de este extremo se atiene la sentencia a las exposiciones periciales que, si bien tuvieron origen en la dicha inspección, conservan un mérito propio independiente del de aquella, máxime cuando el vicio que se le atribuye, o sea el silencio sobre el día y hora de su celebración, en nada compromete la eficacia demostrativa de los dictámenes que con posterioridad a ella rindieron los peritos.

Con base en lo que se deja dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido, o sea el que profirió en esta causa el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el día diez de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza.—Alvaro Leal Morales.— Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA DEL DOMINIO DE UN PREDIO. — ERROR DE HECHO. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — JUICIOS DE DESLINDE. — EXCEPCIONES PERENTORIAS. — LEGITIMACION EN CAUSA. — CAUSALES 1ª Y 2ª DE CASACION

1.—Varias veces ha repetido la Corte la sencilla verdad de que en cuestiones siquiera dudosas no se puede estructurar el error de hecho que por su naturaleza es excluyente de toda duda.

2.—La interpretación de la demanda, pieza básica del proceso y pauta de la sentencia, que en veces ha autorizado la jurisprudencia de la Corte, no puede extenderse hasta corregirla en punto tan esencial como es la condición jurídica de la controversia, vinculado a la procedencia misma de la acción, así sea ostensible el error de técnica en que se haya incurrido sobre el particular. El uso y adecuado empleo de los formulismos que en grande e ineludible porción corresponde por naturaleza al derecho procesal corre a cargo de los abogados, que como técnicos en materia jurídica señalan las bases y condiciones fundamentales en que solicitan para sus clientes la protección jurisdiccional del Estado. Dentro de nuestro sistema procesal los jueces no pueden enmendar ni pasar de largo sobre las equivocaciones técnicas de las demandas en puntos sustanciales. En la interpretación de los libelos forenses dentro de un régimen legal de reglamentación profesional de la abogacía, no es aceptable, como en materia contractual, el sistema subjetivo que busca preferencialmente la intención, justificada allí por la explicable ignorancia de tecnicismo jurídico en la generalidad de los contratantes, sino más bien el objetivo de la voluntad declarada que se impone en la interpretación de la ley en gracia de su ilustrado origen y que no permite desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

3.—Como lo explicó la Corte en sentencia de la Sala de Casación Civil de 16 de octubre de 1943: "1º El fin principal del juicio de deslinde es fijar la materialidad del lindero. Pero esta operación tiene por causa la discusión entre propietarios vecinos, en lo tocante a la cabida o extensión de sus respectivos fundos, y como se dirige a poner término a ese estado irregular de las relaciones de vecindad, es obvio que no puede ser inoperante.

"2º—Si bien las controversias de deslinde no pueden tener la finalidad de las de reivindicación, que sirven para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido, que es lo que la Corte ha consagrado como su doctrina constante, sin embargo no son ni pueden ser absolutamente ajenas a puntos o extremos en que la propiedad tenga juego. No son declarativas pero sí atributivas del dominio, y ello basta para evidenciar lo que se viene diciendo y para establecer cómo lo que en ella se decía acerca de la extensión de los fundos no puede ser enteramente baldío.

"De los postulados de las sentencias anteriores se desprende que el fallo dictado en el juicio de deslinde, en que se ha decidido sobre la extensión territorial de los títulos, impide un nuevo pronunciamiento sobre la misma cuestión, por virtud de la cosa juzgada, ya que el nuevo juicio no sería de dominio o reivindicación, sino simplemente repetición del planteamiento de la cuestión de linderos....".

4.—La legitimación en causa de cada una de las partes es elemento de viabilidad de la acción que debe ser examinado previamente por el sentenciador para saber si puede estatuir sobre la cuestión de fondo, y cuando a este respecto halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida. Si al proceder de esta manera se incurre en alguna ilegalidad la vía adecuada y conducente para la acusación del fallo es la causal primera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Afirma Octaviano Vanegas en los hechos fundamentales de la demanda de este pleito:

Que es actual dueño de la totalidad de la finca denominada San Antonio, ubicada en el Municipio de Quinchía, que fue de propiedad de Celio Díaz, por haberla adquirido así: dos terceras partes por adjudicación en el remate verificado el 4 de septiembre de 1941 en la ejecución que en el Juzgado del Circuito de Riosucio siguió Francisco Calle contra Celio Díaz, y el resto por compra a Saúl Calle, según escritura pública número 49 de 19 de febrero de 1942.

Que por efecto del deslinde y amojonamiento aprobado por sentencia del 28 de agosto de 1947 con que finalizó el juicio especial seguido por Juana Paula Taborda como dueña de la finca El Dinde, contra Celio Díaz como propietario de San Antonio, perdió éste la posesión de un lote de terreno que hace parte del predio que adquirió según sus títulos, y del cual está en posesión desde y por virtud de la sentencia de deslinde Juana Paula Taborda como cónyuge sobreviviente del señor Basilio Cataño y las herederas de éste en la sucesión líquida del causante, Clara, Elena, Edelmira y Emperatriz Cataño".

Con base en estos hechos y para remediar la situación determinada en su predio por el juicio de deslinde "el cual, como posesorio que es, no es declarativo de propiedad", Octaviano Vanegas, en libelo de fecha 17 de agosto de 1942, ante el Juzgado del Circuito de Riosucio demandó "a la herencia ya liquidada del señor Basilio Cataño, representada por la cónyuge sobreviviente señora Juana Paula Taborda y las herederas Clara, Elena, Edelmira y Emperatriz Cataño, para que se declare que las demandadas, en su condición ya expresada de cónyuge superstite y herederas, están obligadas a restituirle el lote de terreno, por los linderos que señala, comprendido dentro de los términos generales de San Antonio, con sus frutos naturales y civiles, y a pagarle las costas del juicio reivindicatorio si se opusieren a la restitución.

Todos los demandados dieron oportuna contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones reivindicatorias del actor, a quien niegan todo derecho, y respecto del hecho de haber sido desmembrado el predio de San Antonio por efecto del deslinde y amojonamiento judicial con el de El Dinde, en que enraíza la acción de dominio, dicen todos: "Tuvimos conocimiento hace ya bastante tiempo, que entre el señor Celio Díaz y la señora Juana Paula Taborda, se ventiló un juicio de deslinde y amojonamiento en el Juzgado 2º de este Circuito, y sabemos que en dicho juicio se trazó la línea divisoria entre los predios colindantes, quedando desde entonces definida en forma definitiva ese lindero, y señalando con mojones estables de cemento. No es cierto que con dicho deslinde, el señor Celio Díaz, hubiera perdido la posesión de un lote de terreno, y mucho menos, la del lote que el demandante alindera a su antojo en este punto, porque el señor Celio Díaz no ejerció otra posesión en su predio de San Antonio sino la que tuvo hasta el lindero o línea fijada en la diligencia de deslinde y que se puede identificar en cualquier momento por los mojones de cemento que el Juzgado hizo colocar, con su respectiva numeración, desde donde principia hasta donde termina esa línea divisoria de los predios de San Antonio y El Dinde". Con apoyo especial en este antecedente alegan los demandados, entre otras, la excepción perentoria de cosa juzgada.

En sentencia del 28 de febrero de 1944 decidió el Juzgado la primera instancia del juicio condenando a las demandadas a entregar al reivindicante el globo de terreno alinderado en la demanda, con los frutos naturales percibidos "desde la fecha en que el demandante Vanegas consolidó su dominio sobre la totalidad del inmueble de San Antonio". Sin costas.

Sentencia acusada

En el segundo grado a que dio lugar la apelación de la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia del 10 de julio de 1947 revocó la recurrida y en su lugar absolvió por hallar establecida la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada. Sin costas.

Esta falta de legitimación en causa de la parte demandada que impidió al Tribunal resolver sobre el fondo del negocio, se hace consistir en que habiéndose enderezado la demanda contra la herencia liquidada de Basilio Cataño, representada por su viuda y herederas, el demandante no acreditó en manera alguna, ni con la copia del auto correspondiente a la declaratoria de herederos ni con las partidas respectivas sobre estado civil, la calidad jurídica con que fueron emplazadas al juicio, al que han concurrido como herederas y no en su condición personal.

El recurso

Con invocación de las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. el apoderado del reivindicante acusa la sentencia del Tribunal en el recurso

de casación que oportunamente interpuso y que hoy se decide al término de su trámites legales.

Causal primera.—Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la estimación de la demanda y por falta de apreciación de las hijuelas expedidas a las demandadas en la sucesión de Basilio Cataño, al considerar que la acción reivindicatoria se dirigía contra la sucesión de éste representada por sus herederos y no contra las personas físicas de los demandados, adjudicatarios del bien de que hace parte el lote que se reivindica. Aunque es cierto que se demanda a la herencia representada por las personas nombradas la verdad es que no se piden declaraciones contra la sucesión sino contra las personas físicas de los ocupantes del lote, no como representante de una herencia en el sentido técnico de la palabra. "En este caso no figura como parte la sucesión de Basilio Cataño, y la mención de su cónyuge y herederos no se refiere a ellos como tales, sino simplemente como sus causahabientes, y por tanto, no se necesita la demostración del carácter de cónyuge y herederos para determinar la legitimidad sustantiva o suficiencia de su personería.... La sucesión no existe y Basilio Cataño, como causante, no tiene por qué responder sobre bienes que se transmitieron a sus causahabientes por obra de la partición y por hechos posteriores a esa partición, como lo fue el deslinde propuesto por la Taborda. De consiguiente la acción no puede entenderse dirigida contra la sucesión porque ésta ya no está en posesión de los bienes cuya restitución se pide, sino que debe entenderse dirigida la acción contra la cónyuge y los herederos, a quienes se adjudicaron y en cuya posesión aparecen".

Como efecto de estos dos errores de hecho se violaron las siguientes disposiciones: los artículos 956, 949, 952, 1400, 1401, 1757 y 1759 del C. C., 471, 597, 598 y 630 del C. J.

Considera la Sala:

A la vista de los términos precisos y claros en que aparece redactada la demanda con que se inició esta acción reivindicatoria, encomillados al comienzo de esta decisión no cabe legalmente la posibilidad de configurar el error de hecho que le imputa el recurrente al Tribunal, que tendría que consistir, dentro del mecanismo técnico de la casación, en que el texto mismo de la demanda pusiera de manifiesto, de manera ostensible, que la acción de dominio se ha dirigido contra los demandados personalmente y no en su condición jurídica de representantes de la sucesión de Basilio Cataño. Varias veces se ha repetido la sencilla verdad de que en cuestiones siquiera dudosas no se puede estructurar el error de hecho que por su naturaleza es excluyente de toda duda. La interpretación de la demanda, pieza básica del proceso y pauta de la sentencia, que en veces ha autorizado la jurisprudencia de la Corte, no puede extenderse hasta corregirla en punto tan esencial como es la condición jurídica en que las partes concurren a la controversia, vinculado a la procedencia misma de la acción, así sea de ostensible el error de técnica en que se haya incurrido sobre el particular. El uso y adecuado empleo de los formulismos que en grande e ineludible porción corresponde por naturaleza al derecho procesal corre a cargo de los abogados, que como técnicos en materia jurídica señalan las bases y condiciones fundamentales en que solicitan para sus clientes la protección jurisdiccional del Estado. Dentro de nuestro sistema procesal los jueces no pueden enmendar ni pasar de largo sobre las equivocaciones técnicas de las demandas en puntos sustanciales. En la interpretación de los libelos forenses, dentro de un régimen legal de reglamentación profesional de la abogacía, no es aceptable, como en materia contractual, el sistema subjetivo que busca preferencialmente la intención, justificada allí por la explicable ignorancia de tecnicismo jurídico en la generalidad de los contratantes, sino más bien el objetivo de la voluntad declarada que se impone en la interpretación de la ley en gracia de su ilustrado origen y que no permite desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

La conclusión que trae la sentencia en este caso respecto de la posición jurídica del sujeto de la acción no solo no falsea los términos precisos del libelo inicial sino que los refleja fielmente.

Inaceptable también la imputación del error de hecho que se hace consistir en que el Tribunal dejó de apreciar las hijuelas expedidas en el juicio mortuorio de Basilio Cataño, que demuestran evidentemente la inexistencia de su sucesión y la consiguiente imposibilidad de que haya sido demandada. Con esta acusación tergiversa el recurrente el sentido del fallo y la posición procesal de las partes y pretende hacer un ilegal aprovechamiento de las pruebas de su contraparte, pues tales instrumentos fueron traídos al juicio por la parte demandada en demostración precisamente de que las personas que la integran poseen el predio de El Dinde no en representación de ninguna sucesión sino particularmente y dentro de los términos precisos que señaló una sentencia judicial. La falta de legitimación es la causa que halló el sentenciador se debe, como se sabe, a no haber probado la

calidad de herederos con que fueron llamados a la controversia los demandados.

Y apenas hay para qué decir que carece de todo fundamento y razón el tercer error de hecho de que se acusa la sentencia, "que dio origen al error de derecho consistente en la violación directa, por no haberlos aplicado", de los artículos 1758 y 1759 del C. C., y 730, 722 y 697 del C. J. y que el recurrente hace consistir en la falta de apreciación de las pruebas que en el proceso demuestran plenamente la identidad del lote que se reivindica como parte integrante de la finca de San Antonio, de propiedad de Vanegas, porque no habiendo llegado el Tribunal al estudio de la cuestión controvertida, al análisis de las pruebas de la reivindicación, no tuvo para qué considerar el aspecto a que se refiere el cargo y no pudo, en consecuencia, quebrantar ninguna de las disposiciones a que alude.

Y lo dicho hasta aquí cubre todo lo que propiamente es demanda de casación, porque el resto del contenido de las diecinueve fojas que forman este libelo, se destina, bajo el epígrafe de "La acción reivindicatoria", a demostrar, en alegato de bien probado y partiendo del presupuesto de la casación del fallo acusado, la procedencia de la acción de dominio. No teniendo la Sala de Casación oportunidad de sentenciar en instancia carece de objeto cualquier referencia a esta parte de la demanda.

Superfluo casi el examen que se ha hecho de las acusaciones de ilegalidad formuladas en el recurso, y el recurso mismo, porque la solución de fondo, en el caso de que a ella hubiera de llegarse, no podría ser distinta de la absolutoria como claramente aparece de la simple fundamentación que el demandante da a sus pretensiones reivindicatorias, consistente, como se dejó visto, en que se desconozca una sentencia firme de deslinde y amojonamiento proferida en juicio en que fue parte su vendedor Celio Díaz y que a él lo liga como su causahabiente a título singular. El predio de San Antonio que el demandante Vanegas compró estaba alinderado, con respecto a El Dinde, por la línea fijada judicialmente, y su ámbito o contenido espacial era exclusivamente el comprendido dentro de tales términos.

En sentencia de esta misma Sala, de fecha 16 de octubre de 1943, publicada en la **Gaceta Judicial** números 2001 a 2003, Tomo LVI, páginas 214 y 15, sentó estas conclusiones que se refieren a la fuerza de la sentencia en el juicio especial o en el subsiguiente de oposición al deslinde que ha fijado la línea divisoria de dos predios:

"1º—El fin principal del juicio de deslinde es fijar la materialidad del lindero. Pero esta operación tiene por causa la discusión entre propietarios vecinos, en lo tocante a la cabida o extensión de sus respectivos fundos, y como se dirige a poner término a ese estado irregular de las relaciones de vecindad, es obvio que no puede ser inoperante.

"2º—Si bien las controversias de deslinde no pueden tener la finalidad de las de reivindicación, que sirven para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido, que es lo que la Corte ha consagrado como su doctrina constante, sin embargo no son ni pueden ser absolutamente ajenas a puntos o extremos en que la propiedad tenga juego. No son declarativas pero si atributivas del dominio, y ello basta para evidenciar lo que se viene diciendo y para establecer cómo lo que en ella se decía acerca de la extensión de los fundos no puede ser enteramente baldío.

"De los postulados de las sentencias anteriores se desprende que el fallo dictado en el juicio de deslinde, en que se ha decidido sobre la extensión territorial de los títulos, impide un nuevo pronunciamiento sobre la misma cuestión, por virtud de la cosa juzgada, ya que el nuevo juicio no sería de dominio o reivindicación, sino simplemente repetición del planteamiento de la cuestión de linderos....". (G. J. No. 2042, página 683).

Causal segunda.—Acogiéndose a una vieja decisión de la Corte, del año de 1914, explica el recurrente que la incongruencia de que acusa la sentencia consiste en haberse abstenido de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda de reivindicación alegando la existencia de una excepción perentoria improcedente. "Cuando se declara probada —dice— la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de una de las partes, se absuelve sin resolver acerca del fondo de la acción; si ante la Corte se demuestra, mediante el recurso de casación propuesto, que la excepción perentoria no prospera, es claro, es evidente que la sentencia recurrida no resolvió acerca de la demanda, que es la principal pretensión oportunamente deducida por el actor, y en este caso la sentencia debe casarse de acuerdo con la causal segunda.... Y como en este caso, por obra de errores de hecho y de derecho, así en la interpretación de la demanda, como en cuanto a la apreciación de las pruebas, se incurrió en violación de la ley sustantiva y sin resolver sobre lo principal del pleito se declaró probada una excepción perentoria que no destruye la acción, hay que concluir que la sentencia es casable también por la causal segunda....".

Por lo visto se invoca la causal segunda de casación fuera de su finalidad y con desconocimiento de su naturaleza jurídica. Se la involucra con la primera, fundada en la violación de la ley sustantiva, y se la subordina inconsideradamente a ésta, dándole la calidad de efecto del quebrantamiento legal, cuando cada una de las causales del artículo 520 del C. J., opera independientemente dentro de su exclusiva órbita de acción. La legitimación en causa de cada una de las partes es elemento de la viabilidad de la acción que debe ser examinado previamente por el sentenciador para saber si puede estatuir sobre la cuestión de fondo, y cuando a este respecto halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida. Si al proceder de esta manera se incurre en alguna ilegalidad la vía adecuada y conducente para la acusación del fallo es la causal primera. "La incongruencia a que en este precepto se hace referencia —ha dicho esta Sala aludiendo al numeral 2º del artículo 520 del C. J.— es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, porque no armonice o se ajuste la parte resolutiva de la sentencia, que es en la que se concentra su imperio, con los puntos que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuera de estas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas; excesiva, si ha otorgado más de lo pedido, o resuelto pretensiones no deducidas, o si ha incurrido en defecto al condenar".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 10 de julio de 1947, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario.

ALCANCE DE LA PROHIBICION CONTENIDA EN EL ARTICULO 494 DEL C. J. — REFORMATIO IN PEJUS. — ELEMENTOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA

1.—La limitación establecida por el artículo 494 del C. J. se refiere en lo que hace a la jurisdicción del superior, a lo desfavorable al apelante. En conteniendo el fallo apelado algo que le sea favorable, el superior no puede enmendarlo, en tesis general.

2.—Como lo dijo la Corte en sentencia de 7 de marzo de 1945 (G. J. Tomo LVIII, páginas 644 a 652): "El límite que le impide reformar la resolución de que conoce como Juez AD QUEM está constituído por la propia voluntad del recurrente, que es libre para someter a la decisión del Superior sus propios intereses con la amplitud que quiera darle a su recurso. Cuando un recurrente no ataca sino lo desfavorable que contra él contiene una providencia judicial no recurrida por su contraparte, en lo que la favorezca es inmodificable; pero cuando él mismo expresa categóricamente su voluntad en contrario atacando por ilegal la solución que lo favorece, no existe la limitación para decidir el recurso porque en tal caso desaparece su fundamento que no es otro que una presunta interpretación de la voluntad de quien recurre. El recurso extraordinario de casación tiene, con más rigor que las instancias del juicio, el objeto, contenido y alcance que determine la parte que lo interpone, quien en realidad circunscribe y delimita la jurisdicción de la Corte con la enunciación de sus acusaciones. Es obligatorio darle a la decisión del recurso la extensión fijada y solicitada por el recurrente en el sentido de conformar el fallo acusado a la ley, sin consideración a su propio interés voluntariamente contrariado. Con esta interpretación de lo que debe entenderse por "objeto del recurso" en el artículo 494 del C. J., queda a salvo el fin primordial del recurso de casación, instituído en interés de la ley".

3.—Cuando se trata de la acción reivindicatoria, su ejercicio implica y, por tanto su prosperidad requiere, como base SINE QUA NON, la demostración del dominio. Este es el primero de los elementos que la configuran. Los restantes son, como con tanta frecuencia se advierte, la singularidad de la cosa o la determinación de una cuota proindiviso de cosa singular, la posesión por el demandante y la identidad entre lo que éste posee y lo que el actor demanda.. La falta de cualquiera de estos elementos cierra el campo a la acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veinticinco de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Bernardo Estrada y la señora Dolores Uribe de Uribe demandaron en vía ordinaria a los señores Antonio, Francisco e Ignacio Ospina para que se declare que el ramal de agua que el libelo determina es de propiedad de los actores y que, en consecuencia, los demandados deben restituírlo a su cauce antiguo. Subsidiariamente piden se declare que ese ramal de aguas pertenece a la comunidad de aguas formada por los actores, el doctor Juan de la C. Posada, Emilia Franco, y predio que fue de Roberto Uribe, con la consecuencial orden también de que los Ospinas la restituyan a su cauce antiguo. Solicitan también a cargo de éstos condena a pagar el uso y beneficio de esa agua por el tiempo que la han tenido sustraída, así como el lucro cesante y el daño emergente. Dentro de esta última petición indican, en subsidio, como fecha inicial de la condena la de la notificación de la demanda.

La larga lista de súplicas continúa con la de que a los demandados se les condene a restituir al cauce viejo todas las aguas que de ahí han tomado para sus construcciones nuevas, restitución que harán, ya al cauce antiguo que va al predio de los demandantes, ya al cauce que conduce el agua a la comunidad aludida. También piden se condene a los demandados a pagar $ 10.000.00 como precio del uso y servicio de aguas desde que las tomaron.

Otra súplica es la declaración de que las dos pajas de agua transferidas por don Emilio Restre-

po a doña Sofía Restrepo en escritura que citan, hacían parte integrante de las aguas en cuestión, que descienden de las quebradas La Puerta y El Sesteadero y sus afluentes y por tanto deben ser restituídas a su cauce, y que si ello no es posible por estar en poder de terceros, "deben entenderse imputables o imputadas tales dos pajas de agua de doce líneas al agua que pudiera tocar a los demandados o a los predios de éstos en dichas aguas o en las que pudieran corresponderles, y por lo mismo "debe hacerse la sustracción o el descargo de esas pajas que en el agua a los demandados corresponda y por tanto debe entenderse como entregodas de antemano a los demandados esas dos pajas de aguas con la consiguiente merma en las aguas restantes que pudieran corresponderles".

Solicitan orden a cargo de los Ospinas de cesar en el uso y goce de las aguas que tienen en sus casas, "mientras no establezcan legalmente la proporción o porción y el derecho que tienen en tales aguas, entendido que esta petición se concreta a las aguas que vienen del amagamiento o quebrada del Sesteadero y a los afluentes de ésta y a la mitad del agua que viene de la quebrada denominada La Puerta, que son las aguas que descienden a los predios de los demandantes o de la comunidad mencionada en esta demanda. Que si no cesaren en tal uso deben pagar todos los perjuicios resultantes". Queda así resumida y en lo necesario transcrita la intención o parte petitoria del libelo, el que solicita además condenación en las costas procesales.

Repartido el asunto al Juzgado 1º del Circuito de Medellín y admitida la demanda, la contestaron oponiéndose los demandados por medio de apoderado en memorial de 14 de septiembre de 1943. La instancia la cerró el Juzgado con sentencia de 7 de noviembre de 1945 que declara probada la excepción de petición de modo indebido y expresa que consecuencialmente se abstiene de entrar a estudiar en el fondo la cuestión. Apelada por los actores y surtidos los trámites del caso, el Tribunal la confirmó en la de 13 de mayo de 1947, contra la cual aquéllos interpusieron casación, recurso que preparado debidamente hoy se decide.

El Juzgado estudia con detenimiento los títulos presentados por una y otra de las partes litigantes, así como las demás pruebas de una y otra; trae a cuento los litigios habidos entre ellos, el juicio posesorio seguido contra los mismos Ospinas cuya sentencia les ordenó hacer las obras conducentes para restituir al cauce común las aguas del Sesteadero, de otro amagamiento que también baja del predio superior de la Montaña o Montañita y de la mitad de la quebrada de La Puerta, que desviaron los Ospinas hacia las dos nuevas casas que construyeron en ese fundo. Esa sentencia hace la salvedad de que en el plazo que señala disminuyan los Ospinas este consumo en la forma que dentro de ese plazo se regule directamente entre las partes o por intermedio del Juez. Trae a cuento otra sentencia relativa a las mismas aguas, en la que se habla de los derechos de los comuneros en la proporción que se fije en juicio separado, así como la distribución que se hizo en 1930.

Después de estas citas y de aquel análisis de pruebas, llama el Juez la atención a la dificultad de saber la cuota de cada uno de los interesados en esas aguas, entre ellos los demandados, y la consecuencial ignorancia de si ha habido disminución en el agua que han venido usando los actores, todo porque no está establecida de modo fehaciente la proporción que corresponde a éstos, y acentúa la agravación de este problema con la división de los predios inferiores por sucesiones y ventas parciales, y la continua redistribución de las aguas, y resumiendo estas reflexiones, dice: "Y es que para poderse saber si los actores no se están beneficiando del agua en la proporción a que tienen derecho con los títulos otorgados a su favor, es menester obtener esa previa distribución en armonía con el derecho de cada dueño o comunero....".

Estas consideraciones lo condujeron a declarar probada la antedicha excepción de petición de modo indebido.

El Tribunal abunda en los mismos conceptos y por eso confirma el fallo del juez, no sin observar que se trata de juicio reivindicatorio y, por tanto, al no hallar el Juzgado justificado el dominio exclusivo que los actores afirman para sí mismos o para la comunidad aludida, se impondría como obligada consecuencia la absolución, que es lo que siempre se deduce de que el demandante no demuestre ser dueño de la cosa de que afirma serlo, ocupada por otro a quien demanda para que se la restituya. En este sentido el Tribunal invoca el artículo 494 del C. J. para limitarse a la confirmación, en vez de pronunciar la absolución de los demandados, porque estima que esto empeoraría a los únicos apelante la situación en que el proceso subió a su conocimiento en virtud de ese recurso. Es decir, el Tribunal confirma por tal circunstancia, entendiendo que, de lo contrario, violaría el artículo 494 incurriendo en una **reformatio in pejus.**

En su aludido alegato de conclusión en la segunda instancia el abogado actor, quejándose de que el Juez no hubiera abocado el asunto en el fondo y solicitando que el Tribunal sí afrontara el problema dijo: "porque los derechos y las obligaciones hay que definirlos para que así se hagan efectivos y para que cesen de una vez los litigios que, no sólo por lo costosos, sino por ser materia de intranquilidad, deben tener una solución en firme".

Ahora ante la Corte insiste en esta actitud al formular, dentro de los cargos correspondientes al motivo 1º del artículo 520 del C. J., acusación por quebranto, entre otras disposiciones de la del artículo 494 del C. J., de la cual dice que "no puede tener en ningún caso por objeto cohonestar una denegación de justicia, ni puede interpretarse en el sentido de que lo hace el Tribunal, no siendo como no es favorable al actor la declaratoria de excepción de petición en forma indebida o sea de que reclamó su derecho apartándose de sus normas jurídicas". Y agrega: "El actor apeló contra la sentencia porque consideró desfavorable a sus intereses que se declarara esa excepción, y, si no, de qué va a apelar, puesto que en ello consiste la totalidad del fallo".

De acuerdo con el artículo 538 de esa obra, dentro del recurso de casación la Sala se limita a estudiar este cargo por hallarlo suficiente para invalidar la sentencia recurrida, y en seguida pronunciará la que ha de reemplazarla.

Efectivamente la limitación establecida por el artículo 494 se refiere, en lo que hace a la jurisdicción del superior, a lo desfavorable al apelante. En conteniendo el fallo apelado algo que le sea favorable, el superior no puede enmendarlo, en tesis general. Este artículo 494 dice: "La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra".

Si, por ejemplo, en el presente caso, hubiera habido decisión de las varias súplicas en forma afirmativa para una o más y negativa para las restantes, el Tribunal no habría podido tocar lo favorable a los actores, apelantes únicos, sino en cuanto fuera preciso modificar esta parte en lo íntimamente relacionado con el resto. Pero no es ese el caso, porque ninguna de las súplicas se decidió en pro ni en contra, sino que expresamente declaró el Juez que no entraba siquiera a estudiarlas, en fuerza de la excepción que halló probada. Y cabalmente contra el hecho de haberse hallado probada esta excepción reclamó ante el Tribunal la parte demandante en la forma ya transcrita, es decir; manifestando que su apelación no podía entenderse de otro modo ni tendría cabida ni razón de ser, porque en manera alguna puede entenderse que le sea favorable la mencionada abstención de decidir en el fondo.

Pudiera decirse que ese era su ánimo al explicar la apelación, porque confiaba en que al entrar el Tribunal en el fondo, le acogería sus peticiones; y que, ante la declaración de éste de que, caso de entrar en el fondo se las negaría y, por ende, le empeoraría su situación, en cuanto, al mantener la excepción declarada por el Juez quedaba abierto el camino para nuevo y distinto pleito, ya los demandantes no pensarían lo mismo. Pero acontece que ante la Corte, como ya se vio, insisten en esa actitud. Claro es que aspiran a que la decisión los favorezca y a ello se encamina el resto de su alegato; pero esto no significa que no acusen ante todo y en primer lugar por la aplicación indebida del artículo 494, que es el cargo que, por lo dicho, prospera en lo tocante al recurso de casación.

Según se ve en la sentencia de 7 de marzo de 1945 (G. J. Tomo LVIII, páginas 644 a 652), se presentó a la Sala un caso en que sí había decisión favorable al recurrente junto con otras adversas y en que, habiendo reclamado él contra todas, la Sala entró a conocer el cargo sin esquivar lo relativo a ese punto favorable. Entonces dijo:

"En relación con la condena al pago de intereses legales de esa suma, con que el Tribunal adicionó oficiosamente la súplica de la demanda, si es procedente formular algunas consideraciones que conducen a la casación, de esta parte de la sentencia ,haciendo pie para ello en las razones de ilegalidad con que el propio recurrente-demandante ataca esta solución de la sentencia, no objetada por el Procurador Delegado en lo Civil a cuyo cargo ha estado la defensa de los intereses municipales ante la Corte. No paraliza la jurisdicción de esta superioridad la circunstancia de ser benéfico para el recurrente, y no atacado por la contraparte, el punto que va a ser objeto de modificación en el recurso, porque entiende la Sala que en las precisas condiciones de este caso no opera el principio consignado en el artículo 494 del C. J. **(reformatio in pejus)**, en virtud del cual el Superior dentro de la jerarquía jurisdiccional que conoce de un negocio por efecto de un recurso legal no puede enmendar la providencia recurrida

en sentido que desmejore la situación procesal adquirida por el recurrente.

"El límite que le impide reformar la resolución de que conoce como Juez **ad quem** está constituído por la propia voluntad del recurrente, que es libre para someter a la decisión del superior sus propios intereses con la amplitud que quiera darle a su recurso. Cuando un recurrente no ataca sino lo desfavorable que contra él contiene una providencia judicial no recurrida por su contraparte, en lo que le favorezca es inmodificable; pero cuando él mismo expresa categóricamente su voluntad en contrario atacando por ilegal la solución que lo favorece, no existe la limitación para decidir el recurso porque en tal caso desaparece su fundamento que no es otro que una presunta interpretación de la voluntad de quien recurre. El recurso extraordinario de casación tiene, con más rigor que las instancias del juicio, el objeto, contenido y alcance que determine la parte que lo interpone, quien en realidad circunscribe y delimita la jurisdicción de la Corte con la enunciación de sus acusaciones. Es obligatorio darle a la decisión del recurso la extensión fijada y solicitada por el recurrente en el sentido de conformar el fallo acusado a la ley, sin consideración a su propio interés voluntariamente contrariado. Con esta interpretación de lo que debe entenderse por "objeto del recurso" en el artículo 494 del C. J., queda a salvo el fin primordial del recurso de casación, instituído en interés de la ley".

Invalidada, por ende, la sentencia recurrida, para motivar la que ha de reemplazarla se considera:

Como la demanda solicita la declaración de que el agua pertenece exclusivamente a los demandantes mismo o a la aludida comunidad y que consecuencialmente los demandados sean condenados a restituirla, salta a la vista que lo ejercido en una acción reivindicatoria, tal como la define el artículo 946 del C. C.

Cuando se trata de esta acción, su ejercicio implica y, por tanto su prosperidad requiere, como base **sine qua non,** la demostración del dominio. Este es el primero de los elementos que la configuran. Los restantes son, como con tánta frecuencia se advierte, la singularidad de la cosa o la determinación de una cuota proindiviso de cosa singular, la posesión por el demandante y la identidad entre lo que éste posee y lo que el actor le demanda. La falta de cualquiera de estos elementos cierra el campo a la acción. Sin necesidad de detener la atención en cada uno de ellos, es suficiente en el presente caso ver que los demandantes no han demostrado su pretendido dominio sobre la totalidad del agua o sobre una cuota determinada de la misma.

Esta circunstancia decisiva se desprende de los títulos escriturarios que los mismos demandantes presentan en apoyo de su demanda, en los cuales constan las adquisiciones y traspasos sucesivos de los respectivos inmuebles hasta llegar a sus actuales dueños y en algunas de las cuales escrituras se mencionan expresamente las aguas de su servicio como accesorio de lo transferido; pero en ninguna este elemento se precisa en forma tal que pueda afirmarse que lo traspasado y adquirido sea la totalidad de las aguas pretendida hoy por los actores, ni tampoco si sea una cuota de esas aguas y, caso afirmativo, de qué cuantía o cifra.

Igual reflexión ocurre al estudiar las pruebas restantes, como la inspección ocular practicada por ante el Juzgado el 15 de julio de 1944 y las exposiciones periciales rendidas como su complemento (cuaderno 2º, folios 45 a 58), y las numerosas declaraciones de testigos rendidas en oportunidad a solicitud de las partes en ambas instancias. En la segunda se practicó otra inspección ocular (cuaderno 4º, folio 13 v.), y si bien en ella se precisaron las pocetas a que llega el agua y los atanores que la reparten, del establecimiento de estos hechos no se deduce tampoco la demostración de que los actuales demandantes sean dueños de determinada cuota de esas aguas, ni menos de su totalidad.

Las sentencias cuya copia vino a los autos tampoco establecen ese dominio exclusivo en que se fundan los actores ni el que tengan, si no sobre la totalidad en primer lugar pretendida por ellos, sí sobre una cuota determinada.

Este vacío cardinal, anotado en ambas sentencias de instancia con su concepto consecuencial sobre imposibilidad de que la demanda prospere, se halla, pues, plenamente justificado. Es, como bien se ve, un defecto probatorio que desde luego impide acoger la acción ejercida, aun en el supuesto de que ella sea procedente de suyo.

Así las cosas, se impone la absolución de los demandados. No la pronunció el Tribunal porque entendió que para llegar a tánto tropezaba con el citado artículo 494 del C. J. No existiendo esta valla, según queda visto en la primera parte de la presente sentencia, la decisión absolutoria ha de pronunciarse.

Si el fallo es adverso a los actores aún colocándose el juzgador en el punto de vista en que ellos plantean el pleito, sería inoficioso que la Sala entrara a indagar si efectivamente se llenaron **ab**

initio los requisitos legales exigidos, por ejemplo, por el artículo 895 del C. C., o a establecer cuál es el sentido y alcance de la pertenencia exclusiva que esta disposición establece, o si se trata del ejercicio de una servidumbre o de un derecho de uso, o de su reglamentación, o si un amparo de posesión habría sido lo procedente, cuestiones todas estas que, en su caso, habrían de estudiarse a la luz de las disposiciones legales que tánto se barajaron en las instancias y en el recurso, así como de la Ley 113 de 1928 y de los decretos 1781 y 1382 de 17 de julio de 1940.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el trece de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, y revocando la del Juzgado 1º Civil de ese Circuito de siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, falla el pleito así: Absuélvese a los demandados de los cargos de la demanda.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Arturo Silva Rebolledo. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE RENDICION DE CUENTAS. — OBJETO DEL RECURSO DE CASACION

1.—Es la casación recurso extraordinario cuyo principal objeto es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la más recta aplicación de las leyes hecha por vía de doctrina con relación a las contiendas judiciales sujetas a ella. "Es remedio de interés general y de orden público", por tanto, según Manresa y Navarro, para quien tiene por finalidad "contener a tribunales y jueces en la estricta observación de la ley, e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia". Bien anota por tanto Josserand que el debate en casación no se traba entre los litigantes sino más propiamente entre el juez y la ley, que son las verdaderas partes del recurso, lo que es incuestionable dentro de nuestra actual legislación procesal, ya que la Ley 105 de 1931 suprimió de su artículo 519, al determinar el objeto del recurso la frase "Y enmendar los agravios inferidos a las partes" que traía el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, correspondiente al 479 del proyecto de Arbeláez.

2.—Para que el Tribunal de casación pueda cumplir aquella finalidad esencial de vindicar la ley ofendida, es preciso en nuestro sistema que la parte agraviada, al acusar la sentencia violatoria de la norma legal, señale le expresamente la violación con relación a esa norma determinada.

3.—La equivocación que induce a casación en materia de valoración de pruebas no es la que sirve para fundar la convicción judicial en un sentido o en otro, sino la que pugna con la evidencia contraria y manifiesta (error evidente de hecho) o la producida por el desprecio del mérito legal de una prueba (error de derecho).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintisiéte de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Silva Rebolledo)

Con la razón social de "Farmacia Moderna, Antonio Isaza y Cía. S. A.", para explotar el comercio en general y el negocio de drogas en particular, fue constituída en Medellín una sociedad comercial anónima, por los señores Antonio Isaza, Joaquín Márquez, Agapito y Reinaldo Botero y José Antonio Botero D., por escritura pública número 2176 otorgada el 12 de mayo de 1928 en la Notaría Segunda de ese Circuito.

Los socios el 3 de julio de 1930, por escritura número 1730 autorizada en aquella Notaría, declararon disuelta la sociedad y designaron las personas que debían liquidarla; mas como éstas no aceptaron el encargo, nombraron posteriormente, el 7 de octubre del propio año, también en instrumento pasado ante Notario, a los señores Jesús M. López, Ricardo Lalinde, Enrique Meyer y Juan de la Cruz López para efectuar esa labor.

Los liquidadores realizaron el trabajo encomendado, y así en escritura número 2272 de 9 de diciembre de 1932, extendida ante el Notario Segundo citado, dejaron esta constancia: "que han logrado la extinción de todo el pasivo a cargo de la sociedad en liquidación y para ello han invertido todo el activo...., de modo que actualmente no tiene ninguna deuda a su cargo y su patrimonio está completamente extinguido". Los interesados Antonio Isaza, Agapito Botero, Joaquín Márquez y Arturo Mejía concurrieron a este acto notarial para aceptar la declaración de los liquidadores y aprobar por tanto su gestión.

Reinaldo Botero en cambio, manifiestamente inconforme con tales operaciones, acudió a la justicia para exigir cuentas comprobadas a los liquidadores. De su demanda de 5 de octubre de 1934 conoció el Juez 1º Civil del Circuito de Medellín, quien decretó la rendición de ellas ante la Asamblea General de la sociedad. Los liquidadores en obedecimiento a lo resuelto por el Juez y a presencia de éste presentaron sus informes y papeles a la asamblea el 23 de mayo de 1938, sin obtener entonces tampoco la aprobación del reclamante Botero, a quien acompañó en este rechazo otro de los interesados. El Juez entonces señaló a los inconformes la tramitación legal para formular y sustentar sus objeciones (C. J., 1126, etc.), y agotada totalmente ésta, con la sola intervención de Botero, en sentencia de 30 de mayo de 1944, ab-

solvió a los liquidadores de los cargos de éste por hallar sin fundamento sus reclamos.

Sentencia acusada

En segundo grado el Tribunal de Medellín confirmó aquella sentencia de que apeló Botero, en decisión de 4 de octubre de 1945, materia del presente recurso, después de estudiar y rechazar uno a uno los reparos que habían sido formulados.

El Tribunal no hizo ninguna consideración de carácter general, sino que se limitó a un estudio detenido y pormenorizado de cada una de las glosas del actor, efectuando en cada capítulo las necesarias investigaciones sobre las objeciones en sí, las pruebas de los cargos y defensas, para sacar por último las consecuencias del caso a la luz de las disposiciones sustantivas y adjetivas por una y otra parte invocadas.

Como se advertirá luego en este fallo, el recurrente en parte alguna de su demanda señala las disposiciones legales que hayan podido ser violadas por el Tribunal; y por esta razón y la precedentemente dada, se hace innecesario un detenido análisis de la sentencia acusada, que sería prolijo en demasía al par que completamente inocuo.

El recurso

El demandante doctor Reinaldo Botero, debidamente representado, interpuso a su debido tiempo, el 16 de octubre de 1945, el recurso extraordinario de casación contra la referida decisión del Tribunal y él le fue concedido en auto de 12 de noviembre siguiente. Presentada la demanda respectiva y oída la respuesta de la contraparte, se ha agotado en forma la tramitación del caso, y ha llegado el momento de decidirlo en esta sentencia, previo el estudio de los cargos.

Los cargos

En la demanda de casación que es de fecha 5 de junio de 1946, se formulan contra el fallo de segunda instancia los reclamos que pueden sintetizarse así:

"Acuso la sentencia —dice el demandante— por la causal 1ª del artículo 520 del C. J..... por ser violatoria de la ley sustantiva al aplicarla indebidamente, darle errónea interpretación e infringirla en forma directa, a lo cual se llegó por errónea interpretación y mala apreciación de las pruebas.... Con todo lo cual incurrió el Tribunal en errores de hecho y de derecho **que aparecen en el fallo**" (subraya la Corte).

Después de resumir los antecedentes del pleito, y de ensayar la defensa de la personería de su parte —que no es objeto de la casación— manifiesta en capítulo separado "La Causal del Derecho Intentado": "La parte de la sentencia cuyo quebrantamiento pido (sic), reza: "Por lo expuesto el Tribunal.... CONFIRMA el fallo apelado... y este fallo dispuso en la parte pertinente: "El Juzgado.... declara infundadas las objeciones... y en consecuencia absuelve.... de los cargos...".

Agrega luego: "He dicho que invoco como causal de casación una errónea aplicación de la ley sustantiva a la cual se llegó por una equivocada estimación y aún falta de ella en determinadas pruebas. Considero del caso estudiar entonces, a través de todas y cada una de las objeciones formuladas.... si en verdad esas objeciones estaban probadas y entonces no se estimaron en debida forma las pruebas de ellas....".

"Se trata en general de saber —continúa el recurrente— si a las objeciones formuladas.... respondieron los demandados liquidadores con la plena comprobación de las cuentas, objeto éste típico del juicio según lo tiene establecido... la Corte..., y de saber también si el demandante, a su vez, adujo la debida comprobación, de lo que en síntesis podemos llamar la gestión perjudicial para los asociados....".

Y antes de terminar el apoderado del doctor Botero hace un nuevo y detenido estudio de sus glosas a las cuentas de los liquidadores de la sociedad, y una crítica severa de las tesis sustentadas en el fallo acusado, mas sin citar en lugar alguno las disposiciones que considera violadas, ni la forma en que lo hayan sido, olvidando que actúa ahora dentro de un recurso extraordinario, de naturaleza especial y limitada órbita, y no de una instancia tercera del juicio en que se halla interesado.

Consideraciones

Avocada a la resolución del presente recurso, la Sala considera.

Si bien alega el demandante como causal de casación una errónea aplicación de la ley sustantiva, a la que dice haberse llegado por una equivocada estimación de unas pruebas, y aún —lo que es más grave— por desestimación de otras, y expresa basar su acusación en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., en ninguna parte del libelo acusatorio (como ya se advirtió) indica los textos

legales que supone infringidos, contrariando la terminante exigencia del artículo 531 del citado Código, y colocando a la Corte por tan lamentable defecto en la demanda, en situación de completa imposibilidad legal de volver por los fueros de las normas que hubieran sido quebrantadas, que es su misión primordial, y de desagraviar en esta forma indirecta a la parte, en cuanto pudiera con ello haber sufrido perjuicio, casando, si fuere del caso, la sentencia recurrida.

Es la casación recurso extraordinario cuyo principal objeto es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la más recta aplicación de las leyes hecha por vía de doctrina con relación a las contiendas judiciales sujetas a ella. "Es remedio de interés general y de orden público", por tanto, según Manresa y Navarro, para quien tiene por finalidad "contener a tribunales y jueces en la estricta observación de la ley, e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia". Bien anota por tanto Josserand que el debate en casación no se traba entre los litigantes sino más propiamente entre el juez y la ley, que son las verdaderas partes del recurso, lo que es incuestionable dentro de nuestra actual legislación procesal, ya que la Ley 105 de 1931 suprimió de su artículo 519, al determinar el objeto del recurso, la frase "Y enmendar los agravios inferidos a las partes" que traía el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, correspondiente al 479 del Proyecto de Arbeláez.

Estas ideas están clara y ampliamente expresadas en numerosas doctrinas anteriores de la Corte. Ella ha dicho, "el recurso de casación, buscando la finalidad principal de unificar la jurisprudencia nacional, se encamina, en cada caso particular, a estudiar y decidir si la ley sustantiva ha sido o no violada por la sentencia del Tribunal: la sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso, y es defendiendo la ley, como la Corte casa o no infirma la sentencia. La enmienda de los agravios inferidos a las partes por un fallo del Tribunal, concepto meramente particular y privado, ya no es fin principal del recurso de casación, sino únicamente la defensa de la ley, concepto general que aprovecha no sólo a las partes en el juicio, sino a la misma comunidad. Es éste a juicio de la Corte el alcance del artículo 519 del C. J. al modificar el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, más amplio que el que hoy rige sobre el particular, puesto que consagraba dos finalidades en el recurso de casación: uniformar la jurisprudencia y enmendar los agravios inferidos a las partes, al paso que hoy no está consagrada sino una sola finalidad: uniformar la jurisprudencia, aunque es obvio que consecuencialmente se enmienda el agravio inferido a las partes. (Casación de junio 1º de 1936, XLIII, 711 y 712).

Para que el Tribunal de casación pueda cumplir aquella finalidad esencial de vindicar la ley ofendida, es preciso en nuestro sistema que la parte agraviada, al acusar la sentencia violatoria de la norma legal, señale expresamente la violación con relación a esa norma determinada. "Al Tribunal de casación le está atribuída la facultad de resolver los problemas pertinentes que se planteen sobre la debida inteligencia e interpretación de la ley, pero a él no le corresponde proponerlos; de manera que resolver sobre cuestiones que no se le han propuesto envolvería extralimitación de facultades". (Casación, 20 de octubre de 1903, XVIII, 37, 2ª).

"Es bien sabido —ha dicho la Corte— siguiendo este orden de ideas, que para que pueda estudiarse un ataque en casación, es necesario dentro de la técnica de este recurso, que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideren infringidos (artículo 531 del C. J.), y que "si se trata de errores manifiestos de hecho o errores de derecho en la apreciación de la prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustantiva, también es de rigor para que prospere el cargo que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas o vulneradas". (Casación, octubre 10 de 1944, LVIII, No. 2016).

La anterior doctrina es perfectamente aplicable a este caso en que según el recurrente, a la violación legal que en abstracto acusa, "se llegó por errónea interpretación.... de las pruebas que obran en el litigio". Abundando en esta materia es del caso considerar, como lo ha hecho repetidamente la Sala, que la errónea apreciación de pruebas no es por sí sola causal de casación sino simple medio por el cual pudo llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva; lo que es igual a expresar que la equivocada estimación probatoria no da lugar a casación sino en cuanto haya ella provocado el quebrantamiento de la ley. (Casación, 10 de septiembre de 1942, LIV bis, 71, 2ª).

No sobra tampoco advertir, profundizando en esta materia con ayuda de la doctrina anterior aquí sostenida, que la equivocación que induce a casación en materia de valoración de pruebas no es la que sirve para fundar la convicción judicial en un sentido o en otro, sino la que pugna con la

evidencia contraria y manifiesta (error evidente de hecho) o la producida por el desprecio del mérito legal de una prueba (error de derecho).

En resumen: El recurrente no ha señalado en su demanda, como lo exige el C. J., las disposiciones que haya violado el Tribunal en el fallo materia de la acusación, lo que es indispensable en este recurso para que "pueda ser apreciado el alcance, la naturaleza y el fundamento del cargo que se alega, por cuanto que se hace imposible sin ello volver por el recto cumplimiento y aplicación de la ley positiva y deshacer el agravio que en su aplicación haya podido perpetrarse". (Casación de 2 de abril de 1941, LI, 184, 2ª, de 24 de abril de 1941, LI, 211, 1ª 2ª; de 6 de mayo de 1941, LI, 262, 2ª; de 30 de mayo de 1941, Nos. 1973 y 1974, 526, 2ª; de 26 de junio de 1941; LI, 596, 1ª, etc.).

No puede consiguientemente ser infirmada la sentencia acusada, por no cumplir la demanda de casación con el imprescindible requisito de citar las disposiciones legales que se consideran violadas, y por no ser dado a la Corte, como cuando se trata de una instancia, hacer una investigación oficiosa de las pretendidas violaciones legales.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente por mandato del artículo 537 del C. J.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.



ACCION REIVINDICATORIA? — NECESIDAD DE QUE LA COSA REIVINDICADA SE HALLE DETERMINADA O INDIVIDUALIZADA COMO CUERPO CIERTO EN EL JUICIO PARA QUE PUEDA PROSPERAR LA ACCION EJERCIDA

1.—En la completa ausencia de explicación sobre el mecanismo de la violación legal que se imputa a la sentencia, en el sentido de expresar si es de modo directo, y dentro de éste, si es por errada interpretación, aplicación indebida o falta de aplicación, o si el quebranto de la ley es el efecto de errores en la estimación probatoria, con puntualización y demostración del error de este caso, halla la Corte la pretermisión de condiciones sustanciales que impone la preceptiva legal del recurso para poder entrar al examen de la legalidad de la sentencia acusada.

2.—Entre las condiciones indispensables para la procedencia de la acción reivindicatoria, contenidas en su definición legal, está la de que se trate de una cosa singular, esto es, determinada o individualizada como cuerpo cierto. Este requisito tratándose de inmuebles y especialmente de predios rurales, no puede satisfacerse sino con la descripción de sus límites, esto es, con el señalamiento del término o línea que los separe de las demás heredades, y que a la vez que lo diferencia de los otros fundos sirve para precisar objetivamente, demarcando su perímetro sobre la tierra, la extensión del derecho real de dominio, como es necesario para que pueda hacerse efectivo con el uso de las acciones legales que lo tutelan porque sólo así será posible que el dueño sepa qué es lo que puede hacer respetar y qué es lo que los demás deben respetar. Esta la razón esencial de la exigencia de la singularización de las cosas cuya restitución se busca con la acción de dominio, hecha sin ninguna ambigüedad en la demanda, cosa que no puede lograrse, tratándose de fundos, como se dijo, sino con la fijación de sus límites, según la norma general de la ley, como se ve, entre otros, de los artículos 222 del Código de Procedimiento Civil que condiciona en general las demandas sobre cosa raíz con la especificación de los linderos, y los artículos 2594 y 2663 del C. C. y 15 de la Ley 40 de 1932, que imponen la delimitación como la manera legal de singularizar los bienes inmuebles.

3.—Como ya lo dijo la Corte: "La determinación de la finca raíz que se reivindica no puede hacerse sino por el señalamiento de sus linderos; y cuando ella hace parte de un globo mayor de tierra cuyos linderos se expresan no basta decir que la primera está comprendida dentro de los límites de la segunda, sino que es preciso determinarla señalándole delimitación especial" (G. J., Tomo XXX, página 114. Tomo XXXI, pág. 54).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de la escritura pública número 71, otorgada en la Notaría de Fusagasugá el 22 de enero de 1926, Honorio Vásquez vendió a Félix Antonio Otero un lote de terreno situado en el páramo de El Pilar, Corregimiento de Nazaret del Municipio de Bogotá, que se deslinda así: "De la entrada de la quebrada de La Potranca, juntamente con un derecho de tierra y comunidad vinculados en los terrenos dichos de El Pilar que colinda con la hacienda de Sumapaz".

Por escritura pública número 736, otorgada en la misma Notaría de Fusagasugá el 8 de octubre de 1928, Víctor Prieto vendió a Félix Antonio Otero los derechos y acciones que por muerte de Fidel Rodríguez se vinculan en la mitad proindiviso de un globo de tierra ubicado en el punto de El Pilar, jurisdicción municipal de San Bernardo, antes de Usme, comprendido dicho terreno dentro de los siguientes linderos: .....".

Afirma el comprador Félix Antonio Otero que desde cuando adquirió, en la forma dicha, el dominio del inmueble, entró en posesión tranquila, pero que desde comienzos del año de 1935, varias personas, entre ellas José Eusebio Palacios, han ocupado gran extensión de la finca pretendiendo desconocer su propiedad a título de colonos.

Con apoyo en estos hechos, ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, en libelo de fecha 22 de junio de 1942, Félix Antonio Otero demandó en juicio ordinario de reivindicación a José Eusebio Palacios para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1ª—Que soy dueño de un globo de tierra denominado El Placer, ubicado en el Municipio de San Bernardo y comprendido dentro de estos linderos: ..... De esta extensión comprendida en los linderos relacionados se excluye una porción de tierra que vendí a Fidel Murillo".

"2ª—Que el demandado José Eusebio Palacios debe restituirme dentro del término de la ejecutoria del fallo que ponga fin al presente juicio, la extensión de tierra que éste me retiene indebidamente y que tiene una extensión de tierra de cuarenta fangadas, con una casita de habitación, globo de tierra que se halla limitado por todas sus partes con el resto de mi tierra denominada El Placer en donde se halla enclavada".

Pide, además, que la restitución se ordene con los frutos correspondientes a la posesión de mala fe, y que se condene al demandado al pago de la suma de $ 2.000.00 por concepto de perjuicios causados con la ocupación indebida, y el valor de las costas del juicio.

Se opuso el demandado a las pretensiones reivindicatorias, negando todos los hechos fundamentales de la demanda y expresando que en el lote que él posee y trabaja, ubicado en jurisdicción municipal de Bogotá y limitado de modo distinto de los términos de la demanda, no ha tenido nunca el actor derecho ni explotación ningunos y lo ha obtenido por ocupación de terrenos incultos, reputados generalmente como baldíos a través de más de diez años de posesión pacífica y explotación económica, cuya adjudicación como baldío, pedida junto con otros ocupantes, está tramitándose actualmente en el Ministerio de la Economía Nacional. Alegó, entre otras, las excepciones de inepta demanda y prescripción al tenor del artículo 12 de la Ley 200 de 1936.

Sobre estas bases se desarrolló la controversia que fue decidida en primera instancia en sentencia del 2 de mayo de 1946 en que se negaron las súplicas de la demanda y se absolvió totalmente. Sin costas.

Sentencia acusada

Con sentencia definitiva de 27 de agosto de 1947 cerró el Tribunal Superior de este Distrito Judicial el segundo grado a que dio lugar la apelación del actor contra el fallo del Juzgado del Circuito, totalmente confirmado. Sin costas.

Las razones de esta solución confirmatoria, coincidentes en su mayor parte con las del fallo del Juzgado, consisten sencillamente en que el demandante de la reivindicación no probó su calidad de dueño sobre el bien que pretende le sea restituído, y porque su demanda adolece de una ineptitud sustantiva consistente en la falta completa de singularización del inmueble que apenas enclava indeterminadamente dentro del de mayor extensión que delimita como de su propiedad.

El recurso

Perdido el pleito en los dos grados, el demandante lo ha traído a la Corte en el recurso de casación que oportunamente interpuso contra la sentencia definitiva de segunda instancia que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. acusa el recurrente la sentencia porque "el Tribunal quebrantó lo dispuesto en los artículos 946, 947, 948, 950, 952, 1768, 1759 y 2594 del C. C. y 222 del C. J.", por haber concluído que no se determinó y singularizó suficientemente la parcela que se reivindica a pesar de que en el curso del juicio se estableció con la diligencia de inspección ocular, que la finca de El Placer correspondía a la alinderación que de ella se dió en la demanda y que el globo materia de la acción de dominio estaba comprendido dentro de los límites generales de esa finca, como se afirma en la demanda. "No creo que pueda aceptarse —razona el recurrente— que el dueño de una cosa a quien se le ha usurpado una parte de ella esté obligado para obtener la restitución en juicio, a que previamente siga un deslinde con el usurpador, para que así se pudiera expresar en la demanda en forma absolutamente obligatoria para el demandado, cuáles son los linderos de la parcela que debe restituir".

Considera la Sala:

En la completa ausencia de explicación sobre el mecanismo de la violación legal que se imputa a la sentencia, en el sentido de expresar si es de modo directo, y dentro de éste, si es por errada interpretación, aplicación indebida o falta de aplicación, o si el quebranto de la ley es el efecto de errores en la estimación probatoria, con puntualización y demostración del error de este caso, halla la Corte la pretermisión de condiciones sustanciales que impone la preceptiva legal del recurso para poder entrar al examen de la legalidad de la sen-

tencia acusada. Con todo, no se utiliza esta falla en el manejo técnico del recurso, como razón para el rechazo del cargo.

Entre las condiciones indispensables para la procedencia de la acción reivindicatoria, contenidas en su definición legal está la de que se trate de una cosa singular, esto es, determinada o individualizada como cuerpo cierto. Este requisito, tratándose de inmuebles y especialmente de predios rurales, no puede satisfacerse sino con la descripción de sus límites, esto es, con el señalamiento del término o línea que los separe de las demás heredades, y que a la vez que los diferencia de los otros fundos sirve para precisar objetivamente, demarcando su perímetro sobre la tierra, la extensión del derecho real de dominio, como es necesario para que pueda hacerse efectivo con el uso de las acciones legales que lo tutelan porque sólo así será posible que el dueño sepa qué es lo que puede hacer respetar y qué es lo que los demás deben respetar. Esta la razón esencial de la exigencia de la singularización de las cosas cuya restitución se busca con la acción de dominio, hecha sin ninguna ambigüedad en la demanda, cosa que no puede lograrse, tratándose de fundos, como se dijo, sino con la fijación de sus límites, según la norma general de la ley, como se ve, entre otros, de los artículos 222 del Código de Procedimiento Civil que condiciona en general las demandas sobre cosa raíz con la especificación de los linderos, y los artículos 2594 y 2663 del C. C. y 15 de la Ley 40 de 1932, que imponen la delimitación como la manera legal de singularizar los bienes inmuebles. Y como lo tiene también establecido en doctrina uniforme y reiterada esta Sala de Casación Civil, que en caso análogo al de hoy dijo: "La determinación de la finca raíz que se reivindica no puede hacerse sino por el señalamiento de sus linderos; y cuando ella hace parte de un globo mayor de tierra cuyos linderos se expresan no basta decir que la primera está comprendida dentro de los límites de la segunda, sino que es preciso determinarla señalándole delimitación especial". (G. J. Tomos XXX, página 114, XXXI, página 54).

El único dato que ofrece la demanda del reivindicante Félix Antonio Otero en punto a singularización de la parcela en que pretende tener dominio y que dice estar poseída por su demandado Palacios es el de que está enclavada en la finca de El Placer y que, por tanto, limita por todos sus lados con tierras del demandante, lo cual no basta en manera alguna para su singularización, pues nada se sabe de su ubicación particular dentro de la hacienda ni siquiera en relación con los puntos cardinales, ni de su extensión superficiaria, ni de su forma, ni de nada especial que sirviera para distinguirla dentro del todo homogéneo. En estas condiciones resulta totalmente inválido el ataque que el recurrente dirige contra la conclusión de la sentencia en punto a falta de singularización de la cosa que se quiere reivindicar, y si la ausencia de este elemento estructural de la acción la condena irremisiblemente al fracaso no hay para qué examinar los demás aspectos que propone la demanda de casación, relacionados con la prueba del dominio, porque ninguno de ellos puede tener incidencia en la resolución del recurso.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 27 de agosto de 1947, materia de este recurso.

Costas á cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario.

RECURSO DE HECHO. — CUANTIA PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

No importa que en la sentencia se haya hecho una condenación a pago de una suma que no alcance a tres mil pesos o que la condenación haya sido hecha en abstracto, para que pueda considerarse procedente el recurso de casación, si, por otra parte la demanda se formuló por una suma mayor de la dicha cuantía mínima señalada por el artículo 519 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio primero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, la señora Isabel Gómez viuda de Martínez presentó demanda ordinaria contra la Empresa Eléctrica Industrial del Quindío, representada por el señor Emiliano Laserna por indemnización de los perjuicios materiales y morales, que dice le fueron causados con ocasión de la muerte violenta que sufrió su menor hija Isabel Martínez, quien pereció electrocutada al tropezar con los cables de conducción de energía que estaban caídos en una de las calles de la referida ciudad y cuya cuantía estimó en la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00).

El Juzgado del conocimiento, cumplida la tramitación del caso, falló con fecha diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, declarando, en primer término, responsable a la entidad demandada del accidente sufrido por la aludida menor, y en segundo lugar, condenándola a pagar los perjuicios materiales y morales causados, que se justipreciaron en la suma de tres mil ochocientos pesos.

No satisfechos con las resultas del juicio, demandante y demandado se alzaron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Allí la causa tuvo a su turno la tramitación legal requerida y con fecha trece de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, el Juzgador de segundo grado pronunció sentencia en que confirma la apelada, en cuanto ésta declaró responsable del accidente a la empresa demandada y la condenó al pago de los perjuicios morales, que en esta instancia se estimaron en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), y la reformó, absolviendo al demandado de los perjuicios materiales, por considerar que no se demostraron.

De tal providencia recurrió en casación, únicamente el apoderado de la empresa demandada, pero el recurso le fue negado por auto de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, por considerar el Tribunal "que si bien es cierto que la demanda que ha sido materia del presente juicio es en mucho superior a dos mil pesos, tal como fue propuesta en su iniciación, pero hoy, merced a lo anteriormente anotado, la cuantía de lo que es materia de la litis, quedó reducida a la suma ya citada, ya que por no haber recurrido del fallo la parte actora, el recurso de casación se entiende únicamente en lo desfavorable al recurrente". Cree el Tribunal que el recurso, debiendo entenderse concedido únicamente en lo desfavorable, en el caso contemplado en que se condenó al demandado a pagar únicamente la suma de dos mil pesos, no puede concederse por no llegar a los tres mil, señalada como mínimun en el artículo 519 del C. J.

Se considera:

Al indicar el parágrafo primero del capítulo sobre Casación en el Código Judicial, (artículo 519 y ss.), las providencias revisables por tal medio, expresa que pueden ser acusadas en casación las pronunciadas por los Tribunales Superiores en segunda instancia, "cuando la cuantía alcance a tres mil pesos en los juicios ordinarios", etc.

En el negocio materia del presente estudio, la demandante pide se condene a la empresa ya citada al pago de los daños causados por el accidente de que fue víctima su hija, que estima en la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), o lo que se establezca en el juicio; y como pueden ser susceptibles del recurso de casación, entre otras, las sentencias que se dicten en segunda instancia en los juicios ordinarios de cuantía que alcance a tres mil pesos ($ 3.000.00), por lo menos, es claro que la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira goza de tal beneficio. Por consiguiente, es el caso de otorgarlo, ya que por

otra parte, se cumplieron los requisitos señalados en el artículo 516 del C. J.

Pero hay algo más: la sentencia no sólo condenó a la empresa de energía a pagar la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) en que se estimaron los perjuicios morales, sino que también hizo la declaración de que "es responsable del accidente ocurrido", lo que bastaría, aun cuando no se hubiera condenado a pagar suma alguna, para justificar la concesión de lo suplicado.

Habiéndose, pues, interpuesto el recurso de hecho en tiempo y cumplido con las formalidades de los artículos 516 y 527 del C. J., y siendo procedente la solicitud del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, de la sentencia de trece de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el presente negocio, la Corte lo concede y dispone que, previa citación de las partes, se envíe por el juzgador, original a este Despacho, el juicio respectivo (artículo 514 del C. J.).

Ofíciese en oportunidad al Tribunal.

Notifíquese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario.

RECURSO DE HECHO. — CASOS EN QUE LA CORTE ACTUA COMO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA CIVIL. — CUANDO ES PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACION

1.—La Corte no conoce en apelación sino de los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen, a su vez, los Tribunales en primera instancia, los cuales son proferidos por la Sala de decisión del respectivo Tribunal y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 84 del C. J.).

2.—Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, cuando la cuantía alcance, por lo menos, a tres mil pesos, en los juicios ordinarios, o a cinco mil, en los siguientes casos: las pronunciadas en los juicios ordinarios, o que asuman este carácter; las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes. También pueden ser objeto del recurso, las sentencias pronunciadas en el mismo grado de jurisdicción, por los Tribunales en juicio ordinario que versa sobre el estado civil.

Tal enumeración es taxativa, o sea, que fuera de los casos allí señalados, no son susceptibles del recurso de casación providencias de otra índole.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio primero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de hecho interpuesto por el representante de los actores en el juicio ordinario seguido por Emma Guzmán viuda de Bonilla y otros, contra Esteban Guzmán y otros, de que conoce el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Conviene historiar, por lo que se dirá luégo, la tramitación subsiguiente a la decisión que puso fin al litigio ante el Tribunal.

a) Por auto de veintitrés de marzo del corriente año, tal entidad declaró que "como por culpa del recurrente no se efectuó oportunamente la estimación de la cuantía de la presente acción" el Tribunal "da por no interpuesto el recurso de casación" que contra la sentencia definitiva se había presentado y en consecuencia ordena devolver el expediente a la oficina de origen.

b) En desacuerdo con esta decisión del juzgador de segundo grado, la misma parte, en memorial de veintiseis del mismo mes de marzo, solicitó reposición de la aludida providencia en que se le negaba el recurso de casación, **y en subsidio apeló para ante esta Corte.**

c) Tal pedimento fue resuelto en auto de fecha seis de abril siguiente, en que el Tribunal se abstiene de reponer su decisión, y en cuanto a la apelación interpuesta en subsidio, declaró que la providencia que niega un recurso de casación, no es susceptible del recurso de alzada; que si se estimaba que el recurso ha debido concederse a pesar de las razones expuestas, **lo pertinente era recurrir de hecho ante la Corte,** por lo cual, también negó la apelación interpuesta.

d) Con fecha ocho de abril, la misma parte, en desacuerdo con la decisión expresada, demandó al Tribunal reposición también de su nueva providencia y en subsidio, la expedición de las copias para recurrir de hecho ante la Corte. Tales copias fueron: la de la providencia apelada, es decir, copia del auto que negó el recurso de casación, del memorial de reposición y en subsidio, apelación de la providencia que negó ambas cosas y del nuevo memorial de reposición, el cual solicita las copias para el recurso de hecho y de la providencia recaída a tal pedimento.

e) Con tales copias y dentro del término oportuno, por medio de apoderado, la misma parte pide ante la Corte, se admita el recurso de hecho contra el auto del Tribunal Superior de Ibagué, que denegó, o dio por no interpuesto, el recurso de casación contra la sentencia dictada por el mismo Tribunal.

Para resolver, se considera:

Como puede observarse de la relación anterior,

que se desprende de las copias presentadas a la Corte, la providencia de la cual se recurrió de hecho fue la del seis de abril del corriente año, en que el Tribunal no repuso su auto de veintitrés de abril, que dio por no interpuesto el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia y en que negó, a su vez, la apelación presentada en subsidio.

Ante todo, es de notar que la Corte no conoce en apelación sino de los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen, a su vez, los Tribunales en primera instancia, los cuales son proferidos por la Sala de decisión del respectivo Tribunal y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 84 del C. J.).

Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, cuando la cuantía alcance, por lo menos, a tres mil pesos, en los juicios ordinarios, o a cinco mil, en los siguientes casos: las pronunciadas en los juicios ordinarios, o que asuman este carácter; las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios, de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes. También pueden ser objeto del recurso, las sentencias pronunciadas en el mismo grado de jurisdicción, por los Tribunales en juicio ordinario que versa sobre el estado civil.

Tal enumeración es taxativa, o sea, que fuera de los casos allí señalados, no son susceptibles del recurso de casación providencias de otra índole.

No se trata de un recurso de hecho por haberse negado el de casación, sino por razón del auto que no concedió apelación de tal providencia para ante la Corte, y si se hubiera de considerar que el recurso de hecho se interpuso por no haberse concedido el de casación, tampoco sería posible estudiarlo, porque no se acompañó la copia de la sentencia definitiva con que el Tribunal definió el pleito en segunda instancia (artículo 526 y 527 del C. J.).

Por lo expuesto, no se admite el recurso de hecho y se dispone darle aviso al Tribunal de la negativa.

Archívese el expediente. Notifíquese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UN INMUEBLE POR ADQUISICION POR PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA. — CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

En el caso del inciso 1º del artículo 520 del C. J. el quebrantamiento de la norma o normas sustantivas proviene de la apreciación errónea o de la falta de estimación de determinada prueba, y en él ha podido incurrir el Tribunal, bien POR ERROR DE HECHO EVIDENTE o bien POR ERROR DE DERECHO, caminos ambos equivocados, pero perfectamente diferentes.

Hay ERROR DE HECHO cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla siquiera como si no hubiese sido producida, o cuando al ser analizada en sí misma y no en función de su mérito probatorio, se la interpreta sin fidelidad objetiva para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle o ampliarle o cambiarle su contenido real.

Existe, en cambio, ERROR DE DERECHO, en esta circunstancia, cuando la falla de la sentencia se refiere a la valoración legal de la prueba, como cuando se atribuye pleno valor probatorio a un documento no reconocido o se niega a uno público o auténtico crédito total; o cuando se desestima el mérito legal de un elemento o conjunto de probanzas, que tiene la virtud jurídica de crear evidencia, como cuando haciendo parte del acervo probatorio una confesión válida y perfecta de la parte, deja de asignarle su valor definitivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio ocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Silva Rebolledo)

El Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín, en sentencia de 20 de abril de 1946, previo el trámite ordinario de mayor cuantía, denegó la demanda de pertenencia por prescripción extraordinaria, que, con arreglo a la Ley 120 de 1928 intentó Rosa A. Beltrán, vecina de esa ciudad, contra Enrique Beltrán, domiciliado en Segovia, relativa a un inmueble situado en la capital antioqueña, en "Porto Carrero", cerca al cruce de la arteria así llamada con la calle de "La Argentina", deslindado en el libelo principal, fundando la negativa en no hallarse demostrada la posesión treintenaria alegada en la demanda, en las condiciones exigidas por la ley y el Código Civil, cuando había sido ella contradicha por el opositor en su respuesta.

La desición acusada

Apelada aquella providencia por la Beltrán, el Tribunal de Medellín desató el pleito en segundo grado en fallo de 16 de junio de 1947, contra el que el demandado ha recurrido en casación.

El Tribunal hace allí el siguiente estudio de la prueba: "En la primera instancia del juicio, la actora adujo los testimonios de Roberto Madrid, Salvador Madrid y Ricardo Rodríguez, los cuales se refieren a los hechos siguientes: Que la Beltrán ha vivido desde hace más de treinta y dos años en una casa que construyó a sus expensas en el lote especificado en la demanda; que el vecindario la ha considerado siempre como dueña desde esa época, y que, en cambio, el demandado nunca ha habitado la referida casa".

"El señor Juez de primera instancia desechó estos testigos fundándose en que Ramírez no precisa la fecha en que se llevó a cabo la construcción, ni explica cómo tuvo conocimiento de ese hecho, y respecto de los Madrid, concluye que no merecen crédito por haber declarado en otro juicio que la poseedora del mismo inmueble de que se trata fue la señora Mercedes Rodríguez".

"En esta segunda instancia —continúa el Tribunal su exposición— la actora hizo recibir las declaraciones de Adolfo Vidal, Francisco Antonio Urquijo, y Juan de Dios Calderón, quienes se expresan en forma fundamentada, concorde y explícita sobre la posesión que ha ejercido desde hace más de treinta años, en forma continua, pacífica y exclusiva sobre el inmueble que es materia del litigio".

Luego de analizar el Tribunal el mérito del reconocimiento judicial mediante el que se indentificó el inmueble y de considerar la escritura pública número 192 de 30 de mayo de 1912 otorgada en Medellín, por la que el demandante, en esa

fecha anterior a la posesión alegada por la actora, compró la finca discutida, agrega aludiendo al demandado: "Por otra parte obtuvo los testimonios de Fernando Yepes y Martín Castrillón...., quienes afirman que fue Mercedes Rodríguez quien vivió en la casa como poseedora; la que construyó la casa con el consentimiento de su hijo Enrique y con la ayuda pecuniaria de éste, quien le remitía dinero para ese efecto; y que Beltrán sólo vivió en la casa algunas veces, en forma discontinua por compasión de su madre, quien le permitió que la acompañara".

"Es indudable —concluye la sentencia acusada— que estos dos testimonios están en contradicción palmaria con los aducidos por la parte actora para establecer su posesión; pero son menos explícitos, menos fundados, y, además, se observa que no declaran que el demandado fuera el poseedor sino su madre Mercedes Rodríguez. Teniendo en cuenta, además, el número de los testigos, el Tribunal, en aplicación del precepto contenido en el artículo 702 del C. J., prestará mayor crédito probatorio a los testigos Vidal, Urquijo y Calderón, para el efecto de dar por establecida la prescripción base de la demanda".

Como lógica consecuencia de lo motivación anterior, se revocó en segunda instancia el fallo de primera; se declaró a la demandante dueña por prescripción extraordinaria del inmueble en litigio, y se ordenó de consiguiente, además de la inscripción del fallo, la cancelación del registro de la escritura 962 de 1912, citada, que acreditaba a Enrique Beltrán como a poseedor inscrito del inmueble. No halló el Tribunal manifiestamente temeraria la oposición y absolvió de las costas al opositor en gracia de ello.

El recurso

Funda el recurso de casación el demandado en el libelo de 29 de abril de 1948, por mediación de mandatario constituído en forma, para acusar la referida decisión de segunda instancia con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., por considerarla violatoria de la ley civil sustantiva a causa de apreciación errónea de las pruebas aportadas al juicio, lo que hizo incurrir en error de derecho al fallador, según el libelo acusatorio.

Habiéndose agotado la tramitación de rigor, ha llegado para la Sala la oportunidad de pronunciar su sentencia, y a ello procede previo el estudio de los cargos que pueden sintentizarse así:

El Tribunal en presencia de declaraciones testimoniales contrarias, favorables unas a la demandante y otras al demandado, debió rechazar aquellas por no llenar la plenitud de los requisitos legales, con aplicación de los artículos 697 y 702 del C. J., para dar crédito a éstas en su lugar; o, si consideró deficientes igualmente las que abonan al opositor, absolver a éste por encontrar el caso dudoso. Por el error de derecho consecuente a la mala interpretación de tales normas procesales, el Tribunal incurrió en él, infringió los artículos 762, 2518, 2531 2532 del C. C.

Consideraciones

La Sala considera:

La acusación se desenvuelve sobre el concepto de que el Tribunal infringió los citados preceptos civiles sustantivos por "aplicación indebida" que hizo de ellos "por causa de errónea apreciación en derecho" de las pruebas aportadas, y, en concreto, de los testimonios recibidos en una como en otra instancia; y debe necesariamente, por tanto, considerarse situada en el caso contemplado por el inciso del ordinal 1º del artículo 520 del C. J. En el caso de este inciso, el quebrantamiento de la norma o normas sustantivas proviene de la apreciación errónea o de la falta de estimación de determinada prueba, y en él ha podido incurrir el Tribunal, bien **por error de hecho evidente** o bien **por error de derecho,** caminos ambos equivocados, pero perfectamente diferentes.

Hay error de hecho cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla siquiera como si no hubiese sido producida, o cuando al ser analizada en sí misma y no en función de su mérito probatorio, se la interpreta sin fidelidad objetiva para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle o ampliarle o cambiarle su contenido real.

Existe, en cambio, **error de derecho,** en esta circunstancia, cuando la falla de la sentencia se refiere a la valoración legal de la prueba, como cuando se atribuye pleno valor probatorio a un documento no reconocido o se niega a uno público o auténtico crédito total; o cuando se desestima el mérito legal de un elemento o conjunto de probanzas, que tiene la virtud jurídica de crear evidencia, como cuando haciendo parte del acervo probatorio una confesión válida y perfecta de la parte, deja de asignarle su valor definitivo.

De lo anterior se deduce que en el estudio judicial de la prueba hay dos momentos distintos: uno primero, auténtico, en que el Juzgado la contempla y valora considerándola en sí misma, para constatar su existencia, investigar su naturaleza y modalidades, palpar su consistencia y apreciar su

exacto contenido, y no más; y otro segundo, dinámico, en que toma ese material probatorio, para ponderarlo en la balanza de la ley con sujeción a su tarifa, y así medir su validez, fijar su trascendencia y limitar el ámbito de su operancia. En el primer momento es cuando el Juez puede incurrir en error de hecho, y en el segundo cuando puede cometer el de derecho. Es claro que pueden sumarse ambos errores por defecto en uno y otro grado de este proceso lógico.

Aunque podría ser de conveniencia a los propósitos del recurrente, no se estudia en esta sentencia el error de hecho en la apreciación de la prueba, en que el Tribunal pudiera haber incurrido, por no versar la acusación sobre él y no ser lícito a la sala extenderla de oficio dentro del presente recurso extraordinario, de naturaleza especial y alcance limitado.

Se hace también forzoso prescindir en esta providencia, del estudio de la prueba preconstituída, como de la de inspección ocular, por cuanto que el demandado Beltrán, actor ante la Corte, considerando con buen juicio que la base de la sentencia acusada fue la testimonial, no endereza su reclamación concretamente sino sobre la estimación jurídica de ésta.

Así las cosas, se reduce en primer término el problema a investigar si el sentenciador yerra o no en derecho, esto es, a averiguar si el artículo 702 del C. J., en el que manifiestamente se funda, se aplicó indebidamente o con corrección por el contrario, para en el supuesto primero (por mediar error de derecho en la apreciación del testimonio) adentrarse en el análisis de los cargos sobre violación de preceptos sustantivos civiles, y en la hipótesis segunda que le es opuesta, por no hallarse tal error, abstenerse de aquel análisis, en este evento inocuo.

Exento de toda duda aparece del proceso que el Tribunal se halló, como lo reconoce expresamente, en presencia de grupos distintos de declaraciones contrarias plenamente favorables las unas a la parte demandante, según lo asentado en la sentencia, y convenientes las otras a la tesis de la parte demandada, en cuanto de ella parece desprenderse que no fue propiamente la Beltrán, sino un tercero quien ejercitó la posesión discutida.

Para la Corte es incuestionable que este grave y delicado punto lo trató con estricta sujeción a la ley el Tribunal de Medellín, desde luego que aplicó la disposición especialísima que lo contempla y resuelve, que es la contenida en el citado artículo 702 del C. J.

Como no otra cosa hizo el Tribunal de Medellín en el caso de autos, que ejercitar la facultad que tiene en el caso especialísimo del artículo 702 del C. Procesal, no puede aceptarse la acusación que se contrae a error de derecho en la valoración de la prueba testimonial, básica en el negocio de que se trata. Y como ya sobra repetirlo, planteada la casación por ese solo aspecto, está vedado a la Sala el averiguar errores posibles de hecho en que pueda haber incurrido la sentencia, mediante un nuevo análisis de las declaraciones escuchadas en la instancia. Por esto la Corte se considera inhibida para acometer tal análisis y se ha de limitar a dejar observado que el material probatorio sí fue tratado por el Tribunal en derecho, conforme a la disposición legal que le era aplicable.

Sabido es que en el caso del segundo miembro del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., únicamente cuando la Corte ha constatado bien la falta de estimación o bien la equivocada apreciación de una prueba, ora causada por error de hecho manifiesto, está en posibilidad legal de acometer el estudio de posibles violaciones de los preceptos sustantivos acusados. Este error de hecho o de derecho es la única puerta que se franquea a la casación en este campo.

En mérito, de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín con fecha diez y seis de junio de mil novecientos cuarenta y siete, que ha sido materia del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

RECURSO DE HECHO. — CUAL ES LA CUANTIA QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA DECIDIR DE LA PROCEDENCIA DE UN RECURSO DE CASACION

La tesis en que sustenta el Tribunal la providencia contra la cual se ha propuesto el aludido recurso de hecho fue rectificada por la Corte, aunque con votos disidentes, a partir del catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (G. J. T. LXII, página 852), desde cuando se dio cabida al artículo 524 del Código Judicial para indagar la cuantía respecto de la casación aún estando fijada en cifra precisa por el demandante en su libelo inicial, sin reclamo del demandado, considerando que el "verdadero motivo de duda" a que se refiere el texto citado puede ocurrir no sólo cuando la cuantía ha sido señalada en cantidad indeterminada, sino también cuando habiéndolo sido en cifra precisa que no alcance a la indicada en el artículo 519 del Código Judicial los elementos del proceso revelan que el verdadero valor de lo litigado determina una cuantía que es o puede ser igual o superior a la requerida por esta última disposición para la procedencia del recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio trece de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda)

Dentro del juicio ordinario sobre reivindicación de un inmueble propuesto por María Luisa Gironza contra Eusebio Caicedo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali pronunció la sentencia de fecha ocho de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, contra la cual el demandado interpuso recurso de casación que se le concedió en auto de veinte y tres de mayo siguiente. Esta providencia fue revocada, en virtud de reposición propuesta por el actor, por la de 21 de julio del mismo año, que negó el recurso de casación con fundamento en que la cuantía de la demanda, fijada en la suma precisa de dos mil pesos ($ 2.000.00), sin objeción del demandado, excluía todo motivo de duda al respecto, y que a ella debía estarse no sólo para los efectos de fijar la competencia sino también para determinar la procedencia o improcedencia del recurso de casación.

Pedida por el demandado la reposición de este auto y en subsidio las copias de ley para recurrir de hecho ante la Corte, le fue negada aquélla y en su lugar se le expidieron las últimas, con las cuales ha recurrido en tiempo oportuno a esta Sala, a efecto de que se le conceda el recurso de casación denegado.

Para resolver, se considera:

La tesis en que sustenta el Tribuna la providencia contra la cual se ha propuesto el aludido recurso de hecho fue rectificada por la Corte, aunque con votos disidentes, a partir del catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (G. J. T. LXII, página 852), desde cuando se dio cabida al artículo 524 del Código Judicial para indagar la cuantía respecto de la casación aún estando fijada en cifra precisa por el demandante en su libelo inicial, sin reclamo del demandado, considerando que el "veradadero motivo de duda" a que se refiere el texto citado puede ocurrir no sólo cuando la cuantía ha sido señalada en cantidad indeterminada, sino también cuando habiéndolo sido en cifra precisa que no alcance a la indicada en el artículo 519 del Código Judicial los elementos del proceso revelan que el verdadero valor de lo litigado determina una cuantía que es o puede ser igual o superior a la requerida por esta última disposición para la procedencia del recurso.

Las razones en que se apoya la nueva jurisprudencia son las siguientes:

"La cuantía que el demandante debe fijar en el libelo con que inicia su juicio, no tiene, según los términos del artículo 205 del C. Judicial, otro objeto ni otro alcance que fijar la competencia del juez ante quien presenta su petición o demanda, determinándola en una cifra exclusivamente destinada a darle a su juicio la categoría procedimental de mayor o menor cuantía (artículos 109, 119, 120 y 126 del C. Judicial) y a mover, en consecuencia, la jurisdicción de los jueces de circuito o de los municipales, que según el artículo 196 del C. Judicial "en juicios en que la competencia se fija por el valor de las acciones que se ejercitan, éstas son de mayor o de menor cuantía. Son de

mayor cuantía las que versan sobre un valor que excede de trescientos pesos, y de menor cuantía las otras". La cuantía, pues, que el actor señala en su demanda y que se hace invariable por la aceptación tácita o expresa del demandado o por la determinación judicial cuando se impugna, no se puede utilizar legalmente dentro del procedimiento civil para nada distinto de fijar la competencia del juez cuando ésta depende de la estimación de la cuantía, y dentro de esta destinación u objetivo legal de abrir determinada puerta jurisdiccional para un pleito que se inicia, se explica perfectamente su irrevocabilidad desde el punto de vista de la nulidad que por incompetencia de jurisdicción quedaría en otra forma como permanente amenaza sobre todas las actuaciones judiciales. "Esta cuantía a que se viene haciendo referencia para **graduarla de mayor a menor** no es precisamente la del pleito o valor de la cosa que se demanda, que puede versar como en este caso, sobre una acción reivindicatoria de valor indeterminado cuya validez sería la base para justipreciarla. Estas dos cosas son perfectamente diferenciables y diferentes entre las que se exigen indispensablemente en toda demanda civil, entre "lo que se demanda", de valor indeterminado, y la cuantía para fijar la competencia". No hay base en la ley de procedimiento para decir que la cuantía de un juicio sea un valor único e inalterable para todos los efectos legales; por el contrario, el código señala cuantías distintas para efectos diversos, como puede verse en el citado artículo 205 y en el 610 de allí, en que se alude a una "para fijar la competencia" y en el 284 de la misma obra en que se impone al peticionario la obligación de estimar la cuantía de su acción indeterminada "para los efectos del embargo y secuestro", y como puede verse también en las disposiciones que abren la vía extraordinaria de la casación a los juicios de determinada cuantía mínima (artículo 519 C. J.), seguramente por considerar vinculada a ella su importancia para la uniformación de la jurisprudencia nacional y por otros motivos que tienen que ser diferentes a los buscados para fijar una competencia original simplemente. Si la ley, para los efectos de la declinatoria de jurisdicción, exige al actor en acción de valor indeterminado que aprecia su cuantía en mayor o menor, para lo cual le basta señalar una cifra que exceda o que no alcance a la que legalmente deslinda la competencia de los jueces de Circuito con la de los Municipales, no hay razón para alegar esta apreciación, que ya produjo sus efectos legales predeterminados, con ocasión de otra ocurrencia tan importante como es la procedencia del recurso extraordinario de casación para lo cual está determinada otra cuantía distinta con criterio también distinto. En un caso la obligación legal consiste en decir si el interés de una demanda es mayor o menor de trescientos pesos y en el otro si monta como mínimo a tres mil pesos. Habría que entender que toda fijación de cuantía inicial en la demanda que no alcanzara al límite aritmético que da acceso a la casación constituye una renuncia implícita a este recurso, de naturaleza y trámites extraordinarios, para lo cual sería necesario que la ley no hubiera establecido sino una fijación de la verdadera cuantía del pleito para todos los efectos legales, desde la determinación del juez de primer grado hasta la posibilidad de acusar la sentencia definitiva de segunda instancia ante la Corte. Y ya se vio que esta interpretación no tiene apoyo en la ley".

La tesis de la mayoría de la Corte de que la fijación de la cuantía en el libelo inicial del pleito sólo tiene efectos para determinar la competencia del juez y darle al juicio la categoría procedimental de mayor o menor cuantía, aparece propugnada por connotados expositores. Así el profesor Chiovenda, refiriéndose a la legislación italiana sobre la materia, dice:

"Nuestra ley aplica rigurosamente el principio de la independencia de la relación procesal de la relación sustancial. El valor de la cosa, **a los efectos de la competencia,** debe fijarse del modo más sencillo y pronto posible; en otros términos. se debe evitar un pleito que no tenga otro objeto que el de determinar el valor de otro pleito. A este fin la ley se contenta con una valoración bastante imprecisa; pero poco importa que el valor de un pleito corresponda más o menos exactamente al valor real de la cosa por la que se contiende con tal que la competencia pueda determinarse pronta y fácilmente. Tratándose de propiedad de inmuebles, prescribe que el valor del pleito se determine multiplicando por ciento la contribución directa del Estado (Cod. proc. civ., art. 49). Si se trata de muebles, remítese la ley a la determinación hecha por el actor en la demanda (artículo 80)". "Dedúcese de aquí que la determinación del valor hecha de esa manera **no tiene otros efectos que para la determinación de la competencia;** que en particular esa no puede prejuzgar la determinación del valor cuando ésta debiera ser tema autónomo (**per se stante**) del pleito relativamente al mismo objeto; como cuando, después de haber reivindicado inútilmente una cosa mueble o inmueble, se tratase de determinar el valor a los efectos del resarcimiento debido por un inmueble

pueda consistir en el céntuplo de la contribución directa del Estado, que ordinariamente es muy distinta del valor real del inmueble; el resarcimiento debería comprender el valor del inmueble determinado por los criterios precisos objetivos (valor comercial, valor de cambio, y a veces también, según criterios subjetivos, valor de afección)". "Cuando el actor determina el valor de la cosa inmueble, no piensa efectivamente en determinar el valor de la cosa, sino la competencia del juez. Lo mismo hace el demandado cuando acepta el valor fijado por el actor. Si las partes no están de acuerdo y el demandado impugna el valor determinado por el actor, surge una contienda que deberá decidir el juez. Pero el verdadero asunto de la contienda no es el valor de la cosa, sino la competencia del juez. Y tratándose de una cuestión de competencia, quiere la ley que sea decidida lo más pronto posible; precisamente porque también la decisión del juez sólo determinará el valor de la cosa a los **efectos de la competencia**". (Der. Proc. Civ., páginas 644 a 646).

Y el profesor Casais y Santaló, anota:

"Si reivindico un gorrión ante el Tribunal; si reivindico un caballo notable ante el pretor, y el demandado acepta el juez elegido, la consecuencia no es que el pájaro valga para todos los efectos más de 1.500 liras, y el caballo menos de 1.500: la consecuencia será nada más que el Tribunal y el pretor son, respectivamente, competentes en ambos casos. Esto sólo quiere decir que los límites de la competencia por el valor no son tan rigurosos como pudiera parecer". (Obra citada, página 645).

Luego, si la fijación que de la cuantía se hace en el libelo inicial del pleito no tiene otros efectos que para la determinación de la competencia del juez; si el artículo 519 del C. Judicial para darle cabida al recurso de casación señala una cuantía distinta, con finalidad y criterios también distintos; si entre la cuantía fijada en la demanda y el valor de lo litigado pueden real y legalmente existir diferencias; si la ley no ha definido cuando ocurre en el proceso "el verdadero motivo de duda" de que habla el artículo 524 ibídem para la concesión del recurso, parece claro que, en atención a tales circunstancias, éste texto legal debe interpretarse en un sentido que amplíe, y no que restrinja, el acceso a la casación. Tal es el criterio que ha guiado a la Sala al sostener que el motivo de duda a que se refiere el artículo últimamente citado puede presentarse no sólo cuando la cuantía de la demanda ha sido señalada en forma indeterminada, sino también cuando habiéndolo sido en cifra precisa que no alcance a la indicada en el artículo 519 ibídem, los elementos del proceso revelan que el verdadero valor de lo litigado es o puede ser igual o superior a la cuantía requerida por esta última disposición para la procedencia del recurso.

En el caso de autos el actor fijó la cuantía de la demanda en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) y en cambio la sentencia de segunda instancia condena al demandado no sólo a la restitución del inmueble sino también al pago de frutos desde el día 19 de abril de 1944 hasta cuando la entrega se verifique, a razón de treinta pesos ($ 30.00) mensuales, por lo cual se ve que por el sólo concepto expresado, la prestación que se impone al reo asciende en el momento casi al total de la cuantía señalada en el libelo. A esto se agrega que de los tres peritos que avaluaron la finca, el que le asignó un menor precio la estimó en cuatro mil cincuenta pesos ($ 4.050.00).

Luego salta a la vista que en el presente caso existe un verdadero motivo de duda acerca de la cuantía de la acción, por lo cual era de rigor que el Tribunal antes de decidir sobre la concesión del recurso de casación procediera como lo establece el artículo 524 del C. Judicial, y sobre la base que así obtuviera, concediera o negara el recurso de casación.

Por lo expuesto, se resuelve:

Admítase el recurso de hecho en forma de que el Tribunal de origen proceda como indica el artículo 524 del C. J. A este fin se le enviará en copia la presente providencia, una vez ejecutoriada.

Notifíquese y cúmplase.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Con salvamento de voto, **Ricardo Hinestrosa Daza.** Con salvamento de voto, **Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca.** — Con salvamento de voto, **Arturo Silva Rebolledo. — Manuel Francisco Mujica,** Conjuez.—**Pedro León Rincón,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS RICARDO HINESTROSA DAZA, ALVARO LEAL MORALES Y ARTURO SILVA REBOLLEDO

Ponemos a salvo nuestro voto en relación con lo decidido por la mayoría de la Sala en el auto anterior por las siguientes razones que son las mismas expuestas por dos de los suscritos en el salvamento de voto que corre publicado en la página 455 del Tomo LXII de la **Gaceta Judicial.**

La cuantía de la acción estimada en la demanda gobierna la totalidad de los aspectos procesales como efecto inmediato y necesario de que tal estimación fija la competencia, en los casos en que ésta se subordina al monto económico de la acción; como la competencia es un presupuesto de orden público rodeado de garantías legales, regulado celosamente para evitar que los contendientes lleguen a tener más poder que el legislador en la gradación prevista para el conocimiento de los litigios, es obvio que por lo menos sería anómalo que cuando la ley confía la determinación de la competencia a lo expresado por el demandante, éste puede pasar sobre su propio dicho para efectos procesales de menor entidad por no conllevar nociones de orden público.

Desde otro punto de vista no puede olvidarse que la demanda es un acto jurídico; que como tal puede resumir variados elementos pero vinculados todos por concurrir cada uno desde su aspecto peculiar a la unidad del acto, y que éste como fuente de obligaciones, no puede ser desintegrado a voluntad para que cada uno de sus componentes logre consecuencias propias, independientes, y aún contrarias al principio de la unidad.

Parece que estas consideraciones hallan su respaldo en la doctrina: Chiovenda, por ejemplo, expresa: "La demanda es el acto constitutivo de la relación jurídico procesal.... Es también la demanda la que determina el contenido de la sentencia, y por consiguiente de la cosa juzgada; derívase de aquí que la competencia por el valor y la cosa juzgada son instituciones jurídicas que a menudo se tocan, como que constituyen una común circunstancia determinante".

El mismo expositor agrega que es la demanda la "base para la determinación del valor" y que el momento de tal determinación es el de la "demanda judicial, según el principio de la unidad de la relación procesal".

¿Cómo aceptar, nos preguntamos, que el demandado esté dotado de un poder jurídico tan apreciable que alcance a determinar la competencia, a fijar el contenido de la sentencia, a señalar de antemano los límites objetivos de la cosa juzgada, pero que ese poder en su magnitud no baste para incluir o excluir la sentencia de las que gozan o no de un recurso que no se instituyó en obsequio del interés individual?

José Casais y Santaló al relacionar los preinsertos conceptos del profesor italiano con la legislación española, dice: "El valor no se considera por ley como criterio de competencia sino también para otros efectos. Así, para establecer la apelabilidad". No sobra advertir que lo que se dice de la apelabilidad rige para la casación.

Enseña Mattirolo que "para determinar el valor del pleito se presentan investigaciones de tres órdenes distintos: primeramente necesítase precisar el momento, en que ha de tenerse en consideración el valor del pleito.... En orden a lo primero, dispone el Código de Procedimiento que el valor del pleito se determina por la demanda....". Esta opinión aparece complementada por Chiovenda cuando recoge un principio universal al decir: "el aumento de valor de cosa demandada no es aumento de la demanda".

No se destruyen las sólidas reflexiones de los mencionados autores por las citas que de Chiovenda y de su traductor español trae la decisión mayoritaria por cuanto esos conceptos aparecen expuestos a propósito de las "relaciones jurídicas para cuya valoración contiene la ley normas especiales", circunstancia ésta que por sí sola descarta su aplicabilidad al problema en estudio; en efecto: la antigua ley procesal italiana que precedió al Código Grandi, y a que se refieren concreta y exclusivamente las citas traidas por la mayoría, independizaba en ocasiones la cuantía de la relación procesal del valor de la relación sustancial para el solo efecto de evitar trámites prolongados en la fijación de la competencia; introdujo así reglas singulares para ciertas relaciones jurídicas, abandonando en ellas los principios generales contenidos en preceptos cuyas doctrinas comenta el dicho expositor en los apartes suyos que hemos transcri-

to en apoyo de nuestra opinión. La ley colombiana por el contrario, adoptando un sistema diferente, carece de toda regulación que permita ese divorcio hasta el punto de que cuando toma en cuenta el valor de la cosa litigiosa (el artículo 1118 del C. J., por ejemplo), a él sujeta la fijación de la competencia, evitando así que con la operancia simultánea en el mismo juicio de dos cuantías se rompa la unidad del proceso.

Parece consecuencia obligada de estas nociones el límite al poder jurisdiccional que se expresa en la imposibilidad de condenar en más de lo que pida el demandante, so pena de fallar **ultra petita,** aunque el interés económico de aquél llegue a justipreciarse en cifra mayor que la señalada por él al fijar el importe de la condena a que aspira. Y si este corolario de las razones que hemos expuesto nadie lo discute, parece que lo propio hubiera de acontecer para todas las demás fases ofrecidas por la sentencia como expresión de la voluntad de la ley en la medida que el actor haya querido fijarle.

Deseamos también referirnos a un argumento traído por la Sala, y que estimamos de mera apariencia: es el contenido en la frase "el código señala cuantías distintas para efectos diversos", e ilustrado con la cita de los artículos 205, 610, 284 y 519 del Código Judicial. Acaso con mayor exactitud hubiera podido afirmarse que el código exige la estimación de la cuantía para efectos diversos, de lo que sólo podría traerse como ejemplo el caso del artículo 284 del C. J., perteneciente a las acciones accesorias, y que no introduce excepción siquiera a las nociones en que se funda nuestro disentimiento, por referirse a acciones cautelares iniciadas antes del juicio, y que, por tanto se sustraen a la discrepancia de conceptos sobre el alcance de la cuantía fijada en la demanda. El artículo 610 citado por la Sala, refiere como el 205 a la necesidad de fijar la competencia, y la norma contenida en el artículo 519 del C. Judicial, es inapropiado para aclarar la divergencia de conceptos porque ésta se suscita precisamente en torno a dicha disposición, armonizándola con los artículos 205 y 524 del mismo código.

La Ley 90 de 1920 pretendió apartarse de los principios que se dejan vistos para los fines del recurso de casación, y autorizó que se concediera o denegara en frente de un avalúo **ad hoc,** aunque la fijación de la cuantía del juicio estuviera estimada en la demanda. Pero la misma ley innovadora no alcanzó a serlo porque en su artículo 4º aclaró que el avalúo recaería sobre el valor de la acción a la fecha de la demanda, con lo cual regresó a las doctrinas universales, y apenas abrió el campo para una rectificación de la cifra expresiva de la cuantía que pudiera aparecer en la demanda.

Dicho estatuto legal fue derogado; hoy rige el artículo 524 del C. Judicial que entendemos en consonancia estrecha con el artículo 205, de tal suerte que para nosotros no hay "verdadero motivo de duda", según las voces del precepto, cuando el demandante al incoar la acción se ha anticipado a disiparla, ya que el recurso de casación no es un juicio autónomo.

Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Arturo Silva Rebolledo.

ACCION DE DECLARACION DE INFUNDADA DE UNA OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. — POSESION REGULAR MINERA Y POSESION ORDINARIA. — QUE DEBE ENTENDERSE POR LA REFERENCIA QUE A LA POSESION HACE EL ARTICULO 23 DE LA LEY 292 DE 1875

1.—La posesión regular minera se adquiere por la expedición del título, se constituye y conserva con el pago oportuno de los impuestos fiscales, y se pierde por dejarlos insolutos; la posesión ordinaria se origina en el aviso de la mina, o en su ocupación exenta de violencia o clandestinidad, de lo cual son ejemplos los casos previstos en los artículos 4º, 5º y 310 del Código de Minas.

Toda posesión que no sea regular se pierde por desamparo de la mina, a excepción de la ordinaria adquirida por el descubridor o restaurador al dar el aviso de que tratan los artículos 8º, 79, 346 y 347 ibídem, la cual sólo se pierde por la omisión del denuncio, o de las diligencias a que se refiere el artículo 118 en el evento previsto por los preceptos de los artículos 312 y 313.

2.—Si los datos que debe proporcionar quien hace el primer pago del impuesto han de tomarse del título, es obvio que sólo podrá suministrarlos quien haya titulado la mina, y, por tanto, la referencia que a la posesión hace el artículo 23 de la Ley 292 de 1875 debe tomarse como la determinación, con efecto retroactivo, del día desde el cual principia la obligación de pagar, retroactividad semejante y paralela a la prevista en el artículo 93 del Código sobre fecha del título.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veinte de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales)

Eduardo Serna, Enrique Arango, Nepomuceno, Francisco Luis, Manuel, Claudio, Jesús A. y Ramón Arbeláez y Paz Arbeláez de Gómez, propusieron juicio ordinario contra Gustavo Camacho ante el Juzgado Civil del Circuito del Líbano, para que se declare: "1º—Que no está demostrada la oposición hecha por don Gustavo Camacho a la posesión que de la mina de San Carlos iba a darse a los demandantes; 2º—Que la mina de filón de oro denominada San Carlos, ubicada en el paraje del mismo nombre de la jurisdicción municipal de Santa Isabel y determinada por las especificaciones que rezan el aviso y el denuncio, debe adjudicarse preferentemente, en posesión y dominio, a los demandantes, por tener mejor derecho a ella, ya que fue abandonada por don Gustavo Camacho; 3º—Que oportunamente se remita el juicio al Alcalde de Santa Isabel, a fin de que entregue la mina a los demandantes para los efectos del artículo 57 del C. de Minas; y 4º—Que se condene en costas al demandado".

La extensa narración de los hechos invocados como fundamentales de la acción puede sintetizarse así: Ignacio Bonilla avisó y denunció por Gustavo Camacho la mina de filón "San Carlos" como desierta y abandonada, dando así origen a un trámite en el cual se ordenó dar a Camacho posesión del mineral aludido; tal diligencia se llevó a cabo en los días 16 y 17 de febrero de mil novecientos treinta y nueve, desoyendo a algunos opositores por lo cual la Gobernación del Departamento la invalidó; como Camacho apelara para ante el Ministerio respectivo dicha entidad revocó lo decidido por el inferior dejando en firme la posesión dada a Camacho aunque ordenando simultáneamente se repararan las informalidades que determinaron la declaratoria de nulidad pronunciada por la Gobernación. El poseedor Camacho se abstuvo de pagar el impuesto correspondiente a los años de mil novecientos treinta y nueve y mil novecientos cuarenta, y en vista de ello Francisco Luis Arbeláez para sí, para los actores, para Luis E. Gómez, y para Nepo, Pastor, Claudio, Ramón y Jesús y Paz Arbeláez, avisó y denunció en mil novecientos cuarenta y uno la mina "San Carlos"; Gustavo Camacho se opuso a la posesión que de ella iba a dárseles a los últimos avisantes.

El litigio fue decidido en el primer grado del procedimiento mediante fallo que el juez del Líbano pronunció el once de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, desfavorable a las preten-

siones de los actores; éstos apelaron, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia fechada el veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y seis, revocó lo decidido por el Juzgado, y en su lugar resolvió que es inadmisible la oposición formulada por Gustavo Camacho a la posesión de la mina "San Carlos" que iba a darse a los actores y a sus coavisantes y codenunciantes, y que a éstos debe adjudicarse de preferencia el dicho mineral por haberlo abandonado Camacho.

Como éste recurrió en casación, y ella se ha tramitado legalmente, se procede a solucionarla.

La sentencia recurrida

El Tribunal Superior hizo descansar su fallo en las apreciaciones que a continuación se resumen:

La obligación contraída por Camacho con el aviso y denuncio por su parte de la mina "San Carlos" fue la de pagar el impuesto cuya tasa prevé el Decreto Legislativo 223 de 1932, ese pago debía haberlo efectuado por primera vez desde que se le dio posesión de la mina y antes de terminar el año común contado desde la fecha de esa diligencia; nada vale argüir, según el Tribunal, contra estas afirmaciones suyas que la Gobernación del Tolima invalidó la diligencia de posesión porque el correspondiente ministerio revocó lo así decidido para ordenar, en cambio, que se diera cumplimiento a los artículos 91 del C. de M., y 15 de la Ley 292 de 1875. Como según esta última norma las omisiones que dieron lugar a la declaratoria de invalidez, y a su revocación no anulaba la posesión dada a Camacho, ella quedó en vigencia y "produjo la consiguiente obligación de pagar el impuesto de estaca desde entonces". Sobre esas bases, interpretando así el artículo 23 de la Ley 292 citada, y armonizándolo con los artículos 48 del C. de M. y 12 del Decreto 223 de 1932, reputó el Tribunal legalmente abandonada la mina "San Carlos", y solucionó la litis como se deja dicho.

El recurso

Gustavo Camacho para pedir la casación del fallo de segundo grado se acoge a la causal primera, y lo acusa de ser violatorio, por aplicación indebida y por interpretación errónea, del artículo 23 de la Ley 292 de 1875; por los mismos aspectos del artículo 34 del Código de Minas y del ordinal 5º del artículo 118 de la misma obra; y por violación directa de los artículos 12 del Decreto Legislativo número 223 de 1932, y del artículo 117 del Código de Minas; de estos cargos prospera el primeramente enunciado.

Según el precepto contenido en el artículo 23 de la Ley 292 de 1875 "por toda mina de propiedad particular se pagará al Gobierno del Estado un impuesto anual proporcionado a la extensión de la mina y según las reglas consignadas en el presente capítulo. El pago debe hacerse por primera vez después de que se dé posesión de la mina y antes de terminar el año común en que tal acto se haya verificado, sin que en este caso haya lugar a rebajar el impuesto por razón de no haber transcurrido un año cabal desde el acto de la posesión".

El recurrente reputa que el Tribunal vulneró este precepto por los aspectos ya indicados porque, según él, la posesión que debe ser tomada como punto de partida para pagar por primera vez el impuesto ha de ser firme, "que sea discutida, que no esté interferida en sus efectos por ninguna oposición de las que bajo diversos conceptos son admisibles a la luz de la ley minera". Añade que "de otro lado, cabe la posibilidad de que el art. 23 en referencia carezca de eficacia que sólo la tenga cuando el título se expide en el mismo año de la posesión" como lo deduce de los artículos 148, 152, 164 del C. de M. y de otros preceptos adicionales y concordantes suyos.

Desde otro punto de vista sostiene que, según aparece de autos, pagó el impuesto "dentro del año en que hipotéticamente habría quedado consolidada la entrega".

Se considera:

La norma de cuya transgresión se queja el recurrente, originaria del Estado Soberano de Antioquia, está hoy modificada parcialmente por el artículo 14 del Decreto Legislativo 223 de 1932 en cuanto éste prorrogó el tiempo hábil para verificar el pago de los impuestos "hasta el 31 de marzo del año siguiente a aquel por el cual se pagó el impuesto"; para la cabal inteligencia de dicho mandamiento fuerza es establecer su concordancia con las demás disposiciones de la ley minera, la cual parte de dos hechos fundamentales cuya influencia es notoria a través de todo el ordenamiento: aviso y pago del impuesto.

Con el propósito indicado se observa que el Código Minero reglamenta en su primera parte lo relativo al aviso, al denuncio y a la expedición del título; atiende en la segunda a lo relacionado con impuestos a las minas, y en la tercera y última parte, regula los derechos emanados de la adquisición del título.

En cuanto a la primera parte se refiere, la ley

prevé como diligencia intermedia entre el denuncio y la titulación la mensura de la mina sobre el terreno por el funcionario comisionado en compañía de un perito; esta diligencia tiene por objeto principal fijar la extensión del derecho del denunciante para incorporar los linderos en el título futuro (artículos 18 y 19 de la Ley 292 de 1875); se le denomina también como de posesión porque en ella se otorga al denunciante la tenencia material del respectivo territorio minero.

Ya se vio cuál es el tema de la segunda parte del Código de Minas y a él volverá a hacerse referencia; por ahora tiene interés determinar que en la última y tercera parte se trata de la posesión como signo externo del dominio que, si emana de un título registrado, recibe el nombre de regular, y de ordinaria en los demás casos que no estén afectos de violencia o de clandestinidad.

La posesión regular minera se adquiere por la expedición del título, se constituye y conserva con el pago oportuno de los impuestos fiscales, y se pierde por dejarlos insolutos; la posesión ordinaria se origina en el aviso de la mina, o en su ocupación exenta de violencia o clandestinidad, de lo cual son ejemplo los casos previstos en los artículos 4º, 5º y 310 del Código.

Toda posesión que no sea regular se pierde por desamparo de la mina, a excepción de la ordinaria adquirida por el descubridor o restaurador al dar el aviso de que tratan los artículos 8º, 79, 346 y 347 ibídem, la cual sólo se pierde por la omisión del denuncio, o de las diligencias a que se refiere el artículo 118 en el evento previsto por los preceptos de los artículos 312 y 313.

En cuanto al pago de los impuestos necesarios para mantener la posesión regular, dispone el artículo 115 que al hacerse la consignación correspondiente al primer año se exija del interesado el detalle sobre situación, linderos y extensión de la mina; el artículo 152 previene que si el título no indica la extensión de aquélla podrá pagarse el impuesto de la dicha anualidad con base en el cálculo que de tal extensión haga el interesado; el artículo 154 añade que nadie tiene la obligación de exhibir su título al solucionar el impuesto sino que "puede hacer las manifestaciones correspondientes, y se dará crédito a su dicho"; por último, y según la norma del artículo 164, para conservar el derecho a una mina de que se tiene el correspondiente título es necesario únicamente pagar el impuesto, y "esa garantía es tan eficaz respecto a las minas cuyos títulos se han obtenido o revalidado conforme a esta ley, que no podrán nunca perderse en virtud de denuncios hechos por un tercero, sin conocimiento y sin citación personal del dueño respectivo, o de algún representante legal o legítimo suyo".

El resumen que de lo estatuído en la ley de minería se deja formulado permite extraer las siguientes consecuencias al aplicar tal estatuto al caso que se examina:

a) Si los datos que debe proporcionar quien hace el primer pago del impuesto han de tomarse del título, es obvio que sólo podrá suministrarlos quien haya titulado la mina, y, por tanto, la referencia que a la posesión hace el artículo 23 de la Ley 292 de 1875 debe tomarse como la determinación, con efecto retroactivo, del día desde el cual principia la obligación de pagar, retroactividad semejante y paralela a la prevista en el artículo 93 del Código sobre fecha del título.

b) Siendo la posesión regular la única susceptible de perderse por no satisfacer oportunamente el impuesto, según el artículo 309, y la que se adquiere con la expedición del título (artículo 303), Gustavo Camacho no ha tenido la calidad de poseedor regular por cuanto aún no ha titulado la mina "San Carlos", ni ha podido perder por dejar insolutos los impuestos, una posesión que no ha adquirido.

Estas observaciones bastan para evidenciar que el Tribunal, como lo afirma el recurrente, erró al interpretar el artículo 23 de la ley 292, quebrantando así este precepto.

Justificado el cargo sobre el cual se discurre basta añadir para fundamentar el fallo de instancia, que Camacho en conformidad con el artículo 313 del C. de M., tampoco ha perdido la posesión ordinaria que adquirió con el aviso por cuanto formuló el denuncio y si no ha practicado las demás diligencias de que trata el artículo 118, ello se debe a que están en suspenso mientras ante la rama jurisdiccional se tramita y decide sobre el mejor derecho que se litiga, en esta causa.

Al pronunciar la casación de la sentencia recurrida ha de reformarse la de primera instancia por cuanto en ella si bien se denegaron las súplicas de la parte actora, no se decidió sobre el fondo de la oposición cuyo fundamento en esta causa se controvierte.

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida o sea la que en este pleito profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué

con fecha veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y seis y reformando la de primera instancia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de El Líbano el once de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, falla esta causa así:

a) Deniéganse las peticiones de la demanda de cuyos cargos absuélvese a Gustavo Camacho.

b) Declárase fundada la oposición que el dicho Camacho formuló a la diligencia de posesión que de la mina "San Carlos" de que en este pleito se trata, iba a darse a las personas que forman la parte demandante.

c) Reconócese que el demandado tiene mejor derecho que los actores a la mencionada mina "San Carlos".

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas. — **Pedro Castillo Pineda.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Alvaro Leal Morales.** — **Antonio Rocha,** Conjuez. — **Arturo Silva Rebolledo.** — **Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA DE UNAS ISLAS. — LA MODIFICACION DE LOS DETALLES DE QUE SE VALIERON LAS PERSONAS QUE REDACTARON UNOS LINDEROS DE UNA FINCA O DE UN PREDIO PARA PRECISAR LA LINEA DE AQUELLOS, NO MODIFICA ESTA LINEA NI CAMBIA EL DOMINIO DE LA FINCA O FUNDO. — LA CONDENACION AL PAGO DE LOS FRUTOS DE LA COSA REIVINDICADA ES RESULTADO OBLIGADO DE LA PROSPERIDAD DE LA ACCION REIVINDICATORIA

1.—Sin desconocer la Sala las dificultades de hecho que presentan las constantes alternativas del río Magdalena en volumen y dirección, encuentra que por lo que hace al presente litigio es sencillo su problema, puesto que se limita a decidir si las islas que en la división material de 1916 completaron el lote número 2 en dirección de oriente a occidente, hasta llegar por este último lado a lo que entonces era la corriente mayor de las aguas, son las que hoy y a partir de 1940 están ocupadas por los demandados.

Para el Tribunal son distintas, porque estimó decisiva al respecto la circunstancia de que las aguas mayores corren hoy hacia la banda oriental y, por lo mismo, las islas han quedado al oeste de esta corriente. Razonamiento inaceptable, porque ni las islas ni su dominio cambian por el cambio de ese caudal. El lindero va hasta cierta línea, y ésta sigue siendo la que es, aunque se modifiquen los detalles de que para precisarla se valieran las personas que los redactaron. Así como una finca no se extiende ni se disminuye porque una cerca o un muro señalados como límite en tal o cual de sus puntos cardinales se destruya, y al reconstruirlos avancen o retrocedan, o así como no podría decirse que el lindero mismo ha desaparecido cuando lo señalaba un arroyo que se secó o una fila de árboles que se taló. En estos casos extremos podría dificultarse ulteriormente el establecimiento de la línea que el tiempo ha borrado; pero no decirse que el terreno creció o decreció. Afortunadamente, en el presente caso no ha desaparecido el límite, puesto que simplemente ha disminuído el caudal de las aguas que lo señalaban o señalan. El que sean escasas o abundantes en una época o en otra no puede determinar alteración en el dominio del suelo que demarcan. Cuando se llega al extremo de que el río varía de curso, evento contemplado por el artículo 724 del C. C., se aplican las reglas que éste da, las que desde luego implican que el dominio mismo permanece.

2.—No hallándose infirmada la presunción de buena fe con que la ley favorece en principio al poseedor, la condena al pago de los frutos de la cosa reivindicada, la que, además, es resultado obligado de la prosperidad de la acción reivindicatoria, no puede remontarse sino hasta la contestación de la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Ante el Juez Civil del Circuito de Purificación demandaron Ignacio, Crescencio, Luis E. y Gustavo Polanía C. y Ester Polanía de Ortiz a Rafael y Bonifacio Bermúdez y Alipio y Segundo Gaitán aduciendo como hechos fundamentales en resumen estos: El predio de la Concepción en lo atañedero a este juicio corresponde al lote número 2 de los en que fue dividido el globo del mismo nombre; transferencias sucesivas hacen dueños actuales de ese lote a los demandantes, quienes en diligencia judicial obtuvieron la entrega correspondiente, la que no incluyó las dos islas y la porción de otra, materia del presente litigio, por la oposición que entonces, como ocupantes, formularon los actuales demandados.

Para afirmar su dominio sobre tales islas los actores llaman particularmente la atención a que el límite occidental del lote número 2 son las mayores aguas del río Magdalena que corren por su banda izquierda, al decir uniforme de los títulos, todos los cuales incluyen expresamente las islas.

La demanda en su intención suplica estas declaraciones: a) El lote número 2 de la división material aludida es el mismo de que hoy son dueños los demandantes; b) Por tanto, de este predio hacen parte las islas y porción de isla que ocupan los demandados y a cuya entrega se opusieron; c) Los demandantes tienen mejor derecho que los demandados a esas dos islas y porción de isla, ubicadas dentro de las líneas de demarcación de dicho lote, y en consecuencia, los demandados deben restituirles estas islas y porción de isla con sus accesorios aluvionales y pagarles sus frutos y las costas del juicio.

Subsidiariamente solicitan estas declaraciones; que se haga la misma condena a entregar y el mismo reconocimiento de dominio, por accesión; y en defecto de esto, por prescripción ordinaria o por la extraordinaria, para lo cual afirman que han poseído por sí y por medio de sus antecesores desde hace más de treinta años, al paso que la ocupación consumada por los demandados proviene de "actos de violencia ejecutados por ellos y ayudados de otros sobre potreros y cultivos de los demandantes, a partir de 1940".

La demanda, admitida el 28 de septiembre de 1943, quedó notificada a los demandados el 15 del subsiguiente octubre. De éstos la contestó sólo Alipio Gaitán, quien se opuso negando el derecho de los actores e indicando que el río cubre con sus aguas los terrenos materia del litigio y por intervalos los deja en seco y que no corresponden al predio la Concepción.

El Juzgado desató la contienda en sentencia de 27 de noviembre de 1945 haciendo las declaraciones pedidas en primer lugar, tanto sobre identidad del lote número 2 de la división de la Concepción con el de que hoy son dueños los demandantes, cuanto sobre que las islas les pertenecen y, por tanto, deben los demandados entregárselas, previo pago de mejoras. Sin costas.

Apelada por ambas partes, el Tribunal Superior de Ibagué, tras la actuación del caso, en sentencia de 25 de octubre de 1946 revocó aquélla y absolvió a los demandados.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso después de incidentes que no es el caso relatar, y admitido en la Corte, ambas partes alegaron en oportunidad.

Para decidir se considera:

El Juzgado estudió la posesión de una y otra de las partes contendoras y halló que la de los demandados lleva sólo ocho o diez años sin más respaldo que el hecho de ocupar, y la de los demandantes está respaldada por sus títulos y la perdieron en 1940 "por la ocupación de hecho de que fueron víctimas por parte de los hoy demandados". Respecto de la identificación de las islas observa que en la inspección ocular se halló que las aguas mayores del río corren por la banda derecha, a diferencia de lo que indican los títulos, según los cuales corren por la banda izquierda, y añade que en esa inspección consta que las islas se encuentran dentro de la demarcación del lote número 2. Resume su concepto en este párrafo: "En síntesis, está demostrado que los actores tienen la posesión inscrita del lote de terreno número 2 denominado La Concepción, inclusive las islas y que estuvieron en posesión material de ellas hasta el año de 1940 en que fueron despojados por los demandados, y por consiguiente, tienen mejor derecho a ellas".

De ahí su sentencia en que declara lo pedido como demanda principal, sin lugar, por tanto, a estudiar las subsidiarias.

El Tribunal, en lo pertinente al presente recurso, conduce la motivación de su fallo, en suma, así: En la diligencia de entrega de 21 de octubre de 1942 los Bermúdez y Gaitanes hoy demandados se opusieron como ocupantes a que a los Polanías se entregaran las dos islas completas y la porción de una tercera que el Juzgado en esa oportunidad dejó en manos de los opositores como secuestres, con orden de tramitar el incidente respectivo. Porque se reconociera derecho de ellos a retener o por cualquiera otra causa, de nada de lo cual hay constancia en este proceso, los Polanías instauraron con acción reivindicatoria el presente pleito. Indagando si concurren los elementos constitutivos de esta acción, halla el Tribunal comprobada la singularidad de la cosa, el dominio de los actores y la posesión de los reos. "Queda por averiguar —dice— si hay identidad entre lo que es objeto de la acción y lo que es poseído por los demandados, lo cual no deja de ofrecer serias dificultades por tratarse de un predio situado a orillas del río Magdalena, expuesto a modificaciones originadas por crecientes, avenidas, variación del curso de las aguas, retiro natural de las mismas o formación de islas nuevas. De manera que, como la disputa versa sobre porciones isleñas ocupadas por los demandados, importa establecer si aquéllas quedan comprendidas dentro de la propiedad de los demandantes".

Anota que éstos remontan su título, en lo que mira al lote número 2, que fue lo que compraron, a la partición material del globo llamado La Concepción practicada en 1916, y que, según la adjudicación de que acaba de hablarse, dentro de las

líneas de demarcación de este lote prolongadas la del costado norte directamente y la del costado opuesto en una dirección suroeste, "no existía sino una isla distinguida con la letra B, separada de la banda occidental por las aguas mayores del río Magdalena". En esto se refiere al plano levantado entonces que en copia obra en este expediente. Observa que la alindación de la escritura de compra de los Polanías es igual a la de los títulos anteriores uno a uno y aparentemente atraviesa dichas aguas mayores, por lo cual estimó indispensable interpretar esa lindación en lo que hace al costado occidental, la que transcribe subrayando la frase que fija estos troncos **en la banda occidental del río,** y sigue transcribiendo: "hasta las mayores aguas del citado río por donde corre hoy, o sea, por la banda izquierda, inclusive las islas; por el occidente, la orilla izquierda del río Magdalena (excluyendo los terrenos que por accesión pertenezcan a tierra firme), aguas arriba hasta cortar la línea que sale de un mojón colocado al norte de la casa de Eulogio Bermúdez y va a terminar en un mojón colocado a la orilla derecha del río Magdalena...".

Anota que los demandantes acreditaron la propiedad del lote número 2, situado sobre la orilla derecha u oriental del río; pero no han establecido que también sean dueños del fundo opuesto, o sea el situado sobre la orilla izquierda u occidental. Agrega: "Siendo esto así, no parece lógico ni legal que la alinderación del mentado lote vaya hasta la orilla izquierda, tanto porque el río es un bien de uso público, como porque otras expresiones de la misma alinderación dan a entender lo contrario. Por ejemplo, las que dicen "hasta las mayores aguas del citado río por donde corre hoy". Observa que la misma parte actora debe de tener la convicción de que el límite occidental del lote número 2 es el caudal mayor del río, desde luego que su apoderado al pedir la inspección ocular en primera instancia dijo: "'Siendo entendido por todos estos aspectos y razones que los mojones del diomate y timón y el del lote de la casa de Eulogio Bermúdez sobre tierra firme de la margen occidental del río Magdalena, son de mera referencia, para orientación con los mojones situados a la margen opuesta del río, o sea, la oriental". Advierte que en esto estuvieron de acuerdo los peritos, pues el uno dijo que esos mojones son de simple referencia o hitos de orientación, y el otro, que la línea que cierra el perímetro por el occidente la constituyen las aguas altas del río Magdalena, no sin agregar que fuera de esta línea se encuentran hoy las tres porciones isleñas materia del litigio.

Dice el Tribunal que en la inspección ocular de primera instancia, practicada en abril de 1944, se halló que hacia la banda occidental existían tres islas cultivadas, de cabida aproximada de tres, una y seis hectáreas respectivamente; que las aguas mayores no corrían recostadas a ninguna de las dos riberas, sino más bien por en medio de las islas; que hacia la margen oriental y separada de ella por un brazuelo había otra isla de antigua formación poseída por los actores, y que a juzgar por las palizadas visibles en la superficie de las islas litigiosas, se colegía que éstas eran inundadas totalmente por el río en sus avenidas. Y que, cuando el Tribunal practicó la inspección ocular de abril de 1946, se constató que de las islas cultivadas y poseídas antes por los demandados ya no había sino dos, situadas en una especie de ensenada hacia la banda occidental y separadas de la banda opuesta por las aguas mayores del río, y abajo se encontró otra de reciente formación poseída por los Polanías, en cuyo poder se halló una cuarta isla al oriente de las primeras, formada unos dos meses antes por rompimiento que hicieron las aguas en el predio riberano de ellos. En esta inspección ocular, añade el Tribunal, se observó que las dos islas disputadas están mucho más cercanas a terreno firme de la banda occidental y que por su apariencia, vegetación y cultivos y por datos de los mismos interesados se sabe que han tenido lenta formación en período de ocho a diez años, y que por los aspectos aluvionales de la más meridional parece se hubiera formado sobre la primera, de la que está separada por un brazuelo de 12 a 15 metros de ancho. Advierte que estas constancias fueron acogidas por los peritos, quienes conceptuaron que la orilla occidental del río comprendida entre la prolongación de las líneas del lote número 2 está formada por barrancos compactos y arcillosos y hacia el norte es casi vertical; que las aguas mayores del río pasan al oriente de las islas en litigio, pues el brazuelo que las separa de la banda occidental es de ocho a doce metros de anchura, en tanto que el curso principal tiene frente a las islas anchura mayor de cuatro cuadras, y que no pueden afirmar categóricamente que el cauce mayor del río hubiera ocupado la zona recorrida hoy por el brazuelo más occidental.

Sobre este pie el Tribunal formula este razonamiento: "Si el límite occidental debe ser el caudal mayor y las islas litigiosas se hallan a la izquierda de ese caudal y los demandantes aparecen poseyendo otras dos islas hacia el oriente, parece lógico concluir que las primeras no están com-

prendidas dentro de la propiedad de los señores Polanías". Es correcto suponer, dice, que la isla distinguida con la letra B en la partición fue batida en su totalidad por el río y en su lugar existen otras dos en poder de los demandantes, una de ellas de formación reciente; y es preciso admitir que las dos islas materia de la litis no corresponden a la isla B, "porque si el río corrió recostado a la banda occidental en la época de la partición, tales islas no pudieron existir allí, y porque según lo afirmado por los testigos.... y lo constatado por el Juez **a quo** y por el Magistrado ponente en las diligencias de inspección ocular, así como por lo que se deduce del concepto de los peritos Peralta y Parga, las susodichas islas han tenido una lenta formación que sólo data de unos ocho o diez años.

Así se resume la motivación de la sentencia del Tribunal en lo que mira a las peticiones principales que, como ya se dijo, prosperaron en el Juzgado, por lo cual éste no tuvo por qué estudiar las restantes. Estas, o sea las subsidiarias, son la de propiedad por accesión y, en su defecto, adquisición por prescripción ordinaria o extraordinaria.

El Tribunal desecha la de la accesión, porque las islas son ocupadas y desocupadas alternativamente por las aguas en las crecientes y bajas periódicas del río, lo que obliga, según el artículo 726 del C. C., a considerar la nueva isla como parte del cauce. Y negó la prescripción, porque la existencia de las islas que no están poseídas por los demandantes se remonta sólo a unos ocho o diez años y porque, según lo dicho, no son parte integrante del predio que adquirieron.

Fundado en estos razonamientos, el Tribunal llegó a la absolución de los demandados.

El apoderado de los demandantes en la Corte formula varios cargos dentro del motivo 1º del artículo 520 del C. J., o sea el de quebranto de las disposiciones legales sustantivas que señala, en virtud de los errores, unos de derecho y otros evidentes de hecho que indica como cometidos por el sentenciador en la apreciación de las pruebas que al efecto detalladamente analiza.

Esos cargos en lo pertinente se resumen así:

El Tribunal, bien que reconoce el lleno o concurrencia de la mayor parte de los elementos que configuran la acción reivindicatoria, echa menos la identidad entre la cosa cuya propiedad comprueban los demandantes y la cosa poseída por los demandados, que son las islas materia del juicio. Esa falta de identidad proviene para el Tribunal de que la alindación según los títulos indica por el occidente del predio que hoy es de los Polanías las aguas mayores del río que van por su banda occidental; de suerte que, corriendo estas aguas hoy por la banda oriental, lo adquirido por los Polanías no puede extenderse a islas que quedan al occidente de esta banda, esto es, más allá del límite trazado por los títulos.

Al decir del recurrente, el Tribunal incurre aquí en error de hecho en la apreciación de los títulos que enumera seguidamente hasta llegar a la compra de los Polanías para hacer ver que todos dicen uniformemente que el lindero occidental va por la banda izquierda del río en sus mayores aguas y todos expresan la inclusión de las islas advirtiendo que esos títulos, por lo que respecta al lote número 2, arrancan de la partición en que éste se formó en 1916 y llegan a 1938 en que los Polanías lo compraron. El hecho de que las mayores aguas del río se hayan cargado hacia la banda derecha no puede significar que el lindero cambiara y se redujera hasta la banda actual cercenando al predio todo lo que comprendía según sus títulos que, repite, incluyeron expresamente las islas. Aquí está el error de no apreciar esa declaración uniforme de los títulos y también lo hay en la apreciación del plano que dice lo mismo y explica el caso al indicar, a la vez que la corriente mayor a la izquierda, un brazuelo a la derecha y en el que figuran varias islas; una pequeña a la izquierda del brazuelo, una extensa al centro y otra como prolongación de esta última, todas a la derecha de las aguas entonces mayores, esto es, las del lindero occidental del fundo.

Otro error es el de no haber tomado en consideración el concepto de los peritos de la primera instancia, según los cuales "conforme a la situación topográfica, de las tres islas examinadas, su posición y ubicación, éstas corresponden a aumentos y disminuciones tenidos, a las porciones isleñas marcadas en el plano de la partición material, separadas por brazuelo, marcados con la letra B, para ocupar en conjunto aquella misma área aproximadamente". El fallador excluyó las islas por hallarlas ahora a la izquierda de las mayores aguas; pero, como el experticio dice que las islas de hoy son las de ayer con las naturales modificaciones, el fallo llegó a esa conclusión omitiendo la consideración de un experticio uniforme y fundado.

Otro tanto sucede con las actas de las inspecciones oculares, pues la de 11 de abril de 1944 dice que las tres islas en cuestión se encuentran ubicadas dentro de las líneas que se han recorrido, o sea, las señaladas en los títulos, y la de 23 de abril de 1946 dice que dentro de la prolongación de las

líneas correspondientes a los linderos se identificaron dos islas contiguas entre sí.

Otro error consiste en no haber estimado el memorial de uno de los demandados en que al formular un interrogatorio de testigos les pregunta si conocen, por haberlas recorrido varias veces, las islas "que están comprendidas dentro de los linderos del lote número 2 del predio de La Concepción".

Después de acusar por error de hecho en la apreciación de estas pruebas, acusa por error de derecho, advirtiendo que esto no sería ya por no haberlas estimado sino, en subsidio, por haberlas estimado mal al considerar que el abandono de la banda izquierda por el río para tomar la derecha varió la alindación y excluyó las islas. Los artículos 719 a 726 del C. C. contemplan los distintos fenómenos de accesión de terrenos, y de su contexto no puede deducirse que ese cambio de ruta produzca aquella consecuencia, y por el contrario los artículos 725 y 726, regla 2ª, referentes a cambios de ruta, enseñan que éstos no alteran el dominio anterior.

Por obra de estos errores el Tribunal quebrantó estos preceptos: a) Los artículos que acaban de citarse del C. Civil, así como el 8º de la Ley 153 de 1887 por no haberlos aplicado al caso de autos; el 722 del C. J. que da fuerza de plena prueba al dictamen uniforme de dos peritos sobre lo que expongan según su arte, oficio y profesión; c) El artículo 730 del mismo por no haber tomado en consideración las actas de las inspecciones oculares; d) El 1769 del C. Civil y 604 a 606 del C. Judicial, en lo atañedero a la confesión contenida en el memorial citado sobre demarcación; e) Los artículos 665 y 669 del C. C., por cuanto desconoce a los demandantes el dominio establecido en sus títulos sobre las islas; f) Los artículos 1857 y 2577 ibídem, por cuanto los títulos aducidos se ajustan en sí y en su registro a lo que establecen estas disposiciones y ese desconocimiento los viola así como viola los artículos 756 y 2634 y 2652 de ese código; y g) Los artículos 946, 947 y 950 del mismo que consagran la reivindicación denegada por el Tribunal, pues ellos obligan a decretarla.

No se estudian ni siquiera se relatan los cargos restantes porque los que acaban de resumirse, o mejor dicho, la acusación que en su conjunto forman, prospera como pasa a verse, y es suficiente por lo mismo para que el fallo recurrido se infirme, lo que consecuencialmente obliga a la Sala a pronunciar el que ha de reemplazarlo. (C. J. artículos 538 y 539).

En efecto: la prueba de inspección ocular, cuya fuerza es la que le asigna el artículo 730 del C. J., estableció desde la primera instancia (cuad. 2º, fls. 39 a 41), de modo claro y neto que las islas en disputa se hallan dentro de la alindación señalada al lote número 2 por los títulos sucesivos ya aludidos. Se estableció en esa diligencia este hecho cardinal después de un examen minucioso para llegar a la identificación de cada una de las líneas pertinentes, y la única salvedad ocurrida al respecto fue la de que ese lote termina por el occidente en las aguas mayores del río según aquellos instrumentos, y hoy estas aguas mayores van inclinadas hacia la banda oriental; pero sin que el cambio ocurrido sobre lo mayor o menor del caudal impida que aún corran aguas entre el límite occidental y la orilla del río, así sea por un brazuelo.

Se anticipa sobre este punto el concepto de que los demandantes no pretenden abarcar la tierra firme sino que se llegue a lo que eran aguas mayores en la época abarcada por los títulos que presentan hasta llegar al de ellos, cuya vigencia actual está comprobada con certificado del Registrador. Dícese esto, porque el Tribunal se detiene a considerar lo atañedero a la tierra firme y a la posibilidad o imposibilidad de que aumente por aluvión o disminuya por erosiones y a discriminar y analizar las pertinentes frases de la alindación en los títulos, cual si la tierra firme de la orilla izquierda del río fuera materia de la demanda. Esta labor es desviada e inoficiosa, puesto que, como repetidamente se ha visto, la demanda se concreta a las islas y limita sus pretensiones por el occidente a la referida corriente del río, corriente que desde luego es algo distinto de la orilla misma.

Análogamente, los cambios ocurridos sobre la banda oriental de que es ejemplo la división de parte de la finca de los Polanías porque el río se abrió camino ahí formando nuevas islas, es extraño al litigio como hasta sobra decirlo, puesto que ellos no plantean cuestión alguna al respecto, y la sentencia no puede versar sino sobre lo que se halla **sub judice.**

Sin desconocer la Sala las dificultades de hecho que presentan las constantes alternativas de la corriente del río Magdalena en volumen y en dirección, encuentra que por lo que hace al presente litigio es sencillo su problema, puesto que se limita a decidir si las islas que en la división material de 1916 completaron el lote número 2 en dirección de oriente a occidente hasta llegar por este último lado a lo que entonces era corriente mayor de las aguas, son las que hoy y a partir de 1940 están ocupadas por los demandados.

Para el Tribunal son distintas, porque estimó decisiva al respecto la circunstancia de que las aguas mayores corren hoy hacia la banda oriental y, por lo mismo, las islas han quedado al oeste de esta corriente. Razonamiento inaceptable, porque ni las islas ni su dominio cambian por el cambio de ese caudal. El lindero va hasta cierta línea, y ésta sigue siendo la que es, aunque se modifiquen los detalles de que para precisarla se valieran las personas que los redactaron. Así como una finca no se extiende ni se disminuye porque una cerca o un muro señalados como límite en tal o cual de sus puntos cardinales se destruya, y al reconstruirlos avancen o retrocedan, o así como no podría decirse que el lindero mismo ha desaparecido cuando lo señalaba un arroyo que se secó o una fila de árboles que se taló. En estos casos extremos podría dificultarse ulteriormente el establecimiento de la línea que el tiempo ha borrado; pero no decirse que el terreno creció o decreció. Afortunadamente, en el presente caso no ha desaparecido el límite, puesto que simplemente ha disminuído el caudal de las aguas que lo señalaban o señalan. El que sean escasas o abundantes en una época o en otra no puede determinar alteración en el dominio del suelo que demarcan. Cuando se llega al extremo de que el río varía de curso, evento contemplado por el artículo 724 del C. C., se aplican las reglas que éste da, las que desde luego implican que el dominio mismo permanece.

En dicha inspección ocular practicada por el Juzgado el 11 de abril de 1944, después de detenido estudio de los linderos para la mencionada identificación, se estudian las dos islas y la porción de una tercera isla que forman la materia del juicio, o sea, la cosa singular cuya reivindicación se litiga, y en seguida se completa esa labor con la de identificación de estas islas y porción de isla. Allí se lee: "De la inspección verificada sobre los terrenos isleños se constata que las tres islas en cuestión se encuentran ubicadas dentro de las líneas que se han recorrido de acuerdo con el punto primero relacionado anteriormente". Ese punto primero es el del referido estudio de la alindación del lote número 2.

En la inspección ocular de segunda instancia (cuad. 4º fls. 5 a 9) se repitió en abril de 1946 esa labor de identificación con igual resultado en lo que hace a los linderos y al hecho de quedar dentro de ellos las que el acta de esa diligencia indica señaladamente con la expresión "islas litigiosas" para distinguirlas de las restantes islas de que allí se habla, entre ellas las de reciente formación. Esa locución "islas litigiosas" tan significativa porque concurre a demostrar que se han identificado, se repite allí para distinguirlas también de una abajo de ellas ocupada por los Polanías, en contraste con las primeramente observadas, respecto de las cuales esa acta deja constancia de que están ocupadas por los demandados. Y se repite, además, para indicar que éstas "están localizadas en una especie de ensenada que se ha formado hacia la banda oriental del río Magdalena que en sus extremos se halla limitada por terrenos altos".

Estas constancias se dejaron como respuesta al interrogatorio correspondiente del memorial en que se pidió la práctica de la inspección ocular. En seguida expresa el acta que se concedió la palabra a los peritos y que éstos dijeron: "En relación con los hechos cuya constatación pidió el señor apoderado de los demandados estamos en un todo de acuerdo con las constancias dejadas por el señor Magistrado y nada tenemos que agregar a ellas".

A continuación responden los expertos el cuestionario de los demandantes, en forma que se resume así, en lo pertinente: la orilla izquierda u occidental del río en la parte comprendida entre la prolongación de las líneas de linderos del lote número 2, que está formada por barrancos y que en la parte norte llega a ser casi vertical, no está en la actualidad erosionada por el río, "porque aquí se forma una especie de ensenada y porque el brazuelo que la moja y la divide **de las islas objeto del juicio** es poco caudaloso y corre bastante despacio". Los peritos discrepan sobre si el actual peñón fue o no antes cauce del río, lo que vale como decir si lo que allí hoy es orilla estuvo o no ocupado hace tiempo por las aguas; pero en seguida contestan acordes que las aguas mayores "pasan hoy al oriente de las islas materia del juicio, pues el brazuelo que actualmente las separa de tierra firme, o sea el de la banda izquierda u occidental es de ocho a doce metros de ancho y el agua corre muy despacio, mientras que el curso principal del río que pasa al oriente de las islas separándolas de la orilla derecha u oriental tiene seguramente más de cuatro cuadras de ancho y es bastante torrentoso especialmente en el centro". Advierten a continuación que no pueden afirmar que el brazuelo actual fuera antes el cauce mayor.

Los peritos que intervinieron en la citada inspección ocular de primera instancia conceptuaron, en lo pertinente, así: uno de los principales, (doctor Arias), refiriéndose como un hecho cierto a las islas en litigio diciendo: "las tres porciones isleñas materia de la demanda", las estima excluídas del lote número 2 porque su perímetro lo cierran por

el oriente las aguas altas del río Magdalena y hoy se hallan al occidente de estas aguas mayores; y el otro perito principal (doctor Peralta) conceptúa que conforme a la situación topográfica de esas tres islas y a su posición y ubicación, corresponden tenidos en cuenta aumentos y disminuciones por aluvión y por erosión, a las porciones marcadas en el plano de la partición material con la letra B por ocupar en conjunto esa misma área aproximadamente. Además, aduce en su apoyo lo observado por el propio Juzgado en la inspección, según su acta. Y como los interrogatorios y observaciones en la inspección ocular se detuviesen en lo tocante a aluviones y si éstos pertenecen a la tierra firme aludida o a la isla más próxima a la banda occidental, así como a si las islas son de formación antigua y sólo es reciente su aumento por aluvión, los peritos principales no estuvieron de acuerdo sobre estos detalles, lo que, por lo que ya se advirtió no tiene trascendencia ni aun pertinencia para el pleito y su fallo, ya que la demanda no pretende nada sobre la tierra firme de la banda occidental ni discute sobre islas formadas en la oriental y el problema no es sobre a quién beneficia el aluvión o daña la erosión, sino sobre si las islas demandadas corresponden o no a lo que, como ya se dijo, complementa en islas el lote número 2, tal como éste se formó y determinó y alindó en la división material de 1916.

El perito tercero dijo lo que en seguida se transcribe en lo relativo a lo que efectivamente atañe al pleito, transcripción que se hace por la claridad que sobre ello arroja:

"**Punto primero.**—Me acojo al dictamen del perito señor Peralta. Acojo igualmente las observaciones hechas al respecto por el Juzgado, esto es: que sobre el terreno, y con aparatos de precisión, se replanteó el plano del lote número 2 de La Concepción, que obra agregado, en las líneas limítrofes que dieron motivo a dudas entre las partes; y la conformación de las islas actualmente existentes. Me parecen ligeras las apreciaciones del doctor Gutiérrez, al decir que los peritos no identificamos suficientemente para nuestra ilustración el lote en referencia".

"**Punto segundo.**—Si la justicia en el orden jurídico debe atenerse estrictamente a lo que resulta del plano del lote número 2 de La Concepción, que figura agregado al expediente; y si además se tienen en cuenta los términos literales expresados en los varios instrumentos públicos a que se refiere el hecho anterior, al decir: "....hasta las mayores aguas del citado río por donde corre, hoy, o sea por la banda izquierda, inclusive las islas; por el occidente la orilla izquierda del río Magdalena....". Conceptúo, que las actuales islas materia de la demanda sí están comprendidas dentro de las líneas de demarcación del supracitado lote número 2, como también dentro de la alinderación que contiene el acta de entrega fechada el 21 de octubre de 1942. Pero, si la justicia en el mismo orden jurídico, ha de atenerse a esa misma titulación, en la parte que dice "....hasta las mayores aguas....", **entonces,** las islas materia de la demanda, **no pertenecerían al lote** número 2 de La Concepción, toda vez que las aguas mayores del citado río Magdalena, en los días de la inspección, estaban corriendo por el lado oriental de la más oriental de las tres islas de la demanda o lo que es decir, en esta hipótesis, los linderos del lote número 2, teniendo por lado occidental las aguas mayores del río, no comprenderían las islas en litigio. Estas apreciaciones de derecho corresponden al juzgador". (Cuad. 2º, página 47).

Las citas que se han hecho de las actas de las inspecciones oculares y de los dictámenes de los expertos transcritos en lo necesario, demuestran el error en que incurrió el Tribunal al apreciar estas pruebas estimándolas como demostración, no de la identidad que establecen sino de una supuesta diferencia entre las islas adjudicadas en 1916 a la persona en cuyo puesto por transferencias sucesivas se hallan hoy los demandantes y las islas vistas y estudiadas en esas diligencias y ocupadas por los demandados.

Es claro que el concepto de identidad expresado aquí repetidamente no puede abarcar todos los detalles materiales de las islas, como hasta sobra decir. Siendo islas, están rodeadas de agua, y las consabidas alternativas del río en su caudal y en la dirección de sus corrientes y las consiguientes erosiones y accesión aluvional, impidan hasta suponer que hubieran de hallarse hoy tal como estuvieron en 1916, sin alteración alguna en tan largo lapso de tiempo. Así, pues, ese concepto de identidad, que es naturalmente de orden jurídico, se refiere a la titulación de las islas, a su permanencia hasta ahora en sí mismas, como tales, y a la circunstancia de que se adjudicaron en 1916 como parte integrante del lote número 2 y así se fueron transfiriendo hasta llegar a sus compradores Polanías, dueños actuales.

Singularizadas e identificadas en la forma dicha y demostrados tanto el dominio de los actores como la posesión de los reos, la acción reivindicatoria tenía que prosperar, al extremo de que al denegarla el fallo recurrido quebrantó por no haberlo aplicado, el artículo 946 del C. C.

Esta sencilla reflexión, resultado del análisis de las dichas pruebas, es lo que determina la ya enunciada infirmación de ese fallo, y al propio tiempo sirve de motivación al que ha de dictarse en su reemplazo.

El Juzgado decretó la demanda principal. En esto ha de confirmarse su sentencia, no sin agregarle la condena en frutos, resultado obligado de la prosperidad de la acción y, además, materia de pedimento del libelo.

No hallándose infirmada la presunción de buena fe con que la ley favorece en principio al poseedor, esa condena no puede remontarse sino hasta la contemplación de la demanda. El término para esto venció el 6 de diciembre de 1943, según informe del Secretario del Juzgado que se lee al folio 69 vuelto en el cuaderno 1º (C. C., artículos 769 y 946).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y seis y en su lugar CONFIRMA la del Juzgado Civil del Circuito de Purificación fechada el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco y, por ende, las declaraciones que pronuncia y la condena de entrega que formula, y adiciona este último fallo en el sentido de condenar a los demandados a pagar a los demandantes los frutos de lo reivindicado a partir del siete de diciembre de mil novecientos cuarentay tres y de disponer que el valor de esta prestación, así como el de las mejoras se fije por los trámites del artículo 553 del C. Judicial.

No hay lugar a condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — Alvaro Leal Morales. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Pedro Castillo Pineda. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Emilio Prieto, Oficial Mayor.



ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL HECHO DE OTRO. — CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—Como excepción a la regla general de que la responsabilidad civil originada en los delitos o cuasidelitos es personal y directa del autor del ilícito la ley ha consagrado ciertos casos en que algunas personas responden de los hechos dañosos de otras en razón de la especial situación de ciudado y vigilancia en que se encuentra respecto de ellas el autor del hecho culposo. Esta responsabilidad indirecta se halla concretamente establecida en los artículos 2347 y 2349 del C. C. que consagran una presunción de responsabilidad en contra de las personas a cuyo cargo corre el cuidado de la subordinada con fundamento en el hecho legalmente presumido de que la culpa ocurrió como efecto de una falta de vigilancia o de una mala elección. Para que haya lugar a esta responsabilidad por el hecho ajeno es necesario que se demuestren los tres elementos que esencialmente integran toda responsabilidad civil, esto es, una culpa que cause daño, y además, la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre una persona y la autora del daño. La culpa de la persona subordinada o dependiente es la fuente de la obligación indemnizatoria, y su prueba está sometida a las reglas generales; la culpa que presume aquí la ley es la de la persona que ella señala como responsable indirecta.

En armonía con estos principios, basta demostrar la situación de dependencia con relación al demandado, de la persona que ha incurrido en una culpa que ha causado un daño, en uno de los casos previstos por la ley, para que haya lugar a declarar la responsabilidad indirecta, pues en tal forma están reunidos todos los elementos que jurídicamente la configuran. Presumida legalmente de esta suerte la responsabilidad del tercero, por el obvio efecto probatorio que produce el juego de la presunción, deberá destruirla el demandado, como acontece con toda defensa o excepción, probando una de las causas capaces de exonerarlo de la responsabilidad presunta. Fuera de las que le corresponden en relación con el hecho mismo del subordinado o dependiente para destruir la fuente de la obligación indemnizatoria, como la fuerza mayor o el caso fortuito, puede también defenderse probando la ausencia de su culpa, esto es, que tanto en la escogencia como en la vigilancia y cuidado de la persona dependiente de él que causó el daño obró con diligencia y prudencia. Las personas enumeradas en el artículo 2347 del C. C. se pueden descargar de la presunción que pesa sobre ellas, demostrando que un hombre prudente y diligente, colocado en sus mismas condiciones no hubiera podido impedir el hecho; y los amos a que se refiere el artículo 2349 ibídem, comprendiendo en esta palabra al empresario, (G. J. No. 1947, página 27), probando a su vez que sus dependientes se comportaron de un modo impropio que ellos no tenían medio de prever empleando el cuidado que ordinariamente hubiera empleado un hombre avisado, en las mismas circunstancias externas. Es el demandado quien debe probar estas circunstancias exonerativas para desvirtuar la presunción legal que pesa sobre él, y puede también el juez exonerarlo oficiosamente de la responsabilidad si tales circunstancias aparecen establecidas ostensiblemente en los autos, según el artículo 343 del C. J. Tal el sentido del citado artículo 2349 cuando establece que los amos "no responderán si se PROBARE o APARECIERE que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio que los amos no tenían medios de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes".

2.—Como lo ha dicho la Corte (G. J. No. 1947, página 27): "Se llama EMPRESARIO en el lenguaje usual el que toma por su cuenta algún negocio o capital, como el objeto de explotarlo y derivarle alguna utilidad pecuniaria. Y quien coloca bajo su dirección y mando a otra persona aprovechándose de

sus servicios mediante determinada remuneración, es AMO con relación a esa persona, para emplear el lenguaje del artículo 2349, lenguaje resentido de la tradición feudal. De consiguiente en el sentido del artículo 2349, el empresario también es AMO de sus empleados y dependientes por cuya razón responde no solo del daño causado por éstos cuando trabajan bajo su cuidado, es decir, bajo su vigilancia inmediata y directa, ya que tal es el sentido que surge del texto regulador del caso 4º del artículo 2347, sino también cuando de cualquier manera que sea el daño se refiere a terceros con ocasión del servicio prestado, es decir, aun lejos de la vista y de la vigilancia inmediata del empleador. Basta, pues, que el empleado esté realizando su tarea en virtud de las órdenes de él "amo", "patrón", "empresario", que las dicta por la existencia de un vínculo de subordinación, para que el segundo responda del daño causado con motivo del cumplimiento de esa tarea. En esas circunstancias la culpa del empleado repercute en el empleador, quien es así el sujeto de una presunción de responsabilidad fundada en mala elección o falta de vigilancia....".

3. — Siempre la fuente de responsabilidad civil es una culpa, y en tratándose de la que corresponde a ciertas personas por el hecho de otras, la responsabilidad tiene su raíz en el error de conducta de la persona subordinada o dependiente. La culpa de ésta, sometida en su prueba a las reglas generales, puede ser probada por presunción si es un hecho cumplido en actividades particularmente peligrosas como lo tiene establecido la jurisprudencia.

La causal segunda de la casación, originada en errores IN PROCEDENDO, no tiene su inmediato fundamento en la violación de ningún precepto legal, sino en la desarmonía entre lo pedido y lo sentenciado, aunque su naturaleza formal lleve implicado el desconocimiento de las fórmulas básicas de derecho procesal consignadas en el citado artículo 471. Las equivocaciones que en materia de pruebas se pueden cometer en el sentenciamiento no son tratables en recurso de casación sino por las dos vías que la técnica legal ofrece —el error de hecho y el error de derecho— y siempre que sean causantes de la violación de una ley sustantiva. La incongruencia a que alude la causal segunda, como lo dice el código es entre las sentencias y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; no se la puede desplazar de allí, sin desfigurar su sentido y alcance, para llevarla al terreno en que opera el principio de que toda decisión judicial debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y la defensa que aparezcan completamente demostrados por los medios probatorios autorizados por la ley. Las consideraciones que en torno de esta cuestión puedan caber son atinentes a problemas de ilegalidad consecuencial de erróneo análisis de las pruebas aducidas al proceso, para cuyo tratamiento y remedio está instituída la causal primera del artículo 520 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Da noticia este proceso de los siguientes hechos que lo originaron:

En la hacienda de Payandé, extenso fundo ubicado en jurisdicción municipal de Villeta, de propiedad de Tulio Suárez, hoy de sus herederos, destinado parcialmente a cultivos agrícolas y ganadería, se empleaba para su explotación económica en el sector agrícola un régimen contractual con sus trabajadores según el cual la hacienda entregaba una parcela o estancia para que el parcelero la preparara, sembrara y cultivara maíz con semilla suministrada por la hacienda, comprometiéndose el trabajador —arrendatario aparcero— a reconocer y entregar al dueño de Payandé la tercera parte de los frutos producidos.

De esta manera Pedro Vicente Colorado hizo desmontes y rocerías en la parte superior de la hacienda de Payandé en extensión aproximada de 50 fanegadas hasta el límite que por esa parte deslinda esta finca de la de La Germania, de propiedad de Julio César Santos, sitio que le señaló el administrador de Payandé con autorización del dueño. Lista la roza, ejecutadas las rondas de previsión para evitar la propagación del fuego, obtenida la licencia de la Alcaldía y avisada la hacienda de La Germania, en la noche del 7 de septiembre de 1942, bajo la dirección conjunta de Humberto Rodríguez, mayordomo de Payandé, y del arrendatario aparcero Colorado, se dio comienzo a la quema, que no tomó fuerza porque la basura

estaba mojada, por lo cual Rodríguez, después de ordenar que se suspendiera el fuego y se apagara lo prendido, se retiró con los trabajadores a la casa de la hacienda, distante media hora, para continuar la faena al día siguiente. Bien porque el fuego no quedó totalmente extinguido o porque algunos peones insistieron en avivarlo, contra lo que se había dispuesto, lo cierto es que a la mañana siguiente, 8 de septiembre de 1942, al calentar el sol, alzó la candela, invadiendo las haciendas contiguas de Germania y El Peñón de propiedad de Julio César Santos y arrasando cercas, pastos, plantaciones y arbolados, a pesar de que los trabajadores de Payandé con los de las fincas vecinas hicieron grandes esfuerzos para evitar los daños.

En este siniestro se originó este juicio sobre responsabilidad civil extracontractual, porque Santos, como propietario de los fundos limítrofes en que hizo estragos el fuego encendido voluntariamente en Payandé, considerando que el incendio se propagó a sus fincas porque el mayordomo Rodríguez y el aparcero Colorado, de conjunto interés en la empresa, procedieron sin la debida previsión y cuidado, ya en la escogencia de la hora para la quema, en el control del fuego de la víspera como en la anchura de las rondas, ante el Juzgado Civil del Circuito de Facatativá y en libelo de fecha 21 de abril de 1944, demandó en juicio ordinario a Pedro Vicente Colorado y a la sucesión ilíquida de Tulio Suárez (muerto el 12 de diciembre de 1943), representada por sus herederos reconocidos, Arturo Suárez, Eva Suárez, Alberto Suárez, María del Carmen Suárez Restrepo, Eduardo Suárez Restrepo y Daniel Jaramillo para que se hagan las declaraciones que se compendian:

1ª—Que solidariamente, o en subsidio cada uno de los dos demandados, es o son civilmente responsables del incendio que por su imprevisión, descuido y negligencia ocurrió en los días 7 y 8 de septiembre de 1942 en las fincas La Germania y El Peñón, de propiedad del demandante;

2ª—Que en consecuencia se les condene solidariamente, o en subsidio a cada uno de ellos, a resarcirle la totalidad de los perjuicios que con tal incendio le causaron, discriminados en las siguientes cantidades:

a) $ 6.262.25, suma en que los peritos estimaron el valor actual que tenían los pastos, plataneras, cañaverales, cercas y maderas de construcción que fueron consumidas por el fuego, peritaje practicado en la diligencia de inspección ocular extrajuicio verificada por el Juzgado Municipal de Villeta los días 29 y 30 de octubre de 1942 con citación y audiencia de Tulio Suárez;

b) $ 7.972.00 o la que pericialmente se fije en el juicio, o en que estima el lucro cesante proveniente de la ganancia o provecho que dejó de obtener con el producido normal y oportuno de los referidos bienes;

c) $ 3.986.00 o la cantidad que se fije en el juicio, por valor de la diferencia de precio de la miel de las cañas de azúcar que pudieron aprovecharse de los restos del incendio y el precio a que pudo ser vendido en el mercado, moliéndolas en sazón, normal y oportunamente;

d) $ 680.00, o la suma que se fije en el juicio, valor de los daños causados al trapiche, motor, hornillas y fondos, por motivo de la apresurada molienda, de día y de noche, del resto de las cañas arrasadas por el incendio;

e) Los intereses legales de estas sumas, o de las que se fijen en la sentencia, desde que se incurra en mora de pagarlas, y las costas del juicio.

Notificada en legal forma la demanda, los demandados la contestaron oponiéndose a las pretensiones del actor porque ninguno es responsable de los estragos causados por el incendio referido: Colorado, porque él tomó todas las medidas de prudencia y previsión para evitar la propagación del fuego de la roza que hizo en tierras de Payandé para sembrar maíz con participación del dueño de la hacienda, en forma que lo ocurrido se debió a fuerza mayor o caso fortuito por el violento huracán que llevó imprevisiblemente el fuego a los cañaverales de Germania; y los representantes de la sucesión, porque siendo Pedro Vicente Colorado aparcero contratista con Tulio Suárez, por cuya cuenta y riesgo exclusivos se hicieron los trabajos de roza y quema, no puede considerarse que fuera empleado o dependiente del dueño de Payandé y por tanto los hechos personales del arrendatario no pueden comprometer su responsabilidad civil indirectamente. También alegan el caso fortuito.

Trabada de esta suerte la litis, el Juzgado del Circuito, en la sentencia con que remató el primer grado del juicio (febrero 26 de 1946), declaró que los dos demandados son civilmente responsables del incendio que causó el estrago en las fincas del demandante, y en consecuencia, los condena a pagarle solidariamente la suma de $ 6.262.25 y los absuelve por los demás cargos formulados contra ellos en la demanda. Sin costas.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en la sentencia que decidió la segunda instancia

(julio 14 de 1947) a que dio lugar la apelación de ambas partes contra el fallo del Juzgado, lo reformó así:

1º—"Pedro Vicente Colorado y la sucesión de Tulio Suárez, representada por sus herederos reconocidos.... son civilmente responsables del incendio especificado en la parte motiva de esta sentencia, y en consecuencia se les condena a que solidariamente paguen a Julio César Santos los daños puntualizados en el aparte a) del capítulo de daños, de este fallo; a reserva de fijar su importe conforme al artículo 553 del C. J. 2º — Absuélvese a los demandados de los demás cargos formulados contra ellos en la demanda. 3º—Sin costas en ninguna de las instancias".

Esta antitécnica forma usada por el Tribunal, contra lo que manda el artículo 471 del C. de P. C. sobre formulación de las sentencias con sus partes motiva y resolutiva debidamente separadas y con su pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos en ésta, obliga, a efecto de determinar la condena, a reproducir el pasaje de motivos aludido en la resolución. Dice: "'a) En la diligencia de inspección ocular extrajudicial practicada a raíz del siniestro, con citación de Tulio Suárez, pero sin audiencia de Colorado, el Juzgado constató la existencia de los daños sin pormenorizarlos; mas las tres personas que asistieron en calidad de peritos los especifican así: 178 y medio cuadros de cañamelares. El Juzgado observó "que las zocas se hallan retoñadas en buen estado" (c. 1, f. 5); y todos aceptan que se aprovechó parte de las cañas. 13 fanegadas más cuadro y medio, o sean 13 cuadros y cuarto de plataneras. 72 y medio cuadros, o sean 18 fanegadas y cuarto de montaña; dos potreros de pastos artificiales; y 1.886 metros de cercas de alambre de púa de tres hilos. Estas mismas personas avaluaron los daños. Pero como no se corrió traslado del dictamen, no puede aceptarse su experticio. Pero aplicando la teoría de la reducción de las pruebas, su dicho, en calidad de testigos execpcionales, sumado a la inspección ocular practicada dentro del juicio, constituye plena prueba de tales daños, conforme a los artículos 730 a 732 del C. J.; cuyo importe debe fijarse siguiendo el procedimiento previsto en la norma 553 del mismo código".

Los motivos de esta decisión se pueden sintetizar así: la acción indemnizatoria se ha dirigido contra Colorado en razón de su hecho personal, y contra la sucesión ilíquida de Suárez como responsable éste de la culpa de su dependiente o administrador de su hacienda de Payandé, dependencia o subordinación ésta no discutida por las partes. La responsabilidad debe declararse porque están completamente probados los tres elementos que la configuran: la culpa de los demandados, el daño del demandante y la relación causal entre estos dos extremos. Este último factor no se ha puesto en duda. El perjuicio se tiene por establecido y determinado según la transcripción que se hizo tomada del capítulo denominado daño. Y por lo que toca a la culpa, la hace consistir, fuera de la presunción deducible de la naturaleza singularmente peligrosa del empleo del fuego para limpiar tierras, en la prueba testimonial de quienes presenciaron toda la faena y de la cual aparecen actuando de consuno Rodríguez y Colorado con falta de previsión y pericia ya en cuanto al número de trabajadores que emplearon, por el abandono de la labor la noche víspera del incendio sin cerciorarse previamente de que el fuego estuviera completamente extinguido, por haber omitido el cumplimiento de las condiciones que impone el Código de Policía de Cundinamarca para la realización de quemas, discriminadas por el Tribunal en su sentencia. Se consideró también el caso fortuito como causa de exoneración y se halló que las pruebas del proceso lo excluyen jurídicamente, y de remate, como consecuencia de la culpa conjunta del mayordomo, de Suárez y su aparcero Colorado, declaró la solidaridad que establece el artículo 2344 del C. C.

El recurso

Separadamente, comenzando lógicamente por el de la sucesión demandada (Colorado no recurrió), se procede a decidir el recurso de casación que ambas partes interpusieron contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Recurso de la parte demandada.—En el orden y con la separación con que los presenta el recurrente se examinan los cargos que formula, utilizando para su enunciado el epígrafe de cada uno de los cinco capítulos que forman la demanda:

"Capítulo 1º—Primer motivo de casación. Violación de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, por errónea interpretación y aplicación indebida y como consecuencia de errores manifiestos de hecho y de errores de derecho en la apreciación de las pruebas". Para fundar esta acusación, dice el recurrente que la sentencia no aplicó la doctrina de los artículos citados sobre responsabilidad indirecta, según los cuales para que exista en razón de un hecho ajeno, en los casos de la ley, es preciso estudiar si el superior pudo o no evitar el daño con la autoridad y el cuidado que le confiere

su calidad; si tenía medios de prever e impedir con el cuidado ordinario el hecho, o si no podía hacerlo, y si el dependiente no se ha comportado de un modo impropio, y además si el subordinado estaba ejerciendo sus funciones, que fue con ocasión del servicio como se produjo la culpa del empleado, circunstancias éstas cuya prueba corre a cargo del demandante. "La sentencia recurrida omitió al estudiar el proceso los requisitos esenciales que he indicado y sentó la regla, a todas luces equivocada en derecho colombiano, de que basta probar el vínculo de dependencia para que, unido a las condiciones generales de culpa, daño y relación de causalidad, dé lugar a la responsabilidad por otro".

Y si el Tribunal creyó que tales extremos estaban probados, aunque no lo dijo, "habría incurrido" en errores en la apreciación de las pruebas sobre intervención del administrador de Payandé en la quema hecha por Pedro Vicente Colorado. Tales pruebas no tenidas en cuenta son las declaraciones testimoniales de Aureliano y Abraham Muete, José Joaquín Calvo, Moisés Romero y Joaquín Muñoz, la confesión de Colorado al contestar la demanda y la licencia de la Alcaldía de Villeta a éste para que quemara su roza, de las cuales aparece que Colorado hizo estos trabajos por su cuenta y riesgo. La participación de Rodríguez no pudo ser sino como "administrador de la finca colindante" y en tal caso no puede hacérsele responsable de los errores o imprevisiones que pudo haber en la ejecución de la quema hecha por Colorado; o simplemente para ayudar a Colorado en su labor, y entonces no habría actuado en ejercicio de sus funciones de administrador de Tulio Suárez sino por cuenta propia o como subalterno del arrendatario. "La conducta de Rodríguez fue ejemplar. Ella no puede analizarse comparándola con la de la persona que bajo su responsabilidad, por su interés y propios medios hace una quema. Su deber consistía en tomar precauciones en favor de la hacienda que administraba. No tenía responsabilidad alguna en la manera como se hubieran cumplido las leyes de policía respectivas; ni en la manera de hacer las rondas, ni tenía que responder de las posibles negligencias en que podía incurrirse al hacer la quema, ya que no está obligado a tomar precauciones sino aquél que va a hacerla...." Ni aun en el caso de que el doctor Suárez hubiera enviado expresamente a su administrador a ayudar a Colorado en la quema, sería aquél responsable, porque se trataría entonces de un dependiente puesto a disposición y bajo la responsabilidad de un tercero.

Considera la Corte:

Como excepción a la regla general de que la responsabilidad civil originada en los delitos o cuasidelitos es personal y directa del autor del ilícito, la ley ha consagrado ciertos casos en que algunas personas responden de los hechos dañosos de otras, en razón de la especial situación de cuidado y vigilancia en que se encuentra respecto de ellas el autor del hecho culposo. Esta responsabilidad indirecta se halla concretamente establecida en los artículos 2347 y 2349 del C. C. que consagran una presunción de responsabilidad en contra de las personas a cuyo cargo corre el cuidado de la subordinada con fundamento en el hecho legalmente presumido de que la culpa ocurrió como efecto de una falta de vigilancia o de una mala elección. Para que haya lugar a esta responsabilidad por el hecho ajeno es necesario que se demuestren los tres elementos que esencialmnte integran toda responsabilidad civil, esto es, una culpa que cause daño, y además, la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre una persona y la autora del daño. La culpa de la persona subordinada o dependiente es la fuente de la obligación indemnizatoria, y su prueba está sometida a las reglas generales; la culpa que presume aquí la ley es la de la persona que ella señala como responsable indirecta.

En armonía con estos principios, e interpretando acertadamente las precitadas disposiciones del Código Civil, asentó el Tribunal que basta demostrar la situación de dependencia con relación al demandado, de la persona que ha incurrido en una culpa que ha causado un daño, en uno de los casos previstos por la ley, para que haya lugar a declarar la responsabilidad indirecta, pues en tal forma están reunidos todos los elementos que jurídicamente la configuran. Presumida legalmente de esta suerte la responsabilidad del tercero, por el obvió efecto probatorio que produce el juego de la presunción, deberá destruirla el demandado, como acontece con toda defensa o excepción, probando una de las causas capaces de exonerarlo de la responsabilidad presunta. Fuera de las que le corresponden en relación con el hecho mismo del subordinado o dependiente para destruir la fuente de la obligación indemnizatoria, como la fuerza mayor o el caso fortuito, puede también defenderse probando la ausencia de su culpa, esto es, que tanto en la escogencia como en la vigilancia y cuidado de la persona dependiente de él que causó el daño, obró con diligencia y prudencia. Las personas enumeradas en el artículo 2347 del C. C. se pueden descargar de la presunción que pesa sobre ellas,

demostrando que un hombre prudente y diligente, colocado en sus mismas condiciones, no hubiera podido impedir el hecho; y los amos a que se refiere el artículo 2349 ibídem, comprendiendo en esta palabra al empresario, (G. J. número 1947, página 27), probando a su vez que sus dependientes se comportaron de un modo impropio que ellos no tenían medio de prever empleando el cuidado que ordinariamente hubiera empleado un hombre avisado, en las mismas circunstancias externas. Es el demandado quien debe probar estas circunstancias exonerativas para desvirtuar la presunción legal que pesa sobre él, y puede también el Juez exonerarlo oficiosamente de la responsabilidad si tales circunstancias aparecen establecidas ostensiblemente en los autos, según el artículo 343 del C. J. Tal el sentido del citado artículo 2349 cuando establece que los amos "no responderán si se **probare** o **apareciere** que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medios de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes". Lo que si es contrario a la ley y a la doctrina es que el demandante de la reparación esté obligado como lo pretende el recurrente en el cargo por interpretación errada que se estudia, a dar la prueba de la inexistencia de las anotadas circunstancias exonerativas de la responsabilidad del demandado.

Las características y circunstancias, ya conocidas, en que se llevó a cabo el trabajo de rocería y quema de la parcela asignada a Pedro Vicente Colorado, según el sistema de explotación agrícola usado en la hacienda Payandé, no dan base a las acusaciones de quebranto legal por efecto de errores en la estimación de las pruebas en punto a la intervención que cupo a Humberto Rodríguez como mayordomo de Tulio Suárez, y que según el recurrente demuestran que el administrador intervino en forma completamente desinteresada por parte de la hacienda en las citadas labores que correspondían exclusivamente a la cuenta y riesgo del aparcero contratista.

"Se llama **empresario,** —ha dicho esta Sala— en el lenguaje usual, el que toma por su cuenta algún negocio o capital, con el objeto de explotarlo y derivarle alguna utilidad pecuniaria. Y quien coloca bajo su dirección y mando a otra persona aprovechándose de sus servicios mediante determinada remuneración, es **amo** con relación a esa persona, para emplear el lenguaje del artículo 2349, lenguaje resentido de la tradición feudal. De consiguiente, en el sentido del artículo 2349, el empresario también es **amo** de sus empleados y dependientes, por cuya razón responde no sólo del daño causado por éstos cuando trabajan bajo su cuidado, es decir, bajo su vigilancia inmediata y directa, ya que tal es el sentido que surge del texto regulador del caso 4º del artículo 2347, sino también cuando de cualquier manera que sea el daño se refiere a terceros con ocasión del servicio prestado, es decir, aún lejos de la vista y de la vigilancia inmediata del empleador. Basta, pues, que el empleado esté realizando su tarea en virtud de las órdenes del "amo", "patrón", "empresario", que las dicta por la existencia de un vínculo de subordinación, para que el segundo responda del daño causado con motivo del cumplimiento de esa tarea. En esas circunstancias la culpa del empleado repercute en el empleador, quien es así el sujeto de una presunción de responsabilidad fundada en mala elección o falta de vigilancia....". (G. J. número 1947, página 27).

Tulio Suárez de acuerdo con esto, y con las pruebas de autos, era empresario del negocio agrícola en su fundo de Payandé, del cual derivaba lucro mediante el contrato de trabajo que ajustaba con sus aparceros, en cuyo desarrollo intervenía el administrador Rodríguez, en interés de su amo o patrón, como está superabundantemente demostrado. No se pueden por tanto presentar las actividades del aparcero Pedro Vicente Colorado desarticuladas o independientes de las de la hacienda, realizadas por su administrador, sino como actos de cooperación y beneficio común, como hay que entenderlo y acontece dentro del mecanismo jurídico del contrato de aparcería cuya naturaleza no es completamente ajena a la compañía. Esta común utilidad liga hasta hacerlas inseparables la participación que en los trabajos de la empresa conocida asumieron Colorado directamente y Humberto Rodríguez como mayordomo o dependiente de Tulio Suárez, mancomunidad de interés que se proyecta sobre el fenómeno de su responsabilidad civil. Con este planteamiento, que es el que trae la sentencia, la conducta del mayordomo de Payandé, con las características de impericia y negligencia que le dedujo y atribuye el Tribunal en la dirección de la faena de quema, se mueve dentro de sus naturales funciones de mayordomía y las faltas en que incurrió y que concretamente le imputa la sentencia, fueron cumplidas con ocasión de sus servicios. No hay, pues, razón de ninguna especie que respalde la tesis del recurrente de que Humberto Rodríguez intervino en los trabajos de quema, no como mayordomo de Payandé sino como

"administrador de la finca colindante", como simple vecino desinteresado en el negocio de Colorado a quien como tal sólo correspondía tomar precauciones en favor de la finca de que era empleado, sin que pudiera afectarlo los errores e imprevisiones que pudo haber en la ejecución de la quema, ni el modo como se cumplieron las leyes de policía respectivas. Además de no poder sustentarse sobre la realidad probatoria del proceso, anota la Sala que ésta última tesis del recurrente en que coloca al mayordomo de Payandé en actitud de indiferencia jurídica respecto de las culpas en que incurriera en el incendio voluntario de la parcela de Colorado que causó graves estragos en los fundos vecinos, no se aviene con el concepto jurídico moderno que rige las relaciones de vecindad fundado en un sentido cristiano de solidaridad social e influído profundamente por el criterio de la regla moral en las obligaciones civiles. En caso un poco análogo de un vecino que negó su ayuda a los colindantes queriendo limitar sus obligaciones jurídicas con la medida de su derecho y su personal interés, dijo la Corte que "no puede estimarse como una omisión lícita, según las tesis del recurrente, porque ese proceder constituye indudablemente un error de conducta a la luz de la moderna noción consagrada ya en la Constitución Nacional, que le da a la propiedad un sentido social y una acción positiva de solidaridad que la hace servir para atenuar los resultados del egoísmo y los azares de la naturaleza. Es equivocado hablar del derecho de los riberanos a dejar inundar sus predios, pudiendo evitarlo, si al propio tiempo se causan inundaciones ruinosas en predios inferiores. Estas tesis, basadas inconsideradamente en el principio de que no incurre en culpa quien usa de la cosa propia, están rectificadas por antisociales en el campo del derecho en el que cada día tiene el **jus abutendi** menos significado del que le correspondía en el concepto escuetamente jurídico de la propiedad". (G. J., Tomo LX, página 467). Inaceptable también la pretensión del recurrente que quiere colocar al mayordomo Rodríguez, cuya conducta repercute sobre la responsabilidad de su patrón, en el caso de un dependiente puesto por el amo a disposición de un tercero, que los tratadistas franceses resuelven en el sentido de que la responsabilidad compete al que tenga la autoridad y dirección en el momento de producirse el daño, porque las pruebas del juicio no permiten, como se ha visto, desvincular en el plano del interés pecuniario a Colorado y a Suárez, y por el contrario los muestran —al último a través de la conducta de su mayordomo— en actividad actual y conjunta en servicio de una empresa de utilidad común.

Lo expuesto demuestra que es infundada la acusación por quebranto indirecto de la ley sustantiva, porque examinados todos los argumentos del cargo no se ve, en la forma manifiesta que exige la ley, la contraevidencia de ninguna de las conclusiones probatorias de la sentencia, ni se ha puesto a la vista tampoco supervaloración ni descabalada estimación de ninguna de las pruebas indicadas por el recurrente.

Capítulo III.—Violación de los artículos 63, 2341, 2356, 2347 y 2349 del C. C. Los artículos 63 y 2341 fueron infringidos directamente; el 2356, aplicado indebidamente, y los últimos interpretados erróneamente y aplicados indebidamente al pleito. A la violación de estos artículos se llegó también como consecuencia de errores de derecho y de errores de hecho en la apreciación de las pruebas. "La peculiaridad de la responsabilidad por el hecho ajeno reside en que se presume la de la persona que señala la ley, pero como lo reconocen todos los autores, esta presunción no implica que se presuma la culpa de la persona directamente responsble, cuyo ilícito es condición esencial para que otro responda por él.... En el caso de autos el Tribunal no declara que se haya probado una culpa del señor Humberto Rodríguez, sino que afirma que ella se presume, de conformidad con el artículo 2356, por tratarse de actividades peligrosas. Rodríguez actuaba como colindante en su condición de administrador de la hacienda de Suárez, y como tal no estaba ejercitando ninguna actividad peligrosa. La actividad peligrosa era de Colorado, que era quien estaba haciendo la quema. La del colindante no es actividad de esta naturaleza, pues su misión consiste sólo en prevenir las posibles consecuencias de la quema.

Circunscribiéndose al único aspecto nuevo que respecto del anterior contiene este cargo, considera la Sala:

Siempre la fuente de responsabilidad civil es una culpa, y en tratándose de la que corresponde a ciertas personas por el hecho de otras, la responsabilidad tiene su raíz en el error de conducta de la persona subordinada o dependiente. La culpa de ésta, sometida en su prueba a las reglas generales, puede ser probada por presunción si es un hecho cumplido en actividades particularmente peligrosas, como lo tiene establecido la jurisprudencia. Con ninguna de estas nociones elementales pugna la sentencia; y el cargo, en la parte considerable aquí, se funda en una afirmación no completamente exacta, porque si es cierto que el Tri-

bunal afirma que la culpa fuente de la responsabilidad indirecta de Tulio Suárez es presunta por vincularse a actividad excepcionalmente peligrosa como es el uso del fuego en las labores campesinas, también es verdad que la dedujo de varias pruebas que examinó discriminadamente, como aparece del pasaje que se va copiar de la sentencia recurrida: "Fuera de esta presunción, los artículos 289 a 293 del Código de Policía de Cundinamarca imponen determinadas obligaciones de previsión a quien vaya a efectuar una quema: no la hará sin haber practicado antes la ronda o limpia suficiente al rededor de la roza, dado contrafuegos por el lado opuesto al viento, y tomado todas las demás precauciones que sean bastantes para evitar la propagación del incendio.... Los testigos presenciales Aurelio Muete, José Joaquín Calvo, Joaquín Muñoz y Moisés Romero deponen uniformemente que en la noche del 7 de septiembre de 1942, estando lista para prender la roza, se presentó allí el mayordomo de Payandé, señor Humberto Rodríguez, quien de consuno con Colorado, estimó oportuno dar aviso a la hacienda de Germania que se iba a dar fuego. Que el aviso se dio por conducto del testigo Calvo; y que tan pronto como éste regresó con la autorización, Humberto Rodríguez distribuyó las cuadrillas de trabajadores, unos 30 hombres en total, y tomó todas las precauciones del caso. Acto seguido, el mismo Rodríguez dio la orden de prender, y se dio fuego en varias partes; mas como la candela no tomó fuerza, porque la basura estaba mojada, pues había llovido, el señor Rodríguez ordenó que se suspendiera el fuego y se apagara lo prendido, para continuar la faena al día siguiente. Acto seguido, el mismo Rodríguez con los trabajadores de Payandé se bajaron para dicha hacienda.... Conforme lo anota el Juzgado, es evidente que los elementos empleados tanto por la hacienda de Payandé, como por Pedro Vicente Colorado, para controlar y vigilar la quema, no solamente obraron con falta de previsión y pericia, sino que eran insuficientes, además de que abandonaron su labor del 7 de septiembre de 1942, víspera del incendio, sin cerciorarse previamente de que el fuego estuviera totalmente extinguido. Tampoco está acreditado que se hubiera dado contrafuego, en obedecimiento a lo ordenado por el código de policía; circunstancia que sumada a las anteriores, y omitir la quema por fracciones, para evitar que el bloque de fuego, por demasiado grande, se torne incontrolabe; olvidar que en ese sitio soplan frecuentemente vientos fuertes y que el cañamelar vecino ofrecía mayor peligro por ser fácilmente inflamable, son hechos atestiguados que de consuno ponen de manifiesto la imprevisión, negligencia y consiguiente culpa de los demandados....".

Esta conclusión del Tribunal, reiterada en otros apartes de su fallo, deja sin fundamento el cargo.

Capítulo III. — Primer motivo de casación. Infracción directa de los artículos 471 y 593 del C. J., y segundo motivo de casación, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Para fundar este cargo transcribe el recurrente varios de los cuarenta y cinco hechos de la demanda inicial, para afirmar sobre ellos que la litis se planteó sobre la base de que en una roza de propiedad de Tulio Suárez, desmontada por él y sembrada a su costa se hizo una quema sin tomar las debidas precauciones, y como el Tribunal declaró un contrato de aparcería entre Suárez y Colorado en el lote de la quema y que quien la hizo contrató los peones y obtuvo la licencia de la Alcaldía de Villeta fue éste, resulta evidente que los hechos de la demanda no se probaron y antes bien se demostró que no eran verdaderos. La sentencia que se apoyó en hechos distintos de los de la demanda viola las disposiciones citadas, e incurre en la incongruencia de la causal segunda pues viola el principio de que, al sentenciar, no pueden separarse las peticiones de la demanda de sus hechos fundamentales.

Se considera:

Vano es el fundamento de esta acusación, porque la verdad es que al lado de los hechos en que se afirma lo que el recurrente dice, hay otros muy numerosos en que se contiene reiteradamente la aseveración de circunstancias objetivas que prestan ancha base al planteamiento y decisión que el Tribunal dio a la cuestión de responsabilidad dual y solidaria de los dos demandados, directa respecto de Colorado e indirecta con relación a Suárez por efecto de la culpa de su administrdor. Así, por ejemplo, dice el 16: "El doctor Tulio Suárez, propietario de Payandé, sus trabajadores, administradores, mayordomos e intermediarios como Pedro Vicente Colorado, no hicieron la ronda....". Y el 17: "El doctor Tulio Suárez o sus intermediarios, procedieron a la quema de la roza con absoluta imprevisión....". Y el 30: "El señor Pedro Vicente Colorado tenía parte en la roza de Payandé que produjo el incendio, por virtud de la asignación o señalamiento que le hizo dicha hacienda". Y así muchos otros, sin contar con que en la contestación de la demanda el apoderado de los herederos representantes de la sucesión demandada, afirmaron la existencia del contrato de aparcería con Colorado.

Pero aunque la base del cargo no fuera una inexactitud, no podría prosperar por su falta de razón y por la inadecuada forma en que está formulado entreverando dos causales caracterizadas y separadas por diferencias de origen y funcionales que las destinan a cauces distintos y exclusivos. El artículo 593 del C. J., no obstante la importancia de la fórmula estructural de las decisiones judiciales que contiene, no puede ser objeto de violación directa como expresivo que es de un principio básico de derecho. "Un precepto legislativo como el artículo 593 del C. J., —ha dicho esta Sala— contentivo de una fórmula general de doctrina jurídica, no da base ni posibilidad a la violación legal que abre el camino al estudio de la casación que necesariamente ha de versar sobre un precepto determinado de la ley sustantiva para poder deducir su infracción directa, su aplicación indebida o su errónea interpretación, para realizar su fin principal de unificar la jurisprudencia nacional". (G. J., XLIX, página 100). Lo propio acontece con el artículo 471 de la misma obra, citado también como directamente quebrantado. La causal segunda de casación, originada en errores **in procedendo,** no tiene su inmediato fundamento en la violación de ningún precepto legal, sino en la desarmonía entre lo pedido y lo sentenciado, aunque su naturaleza formal lleve implicado el desconocimiento de las fórmulas básicas de derecho procesal consignadas en el citado artículo 471. Las equivocaciones que en materia de pruebas se pueden cometer en el sentenciamiento no son tratables en el recurso de casación sino por las dos vías que la técnica legal ofrece —el error de hecho y el error de derecho— y siempre que sean causantes de la violación de una ley sustantiva. La incongruencia a que alude la causal segunda, como lo dice el código, es entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; no se la puede desplazar de allí, sin desfigurar su sentido y alcance, para llevarla al terreno en que opera el principio de que toda decisión judicial debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y la defensa que aparezcan completamente demostrados por los medios probatorios autorizados por la ley. Las consideraciones que en torno de esta cuestión puedan caber son atinentes a problemas de ilegalidad consecuencial de erróneo análisis de las pruebas aducidas al proceso para cuyo tratamiento y remedio está instituída la causal primera del artículo 520 del C. J.

Capítulo IV.—Violación del artículo 2357 del C. C., por haber sido infringido directamente, y como consecuencia de errores manifiestos en la apreciación de las pruebas y de errores de derecho. En sustentación de este cargo insiste el recurrente en afirmar que la quema no fue hecha por la hacienda de Payandé, la que era por tanto irresponsable de sus consecuencias; que el administrador de Suárez asistió en su calidad de colindante; y que las mismas obligaciones que incumbían a la finca de Payandé, como vecina y limítrofe del lote en que realizaba la quema, correspondían también al demandante Santos en su idéntica condición de colindante. Ni éste ni su mayordomo, después de haber sido citados y después de autorizar la quema, concurrieron a verificar la manera como se hacía, ni contribuyeron a cortar el incendio, ni tomaron las precauciones que sí tomó Payandé, de tal modo que incurrieron en verdadera negligencia hasta ser "indudablemente más culpable en el incendio el demandante Santos que el administrador del doctor Suárez". Este hubiera podido demandar a aquél si el incendio hubiera causado daños en la hacienda de Payandé. Y como el Tribunal no tuvo en cuenta la culpa del demandante, por lo menos para reducir la responsabilidad, por haberse expuesto imprudentemente al daño, violó directamente, por falta de aplicación, el artículo citado.

Se considera:

Sin dejar de anotar que el cargo de violación directa no da base de estudio porque no se señalan las pruebas que se dicen mal estimadas, ni se demuestra el error que se imputa al Tribunal, y que el artículo 2357 implica ineludiblemente examen y confrontación de probanzas basta recordar sin escribirlas de nuevo las circunstancias que antecedieron y concurrieron con el siniestro del 8 de septiembre de 1942, para no dar aceptación a este cargo ostensiblemente infundado. ¿Qué contenido de realidad podría, en efecto, dársele al requisito o condición esencial del artículo 2357 de haberse el demandante expuesto imprudentemente al daño? Las pruebas del proceso no suministran este elemento de culpa concurrente en el mecanismo causal del siniestro de autos. La obligación de previsión, pericia y prudencia corre a cargo de quien en su exclusivo provecho e interés prende un incendio, y la citación de los colindantes, que las disposiciones de policía prescriben, estriba precisamente en la evidencia del peligro a que va a someterseles o a que se les expone, para que puedan contribuir al salvamento de sus intereses amenazados por una actividad de lucro ajeno. En la sentencia está afirmado —y el recurrente no ataca esta afirmación— que los trabajadores de las fincas vecinas, no obstante que el incendio se presentó en forma sorpresiva, hicieron grandes es-

fuerzos para evitar los estragos. En estas condiciones suena a injusticia la afirmación improbada de que Julio César Santos se expuso imprudentemente al estrago de unas llamas que encendió su vecino en su beneficio exclusivo, porque sus trabajadores no pudieron apagarlas.

Capítulo V. — Violación de los artículos 1568, 1580, 1411, 1412 y 2344 del C. C., por haber sido infringidos directamente los primeros y por haberse aplicado indebidamente el último". La responsabilidad solidaria que establece la ley para las personas que han cometido un delito o culpa no puede extenderse a sus herederos, y el fallo acusado condena solidariamente a Pedro Vicente Colorado y a los herederos de Tulio Suárez a pagar ciertos perjuicios sin especificar que tal obligación debe dividirse entre los sucesores como debe hacerse tratándose de una obligación divisible.

Se considera:

Para rechazar este último cargo, que tampoco refleja fielmente la realidad del proceso, es suficiente hacer notar que la solidaridad que declara la sentencia con apoyo en el artículo 2344 del C. C. es entre Colorado y la sucesión de Tulio Suárez representada por su herederos reconocidos, que fueron los demandados, y no entre el primero y cada uno de los herederos, como inexplicablemente lo asienta el recurrente. Los términos claros e inequívocos en que está concebida la condena, copiados literalmente al comienzo de esta decisión, no dan piso a la acusación por quebranto de los preceptos en cita, porque ninguno de los pasos de la sentencia estatuye nada que en alguna forma sea inconciliable con ninguna de las reglas que estas disposiciones establecen sobre solidaridad y divisibilidad de las deudas hereditarias entre los herederos.

Y lo hasta aquí expuesto pone a la vista la falta de fundamento con que se ha acusado de ilegalidad la sentencia del Tribunal en el recurso de la parte demandada.

Recurso del demandante

Circunscrita la acusación de esta parte a la negativa de las súplicas marcadas con las letras b), c), d) y e), del numeral 2º de las peticiones de la demanda, se apoya también en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J., que separadamente se examinan:

Causal primera.— El Tribunal violó directamente los artículos 1613, 2341 y 2356 del C. C. al decretar una indemnización deficiente y parcial de los perjuicios que sufrió el demandante Santos cuya reparación fue demandada integralmente y con discriminación de lo que constituye el daño emergente y el lucro cesante. La indemnización que debe resarcir una persona que se ha declarado culpable, como aquí acontece, debe comprender la totalidad del perjuicio causado, con sus dos elementos integrantes, para que sea completa. La razón en que el Tribunal se funda de que el lucro cesante sólo se debe a partir de la sentencia que reconoce el derecho es completamente improcedente, porque este derecho a la reparación no lo crea el fallo sino la culpa dañosa que origina la responsabilidad.

Considera la Sala:

Se recuerda que la sentencia recurrida solamente condenó a los demandados a pagar solidariamente al demandante el valor de los perjuicios causados por la destrucción de cañamelares, plataneras, montaña, pastos artificiales y cercas de alambre, determinadas por su extensión y en la cuantía que se fije por el procedimiento del artículo 553 del C. J., a que hace referencia el aparte a) de la segunda petición de la demanda, y que por razón de los demás pedimentos por daños discriminados fueron absueltos los demandados.

El examen adecuado del cargo exige recordar las razones especiales que da la sentencia para denegar estas peticiones en que se descompuso la demanda de indemnización a fin de considerarlo respecto de cada una de ellas:

La petición b) del numeral 2º, por valor del lucro cesante proveniente del provecho que dejó de obtener Santos con el producido normal y oportuno de los pastos, maderas, cañas y demás bienes quemados, fue denegada así: "Se niega esta súplica, porque el monto del perjuicio se debe a partir de la sentencia que reconoce el derecho".

Hay cierta desconexión lógica entre esta breve y única razón y la solicitud para cuya negativa se destinó, que realmente resulta afectada de inadecuación e improcedencia. Es evidente, como lo anota el acusador de la sentencia, que la fuente jurídica de la obligación demandada es el cuasidelito que ha causado el daño y no la sentencia que impone su resarcimiento, de modo que la magnitud de la lesión causada es lo que da la medida de la reparación que se debe, y que ésta, para que sea completa, debe comprender los dos elementos que la integran según el artículo 1613 del C. C. que determina el alcance jurídico de la indemnización de perjuicios, sea cual fuere la fuente de donde emane la obligación, como lo tiene establecido la jurisprudencia. Pertenece al concepto jurídico de indemnización este carácter dual. Como lo ha

dicho esta Sala, "la ley actúa, en orden al resarcimiento del daño, imponiendo una reparación que corresponde al bien de que se priva a los lesionados, en forma de establecer en lo posible las condiciones en que se hallarían si no hubiera ocurrido el accidente originario de la responsabilidad civil de que se trata". (G. J. Nº 1917, página 298). En el caso de estudio es perfectamente posible, por la naturaleza misma de la industria azucarera que el demandante tenía establecida en su finca de Germania, separar los dos referidos elementos que deben integrar la indemnización: el daño emergente representado por el valor de los bienes destruídos por las llamas, y el lucro cesante por lo que pudiera haber ganado con el empleo de esos bienes utilizados en el giro ordinario del negocio, con su aprovechamiento económico dentro de la explotación de la empresa. Ambos implican menoscabo patrimonial y los dos tienen sentido y significación para la posible restauración del estado en que se hallaría el negocio del demandante si no se hubieran consumido en el incendio las cosas a cuyo simple valor condena el Tribunal por haberse destruído. Claro se ve, por lo dicho, que al negar la sentencia el pedimento relacionado expresa y concretamente con el lucro cesante a que se ha hecho referencia, niega cabalidad y entereza a la indemnización decretada, con quebranto de las disposiciones citadas, por lo cual será necesario casar parcialmente el fallo a fin de que no vaya a ser entendida y avaluada la reparación en forma mutilada o incompleta.

Las peticiones c) y d) del citado numeral 2º de la demanda fueron denegadas por no haberse probado el daño especial a que se refieren. Y a esta solución sí no cabe hacer ningún reparo frente a las disposiciones señaladas, porque el Tribunal no desconoce el derecho que a la reparación dan los citados preceptos ni desintegra arbitrariamente la obligación indemnizatoria, sino que simplemente no accede a declarar una prestación en razón de un daño específico que no ha sido demostrado, como correspondía hacerlo. El problema, por lo demás, es de pruebas, y el recurrente no plantea la acusación por infracción indirecta de la ley sustantiva con los requisitos indispensables al efecto, esto es, citando las pruebas que considere mal estimadas y demostrando el error de hecho o de derecho cometido en su valoración y la incidencia de esta equivocación en la aplicación de la ley.

Respecto a la petición e), relacionada con intereses legales sobre la cuantía de las condenas a partir de cuando se incurra en mora de pagarlas, dijo el Tribunal: "Como esta petición se refiere a un hecho posterior a la sentencia no procede declararla".

En materia delictual ningún principio ni regla positiva se opone a aceptar que entre los perjuicios que el autor del daño debe indemnizar de manera total figuren los provenientes del retraso en el cumplimiento de la obligación de reparar; pero este aspecto o parte de la indemnización debe ser materia, según las reglas generales, de prueba especial que sirva para determinarlo a fin de que su reparación corresponda al daño efectivamente causado por la tardanza de la reparación. No tiene aplicación en materia de responsabilidad por culpa extracontractual la regla del artículo 1617 del C. C. que establece el interés legal como la indemnización correspondiente a la mora de pagar una cantidad de dinero, en que parece fundarse el pedimento de la demanda que se está considerando, porque en tal caso el crédito de la reparación sólo se configura cuantitativamente con la sentencia condenatoria, y sólo a partir de la firmeza de ésta será oportuno hablar de exigibilidad y mora para efectos de la indemnización correspondiente a ésta. No está, pues, afectada de ilegalidad la decisión acerca de este particular.

Causal segunda. — Hay evidente incongruencia, en concepto del recurrente, desde el momento en que la sentencia reconoce que los demandados incurrieron en responsabilidad civil en razón del incendio ocurrido en las circunstancias ya conocidas y al propio tiempo desconoce los efectos de esa responsabilidad negando las peticiones indemnizatorias marcadas con las letras b), c), d) y e) del numeral 2º de la parte petitoria de la demanda. La causal de incongruencia procede cuando, por errónea apreciación, se rechazan las consecuencias legales de la acción principal, desvirtuando así el fallo, que es lo que acontece en el caso del pleito.

Como se ve de los fundamentos que se dan a la pretendida incongruencia, esta causal segunda, lo mismo que en el recurso de la parte demandada, se invoca por el actor con notoria impropiedad, queriendo utilizarla fuera de la órbita natural que señalan sus fines, vinculados con cuestiones de modo y no de fondo. Son muy numerosas las sentencias en que esta Sala de Casación ha definido la naturaleza de esta causal y determinado los casos de su procedencia, y siempre ha dicho que la inconsonancia que le sirve de razón no puede entenderse jamás en el sentido del resultado más o menos favorable del pleito, porque sólo parcialmente se acojan en la sentencia las pretensiones

de la demanda, cuando de varias peticiones se deniegan algunas por considerarlas improcedentes el sentenciador después de examinarlas en derecho y a la luz de las pruebas, como ocurre en el caso de estudio, no hay omisión que rompa la armonía entre el litigio y la sentencia, sino cuestiones de fondo relacionadas con el reconocimiento del derecho debatido que no pueden dilucidarse sino como problemas de aplicación de la ley, dentro de la causal primera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto absolvió por el lucro cesante a que se refiere el aparte b) del numeral 2º de las peticiones de la demanda, y en su lugar extiende la condena por perjuicios proferida por el Tribunal a la indemnización que en razón de tal lucro cesante corresponde en la cuantía que se fije en la misma forma ordenada (artículo 553 del C. J.).

No hay lugar a condenar en costas en el recurso.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO CERRADO. — REQUISITOS O FORMALIDADES DE ESTA CLASE DE TESTAMENTO. — CARACTERISTICAS DEL INSTRUMENTO PUBLICO. — FALSEDAD MATERIAL Y FALSEDAD INTELECTUAL

1.—La persona que exhiba en juicio un instrumento público no está obligada a justificar la verdad del mismo, sino que la parte que lo refuta o impugna de falso, debe acreditar su impugnación, a la inversa de lo que acontece con el documento privado; la persona que exhibe un documento de esta naturaleza, está obligada a probar que es verdadero, si la otra parte lo niega.

2.—De la definición dada por el artículo 1758 del C. C. se desprende que al instrumento público lo caracterizan los siguientes requisitos: a) Debe ser autorizado por un funcionario público, en su carácter de tal; b) El funcionario debe ser competente en cuanto a la materia a que el instrumento se refiere y en cuanto al lugar en que lo autoriza (competencia en cuanto a la materia y en cuanto al territorio); c) Finalmente, el instrumento debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales varían según el caso. Así, por ejemplo, en cuanto al testamento cerrado, el acta que debe escribirse en el sobre que lo contiene, debe reunir los requisitos señalados por el artículo 1080 del C. C.

3.—Depositando la ley en el Notario la fe pública, según la expresión de la primera parte del artículo 2576 del C. C., respecto de los actos y contratos que pasan ante él, no es posible infirmar normalmente por los medios probatorios de recibo en el procedimiento civil, la verdad extrínseca de lo afirmado en un instrumento público pasado ante Notario; la intrínseca, o sea la atañedera a las afirmaciones de los particulares recogidas en dichos instrumentos, siguen diversas normas probatorias en orden a su impugnación, según que ella se suscite por uno de los otorgantes, o por terceros.

Como lo ha dicho la Corte en sentencia de la Casación Civil de 10 de julio de 1948, que corre publicada en los números 2062-2063, página 493 de la Gaceta Judicial, "la presunción de verdad absoluta que la ley otorga al instrumento público no puede ser destruída sino demostrando su falsedad material o intelectual; tendrá cabida la primera cuando se haya alterado su texto después de haberse expedido; y la segunda, cuando siendo materialmente verdadero, se hayan hecho constar sucesos no ocurridos en realidad.

"A destacar, demostrar y frustrar el primer género de impostura atiende el Capítulo V, Título XVII, Libro II del Código de Enjuiciamiento Civil permitiendo que la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba pueda tacharlo de falso para que se desestime; esa gestión va dirigida contra el instrumento, contra su capacidad demostrativa, no implicando necesariamente la inculpación de una persona determinada, aunque como consecuencia suya pueda llegar a establecerse; a este propósito dentro del juicio civil apenas se impugna el instrumento descartando quien sea el agente y su intención.

"Respecto del segundo tipo de falsedad se observa que, por ser intelectual, importa el designio de cubrir con la fe del Estado lo inverídico y que, por tanto, su sola afirmación presupone inculpar al funcionario o funcionarios que prestaron su ministerio en el logro de tan anómalo resultado; de esta suerte la enunciación del dicho género de falsedad implica la imputación de un hecho que nuestro estatuto represivo incluía en su artículo 358 a la fecha de iniciación del pleito, y prevé actualmente en el artículo 231.

4.—Cuando la ley da al instrumento público el valor de plena prueba (artículo 632 del C. J.) no lo equipara a la confesión judicial, ni al documento privado reconocido, ni al indicio necesario, ni al dicho de los testigos hábiles, ni al dictamen pericial acorde (artículos 721 y 722 del C. J.); apenas podría pensarse a este propósito en la plenitud probatoria que la ley otorga al acta de la ins-

pección ocular "respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez", si a ello no se opusieran las características singulares que estructuran el instrumento público.

5.—Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, y que determina el artículo 1080 del C. C., es el acto en que el testador presenta al Notario y testigos, una escritura cerrada, declarando que ella contiene su expresión de última voluntad; de manera que si así se practica, y de ello dan fe el Notario y los cinco testigos, al suscribir sobre la cubierta cerrada la anotación que manda el citado precepto, se habrá cumplido lo que constituye lo esencial en el otorgamiento del testamento cerrado.

El requisito exigido por la Ley 36 de 1931, ha dicho esta Sala, no viene a constituir, en su fondo, una solemnidad o formalidad esencial que haga parte, por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia, que sí son verdaderamente esenciales para la existencia y validez del acto, son las enumeradas y exigidas por el artículo 1080 del C. C., cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad. La omisión de la escritura a que alude la ley 36 citada no acarrea la nulidad absoluta del acto testamentario. Tanto la redacción, como el espíritu del artículo 4º de esa ley, inducen a aceptar que en tal precepto, tan sólo se señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario, pero en él no se consagra la nulidad absoluta, como sanción por su omisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas)

Como heredero de su madre legítima, la señora Margarita Escobar de Isaza y por libelo de fecha veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, el doctor Rodrigo Isaza Escobar demandó ante el Juzgado Tercero de la ciudad de Medellín, a los señores José Joaquín Escobar Hoyos, Enrique, Teresa, Efraín y Jairo Escobar Arango, a Julia Rosa Escobar v. de Toro y a Fabricio Elías Escobar, para que mediante su audiencia y los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se declare la nulidad del testamento que se dice otorgado por el señor Samuel Escobar, la del acta notarial y de la escritura pública de que trata la Ley 31 de 1936, en que se hizo constar también la celebración de aquel acto, de la escritura de protocolización del mismo y sus registros, y como consecuencia de todo ello, que se dispusiera que la mortuoria de don Samuel debe regirse por las reglas de la sucesión intestada.

De los hechos propuestos como base de la demanda, se desprende que la acción anulatoria de la declaración de última voluntad del señor Escobar, está apoyada en los siguientes: que la firma que dice **Samuel Escobar** en la memoria testamentaria, no fue puesta por él, sino por una de las personas que se hallaban presentes en el momento del otorgamiento, que se ejerció coacción moral y material en el otorgante, para llevarlo a testar en la forma en que lo hizo, que don Samuel fue forzado a firmar la cubierta para hacer aparecer que había hecho testamento cerrado y que estaba dentro del sobre; que no presentó al Notario la cubierta cerrada, ni manifestó a éste y a los testigos, conforme lo dispone el artículo 1080 del C. C., de manera que tales personas lo vieran, oyeran y entendieran que dentro de ella se encontraban sus disposiciones testamentarias. En resumen, se demandó la nulidad del acto por falsificación de la firma del testador y falsedad de las declaraciones consignadas por el Notario, tanto en el sobre como en la escritura pública que se efectuó en relación con el otorgamiento. Además se pidió la nulidad del testamento, por no contener esta última escritura la firma de cinco testigos, como lo exige el artículo 1080 del C. C. y la Ley 36 de 1931. En derecho, se fundó la acción propuesta en los artículos 63, 1470, 1051, 1080, 1746 del C. C., Ley 31 de 1936 y artículo 15, Ley 95 de 1890.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento pronunció fallo con fecha doce de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el que se absolvió a los demandados de los cargos propuestos.

La sentencia recurrida

Apelado el proveído en referencia, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde previa la actuación del caso, se decidió la cuestión confirmando la sentencia recurrida.

El Tribunal hace un estudio muy completo de la

cuestión debatida, examina con detenimiento la numerosa prueba testimonial allegada a los autos y los instrumentos públicos acompañados, que determinan el lleno de los requisitos para la solemnización del acto testamentario, viniendo a concluir, con el Juez de primera instancia, en la absolución de los demandados.

Advierte el juzgador en segunda instancia, que en cuanto a la aseveración hecha por el demandante, en relación con la suplantación o falsificación de la firma del testador y la carencia del cumplimiento de las formalidades exigidas por el artículo 1080 del C. C., respecto de los testamentos cerrados, en el instrumento público que entraña el acta redactada sobre la cubierta del testamento, autorizada por la firma del Notario, testador y cinco testigos, y en el otorgado en cumplimiento de la Ley 36 de 1931, aparece, bajo la fe debida a tales instrumentos, que don Samuel Escobar presentó al Notario y los cinco testigos instrumentales, una escritura o sobre cerrado y lacrado en siete partes, declarando de viva voz y de manera que el funcionario público y testigos lo vieran, oyeran y entendieran, que en aquella escritura se contenía su testamento. Hecho lo cual, se autorizó el acta puesta en el referido sobre, que firmó el testador, el Notario, y los cincos testigos y se redactó y firmó en los mismos términos la escritura pública de que trata la Ley 36 de 1931.

Expresa el Tribunal que, de acuerdo con el artículo 1759 del C. C., y la interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia, el instrumento público, como lo es el testamento, hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y en cuanto a las constancias que en lo relativo a forma y circunstancias del otorgamiento, deja el Notario Público, máxime cuando ese instrumento se solemniza, como ocurre en esos casos, ante cinco testigos de especial idoneidad.

Agrega, citando una sentencia de esta Sala: "Además de la presunción de que se hizo mérito (de capacidad y sanidad mental del testador), existe otra de carácter general, y es la de que siendo los Notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad, que no puede destruirse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla".

Analiza luégo la deposición de tres testigos, además de los instrumentales que deponen, acordes en su mayoría con lo expresado en el acta notarial, y la del médico, doctor Rafael J. Mejía, quien expresa que asistió en su enfermedad al testador, que pudo constatar que hasta la víspera de la muerte, que fue cuando por última vez lo vio, conservaba el pleno uso de sus facultades mentales.

Hace también el Tribunal un prolijo estudio de la numerosa prueba testimonial allegada a los autos por el demandante, y en especial, la rendida por dos de los testigos instrumentales, quienes en algunas de las circunstancias del otorgamiento, se desdicen de lo autorizado por ellos en el instrumento público suscrito al efecto, agregando el sentenciador, que tal circunstancia no sería suficiente para anular el acto, máxime cuando tales testigos están acordes en la identidad del sobre cerrado entregado al Notario por el testador, y que las exigencias de la ley se cumplieron respecto al número de testigos que aparecen suscribiendo el testamento, circunstancias que no son suficientes para negar la fe que corresponde al instrumento público.

Luégo dice el Tribunal:

"No sobra advertir que es injurídico el concepto que muchos tienen de que basta con que uno o dos de los cinco testigos instrumentales que suscriben un testamento cerrado, declaren más tarde que el testador no se hallaba en su sano juicio, o que no manifestó voluntad de testar, o que no presentó o suscribió el testamento, para que por esto solo se anule el acto testamentario. Si así fuera, quedarían sometidos todos esos actos solemnes al solo dicho de uno o dos declarantes, que vendrían a imponerse sobre las aseveraciones del Notario y de todos los demás testigos".

Como en la segunda instancia se propusiera algún nuevo reparo, no señalado en los hechos de la demanda, en relación con el acta relativa a la celebración del testamento cerrado, que debe elevarse a escritura pública, en los términos de la Ley 36 de 1931, el Tribunal expresó que tal hecho no había sido alegado entre los fundamentos de la demanda, que el sobre cerrado y sellado contiene la firma del testador y de los cinco testigos y que la circunstancia de no haber firmado uno de ellos la escritura pública respectiva, no implica nulidad del testamento. Cita, al efecto, la sentencia de esta Sala de fecha doce de abril de mil novecientos cuarenta, publicada en la **Gaceta Judicial** número 1955, página 239.

En desacuerdo con el proveído del Tribunal, el actor en el pleito interpuso el recurso de casación, que concedido, dio lugar al envío a esta Corte del juicio respectivo.

En esta Sala el negocio ha tenido la tramitación pertinente y siendo la oportunidad legal, se procede a pronunciar la decisión del caso.

Los cargos propuestos

a) Contra la sentencia que se revisa en casación, aduce el recurrente una serie de cargos tendientes a demostrar la errada estimación de la prueba testimonial allegada a los autos por una y otra parte. Considera que hubo error de hecho en la apreciación de tales testimonios, que condujeron al fallador, con tal interpretación, a violar los artículos 597, ordinal 3º y 697 del C. J., disposiciones que, a su entender, tienen carácter sustantivo, dando lugar a violar indirectamente los artículos 1061, ordinal 4, 1062, 1063 del C. C., por no haberlos aplicado, siendo así que dichos preceptos establecen la nulidad del testamento por las causas allí señaladas, y que son precisamente "las que se hallan probadas en el expediente".

Propone, al efecto, el motivo primero de casación de los señalados en el artículo 520 del C. J. Manifiesta que la forma equivocada en que se otorgó el testamento y las anómalas condiciones en que se encontraba el testador, no fueron tenidas en cuenta en la sentencia y así, el Tribunal "dejó de apreciar como se debe, en estricto derecho, la determinada prueba del demandante", que obra en autos, y en especial, las deposiciones de los testigos Benicio Gaviria, Juan Alvarez, Jairo Escobar, José Santamaría, José Domingo Guisado, Marco Tulio Ceballos y otros, con cuyos testimonios —dice— "viene a establecerse rectamente y con claridad de convicción absoluta, no sólo en el terreno de la ley, sino en el de la conciencia, que al señor Escobar se le coaccionó moral y físicamente, para hacerle inclinar su voluntad en beneficio de su sobrino José Joaquín Escobar, desnaturalizándose con ello la libre expresión de la voluntad del testador".

Menciona otros hechos establecidos por medio de testigos, cuyas disposiciones, a su entender, también fueron mal apreciadas, como las relativas a la falta de cumplimiento de ciertas formalidades esenciales para el otorgamiento del testamento cerrado, tales como las que expresan que el testador no entregó al Notario en persona su declaración de última voluntad, ni dijo de viva voz y de manera que todos lo vieran, oyeran y entendiecontraba la disposición de sus bienes, para que turan, que dentro del respectivo sobre cerrado se encontraba la disposición de sus bienes, para que tuviera pleno efecto después de sus días.

Que con la misma prueba testimonial se demostró y no lo tuvo en cuenta el Juzgador, que el testamento fue interrumpido en su otorgamiento, que no fue presenciado por los cinco testigos, que el testador sufrió un síncope "quedando luégo como muerto", lo que obligó al Notario a suspender el acto, reanudándolo sin que se hubiera cerciorado si el otorgante, después del accidente, continuaba en el goce de sus facultades.

Se considera:

Prueba documental o literal es la que se produce por medio de documentos en la forma prefijada por las leyes. Goza de gran confianza en la ley, en atención a la fijeza que al hecho por probar da el documento. "La escritura es un testigo que difícilmente se corrompe".

Entrel as pruebas documentales, se encuentra el instrumento público, uno de cuyos fines, es servir de medio de prueba.

Instrumento público o auténtico, es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante el Notario, o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo, se llama escritura pública (artículo 1758 del C. C.). La intervención del funcionario público competente, en su otorgamiento, le da al instrumento público el sello de autenticidad.

La persona que exhiba en juicio uno de estos documentos, no está obligada a justificar la verdad del mismo, sino que la parte que lo refuta o impugna de falso, debe acreditar su impugnación, a la inversa de lo que acontece con el documento privado; la persona que exhibe un documento de esta naturaleza, está obligada a probar que es verdadero, si la otra parte lo niega.

De la definición dada por el artículo 1758 del C. C. al instrumento público, se desprende que lo caracterizan los siguientes requisitos: a) Debe ser autorizado por un funcionario público, en su carácter de tal; b) El funcionacio debe ser competente en cuanto a la materia a que el instrumento se refiere y en cuanto al lugar en que lo autoriza (competencia en cuanto a la materia y en cuanto al territorio); c) Finalmente, el instrumento debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales varían según el caso. Así, por ejemplo, en cuanto al testamento cerrado, el acta que debe escribirse en el sobre que lo contiene, debe reunir los requisitos señalados por el artículo 1080 del C. C.

Sobre el valor probatorio de los instrumentos públicos, ha dicho esta Sala en sentencia del diez de julio de mil novecientos cuarenta y ocho:

"El artículo 1758 del C. Civil llama auténticos a los instrumentos públicos porque a los ojos de la ley ofrecen el máximun de garantías probatorias; la doctrina que informa esa calificación la hace depender de una doble prerrogativa que asiste al instrumento de esa clase: a) La consistente

en que la firma del funcionario que lo autoriza, por el carácter público de éste, no necesita verificación; b) La de que dicha firma apareja una prueba absoluta de lo afirmado por el funcionario como acaecido en su presencia; estas características hacen decir a Mattirolo que la fe prestada por la ley al medio probatorio aludido depende de que éste es, al propio tiempo, autenticado y autenticante". (G. J. No. 2062-63, pág. 493).

Tratándose del acta que debe extender el Notario sobre la cubierta del testamento, en relación con el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 1080 del C. C., bajo la firma del testador, los cinco testigos y el Notario, como instrumento público, es prueba plena de cuanto en su texto está cubierto con la fe pública, o sea, las circunstancias de haber presentado el testador al Notario y los testigos, una escritura cerrada y declarando de viva voz y de manera que el Notario y testigos lo vieran, oyeran y entendieran, que en aquella escritura se contenía su testamento; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento y la constancia de haber firmado el acta los que en ella intervinieron.

Depositando la ley en el Notario la fe pública, según la expresión de la primera parte del artículo 2576 del C. C., respecto de los actos y contratos que pasan ante él, no es posible infirmar normalmente por los medios probatorios de recibo en el procedimiento civil, la verdad extrínseca de lo afirmado en un instrumento público pasado ante Notario; la intrínseca, o sea la atañedera a las afirmaciones de los particulares recogidas en dichos instrumentos, siguen diversas normas probatorias en orden a su impugnación, según que ella se suscite por uno de los otorgantes o por terceros, y de ello no se trata en el presente caso.

"La presunción de verdad absoluta que la ley otorga al instrumento público —ha dicho esta Corte en la sentencia mencionada— no puede ser destruída sino demostrando su falsedad material o intelectual; tendrá cabida la primera cuando se haya alterado su texto después de haberse expedido; y la segunda, cuando siendo materialmente verdadero, se hayan hecho constar sucesos no ocurridos en realidad".

"A destacar, demostrar y frustrar el primer género de impostura atiende el Capítulo V, Título XVII, Libro II del Código de Enjuiciamiento Civil permitiendo que la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba pueda tacharlo de falso para que se desestime; esa gestión va dirigida contra el instrumento, contra su capacidad demostrativa, no implicando necesariamente la inculpación de una persona determinada, aunque como consecuencia suya puede llegar a establecerse; a este propósito dentro del juicio civil apenas se impugna el instrumento descartando quien sea el agente y su intención.

"Respecto del segundo tipo de falsedad se observa que, por ser intelectual, importa el designio de cubrir con la fe del Estado lo inverídico y que, por tanto, su sola afirmación presupone inculpar al funcionario o funcionarios que prestaron su ministerio en el logro de tan anómalo resultado; de esta suerte la enunciación del dicho género de falsedad implica la imputación de un hecho que nuestro estatuto represivo incluía en su artículo 358 a la fecha de iniciación del pleito, y prevé actualmente en el artículo 231.

"El artículo 251 del C. de P. P. al regular el pleno mérito probatorio del instrumento público, añade que "contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del instrumento mismo". No hay en el C. C. ni en el tratado sobre las pruebas que forma el Título XVII del Libro II del C. J., precepto que en forma tan expresa consigne la identidad entre la inculpación de falsedad y la impugnación de lo aseverado por el funcionario que extiende el instrumento público, pero puede afirmarse que así se deduce del ordenamiento legal sobre los medios probatorios; cuando la ley da al instrumento público el valor de plena prueba (artículo 632 del C. J.) no lo equipara a la confesión judicial, ni al documento privado reconocido, ni al indicio necesario, ni al dicho de los testigos hábiles, ni al dictamen pericial acorde (artículos 721 y 722 del C. J.); apenas podría pensarse a este propósito en la plenitud probatoria que la ley otorga al acto de la inspección ocular "respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez", si a ello no se opusieran las características singulares que estructuran el instrumento público.

"Forzoso es reconocer que éstas dotan al medio probatorio de que se viene tratando de un poder de convicción superior y preferente al de cualquier otro recibido por el derecho positivo, y que quien pretenda diferente de la garantizada por la fe pública **adversus omnes**, tendrá que demostrar primero la ocurrencia constitutiva de la falsedad intelectual del instrumento.

"No sobrará añadir que el criterio contenido en el artículo 251 del C. de P. P. es aplicable a toda valorización probatoria de documentos auténticos, porque las variaciones que sufre la estimación de los demás elementos de prueba (confesión, testi-

gos, peritos, indicios), según se aprecien en el campo penal o en el civil, emanan de la naturaleza y de la finalidad de ambos procesos, circunstancias a las cuales el instrumento público, por el género de hechos que atestigua, permanece indiferente y provisto de la misma fuerza de convicción". (Sentencia de 10 de julio de 1948).

Contra la fe debida al instrumento público, el demandante se limitó a traer al juicio una serie de declaraciones tendientes a demostrar que el testamento no se realizó en un solo acto, que al testador le llevaron la mano para hacer aparecer que había firmado, que no expresó de viva voz que dentro del sobre cerrado se contenía su declaración de última voluntad, etc.; pero tales testimonios son ineficaces para desvirtuar lo expresado en el instrumento público, que registra la atestación del Notario en presencia de cinco testigos, y el testador, sobre el lleno de las formalidades y requisitos en el acto de testar en forma cerrada, por don Samuel Escobar, todo lo cual aparece escrito sobre la cubierta del testamento y en la escritura pública redactada por el mismo Notario, en los términos de la Ley 31 de 1936.

Apareciendo, como aparece, que el acto de la celebración del testamento cerrado fue autorizado con la firma del Notario y de los cinco testigos instrumentales, además de la firma del otorgante, y atestando también el acta escrita sobre la cubierta, la presentación personal por el testador, de manera que todos lo oyeron, vieron y entendieron, su contenido hace plena fe, por tratarse de un documento auténtico, lo cual está de acuerdo con el inciso primero del artículo 1759 del C. C.

Esta plena fe debida al instrumento público debe mantenerse mientras no se destruya con una prueba suficiente, que no puede ser otra, que la demostrativa de la falsedad de lo allí consignado bajo la fe del Notario.

El caso en estudio se refiere a la falsedad de lo atestado, ya que se supone por el demandante que se hicieron aparecer en el acta del otorgamiento, sucesos no acaecidos en realidad, como fueron la falta de firma del testador, o la falsificación de la misma; la no comparecencia de los testigos instrumentales en el momento del otorgamiento; la carencia de presentación personal del sobre que contenía éste, por el otorgante, al Notario y en presencia de los testigos.

Para acreditar estos hechos, se limitó el actor a presentar unas cuantas declaraciones de testigos, con el ánimo de establecerlo, pero en presencia de lo aseverado en el instrumento público y lo sostenido por los testigos de la parte demandada, el Tribunal optó por la prueba auténtica de los hechos: por el acta firmada por el testador, Notario y testigos.

No se trata en el examen y apreciación de la prueba hecha por el Tribunal, del caso contemplado en el artículo 702 del C. J., o sea, cuando sobre un mismo punto se presentan testimonios contradictorios entre sí, en que el Juez, atendiendo a las condiciones de los testigos y a su calidad, fama e ilustración, deduce conforme a los principios generales de la sana crítica, cuáles deben atenderse, cuáles merecen mayor crédito. Con todo, el Tribunal hizo el estudio pormenorizado de la prueba testimonial, y de su examen se decidió por el dicho de aquellos testigos que demostraban la autenticidad del testamento y sus declaraciones, y siendo el resultado de este examen probatorio, coincidente con el mérito legal que corresponde al instrumento público, la Corte no encuentra anomalía alguna en tal examen.

Resta examinar, en orden a los cargos propuestos, lo relativo a la sanidad mental del testador, afirmada por el Notario y negada por el recurrente, ya que no hacen plena fe las declaraciones del funcionario en cuestión, que impliquen meras apreciaciones, ora porque los hechos a que aquéllas se contraen, no pueda el Notario percibirlos por sus propios sentidos, ora porque legalmente, no le sea factible comprobarlos.

Pero sobre la materia, y además de presumirse la capacidad y la sanidad mental del otorgante, halló el Tribunal, no sólo la declaración del Notario sobre la forma como se otorgó el testamento, que revela en quien testó el goce de sus facultades, ya que se preocupó de averiguar de quién quedarían los bienes al no morir de la enfermedad que le aquejaba, testimonio corroborado por la mayor parte de los testigos instrumentales y por algunas otras personas, aparece además, la declaración del médico, doctor Mejía, quien certifica haber visitado al enfermo hasta la víspera de su muerte y después de haber otorgado testamento, encontrándolo en el cabal uso de sus facultades. (Véase sentencia de dos de junio de 1942, G. J. No. 1986, página 614).

El Tribunal, pues, en el estudio de esta prueba, le da mayor valimento a la que se encamina a demostrar la sanidad mental del testador y no se observa error evidente de hecho en esa apreciación.

Por las razones que se dejan expuestas, se declara sin fundamento el cargo.

b) Error de derecho, consistente en haberle da-

do mérito al testamento otorgado por don Samuel Escobar, siendo así, que según puede leerse en la escritura pública que contiene el acta de la diligencia del otorgamiento del referido instrumento, en ella sólo aparecen las firmas de cuatro testigos, pues el llamado Roberto Pérez Uribe, no firma. El error de hecho consiste en darle el carácter de testamento, al otorgado sin los requisitos exigidos por el artículo 1078 del C. C.

Se considera:

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, según se vio, y que determina el artículo 1080 del C. C., es el acto en que el testador presenta al Notario y testigos, una escritura cerrada, declarando que ella contiene su expresión de última voluntad; de manera que si así se practica, y de ello dan fe el Notario y los cinco testigos, al suscribir sobre la cubierta cerrada la anotación que manda el citado precepto, se habrá cumplido lo que constituye lo esencial en el otorgamiento del testamento cerrado.

El requisito exigido por la Ley 36 de 1931, ha dicho esta Sala, no viene a constituir, en su fondo, una solemnidad o formalidad esencial que haga parte, por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia, que sí son verdaderamente esenciales para la existencia y validez del acto, son las enumeradas y exigidas por el artículo 1080 del C. C., cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad. La omisión de la escritura a que alude la ley 36 citada, no acarrea la nulidad absoluta del acto testamentario. Tanto la redacción, como el espíritu del artículo 4º de esa ley, inducen a aceptar que en tal precepto, tan sólo se señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario, pero en él no se consagra la nulidad absoluta, como sanción por su omisión (G. J., Tomo 49, página 240).

Así pues, si se prescinde de la escritura que dispone la memorada ley 36, no sería ello causa de nulidad, con tanta mayor razón, no lo sería el hecho de que se dejara de firmar la escritura en cuestión por unos de los testigos, máxime si, como lo observa el Tribunal, se trata de un error de copia, puesto que en el caso de autos, al enunciar el Notario los testigos ante quienes se celebró el acto, designa los cinco y aparece que firman cuatro y se repite el nombre de uno de ellos.

Pero hay algo más: en los hechos de la demanda, como lo anota la sentencia que se revisa, no se indicó entre los puntos base del debate tal circunstancia, lo que impediría al Juzgador fundarse en hechos no alegados.

En sentencia de esta Sala del diez y ocho del mes de mayo próximo pasado, aun no publicada, dijo el sentenciador:

"El Juez debe atenerse, al consignar la razón de decisión, en los hechos que hayan sido el fundamento de la demanda, o en los que apoye el demandado su defensa. Según el artículo 205 del C. J., la demanda debe contener lo que se demanda, debiendo expresarse con claridad y precisión los hechos u omisión en que se fundamente. Resulta de ello, que tanto la razón como la pretensión forman el contenido de la demanda; por tanto, si el Juez no puede juzgar fuera de los límites de lo demandado, es evidente que no puede atribuir a la decisión razones de **hecho** no invocadas por quien ha demandado.

"La afirmación de hecho es condición de eficacia de la demanda y, por tanto, implica un límite de ésta.

"Es necesario expresar el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho que se reclama en juicio. Los términos de una demanda son los factores señalados por el actor, como constitutivos del problema planteado ante el demandado y sometido a la decisión judicial, factores de los cuales no puede salirse, ni mucho menos variar el juzgador".

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia

Por las razones que se dejan consignadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Emilio Prieto, Oficial Mayor en propiedad.

SALA DE CASACION PENAL

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD. — SUS ELEMENTOS O REQUISITOS PARA QUE UN ACTO CONFIGURE ESTE DELITO

Para que un acto arbitrario o injusto constituya delito de abuso de autoridad de los previstos en el artículo 171, es necesario e indispensable que la violación de la ley penal comporte un daño para una persona o para una propiedad; en ausencia de uno de estos factores que, puede decirse, son el elemento material de la infracción el hecho no cae bajo la sanción del precepto comentado. En esta disposición la ley sanciona especialmente los delitos de acción y no los de omisión, por esto es por lo que la intención y la proyección de la voluntad hacia la esfera de lo exterior necesita indispensablemente, la ejecución de un acto arbitrario o injusto que lesione los intereses de una persona o de una propiedad.

En los delitos de abuso de autoridad por acción el error proveniente de una falsa interpretación de las lisposiciones legales no es el producto o resultado de una intención dolosa, pues en este evento se revelaría el propósito de imponer caprichosamente la voluntad del autor, por encima de las normas legales que indican el procedimiento dentro de las cuales debe desarrollarse la actividad funcional del funcionario o empleado público.

El Código Penal colombiano siguiendo la distinción general hecha por casi todas las legislaciones en su artículo 11 dice que los preceptos normativos de la ley penal pueden violarse de dos maneras, por acción u omisión. En los primeros, la infracción de la ley penal se realiza en virtud de actos positivos, y en los segundos, la violación se produce por actos negativos o de abstención.

La norma general del artículo 11 del Código Penal —en los delitos de abuso de autoridad— tiene su expresión concreta en los artículos 171 y 172: la primera de estas disposiciones sanciona los delitos de acción y la segunda contempla los casos típicos de omisión dentro de las diversas manifestaciones de omitir, rehusar, o retardar el cumplimiento de actos a los cuales legalmente está obligado.

Los hechos sancionados por el artículo 172 se vinculan directamente con los actos que los funcionarios o empleados públicos deben cumplir por razón del ejercicio de sus funciones o por causas inherentes al desempeño del cargo. En estos casos, la omisión por inobservancia del precepto que contiene un mandato, impide que la acción tenga una forma real y activa que se traduce en el incumplimiento del deber, y ese acto negativo es lo que da origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

La omisión es la falta en la cual se incurre por haber dejado de ejecutar algo necesario e indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al cumplimiento de un deber impuesto por la ley. La abstención de hacer frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, realiza actos negativos, que conllevan el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le imponen el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan idea de lo ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos

Cerrada la presente investigación por auto de siete de octubre del presente año, y recibido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal sobre el mérito del sumario se procede a su estudio.

Antecedentes

El 22 de marzo de 1947, el Juzgado 5º Superior de Medellín, llamó a responder en juicio criminal a Heriberto Cadavid Sarrazola por un delito de falsedad en documentos públicos y declaró prescrita la acción penal por los delitos de peculado y abuso de confianza. Como consecuencia del auto de proceder, el Juzgado revocó el beneficio de libertad provisional concedida por auto de junio 8 de 1940 y dispuso que el procesado fuera reducido a prisión.

El 19 de junio de 1947 Heriberto Cadavid Sarrazola fue capturado y puesto a disposición del Juzgado 5º Superior, pero como el negocio se hallaba en el Tribunal, para que esta entidad resolviera el incidente de recusación propuesta por el defensor del procesado contra el doctor Jaime Isaza Cadavid, este funcionario ordenó que Cadavid fuera puesto a disposición del Tribunal "para que resuelva lo que sea conveniente".

Dos finalidades se perseguían con la recusación propuesta contra el doctor Isaza Cadavid, Juez titular de dicho Juzgado. la suspensión de toda actuación procesal, y la cesación de la orden de captura librada contra Heriberto Cadavid S. Así lo afirma el peticionario cuando dice:

"De conformidad con el citado artículo 78 del C. de P. P. desde el momento mismo en que sea presentado el presente memorial debe ser suspendido el proceso y, en consecuencia, la orden de captura dictada contra mi defendido debe quedar en suspenso, para lo cual exijo que me sea entregado el correspondiente cumplido".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con ponencia del doctor Cicerón Angel, en auto de 19 de junio de 1947 definió la situación de Cadavid Sarrazola así:

"Conmínase al señor Heriberto Cadavid para que se presente a este Despacho cada ocho días, bajo la pérdida de la gracia que por el presente se le otorga". Esta providencia fue notificada al procesado y al Fiscal 3º del Tribunal.

El 21 de junio del mes y año citados el Agente del Ministerio Público pidió reposición del auto dictado por el magistrado sustanciador, y los fundamentos jurídicos de su petición pueden sintetizarse así:

a) Ejecutariado el auto de 22 de marzo de 1947 por el cual se ordenó la detención de Heriberto Cadavid S., habiendo sido capturado y puesto a disposición del Tribunal, el magistrado ponente debía dar estricto cumplimiento al artículo 387 del C. de P. P. expidiendo la orden correspondiente para el Director de la Cárcel de Varones.

b) La providencia que dispone la libertad del procesado es un auto interlocutorio (artículo 156 numeral 2º del C. de P. P.), por consiguiente, debe dictarse por la respectiva Sala (artículo 161 ibídem) y no por el Magistrado sustanciador como así lo hizo, "oficiosamente, sin petición de parte interesada, sin fundamentos legales, contra toda ley y todo derecho, como si se tratara de un mero auto de sustanciación".

c) De la petición de excarcelación no se dio traslado al Agente del Ministerio Público para oir su concepto, requisito sin el cual no se puede conceder la gracia, que ese beneficio se otorgó "por medio de un conciso auto y de manera arbitraria". Que la libertad no se concede sino después de extendida y firmada la diligencia de caución (artículo 403 del C. de P. P.) y no se cumplieron los requisitos legales otorgándose la gracia de libertad "en una forma inocua, por decir lo menos, y fácil de burlar".

El 23 de junio de 1947 el Secretario del Tribunal pasó el negocio al Despacho del Magistrado Cicerón Angel, y el 5 de julio se dictó un auto por el cual se ordena que el expediente permanezca en la Secretaría por el término de dos días a disposición de la contraparte. El 2 de agosto se dictó la providencia en la cual explica su actuación como Magistrado ponente, y expresa que el beneficio otorgado a Cadavid Serrazola es el resultado de la interpretación de los artículos 78 y 77 del C. de P. P. que dispone que la recusación se falle de plano en vista de lo alegado y probado y que "si hubiese enviado a la cárcel a Cadavid, hoy estaría acusado por abuso de autoridad por no haber suspendido la actuación mientras se decidía primero la recusación". En ese auto se invita a los compañeros de Sala para que estudien el proceso y ordena pasar el negocio a dichos magistrados.

Pero en esta providencia nada se resolvió en relación con el recurso de reposición interpuesto por

el Fiscal 3º del Tribunal contra el auto de 19 de junio de 1947 por el cual se concede a Heriberto Cadavid aunque en forma indirecta el beneficio de libertad provisional.

El 4 de agosto pasó el negocio al estudio de los Magistrados que componían la Sala del doctor Cicerón Angel Ferrer, y el 5 se hizo la siguiente anotación:

"Los señores Magistrados que integran la Sala del doctor Cicerón Angel Ferrer, ordenan sea puesto a despacho este negocio del doctor Angel Ferrer, para que **dicte fallo de fondo en relación con la reposición** del señor Fiscal 3º". (Subraya la Corte).

El 9 de agosto de 1947 el Fiscal 3º del Tribunal solicta al Magistrado Cicerón Angel se considere la reposición pedida contra el auto de 19 de junio del mismo año, y alega que se halla vencido el término señalado por el artículo 488 del C. J. para resolver. El 13 de agosto el Secretario de la Sala Penal a petición verbal del Magistrado Cicerón Angel, informa que el doctor Jaime Isaza Cadavid se retiró del Juzgado 5º Superior, en virtud de renuncia.

En auto de 13 de agosto de 1947, el Magistrado sustanciador con fundamento en el informe verbal suministrado por el Secretario de dicha entidad dice que "al desaparecer la causa que le daba a la Corporación jurisdicción —como acontece con la dejación que del cargo de Juez ha hecho el doctor Isaza Cadavid— el auto (19 de junio de 1947 aclara la Corte) pierde su razón de ser puesto que el negocio tiene que volver a su oficina de origen para que allí se cumplan los autos que estuvieren pendientes, porque se repite, al Tribunal sólo correspondía resolver sobre la recusación. En virtud de lo dicho se revoca el auto del Fiscal 3º, y se ordena la comparecencia del acusado Heriberto Cadavid, para que junto con este negocio, sean remitidos al Juzgado 5º Superior".

Con esta misma fecha (13 de agosto de 1947) la Sala del Tribunal expresó que por haber presentado renuncia del cargo de Juez 5º Superior el doctor Jaime Isaza Cadavid, el negocio debe volver a la oficina de origen.

Denuncio

Los anteriores hechos fueron puestos en conocimiento del Ministerio de Justicia, por lo cual se ordenó que uno de sus visitadores estudiara los cargos y rindiera el correspondiente informe; este funcionario constató la veracidad de los hechos expuestos por el Fiscal 3º del Tribunal de Medellín en relación con las actuaciones cumplidas en el incidente de recusación, y sobre la petición de reposición del auto de 19 de junio de 1947 y termina así:

"Me trasladé al despacho del señor Magistrado, y sobre el expediente obtuve los datos transcritos. El ofreció resolver el memorial de reposición del señor Fiscal, en el término de cuarenta y ocho horas. Es de anotarse que este memorial lleva fecha 21 de junio de 1947 y que por tanto, se halla transcurrido el término legal para que el Magistrado decida".

Con base en este informe el Jefe del Departamento de Vigilancia Judicial expresa:

"El señor Visitador rinde una información en la cual aparecen comprobadas las graves irregularidades de que da cuenta el señor Fiscal y que, en concepto de este Ministerio ofrecen suficiente materia para que la H. Corte Suprema ordene abrir la investigación criminal correspondiente".

El tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— declaró abierta la presente investigación y ordenó fuera perfeccionada.

Pruebas

Al sumario se allegaron copias de toda la actuación llevada a efecto en el incidente de recusación desde la diligencia por la cual se verificó el reparto, hasta el auto por el cual se ordenó la devolución del negocio al Juzgado de origen. También reposa en el sumario el auto de proceder dictado contra Heriberto Cadavid Sarrazola por el Juzgado 5º Superior y la providencia por la cual se revoca el beneficio de libertad provisional.

La calidad de Magistrado del doctor Cicerón Angel se acredita con el Acuerdo de nombramiento, el Acta de poseción y el correspondiente certificado sobre el ejercicio de funciones. En cuanto al Acta de posesión dice la Procuraduría:

"Es verdad que el acta de posesión se refiere a una época distinta a la en que se realizaron los hechos investigados, pero ello no obsta para dictar la providencia de fondo que califique el mérito del sumario, porque, de conformidad con los artículos 7º del Código Judicial y 252 del Código de Régimen Político y Municipal, "el nombramiento y el posterior ejercicio de las funciones de Magistrado o Juez hacen presumir de derecho la posesión, tanto para el efecto de estimar válidos los actos ejecutados por estos empleados, como para exigirles la responsabilidad que corresponda por la ejecución de los mismos actos".

"El acta de posesión que debe allegarse al pro-

ceso, y lo cual puede hacerse en el término probatorio del juicio, si la H. Corte acepta las conclusiones de la Procuraduría, es la que concierne al nuevo período de Magistrado que empezó el primero de mayo de 1947, al tenor del nombramiento que obra al folio 14 vuelto".

"En todo caso, el ejercicio del cargo por parte del doctor Angel durante el tiempo en que ocurrieron los hechos que se le atribuyen, está probado con el telegrama del folio 15, con las copias de las actuaciones respectivas y con la propia confesión de aquél".

Se recibió declaración indagatoria al Magistrado Cicerón Angel, en relación con los hechos a que se contrae la denuncia formulada por el Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

Hechos investigados

Los cargos que como resultado de la investigación aparecen contra el doctor Cicerón Angel, la Procuraduría los concreta así:

"1º—Haber puesto en libertad al procesado Heriberto Cadavid Sarrazola estando vigente el auto de detención dictado contra él por el señor Juez 5º Superior de Medellín con fecha 22 de marzo de 1947, esto es, haber hecho nugatoria la orden de detención, sin estar ella revocada;

"2º—Haber pretermitido el Magistrado doctor Angel el procedimiento que la ley señala para conceder excarcelación a todo sindicado legítimamente detenido, como es el traslado al Agente del Ministerio Público, el pronunciamiento de un auto interlocutorio y la respectiva diligencia de caución o promesa; y

"3º—No haberle resuelto al señor Fiscal 3º del Tribunal Superior el recurso de reposición que oportunamente interpuso contra el auto de 19 de junio de 1947, por medio del cual dejó en libertad al enjuiciado Heriberto Cadavid Sarrazola".

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Delegado en lo Penal estudia los hechos de los numerales 1º y 2º en relación con la norma positiva del artículo 171 del Código Penal, y en cuanto al cargo 3º lo analiza de acuerdo con el mandato del artículo 172 de la ley sustantiva.

Estima el colaborador que los hechos de los numerales primero y segundo no son violatorios de la ley penal, porque las actuaciones realizadas por el doctor Cicerón Angel en relación con la gracia concedida a Heriberto Cadavid S. son el resultado de la interpretación dada a los artículos 77 y 78 del C. de P. P., interpretación que pudo ser errada pero de buena fe y que no existiendo prueba en contrario esos cargos no le son imputables.

Pero —dice— no ocurre lo mismo en cuanto al tercer hecho. El Magistrado Cicerón Angel estaba en la obligación de estudiar y resolver dentro de los términos legales la solicitud de reposición formulada por el Fiscal 3º del Tribunal contra el auto de 19 de junio de 1947 y, al no hacerlo, esa actitud negativa es violatoria de la norma expresada en el artículo 172 del Código Penal, y en consecuencia pide se dicte auto de proceder contra el doctor Cicerón Angel, por este último cargo.

Se considera:

Los hechos que se imputan al doctor Cicerón Angel en los puntos primero y segundo, no se configuran dentro de la modalidad del artículo 171 del Código Penal, porque este delito tiene cumplida realización cuando el funcionario o empleado público con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, comete o hace cometer un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad y "la frase contra una persona o contra una piopiedad —ha dicho la Corte— no es explicativa, es decir, no expresa una idea comprendida en el significado de lo arbitrario o de lo injusto, porque un acto puede ser arbitrario o injusto sin que lesione intereses privados; es frase especificativa, porque suprimida, varía o modifica el significado que al acto arbitrario o injusto quiso darle el legislador. Existiendo el signo ortográfico de coma (,) después de la palabra "injusto" quiere decir que tanto el acto arbitrario como el injusto son punibles sólo cuando se cumple el requisito de la lesión de intereses privados".

Para que un acto arbitrario o injusto constituya delito de abuso de autoridad de los previstos en el artículo 171, es necesario e indispensable que la violación de la ley penal comporte un daño para una persona o para una propiedad; en ausencia de uno de estos factores que, puede decirse, son el elemento material de la infracción el hecho no cae bajo la sanción del precepto comentado. En esta disposición la ley sanciona especialmente los delitos de acción y no los de omisión; por esto es por lo que la intención y la proyección de la voluntad hacia la esfera de lo exterior necesita —indispensablemente— la ejecución de un acto arbitrario o injusto que lesione los intereses de una persona o de una propiedad.

La Corte acoge el pensamiento de su colaborador en cuanto a que los dos primeros cargos no le son imputables al doctor Cicerón Angel, bien por la inexistencia del elemento material, perjuicio contra una persona o contra una propiedad, ya tam-

bién porque, como lo sostiene el sindicado, el auto de 19 de junio de 1947, se dictó con base en la interpretación que se dio a los artículos 77 y 78 del C. de P. P. que determinan que presentada la petición de recusación o desde que se manifieste impedido el Juez o Magistrado, hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso y podrán ejecutarse los actos urgentes de instrucción, y porque estos incidentes se resuelven de plano en vista de lo alegado y probado. El Magistrado Cicerón Angel si bien es verdad que interpretó y aplicó erróneamente el contenido de las normas de los artículos citados en vez del artículo 387 del C. de P. P., esa interpretación errónea pero de buena fe no le acarrea responsabilidad, porque al proceder así no lo hizo con intención dolosa, por lo menos de las pruebas allegadas al sumario no se deduce que fuera otra la intención del acusado.

En los delitos de abuso de autoridad por acción el error proveniente de una falsa interpretación de las disposiciones legales no le es imputable penalmente a su autor, sino cuando ese error es el producto o resultado de una intención dolosa, pues en este evento se revelaría el propósito de imponer caprichosamente la voluntad del autor, por encima de las normas legales que indican el procedimiento dentro de las cuales debe desarrollarse la actividad funcional del funcionario o empleado público.

"Es evidente —dice la Procuraduría— que dentro de lo normal, cuando a un sindicado se le captura por consecuencia de una detención, el funcionario que conoce del proceso debe librar la orden de que trata el artículo 387 del Código de Procedimiento, a fin de que el detenido pase al establecimiento respectivo; y que, una vez en éste, su detención no debe cesar sino por causa legal; bien porque se revoque el auto de detención, o bien porque concurra alguna de las circunstancias que expresamente reconoce el legislador para poner en libertad provisional al procesado, y eso llenando el procedimiento preestablecido para tales casos".

"Pero en verdad esa no fue la situación precisa que se le presentó al Magistrado doctor Angel. Realmente, al tenor de la ley, a él sólo le incumbía conocer del incidente de recusación propuesto contra el Juez Quinto Superior de Medellín, por causa de enemistad con el enjuiciado Cadavid Sarrazola; y fue de manera ocasional o imprevista como se le suscito lo relativo a la destinación que debía darle a dicho acusado en virtud de la captura que acababa de hacer la autoridad, hecho realizado cuando ya el proceso se hallaba en el Tribunal. Y fue entonces cuando el Magistrado, ante esta emergencia, optó por dar cumplimiento a un precepto legal dictado especialmente para el incidente de recusación, o sea el que manda, de manera perentoria, que el proceso se suspenda hasta que se resuelva "definitivamente" dicho incidente".

"Y así las cosas, es preciso aceptar que al funcionario se le presentó una situación conflictiva de orden procesal que bien pudo perturbar racionalmente su criterio jurídico y llevarlo a adoptar un procedimiento excepcional que, al fin y al cabo, tiene algún fundamento en la disposición legal que ha invocado, o sea la del artículo 78 de la ley 94 de 1938".

El tercer cargo que se imputa al sindicado, es el de no haber resuelto oportunamente la petición de reposición formulada por el Fiscal 3º del Tribunal Superior de Medellín, contra el auto de 19 de junio de 1947, por el cual se dejó en libertad al procesado Heriberto Cadavid S. El Magistrado Cicerón Angel no sólo omitió cumplir con el ofrecimiento hecho al Visitador del Ministerio de Justicia de decidir la reposición dentro del término de cuarenta y ocho horas, sino que, como lo afirma la Procuraduría "profirió el auto de 13 de agosto de 1947, por medio del cual resolvió no estudiar el incidente de recusación por cuanto el Juez recusado ya había dejado de desempeñar el cargo".

El Agente del Ministerio Público estudió este hecho en relación con la norma del artículo 172 del Código Penal que contempla especialmente los delitos de omisión, y como conclusión de su magnífico estudio, pide a la Corte se llame a responder en juicio al doctor Cicerón Angel por un delito de abuso de autoridad.

En este mismo orden de ideas la Sala procede al examen de este cargo.

Es principio universal aceptado por la mayoría de las legislaciones penales, el de que la ley sustantiva puede ser violada de dos maneras, por acción y por omisión, es decir, por actos positivos realizados por el sujeto activo del delito, o por hechos negativos, que se refieren al hecho de no realizar determinadas acciones para que se produzca un cambio en el mundo exterior.

Carrara al referirse a las infracciones de la ley penal expresa que para tutelar los derechos del hombre es necesario que se establezca normas que prohiban algunos actos y que se impongan u obliguen en ciertas circunstancias algunos otros, y como corolario de este principio, dice: "La ley que prohibe los primeros se viola con el acto positivo contrario; la ley que impone los segundos se viola con el acto negativo".

Alimena al estudiar uno de los elementos del

delito —el hecho— y al referirse al caso concreto de los delitos de acción y de omisión afirma que en los delitos de acción el hecho se imputa porque el hombre tiene el deber de no hacer lo que es contrario al derecho, y que en los delitos de omisión el hecho se imputa cuando la ley imponga un deber especial.

Ferri al hablar de la clasificación de los delitos dice: que éstos pueden consistir "en delitos de acción, que son los que se cometen mediante una acción positiva (haciendo) y delitos de omisión, que son los que se realizan no haciendo"; que tanto los delitos de acción como los de omisión pueden ser dolosos o culposos, y que la omisión puede realizarse, cuando se dejan de observar deberes especiales a los cuales se está obligado.

Sebastián Soler después de tratar el concepto de la comisión, o sea la forma de actuación intencional y voluntaria del hombre para que se produzca un resultado "mediante una serie de movimientos mecánicos eficaces (actividad positiva del sujeto)", al estudiar el punto concreto de los delitos de omisión, sostiene que el sujeto activo del delito "puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o de una abstención" y que ello puede ocurrir en dos formas: por simple omisión de un precepto o norma positiva que exige o determina que se realice determinada actuación "de modo que el delito consiste en no hacer lo que la ley manda". En estos casos, el delito lo configura el hecho negativo de no hacer lo que la ley obliga. "Estos son los delitos llamados de omisión, simple omisión, o delitos de omisión propiamente dichos". En los segundos, el delincuente substituye su actividad por la eficacia causal de fuerzas exteriores, cuyo desarrollo lleva al resultado ilícito que el sujeto puede y debe impedir. Son los llamados delitos de comisión por omisión, o falsos o impropios delitos de comisión. En los delitos de omisión, lo punible es la omisión misma; en los de comisión por omisión, la omisión en sí misma no es punible; lo es cuando de ella se ha hecho un medio para cometer".

El Código Penal colombiano siguiendo la distinción general hecha por casi todas las legislaciones, en su artículo 11 dice que los preceptos normativos de la ley penal pueden violarse de dos maneras, por acción u omisión. En los primeros, la infracción de la ley penal se realiza en virtud de actos positivos, y en los segundos, la violación se produce por actos negativos o de abstención.

La norma general del artículo 11 del Código Penal —en los delitos de abuso de autoridad— tiene su expresión concreta en los artículos 171 y 172; la primera de estas disposiciones sanciona los delitos de acción, y la segunda contempla los casos típicos de omisión dentro de las diversas manifestaciones de omitir, rehusar, o retardar el cumplimiento de actos a los cuales legalmente está obligado.

Los hechos sancionados por el artículo 172 se vinculan directamente con los actos que los funcionarios o empleados públicos deben cumplir por razón del ejercicio de sus funciones o por causas inherentes al desempeño del cargo. En estos casos, la omisión por inobservancia del precepto que contiene un mandato, impide que la acción tenga una forma real y activa que se traduce en el **incumplimiento** del deber, y ese acto negativo es lo que da origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

La omisión es la falta en la cual se incurre por haber dejado de ejecutar algo necesario e indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al cumplimiento de un deber impuestos por la ley. La abstención de hacer frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda, la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, realiza actos negativos, que conllevan el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le imponen el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan la idea de la no ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse.

El Fiscal 3º del Tribunal Superior de Medellín estimó que el auto del 19 de junio de 1947, por el cual se conmina a Heriberto Cadavid S. para que se presente al despacho del Magistrado Cicerón Angel cada ocho días, **bajo pérdida de la gracia** que por dicho auto se le otorga, era un auto de excarcelación, y la interpretación dada por el Agente del Ministerio Público lógicamente no podía ser otra, porque si contra el procesado se había dictado auto de detención como consecuencia del auto de llamamiento a juicio, la **gracia** concedida en virtud del auto de 19 de junio, no podía ser otra que aquella de no ser reducido a prisión, como en efecto se hizo, haciendo en esta forma nugatorio el mandato del artículo 387 del Código de

Procedimiento Penal que ordena que verificada la captura del procesado y, si fuere el caso de detenerlo, el funcionario debe dar por escrito la orden al jefe del respectivo establecimiento carcelario para que el procesado sea detenido.

Contra el auto de 19 de junio el Fiscal del Tribunal interpuso recurso de reposición, y fue entonces cuando el Magistrado Cicerón Angel estimó que dicha providencia debía tramitarse como un auto interlocutorio y dentro del término señalado por el artículo 488 del C. J. El defensor de Cadavid objetó la petición del Fiscal. Así, pues, dentro de la tramitación y solución del recurso interpuesto por el Agente del Ministerio Público no tenía ninguna incidencia la recusación propuesta contra el Juez Quinto Superior; por tanto, la obligación del Magistrado Cicerón Angel era la de resolver la petición del Fiscal dentro de los términos legales que rigen sobre el particular.

Contra las providencias judiciales en materia penal existen los recursos de reposición, apelación, de hecho y de queja, y cuando se trata de los primeros, los recursos se interponen y sustancian de acuerdo con las normas de los artículos 487 y 489 del Código de Procedimiento Civil. Si el recurso se interpone contra un auto de simple sustanciación, éste se resuelve o decreta de plano, si versa sobre un auto interlocutorio, se mantiene la solicitud por dos días en la Secretaría para que las partes puedan objetarlo, y dentro de los tres días siguientes se resuelve si se accede o no a la reposición. Pero el Magistrado Cicerón Angel no cumplió con ninguno de los mandatos de las disposiciones citadas, ni con el ofrecimiento hecho al Visitador del Ministerio de Justicia, funcionario a quien prometió resolver la reposición del Fiscal en el término de cuarenta y ocho horas, sino que rehusó resolver el recurso de reposición.

La conducta del Magistrado Cicerón Angel frente al deber jurídico de obrar en forma positiva para evitar el evento de que con sus hechos negativos continuará gozando de libertad el procesado Heriberto Cadavid hizo nugatorio el cumplimiento de su deber en relación con lo dispuesto por el artículo 416 del Código de Procedimiento Penal que dispone que en cualquier tiempo, bien sea oficiosamente o a solicitud del Ministerio Público o de la parte civil, puede revocarse la providencia de excarcelación cuando se demuestre que el delito investigado es uno de aquellos que excluyen tal beneficio. Y es un hecho evidente que Cadavid S. fue llamado a responder en juicio por un delito de falsedad en documentos públicos, y que esta infracción penal al tenor del artículo 406 del C. de P. P. está exenta del beneficio de libertad provisional, ya que por otra parte, existía un auto legalmente ejecutoriado, en virtud del cual se ordenaba su detención.

Pero el Magistrado acusado, no solamente omitió el cumplimiento de su deber, sino que —como lo dice la Procuraduría— "recurriendo a procedimientos no indicados por la ley rehusó estudiar y resolver el recurso de reposición interpuesto por el Fiscal 3º del Tribunal Superior, no obstante que sus compañeros de Sala le devolvieron el proceso desde el 5 de agosto para que fallara dicho recurso".

En providencia de 2 de agosto de 1947, el doctor Cicerón Angel explica su actuación sobre la gracia otorgada a Heriberto Cadavid S., pero rehusa resolver en forma concreta sobre la reposición interpuesta por el Fiscal contra el auto de 19 de junio, y en auto de 13 de agosto del año citado hace ostensible su actitud al afirmar que "al Tribunal sólo le correspondía resolver sobre la recusación". Es decir, esa serie de hechos negativos contrarios a los deberes que como funcionario debía cumplir, tenía el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley por que impidieron la realización de un hecho jurídico que necesariamente debía cumplirse.

La ley procedimental civil en sus arts. 487 y 488 indica claramente la forma como debe sustanciarse y resolverse los recursos de reposición: si el auto es de sustanciación se falla de plano, si es una providencia interlocutoria se resuelve dentro de los tres días siguientes al vencimiento del traslado. El cumplimiento de estas normas no queda sujeto a la voluntad del funcionario, que puede o no llenarlo cuando a bien tenga, máxime cuando se trata de resolver problemas que atañen directamente al interés social; esa voluntad pasiva de no hacer sino de rehusar resolver la petición del Fiscal del Tribunal Superior, constituye un delito de omisión previsto y sancionado por el artículo 172 del Código Penal.

"Tanto por omitir —ha dicho la Corte— como por rehusar, como por retardar lo que es de su incumbencia un funcionario se hace responsable. No es lo mismo omitir (dejar de hacer una cosa) y retardar (diferir), que rehusar (no querer hacer una cosa). El funcionario que retarda u omite despachar los asuntos a su cargo es un empleado moroso; y si rehusa, será un empleado inconveniente, pero en uno u otro caso está faltando al cumplimiento de un deber, aunque con diverso procedimiento, pues en la omisión o en el retardo influye la falta de diligencia o de actividad; y en

el rehusar concurre la obstinación o la rebeldía. Pero la consecuencia es igual. Por eso la ley dispone para cualquiera de esos casos una misma sanción".

"La ley penal —dice la Procuraduría— no sólo tutela el que los funcionarios y empleados públicos actúen dentro de una extricta legalidad, sino que protege también el funcionamiento normal y diligente de sus deberes oficiales, vedándoles la conducta omisiva y negligente. De ahí que sancione tanto el hacer algo arbitrariamente, como el no hacer lo que la ley ordena para un caso concreto. Y dentro de esta última hipótesis (delitos de omisión) reprime el omitir, el rehusar y el retardar la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado el funcionario o empleado público (artículo 172 del C. P.)".

"Desde luego rehusar el acto es el caso más grave, porque ello implica una especie de rebeldía al cumplimiento del deber; en tanto que la omisión y el retardo generalmente se predican de la culpa".

La Sala al resolver un problema similar al que hoy es objeto de estudio, acogiendo la tesis de la Procuraduría en auto de 4 de julio de 1946 dijo:

"Es cierto que la ley previene que cuando se dejen de cumplir las condiciones impuestas al conceder el beneficio de la libertad, no podrá concedérsele nuevamente dicha gracia al procesado. Pero eso no quiere decir que el juez no tenga que dictar las providencias u órdenes escritas respectivas, porque la misión de los funcionarios de la rama jurisdiccional es precisamente la de aplicar los preceptos legales a los casos concretos por medio de resoluciones o actos escritos que son su expresión natural y lógica. Los jueces, según el Código Penal, no pueden omitir, rehusar o retardar la ejecución de los actos a que legalmente están obligados, sin incurrir en delito, y es claro que dentro de esos actos deben entenderse, por lo expuesto, toda clase de autos, sentencias u órdenes propias de los trámites procesales".

El artículo 172 del Código Penal tutela el correcto y normal funcionamiento de la administración de justicia, y en orden a esta medida de protección social, sanciona los hechos omisivos de los funcionarios o empleados públicos que rehusan, omiten o retardan la ejecución de actos a los cuales legalmente están obligados en ejercicio de su actividad funcional. Si el doctor Cicerón Angel en ejercicio de sus funciones rehusó resolver el recurso de reposición interpuesto por el Fiscal 3º del Tribunal Superior de Medellín contra el auto de 19 de junio de 1947, siendo, por otra parte, evidente que a ello estaba obligado; el delito quedó consumado cuando en consideración a ese acto, el funcionario rehusó ilegalmente cumplir con el deber impuesto por la ley, al no resolver el recurso de reposición interpuesto, con el lleno de las formalidades legales, por quien era parte en el proceso penal, y a la vez, tenía derecho para invocarlo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con el:

Resuelve

a) Sobreseer definitivamente en favor del doctor Cicerón Angel Ferrer por el delito de abuso de autoridad a qué hacen referencia los dos primeros cargos, consistentes en haber dictado el auto de 19 de junio de 1947 en el proceso adelantado contra Heriberto Cadavid Serrazola por falsedad en documentos estando vigente el auto que ordena la detención, y en haber omitido las formalidades determinadas por la ley para otorgar el beneficio de libertad provisional a un detenido.

b) Llámase a responder en juicio al doctor Cicerón Angel Ferrer, mayor de edad, casado, residente en Medellín, actualmente Magistrado del Tribunal Superior de esa ciudad, por un delito previsto y sancionado en el Código Penal, en su Libro II, Título III, Capítulo IV, bajo la denominación jurídica "De los abusos de autoridad y otras infracciones".

Notifíquese personalmente esta providencia al doctor Cicerón Angel Ferrer, a quien se le hará saber el derecho que le asiste para nombrar un defensor que lo represente en el juicio.

Comisiónase al Juez Quinto Superior del Distrito Judicial de Medellín, con el término de diez (10) días más las distancias para que haga la respectiva notificación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Julio E. Argüello R., Secretario.

REPOSICION DEL AUTO — ABUSO DE AUTORIDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y nueve de abril de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos

En memoriales de 8 de octubre y 27 de noviembre de 1948 tanto el Dr. Cicerón Angel como su apoderado solicitan reposición del auto proferido por esta Sala con fecha 10 de septiembre de 1948 cuya parte resolutiva dice:

"Llámase a responder en juicio al doctor Cicerón Angel Ferrer, mayor de edad, casado, residente en Medellín, actualmente Magistrado del Tribunal Superior de esta ciudad, por un delito previsto y sancionado en el Código Penal, en su libro II, Título III, Capítulo IV, bajo la denominación jurídica "De los abusos de autoridad y otras infracciones".

Fundamentos de la reposición

Razones del doctor Cicerón Angel:

"El cargo tercero consiste en lo siguiente:

"No haberle resuelto al señor Fiscal 3º del Tribunal Superior el recurso de reposición que oportunamente interpuso contra el auto de 19 de junio de 1947, por medio del cual dejó en libertad al enjuiciado Heriberto Cadavid Sarrázola".

"Como podrá verlo la H. Corte, mi auto de 2 de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, está encabezado con los siguientes términos:

"El suscrito Magistrado entra a resolver el escrito visible a folios 16 del 4º cuaderno, del señor Fiscal 3º del Tribunal.

.....

"En el auto de dos de agosto expliqué extensamente las razones que tenía para no acceder a lo pedido por el señor Fiscal 3º. De igual modo, y para atender a lo socilitado por dicho funcionario, se dispuso en aquel proveído que el negocio pasara a mis dos compañeros de Sala. Ya para mí se estaba volviendo mortificante aquel asunto, y aun cuando contra los autos de sustanciación no cabía el recurso de súplica, si quería que criterios más inteligentes y serenos que el mío, resolvieran lo que fuera mejor.

"Sí fue un olvido no haber concluído aquel auto de dos de agosto, con la forma acostumbrada de "no se accede a lo pedido. Notifíquese y cúmplase", y no en la forma en que se hizo, usando solamente la de "cúmplase". Pero no se me puede culpar por esto".

Razones del defensor

"El doctor Cicerón Angel Ferrer —opina el defensor— sí resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Agente del Ministerio Público y argumenta así:

"En auto de dos de agosto de 1947 el procesado empieza así: "El suscrito Magistrado entra a resolver el escrito visible a folios 16 del 4º cuaderno del señor Fiscal 3º del Tribunal", o sea el relativo a los recursos interpuestos. La clara intención manifestada en esa providencia no coincide, por simple olvido, con la parte resolutiva; o mejor, faltó ésta. Dejando para después el valor de esa manifestación que ella fue un comienzo de resolución que se concretó luégo en el auto de trece de agosto; en donde dice el Magistrado:

"El suscrito Magistrado como se sabe ya, dictó el auto de fs. 13 v. del cuaderno cuarto cuando en consideración a las razones que se expusieron en el escrito de fecha dos de agosto último. Quiso así mismo el suscrito **que sus compañeros de Sala hubiesen revisado aquellas razones,** con todo a que, contra los autos de sustanciación no cabe el recurso de súplica".

"Y luego termina dicho auto así: En virtud de lo dicho, **se revoca el auto de fs. 13 v.,** y se ordena la comparecencia del acusado Heriberto Cadavid, para que, junto con este negocio, sea remitido al Juzgado 5º Superior".

"El Magistrado Angel sí resolvió los recursos de reposición y "apelación". El primero, no importa la tardanza y el procedimiento equivocado que aplicó al proceso, mediante el auto últimamente transcrito; y el segundo, de acuerdo con las consideraciones de los autos mencionados, enviando

el 2 de agosto el expediente a sus compañeros de Sala, quienes lo devolvieron para que el Magistrado Angel resolviera sobre la reposición. Y la resolvió después. Por orden de éste volvió a la cárcel Heriberto Cadavid".

Luégo hace algunas consideraciones acerca de las demoras ocasionadas en dicho incidente, y dice que "en semejante situación procesal no es posible pensar que el cuerpo del delito esté plenamente probado y que haya una prueba suficiente sobre la responsabilidad.

"Si tanto el auto de proceder como el concepto de la Procuraduría están acordes en aquélla, se presentó al Magistrado Angel Ferrer una difícil situación que conturbó su espíritu, que esta confusión lo condujo por caminos no ajustados al verdadero sentido de la ley procesal y que por estas circunstancias el hecho grave de la libertad de un reo contra quien pesaba la fuerza de un auto de detención no tuvo un móvil doloso ni puede imputársele violación de la ley penal por ese hecho, con la misma razón ha de admitirse que tampoco es responsable por la demora en proferir una decisión, cuando aquellas dificultad, turbación psicológica y tramitación errónea fueron también la causa del retardo, todo lo cual se halla probado. La simple demora no puede constituír delito".

Se considera:

La Sala, en la providencia cuya reposición se pide, en relación con el cargo imputado al doctor Cicerón Angel Ferrer, dijo:

"El Fiscal 3º del Tribunal Superior de Medellín estimó que el auto de 19 de junio de 1947, por el cual se conmina a Heriberto Cadavid S. para que se presente al Despacho del Magistrado Cicerón Angel cada ocho días, **bajo pérdida de la gracia** que por dicho auto se le otorga, era un auto de excarcelación; y la interpretación dada por el Agente del Ministerio Público lógicamente no podía ser otra, porque si contra el procesado se había dictado auto de detención como consecuencia del auto de llamamiento a juicio, la **gracia** concedida en virtud del auto de 19 de junio, no podía ser otra que aquélla de no ser reducido a prisión, como en efecto se hizo, haciendo en esta forma nugatorio el mandato del artículo 387 del Código de Procedimiento Penal, que ordena que verificada la captura del procesado y, si fuere el caso de detener, el funcionario debe dar por escrito la orden al jefe del respectivo establecimiento carcelario para que el procesado sea detenido.

"Contra el auto de 19 de junio el Fiscal del Tribunal interpuso recurso de reposición, y fue entonces cuando el Magistrado Cicerón Angel estimó que dicha providencia debía tramitarse como un auto interlocutorio y dentro del término señalado por el artículo 488 del C. J. el defensor de Cadavid objetó la petición del Fiscal. Así, pues, dentro de la tramitación y solución del recurso interpuesto por el Agente del Ministerio Público no tenía ninguna incidencia la recusación propuesta contra el Juez quinto Superior; por tanto, la obligación del Magistrado Cicerón Angel era la de resolver la petición del Fiscal dentro de los términos legales que rigen sobre el particular.

"Contra las providencias judiciales en materia penal existen los recursos de reposición, apelación, de hecho y de queja, y cuando se trata de los primeros, los recursos se interponen y sustancian de acuerdo con las normas de los artículos 487 y 489 del Código de Procedimiento Civil. Si el recurso se interpone contra un auto de simple sustanciación, éste se resuelve o decreta de plano, si versa sobre un auto interlocutorio, se mantiene la solicitud por dos días en la Secretaría para que las partes puedan objetarlo, y dentro de los tres días siguientes se resuelve si se accede o no a la reposición. Pero el Magistrado Cicerón Angel no cumplió con ninguno de los mandatos de las disposiciones citadas, ni con el ofrecimiento hecho al Visitador del Ministerio de Justicia, funcionario a quien prometió resolver la reposición del Fiscal en el término de cuarenta y ocho horas, sino que rehusó resolver el recurso de reposición.

"La conducta del Magistrado Cicerón Angel frente al deber jurídico de obrar en forma positiva para evitar el evento de que con sus hechos negativos continuara gozando de libertad el procesado Heriberto Cadavid hizo nugatorio el cumplimiento de su deber en relación con lo dispuesto por el artículo 416 del C. de P. P. que dispone que en cualquier tiempo, bien sea oficiosamente o a solicitud del Ministerio Público o de la parte civil, puede revocarse la providencia de excarcelación cuando se demuestre que el delito investigado es uno de aquéllos que excluyen tal beneficio. Y es un hecho evidente que Cadavid S. fue llamado a responder en juicio por un delito de falsedad en documentos públicos, y que esta infracción penal al tenor del artículo 406 del C. de P. P. está exenta del beneficio de libertad provisional, ya que por otra parte, existía un auto legalmente ejecutoriado, en virtud del cual se ordena su detención.

"Pero el Magistrado acusado, no solamente omitió el cumplimiento de su deber, sino que —como

lo dice la Procuraduría— "recurriendo a procedimientos no indicados por la ley— rehusó estudiar y resolver el recurso de reposición interpuesto por el Fiscal 3º del Tribunal Superior, no obstante que sus compañeros de Sala le devolvieron el proceso desde el 5 de agosto para que fallara dicho recurso".

El doctor Angel afirma en su memorial de 9 de octubre de 1948 que en el auto de 2 de agosto explicó expresamente las razones que tuvo para no acceder a lo pedido por el Agente del Ministerio Público, y que si fue un olvido no concluír dicha providencia con las fórmulas sacramentales que exige la ley, ese hecho no le es imputable.

El Fiscal 3º del Tribunal en memorial del 21 de junio de 1947, pidió reposición del auto de 19 del mes y año anteriormente citados, dictado por el Tribunal, petición que concretó en estos términos.

"Por todo lo anteriormente expuesto me permito solicitaros reposición del auto que he dejado transcrito y de que he venido ocupándome, en el sentido de que lo revoquéis y ordenéis la inmediata captura del procesado, sin que pueda gozar de beneficio de excarcelación, como lo dispone el auto de fs. 135 v. Estoy seguro de que así lo haréis, pero si eso no ocurriera así, os pido que expongáis las razones y argumentos legales, en que fundéis vuestra determinación, en jurídica y motivada providencia. Para el caso de que no se acceda a la reposición solicitada en subsidio **apelo** (subrayo) ante los demás señores Magistrados que integran vuestra Sala de Decisión".

En la providencia de 2 de agosto de 1947, el Magistrado Cicerón Angel, no resuelve absolutamente nada, sobre la petición del Agente del Ministerio Público en relación a la libertad provisional concedida a Heriberto Cadavid, pues éste siguió gozando de dicho beneficio y el Tribunal nada dijo sobre el particular.

En la parte final de dicho auto el Magistrado dijo: "De igual modo, y como el señor Fiscal 3º quiere que la actuación del suscrito sea estudiada por los Magistrados restantes de la Sala, éste no tiene para ello ningún reparo, y así dispone que el proceso pase a dichos Magistrados".

A esta determinación los otros Magistrados que integran la Sala expresaron: "Ordenan sea puesto a Despacho este negocio del doctor Angel, para que se dicte fallo de fondo en relación **con la reposición del señor Fiscal 3º"**. Es decir, que los mismos Magistrados que integraban la Sala del doctor Angel consideraron que en este negocio no se había fallado en el fondo, sobre la reposición del auto de 19 de junio de 1947 y ésta precisamente era la realidad. Posteriormente el Fiscal 3º del Tribunal en memorial de 9 de agosto de 1947 reiteró su petición sobre la reposición pedida y expresó: "En consecuencia os pido reiteradamente que repongáis vuestro auto ordenando la detención de Cadavid, o de lo contrario me concedáis el recurso de súplica de que habla el artículo 511 del C. J. para ante los señores Magistrados restantes de vuestra Sala de Decisión".

"Por el Tribunal en auto de 13 de agosto de 1947, teniendo en cuenta que el doctor Jaime Isaza Cadavid (Juez recusado) había renunciado al cargo "como puede verse en el informe de Secretaría, este negocio debe volver a su oficina de origen para que siga su curso. Así se resuelve, administrando justicia en nombre de la Ley". Este auto se halla firmado por los Magistrados que integran la Sala de Decisión del doctor Angel, y en él nada se resuelve sobre la **reposición** pedida por el Fiscal.

El Tribunal —como se dijo— en el auto cuya reposición se pide, consideró que la providencia por la cual se concede el beneficio de libertad provisional a Heriberto Cadavid, era un auto interlocutorio, y así dispuso tramitar la solicitud de reposición, así, también, lo estimaron los demás Magistrados de la Sala, y por este motivo ordenaron que el negocio pasara nuevamente al Despacho del doctor Cicerón Angel para que se resolviera sobre el fondo de la reposición pedida, pero de la simple lectura de las providencias dictadas en este negocio, se concluye que el Tribunal nada resolvió sobre este particular.

En estas condiciones, la afirmación que hace el doctor Angel, de que en el auto de 2 de agosto de 1947 se resolvió sobre el recurso de reposición solicitada por el Agente del Ministerio Público carece de fundamento, ya que, por otra parte, las razones alegadas no dan base para reponer la providencia de 10 de septiembre de 1948, dictada por la Sala.

El defensor alega que el doctor Cicerón Angel no es responsable "por la demora en proferir una decisión, cuando aquellas dificultad, turbación psicológica y tramitación errónea fueron también causa del retardo, todo lo cual se halla probado. La simple demora no puede constituír delito".

A esto, observa la Sala que el cargo que se le imputa al doctor Angel, no es un delito de abuso de autoridad por demoras en el despacho del negocio, sino por haber omitido o rehusado resolver el incidente de reposición por el cual el Agente del Ministerio Público pide se revoque el benefi-

cio de libertad provisional concedido al procesado Heriberto Cadavid, a quien se llamó a responder en juicio por un delito de falsedad en documentos públicos.

También afirma que el doctor Angel sí resolvió la petición del Fiscal, no sólo en el auto de 2 de agosto de 1947, sino también, en la providencia de 13 de agosto del citado año en donde dice: "En virtud de lo dicho, se revoca el auto de fs. 13 v. y se ordena la comparecencia del acusado Heriberto Cadavid, para que, junto con este negocio, sean remitidos al Juzgado 5º Superior".

El primer argumento lo aduce el doctor Angel, y ya se explicó que el auto de 2 de agosto de 1947 no contiene ninguna resolución sobre la petición hecha por el Fiscal. Si el incidente hubiera sido resuelto, los Magistrados que integran la Sala no hubieran dispuesto que el negocio volviera al Despacho del Magistrado sustanciador "para que se dicte fallo de fondo en relación con la reposición del Fiscal 3º". (Informe de agosto 5 de 1947, fs. 63 v.).

En cuanto al segundo argumento, es obvio que el auto de sustanciación de 13 de agosto de 1947 era una consecuencia natural y lógica del auto interlocutorio dictado por la Sala el mismo día, mes y año.

Así lo afirma el Magistrado ponente cuando dice: "En proveído de esta misma fecha la Sala de Decisión, de la cual es ponente el suscrito, resuelve que, por haber renunciado el Juez recusado y haber dejado de desempeñar el cargo, no hay lugar a estudiar la **recusación presentada**" (subraya la Sala).

Pero la solicitud de reposición sobre libertad provisional de Heriberto Cadavid concedida por auto de 19 de junio de 1947, no fue resuelta por la Sala, ya que, únicamente, se ordenó volver el negocio al Juzgado de origen por haber renunciado el Juez recusado. La revocatoria del auto no se hizo por la solicitud presentada por el Agente del Ministerio Público, sino porque el incidente de recusación había perdido su razón de ser, pues la renuncia del doctor Isaza Cadavid del cargo de Juez 5º Superior finalizaba dicho incidente y el Tribunal obligatoriamente tenía que volver el negocio al Juzgado de origen. Si la reposición se hubiera considerado en el auto interlocutorio dictado por la Sala, el cargo por el cual se lo llamó a responder en juicio al doctor Cicerón Angel no tendría fundamento, pero como no se hizo, las razones expuestas por la Corte no han perdido su valor.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no repone el auto de diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Domingo Sarasty M.—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola (Conjuez)—**Jesús Alfonso Roa,** Secretario.



RECURSO DE REVISION. — OBJETO DE ESTE RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurrente se propuso hacer ver a la Sala que los fallos impugnados descansan sobre bases probatorias muy poco consistentes. Este no es el objeto del recurso de revisión, pues no se trata con él de examinar los fundamentos de la sentencia, como en un incidente de apelación, y aún en algunos casos, en un recurso de casación, sino de demostrar una o más de estas cuestiones: a) Que el procesado ha sido condenado por un delito que no pudo ser cometido sino por un solo individuo y por el cual ya se condenó a otro; b) Que se le ha condenado por un delito inexistente; c) Que la prueba que sirvió para condenar es falsa; y e) Que después de la sentencia aparecieron hechos nuevos, o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, conforme a las cuales resulta la inocencia del acusado, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo tres de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Luis Francisco Salamanca ha propuesto recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas de 18 de julio de 1944 y 17 de noviembre del mismo año, dictada aquélla por el señor Juez Penal de Pamplona, y ésta por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en las cuales se le condenó, por el delito de robo, a la pena principal de doce años de prisión.

El recurso se ha tramitado de acuerdo con los artículos 572 a 574 del Código de Procedimiento Penal, y en relación con él ha emitido opinión el señor Procurador Delegado en lo Penal.

El delito por el cual fue declarado responsable Luis Francisco Salamanca tuvo su consumación en la ciudad de Pamplona, én uno de los días doce o trece de julio de mil novecientos cuarenta y dos, y consistió en la sustracción, mediante violencia a las cosas, de drogas y un reverbero marca "Juwel", pertenecientes al señor Marco A. García.

Alega el interesado al sustentar el recurso lo siguiente:

"La inocencia de una persona del hecho que se le juzga resalta a la vista con la sola lectura del proceso. Lo mismo que su responsabilidad, la plena prueba de un hecho es tan necesaria como la que lo desliga. La prueba completa es la base de todo procedimiento, pues ella es el sólido mecanismo de la justicia y a falta de ella la justicia no puede funcionar. Aunque esta lección procedimental no es de las reconocidas en la ley para ordenar una revisión, pero presta mérito para partir de esa base el estudio de las diligencias que someto a su ilustrado criterio. El derecho debe de prosperar, máxime cuando se me condenó sin la plena prueba, atendiendo solamente las exequias frías y muertas de un indicio. Y habiendo prueba nueva que establece mi inocencia, la revisión debe de prosperar sin detrimento alguno...".

El señor Procurador Delegado en lo Penal replica de la siguiente manera:

"De esta o parecida laya son todos los argumentos que esgrime el libelo en favor de la tesis invocada de revisión. No se mencionan allí, expresamente, las causales escogidas como propias para fundamentar el recurso, ni se observa un asomo de técnica para sustentarlo.

"Por ninguna parte surge el hecho nuevo que establezca la inocencia del procesado, como se afirma al final de la parte transcrita de la demanda. A no ser que se entiendan por tal, los testimonios de los señores Luis Roberto Serrano, Arturo Pérez, José Alejandro Delgado y Miguel S. Gómez, sobre la conducta del citado Salamanca con anterioridad a la ejecución del delito por el cual fue condenado.

"Pero, como es obvio, dicha prueba no se relaciona con ninguna de las causales o motivos contemplados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, cuya interpretación es taxativa por mandato legal.

"Ahora bien: dejando a un lado la demanda y yendo al proceso mismo de cuya revisión se tra-

ta, no se encuentra a través de las dos instancias demostración alguna de que "es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo". Es decir, que el motivo consignado en la causal tercera del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, no sirve de justificación para la prosperidad del recurso...".

Durante el proceso negó Salamanca su participación en los hechos; se limitó a dar cuenta de sus actividades durante las horas de la noche en que se cometió el ilícito, habiendo en ello contradicción, pues en la primera indagatoria afirmó que había permanecido en su casa durmiendo, y en la segunda, que la noche en referencia estaba en una fiesta o baile en casa de Esteban Salamanca, hermano suyo. Pero ni la una ni la otra versión fue admitida por los juzgadores, que dispusieron de otros elementos de juicio para declarar responsable al acusado.

La actividad probatoria del demandante en revisión se redujo, durante la tramitación de este recurso, a pedir que se recibieran las declaraciones de los señores Arturo Pérez, Luis Roberto Serrano, José Alejandro Delgado y Miguel S. Gómez. Dichos señores solamente declararon sobre la conducta de Salamanca con anterioridad a la ejecución del delito por el cual fue condenado.

Considera la Sala:

Si el recurrente pretende acogerse al numeral 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal —según lo da a entender en su escrito de 10 de julio de 1948— era de esperarse que presentara pruebas no conocidas al tiempo de los debates, y pruebas veraces, se entiende, conducentes a establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado Luis Francisco Salamanca, o hechos nuevos con ese fin. Pero todo lo que se ha pretendido es hacer una demostración de inocencia, rechazada en la instancias del juicio por parte de los juzgadores.

El recurrente se propuso hacer ver a la Sala que los fallos impugnados descansan sobre bases probatorias muy poco consistentes. Este no es el objeto del recurso de revisión, pues no se trata con él de examinar los fundamentos de la sentencia, como en un incidente de apelación, y aún, en algunos casos, en un recurso de casación, sino de demostrar una o más de estas cuestiones: a) Que el procesado ha sido condenado por un delito que no pudo ser cometido sino por un solo individuo y por el cual ya se condenó a otro; b) Que se le ha condenado por un delito inexistente; c) Que la prueba que sirvió para condenar es falsa; d) Que esa prueba fue obtenida por medios no autorizados por la ley; y e) Que después de la sentencia aparecieron hechos nuevos, o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, conforme a las cuales resulta la inocencia del acusado, o que constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia.

Y si pretende fundar el recurso en el punto b), era indispensable demostrar la inexistencia del delito para que a la Sala le fuera posible ordenar la revisión del proceso terminado en ambas instancias contra él. Pero confiar en ello solamente porque al criterio que guió al fallador en la apreciación de las pruebas se pueda oponer a otro, es asirse a una vana esperanza y es pretender que se le dé al recurso extraordinario de revisión un alcance que la ley no le concede y que lo desnaturalizaría completamente.

No desprendiéndose del proceso la certidumbre sobre la inocencia del reo o que el hecho criminoso no existió, o que la condenación obedeció a pruebas secretas, o que provino de la imposibilidad del caso 1º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, debe concluírse que el recurso de revisión interpuesto no tiene fundamento legal.

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 Procurador Delegado en lo Penal, NIEGA la revisión del proceso que se siguió ante el Juzgado Penal de Pamplona y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en el cual fue condenado Luis Francisco Salamanca, por el delito de robo, a la sanción principal de doce años de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del respectivo Tribunal, al Juzgado de origen.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

CAUSAL 2ª DE CASACION—SU IMPROCE DENCIA EN LOS PROCESOS EN QUE INTERVINO EL JURADO—REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION

1.—En los juicios que se ventilan con intervención del jurado, la causal segunda de casación es inoperante y no puede alegarse; porque la casación, en estos casos especiales, no se concreta al examen de los hechos, sino al estudio de la sentencia frente al derecho que se supone haber sido violado por la sentencia del Tribunal.

El examen de las pruebas relativas a la responsabilidad como a la exención de ella y la crítica o valoración de las mismas, no puede hacerse por la Corte —Sala Penal— sino con el único objeto de concluir con una declaración sobre injusticia del veredicto pronunciado por los jueces de conciencia, tema éste ajeno al recurso de casación.

Si el veredicto, en las instancias del juicio, no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales, en casación, no puede desconocerse su valor so pretexto de subsanar, enmendar, o corregir una deficiencia del juzgador de instancia, pues la Corte no tiene facultad alguna para hacer esa declaración, y porque dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, no se consagra como causal de casación en los juicios que interviene el jurado, la del numeral 2º del artículo 567 de la ley 94 de 1938.

2.—La demanda de casación debe formularse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del Código Judicial, en relación con el ordenamiento del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, aplicable a estos casos.

Cuando en casación se alega una causal, —el deber del recurrente— no se reduce a enunciarla sino a demostrarla; es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones violadas por el fallador de instancia.

Si el recurso de casación en último término constituye una crítica a la sentencia por haberse incurrido en un error, para que prospere la causal, es necesario demostrar en qué consiste ese error, por qué se incurrió en él, y, por qué se violaron las disposiciones de la ley sustantiva o procedimental; en otros términos, llevar al debate para que sirvan de examen ante la Corte, los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico que le permitan hacer un estudio del fallo frente a la ley.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica aconsejados por la ley—como en este caso— la Sala no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento, llenar los vacíos y defectos de la demanda haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan el carácter de perjudiciales para el procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo tres de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de febrero once de mil novecientos cuarenta y ocho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona condenó a Teófilo Pabón, a sufrir la pena principal de veinte años de presidio, como responsable de un delito de homicidio —agravado— y robo cometidos en la persona y bienes de Víctor María Pabón.

Contra esta sentencia, tanto el procesado como su defensor, en memorial de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, interpusieron recurso de casación, el cual fue sustentado —ante la Corte— en escrito de agosto 9 del año citado.

Demanda. — Impugna —el recurrente— la sentencia del Tribunal por las causales segunda y cuarta del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.—Errada interpretación o apreciación de los hechos, cuando en la sentencia se les atribuye un valor probatorio que no tienen, o se les niega el que sí tienen, cuando no se les toma en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o resulta manifiesta contradicción en-

tre ellos, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes, o modificadores de la responsabilidad de sus autores o partícipes.

Dice —el demandante— que Pabón confesó el hecho de ser el autor del homicidio, pero que esa confesión fue calificada, por la circunstancia de que el acto se realizó en estado de legítima defensa, o sea cuando el agente activo del delito fue atacado por el occiso, y que el móvil del delito no fue el robo, sino algo enteramente eventual. Y concreta el cargo así:

"La confesión hecha por Pabón, fue interpretada en manera errada por el juez de derecho y más tarde por el tribunal de conciencia, una vez que se le dio fuerza de acusación integral, para imponer a Pabón un castigo exagerado, que engendra iniquidad, y cuando el homicidio nunca puede tomarse como delito medio para obtener la utilidad del robo. No existen indicios que demuestren tal conexidad esencial y lejos de ello, tan sólo ha de hablarse de un homicidio simple, con un hurto o sustracción de pequeña cantidad de dinero, que tampoco es la tenida en cuenta por el Jurado ni el sentenciador de derecho".

Se considera:

En los juicios que se ventilan con intervención de jurado, la causal segunda de casación es inoperante y no puede alegarse; porque la casación, en estos casos especiales, no se concreta al examen de los hechos, sino al estudio de la sentencia frente al derecho que se supone haber sido violado por la sentencia del Tribunal.

El examen de las pruebas relativas a la responsabilidad como a la exención de ella y la crítica o valoración de las mismas, no puede hacerse por la Corte —Sala Penal— sino con el único objeto de concluír con una declaración sobre injusticia del veredicto pronunciado por los jueces de conciencia, tema éste ajeno al recurso de casación.

Si el veredicto, en las instancias del juicio, no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales, en casación, no puede desconocerse su valor so pretexto de subsanar, enmendar o corregir una deficiencia del juzgador de instancia, pues la Corte no tiene facultad alguna para hacer esa declaración, y porque dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, no se consagra como causal de casación en los juicios en que interviene el jurado, la del numeral 2º del artículo 567 de la ley 94 de 1938.

"La causal segunda de casación no puede alegarse en los juicios en que interviene el Jurado —ha dicho la Corte— porque ello implicaría el desconocimiento de un fallo que se funda en el veredicto, ora porque los jueces de conciencia son libres de apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción, ora porque el recurso no constituye una tercera instancia del proceso, ya porque en casación no se estudian los hechos sino el derecho, es decir, el fallo frente a la ley, ora porque el examen de las pruebas lleva a la conclusión de declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, tema impropio del recurso y que la ley no le ha consagrado como causal de casación".

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal cuarta.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

En la demanda en relación con esta causal no se exponen los hechos ni los fundamentos atinentes a sustentarla, pues, el recurrente la enuncia así:

También en la causal 4ª, como que la causa se halla viciada de nulidad, si se tiene en cuenta que la cuantía del robo a que se alude en el fallo recurrido no tuvo comprobación exacta en los autos ni hay datos que la hagan posible como entidad aritmética representada en un guarismo matemático.

Se replica:

La demanda de casación debe formularse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del Código Judicial, en relación con el ordenamiento del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, aplicable a estos casos.

Cuando en casación se alega una causal —el deber del recurrente— no se reduce a enunciarla sino a demostrarla; es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones violadas por el fallador de instancia.

Si el recurso de casación en último término constituye una crítica a la sentencia por haberse incurrido en un error, para que prospere la causal, es necesario demostrar en qué consiste ese error, por qué se incurrió en él, y, por qué se violaron las disposiciones de la ley sustantiva o procedimental; en otros términos, llevar al debate para que sirvan de examen ante la Corte, los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico que le permitan hacer un estudio del fallo frente a la ley.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica aconsejados por la ley —como en este caso— la Sala no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento, llenar los vacíos y defectos de la

demanda haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan el carácter de perjudiciales para el procesado.

Estas solas consideraciones serían suficientes para rechazar el cargo, sin embargo, es pertinente transcribir lo que la Procuraduría dice sobre este particular.

"La anterior afirmación, escueta y sin respaldo jurídico alguno, apenas podría aceptarse ante los juzgadores de instancia, y no en este recurso extraordinario de casación, en el cual, por lo exigente y técnico que es, hay que plantear las tesis y sustentarlas razonablemente.

"Además, lo relativo a la fijación de la cuantía en los delitos de hurto y robo no es materia de nulidad del juicio, porque ello no se refiere a la omisión o quebrantamiento de las formalidades propias del mismo, sino que se relaciona con otro problema atinente, bien a la existencia misma de la infracción, si no se demuestra el apoderamiento de una cosa mueble ajena (artículos 1º y 2º, Ley 4ª de 1943), o bien a la individualización de la pena, según la cuantía de lo hurtado o robado (artículos 398, numeral 2º, 399, 400, 403, C. P.).

"Lo primero —inexistencia del delito por falta de objeto material y daño inmediato— habría que alegarlo con base en la causal segunda, si se trata de procesos ventilados ante los Jueces del Circuito; y lo segundo —aplicación de la pena— sería propio de la causal primera. Y ésta no ha sido invocada aquí, ni la segunda es procedente en el caso **sub judice**, por lo ya dicho.

En consecuencia la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por la cual se condena a Teófilo Pabón a la pena principal de veinte años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y robo cometidos en la persona y bienes de Víctor María Pabón.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

DIFERENCIAS SUSTANCIALES DE LA AMNISTIA Y EL INDULTO—LA CONCESION DE ESTE ULTIMO NO ES OBICE PARA QUE PUEDA ADMITIRSE Y DECIDIRSE EL RECURSO DE CASACION

Pudiera objetarse que el recurso de que se viene hablando (el de casación concedido por la ley 82 de 1948, artículo 4º, "contra las sentencias pronunciadas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, en las causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Consejos Verbales de Guerra por delitos cometidos en el país en los días 9 de abril y siguientes del corriente año") no puede prosperar, por sustracción de materia, supuesto que el Presidente de la República, en uso de la facultad que le confirió el artículo 2 de la misma ley 82, le concedió al procesado "indulto de la pena privativa de la libertad que le falta por cumplir".

Pero que ello no es así, se deduce de la naturaleza misma del indulto, reglamentado en los artículos 76 (ordinal 23) y 119 (ordinal 4º) de la Constitución, y 667 del Código de Procedimiento Penal: en efecto, aparte de las diferencias accidentales entre amnistía e indulto, las sustanciales son que la primera se concede en forma general, en tanto que el segundo se otorga en forma individual y, sobre todo, que la amnistía "desconoce el delito", lo hace desaparecer como fuente de penalidad, mientras que "el indulto reconoce el delito cometido", pues indulto es perdón y el perdón supone el hecho como delictuoso y la responsabilidad del agente. Como dice Pinna, citado por Ferri, todo perdón "es una forma de condena, porque atribuye al procesado la consumación del hecho y porque puede obligarle al resarcimiento del daño".

....

Ahora bien, si hay una condena que considera cometido un delito no es óbice a la casación que se haya concedido un indulto o perdón de una parte de la pena privativa de la libertad, porque ni social ni jurídicamente le conviene a un procesado que su responsabilidad quede en pie.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. José Phillips Rincón ha recurrido en casación contra la sentencia de 4 de junio del año pasado, dictada por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, por la cual se le condenó a la pena de dos años de presidio, "como responsable del delito de rebelión militar que define y sanciona el capítulo I del título III del Código de Justicia Penal Militar, en la modalidad contemplada en el artículo 181 del mismo código, delito cometido en la ciudad de Bogotá, entre las 14.00 y 15.00 del día 9 de abril del presente año" (1948).

Dicho recurso tiene su fundamento legal en la ley 82 de 1948, que lo concedió para ante esta Sala de la Corte, y entre los requisitos que el estatuto legal contempla, se han llenado los siguientes: la sentencia fue dictada por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares; el conocimiento de la causa correspondió a un Consejo Verbal de Guerra; y el delito porque recayó la condena se dice cometido el 9 de abril del año pasado (artículo 4º de la ley 82 de 1948).

Además, el recurso fue interpuesto por parte legítima y en la oportunidad legal, según lo establecido en los artículos 4º y 5º de la citada ley 82 y 558 del código de procedimiento penal.

Sin embargo, pudiera objetarse que el recurso de que se viene hablando no puede prosperar, por sustracción de materia, supuesto que el Presidente de la República, en uso de la facultad que le confirió el artículo 2º de la misma ley 82, le concedió al procesado "indulto de la pena privativa de la libertad que le falta por cumplir" (Decreto número 4138 de 1948, **Diario Oficial** número 26.896, de 17 de diciembre, página 845).

Pero que ello no es así, se deduce de la naturaleza misma del indulto, reglamentado en los artículos 76 (ordinal 23) y 119 (ordinal 4º) de la Constitución, y 677 del Código de Procedimiento

Penal: en efecto, aparte de diferencias accidentales entre amnistía e indulto, las sustanciales son que la primera se concede en forma general, en tanto que el segundo se otorga en forma individual y, sobre todo, que la amnistía "desconoce el delito", lo hace desaparecer como fuente de penalidad, mientras que "el indulto reconoce el delito cometido", pues indulto es perdón y el perdón supone el hecho como delictuoso y la responsabilidad del agente. Como dice Pinna, citado por Ferri, todo perdón "es una forma de condena, porque atribuye al procesado la consumación del hecho y porque puede obligarle al resarcimiento del daño".

Tanto es ello cierto en el caso presente, que el decreto de indulto aclara que quedan "vigentes las demás consecuencias de la condena".

Ahora bien, si hay una condena que considera cometido un delito, no es óbice a la casación que se haya concedido un indulto o perdón de una parte de la pena privativa de la libertad, porque ni social ni jurídicamente le conviene a un procesado que su responsabilidad quede en pie.

Por este aspecto tiene ya sentada la Corte la doctrina de que, por ejemplo, cuando ha muerto el procesado o ha prescrito la acción penal, no deben los funcionarios declarar terminado el proceso por la ocurrencia de estos fenómenos, si aparece establecida la falta de responsabilidad del procesado por cualquier causa legal distinta como puede verse en los fallos de 29 de julio de 1947, G. J. Tomo LXIII, números 2055-56, página 408, de 4 de marzo de 1947, G. J. Tomo LXIII, números 2053-54, página 132, y de 26 de mayo de 1948, G. J. Tomo LXIV, números 2060-61, página 227.

En el penúltimo de los fallos citados se dijo:

"Siempre que en un determinado caso, a pesar de que se haya cumplido la prescripción, por el estudio claro del proceso se llega a la conclusión de que éste no podía iniciarse o proseguirse en virtud de no existir la más mínima huella de haberse cometido la infracción denunciada o de ser inocente el acusado, el juzgador debe así declararlo por encima de cualquiera otra consideración, teniendo en cuenta un elemental criterio de equidad y de justicia autorizado ampliamente por la misma ley penal".

Y en el último:

"No sería justo que quien obró conforme a derecho o en forma indiferente al ministerio penal, quede libertado del proceso por virtud de una providencia en que no se le reconoce esa favorable situación de honestidad, sino en que se le dice que un obstáculo legal —muerte o prescripción— (aquí el indulto, anota la Sala), vino a hacer imposible el deducirle las consecuencias jurídico-penales que sus actos merecían ante la sociedad, dejando con ello latente una especie de responsabilidad".

Lo expuesto es suficiente para concluír que el recurso de casación interpuesto debe declararse admisible, como en efecto lo declara la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Córrase traslado al recurrente por el término de quince días para que formule la demanda de casación.

Notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

NATURALEZA JURIDICA DEL AUTO QUE DECLARA CERRADA LA INVESTIGACION.—NULIDADES POR NO HABER SE NOTIFICADO EN DEBIDA FORMA EL AUTO QUE SEÑALA DIA Y HORA PARA LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA

1.—El auto de cierre de investigación— cuyo carácter de auto de sustanciación y cuya finalidad y presupuesto la doctrina ya ha precisado— se subordina, en cuanto al tiempo y oportunidad en que debe dictarse, a condiciones deducidas del carácter, finalidad e integración del sumario; así, debe serlo cuando la investigación esté completa (artículo 421), esto es, cuando, cumplido y realizado lo que el artículo 294, con base en la noción del artículo 271, prescribe, se haya adquirido la plena prueba del delito y la de la responsabilidad en la forma y grado que el Código ordena (artículo 429).

2.—Sobre el carácter de auto de sustanciación del que ordena cerrar la faz investigativa del proceso, la Corte no ha modificado su doctrina desde que por primera vez se le planteó tan importante tema: el carácter de auto interlocutorio, en el orden procesal penal, es tan limitado a aquellos a los cuales la ley da tal investidura, como los dictados en los casos de acumulación de juicios y de rechazos o admisión de constitución de parte civil (artículos 83 y 117), y los que afectan la libertad del procesado, califican el sumario, niegan o admiten pruebas en el juicio, formulan los cuestionarios al jurado, y, además de esta enumeración taxativa, "los que resuelven algún incidente del proceso y los demás que contengan resoluciones análogas".

No hallándose en la clasificación del artículo 156, ni habiendo sido revestido, en la norma que lo ordenó, del carácter interlocutorio, es necesario examinar si el auto que cierra la investigación resuelve algún incidente procesal o contiene alguna resolución análoga a las determinadas en el artículo 156; no lo primero, porque no es providencia que desate alguna controversia entre las partes que es el contenido del incidente según la ley procesal civil aquí aplicable (artículo 391); tampoco decide ningún punto, tema o cuestión que tenga analogía con los intereses jurídicos que se debaten en el proceso enumerados en el artículo 156; es solamente la providencia que —según el criterio del juez competente— declara que la investigación está completa y que, por lo tanto, debe ya calificarse, y ordena, efectivamente, se dé traslado al Ministerio Público y, contestado, se califique su mérito, actos estos que deben ejecutarse dentro de los términos que fija la ley; ordena, en el fondo, que siga el proceso.

3.—La nulidad, como sanción a la ilegalidad de una notificación, se ha instituído como garantía del derecho del procesado a su defensa y no del derecho de la parte civil a la suya; fue ciertamente irregular la omisión en que se incurrió al no haberle notificado a esta parte el auto mediante el cual se negó la reposición del que declaró cerrada la investigación, pero esa irregularidad no afecta al proceso, tanto más cuanto que, si el vicio se hubiera causado, tácitamente habría quedado subsanado por el silencio de la parte interesada; el otro aspecto de objeción lleva el mismo resultado, ya que si la parte civil es parte en el proceso, no hay, sin embargo, norma alguna que obligue la notificación personal del auto de proceder ni de ningún otro auto, como sí la hay para el procesado y el defensor (artículos 170 y 171). No estando establecida tal obligación, no puede invocarse la nulidad en que sí se incurrió —según los artículos 188 y 190— si la notificación de determinadas providencias al defensor y al procesado no se hicieron en la forma personal.

4.—La ley procesal (artículo 198) erige en causal de nulidad la notificación, en forma no personal, del auto que fija día y hora para la celebración de la audiencia, así como también el que ésta se realice en día y hora distintos a los señalados en aquel auto; el motivo de esta nulidad, como es obvio, se explica por cuanto se trata de actos enca-

minados a facilitar la preparación de las partes para la controversia pública en que se van a debatir los intereses esenciales del proceso, como son el delito y la responsabilidad y la suerte del procesado; y si la audiencia es el acto en que se concreta el juicio público, es imprescindible que las partes sepan de antemano en qué hora de qué día ha de verificarse ese juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo seis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Campo Elías Hernández (de treinta y un años en 1944, casado, comerciante, de sobrenombre "El Sesgo") interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, del diez de mayo del año pasado, por la cual —con base en el artículo 362 del Código Penal— fue condenado a la pena principal de ocho años de presidio, como autor único del homicidio en la persona del doctor Florentino Medina Soto, cometido en la población de La Uvita, en la tarde del veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Cumplidas las normas legales propias del recurso y formulada y contestada la demanda sin que —por inasistencia de las partes— se hubiera celebrado la audiencia, la Corte decide el recurso en el presente fallo, previa referencia a las tesis expuestas por el demandante y el Ministerio Público y a las actuaciones procesales objetadas.

I. — El proceso contra Hernández

El día citado, mientras el doctor Medina y el señor Benjamín Botía conversaban, sentados en una viga frente a la casa de habitación del primero, intempestivamente llegó Hernández, en estado de embriaguez, y sin que el doctor Medina pudiera defenderse, le disparó varias veces su pistola y le causó seis heridas, dos de las cuales le afertaron el abdomen y el tórax y le extinguieron la vida momentos después.

Hernández —como remate del proceso cuya nulidad fue pedida pero no aceptada— fue declarado responsable de homicidio intencional sin que el Jurado hubiera reconocido la existencia de la provocación con tanta persistencia alegada por el defensor, ni la circunstancia de la sevicia propuesta en el cuestionario ni la de la premeditación defendida por uno de los Agentes del Ministerio Público.

Con fundamento en el veredicto, y en los motivos del delito (innobles o fútiles) y en el estado de indefensión del occiso, el Juez le impuso once años de presidio, que el Tribunal —descartando las mencionadas circunstancias de mayor peligrosidad— redujo a ocho.

II. — La demanda

El demandante objeta la sentencia del Tribunal, por dos motivos: primero, por violación de la ley procesal penal por cuanto dictó sentencia sobre un proceso nulo, y segundo, por violación de la ley penal (indebida aplicación), cuyos fundamentos —según la demanda— se resumen en seguida.

A) **La nulidad del proceso**—Cuatro son las razones por las cuales el demandante considera que los juzgadores de instancia incurrieron en informalidades que viciaron de nulidad el proceso, a saber:

a) El Juez Superior cerró la investigación antes de practicar las pruebas pedidas por el apoderado de Hernández, decidió de plano la reposición del auto respectivo (que es interlocutorio según el recurrente), con violación de los artículos 185 del Código de Procedimiento Penal y 488 del de Civil, y se omitió la notificación del que la decidió al apoderado de la parte civil, con la consecuencia de que la providencia de cierre no está en firme y, en esas condiciones, no podía dictarse auto de proceder;

b) No se notificó en la forma legal al apoderado de la parte civil, esto es, personalmente, el auto del Tribunal por medio del cual decidió la apelación del enjuiciamiento, violando así el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal;

c) No se practicaron todas las pruebas pedidas en el juicio, entre ellas algunos testimonios de importancia tal, que si lo hubieran sido, se habría reconocido la circunstancia de la provocación, y

d) El Juez, a pesar de haber transcurrido la hora dentro de la cual debía iniciarse la audiencia pública, fijó —opuestamente al mandato del artículo 458 (2º) del Código de Procedimiento Penal— hora distinta dentro del mismo día.

B) **Violación de la ley penal.**—Funda esta objeción el recurrente en que el Jurado —por la falta de los testimonios que, habiendo sido de-

cretados, no se practicaron— no reconoció la circunstancia de la provocación grave e injusta que dio origen a la ira que movió a Hernández a dar muerte al doctor Medina; tales testimonios —según el demandante— se dirigían a desvirtuar la fuerza de quienes, habiendo presenciado la agresión, callaron sobre la provocación.

III. — Concepto del Procurador

Del análisis de las normas del estatuto procesal relativas a la clasificación de las providencias judiciales (artículos 83, 84, 117, 156), deriva el Procurador la tesis —ya reafirmada en otros recursos— de que el auto por medio del cual se cierra la investigación es de sustanciación, y no interlocutorio, y de que, por lo tanto, la reposición que contra él se interponga no está sujeta al artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.

La falta de notificación del enjuiciamiento de segundo grado, la omisión en la práctica de todas las pruebas solicitadas por el defensor y la fijación de nueva hora —en el mismo día— para la audiencia, no están constituídas en causales de nulidad; lo relativo a las pruebas —que en otra oportunidad fundó la anulación de un proceso— es diferente a lo sucedido aquí, pues si entonces el Juez no accedió a practicarlas, aquí surgieron obstáculos que no fue posible al Juez eliminar y en cuya práctica tampoco insistió el defensor.

Los fundamentos de la indebida aplicación de la ley penal son ineficaces según el Procurador Delegado por cuanto ellos sólo podrían serlo para respaldar una declaración de veredicto contrario a la evidencia de los hechos, función privativa de los Jueces de instancia, y no de la Corte, por su exclusión de la nueva ley como causal de casación.

El Procurador —por las razones que se han resumido— es opuesto a que se case la sentencia.

IV. — Estudio del recurso

De las causales de casación que adujo el demandante, la Corte estudia la nulidad, de preferencia, no sólo porque ese fue el orden en que fueron presentadas, sino también, porque —al ser fundada— su repercusión en la suerte del proceso haría inútil la consideración de la restante.

A) La nulidad

El principio que rige la nulidad, como sanción por la inobservancia de las condiciones de los actos y providencias procesales, es el de que sólo pueden invocarse los motivos determinados por la ley; el estudio se reduce —por lo tanto— a examinar si los que invocó el recurrente se informan en ese principio, es decir, si están incluídos en la enumeración del Código, o afectan en algún modo, intereses fundamentales de las partes.

a) Primer motivo.—Objeta el demandante: que se cerrara la investigación cuando aún estaban pendientes las pruebas solicitadas por el procesado, que la reposición contra el auto que lo ordenó no se tramitara según artículos 185 C. P. P. y 488 C. P. C., y que no se notificara al apoderado de la parte civil el auto que negó aquel recurso.

Ninguna de estas objeciones es jurídica, como en seguida se explica.

El auto de cierre de la investigación —cuyo carácter de auto de sustanciación y cuya finalidad y presupuesto la doctrina ya ha precisado— se subordina, en cuanto al tiempo y oportunidad en que debe dictarse, a condiciones deducidas del carácter, finalidad e integración del sumario; así, debe serlo cuando la investigación esté completa (artículo 421), esto es, cuando, cumplido y realizado lo que el artículo 294, con base en la noción del artículo 271, prescribe, se haya adquirido la plena prueba del delito y la de la responsabilidad en la forma y grado que el Código ordena (artículo 429); si, como sucede en este caso, se habían cumplido ya tales condiciones, esto es, si el hecho estaba plenamente comprobado, y si Hernández había asumido judicialmente su responsabilidad como autor único en integral acuerdo con los testigos que presenciaron la agresión, podía el Juez —para evitar el aplazamiento del proceso— cerrar la investigación, con tanta mayor razón cuanto que las pruebas pedidas por el procesado y que el Juez comisionado ya estaba practicando, se dirigían a fundar circunstancias modificadoras que durante el juicio también podrían serlo sin crear obstáculos inútiles en la primera faz del proceso, riesgo éste que llevó a la Comisión a introducir la innovación de una providencia que limitara el abuso del derecho de pedir pruebas con el ánimo preconcebido de prorrogar indefinidamente la investigación.

Sobre el carácter de auto de sustanciación del que ordena cerrar la faz investigativa del proceso, la Corte no ha modificado su doctrina desde que por primera vez se le planteó tan importante tema; el carácter de auto interlocutorio, en el orden procesal penal, está limitado a aquellos a

los cuales la ley da tal investidura, como los dictados en los casos de acumulación de juicios y de rechazo o admisión de constitución de parte civil (artículos 83 y 117), y los que afectan la libertad del procesado, califican el sumario, niegan o admiten pruebas en el juicio, formulan los cuestionarios al jurado, y, además de esta enumeración taxativa, "los que resuelven algún incidente del proceso y los demás que contengan resoluciones análogas".

No hallándose en la clasificación del artículo 156, ni habiendo sido revestido, en la norma que lo ordenó, del carácter de interlocutorio, es necesario examinar si el auto que cierra la investigación resuelve algún incidente procesal o contiene alguna resolución análoga a las determinadas en el artículo 156; no lo primero, porque no es providencia que desate alguna controversia entre las partes, que es el contenido del incidente según la ley procesal civil aquí aplicable (artículo 391); tampoco decide ningún punto, tema o cuestión que tenga analogía con los intereses jurídicos que se debaten en el proceso enumerados en el artículo 156; es solamente la providencia que —según el criterio del Juez competente— declara que la investigación está completa y que, por lo tanto, debe ya calificarse, y ordena, efectivamente, se dé traslado al Ministerio Público y, contestado, se califique su mérito, actos éstos que deben ejecutarse dentro de los términos que fija la ley; ordena, en el fondo, que siga el proceso.

Reafirmada la tesis de que el auto que cierra la investigación sólo es de sustanciación, el recurso de reposición debía resolverse mediante el procedimiento del artículo 487 del Código de Procedimiento Civil, y no del artículo 488, aplicable a los autos interlocutorios.

b) Segundo motivo. — La objeción de que no notificado en forma alguna al apoderado de la parte civil el auto que negó la reposición contra el auto que cerró la investigación, ni en forma personal al mismo apoderado el de proceder de segundo grado, sólo podría corresponder hacerla, si fuera viable, al posible perjudicado, esto es, al representante de la parte civil, cuyo interés en el proceso — como es obvio — es opuesto al del mismo procesado.

No obstante ello, es injurídica la objeción por las razones siguientes: la nulidad, como sanción a la ilegalidad de una notificación, se ha instituído como garantía del derecho del procesado a su defensa y no del derecho de la parte civil a la suya; fue ciertamente irregular la omisión en que se incurrió al no haberle notificado a esta parte el auto mediante el cual se negó la reposición, pero esa irregularidad no afecta el proceso, tanto más cuanto que, si el vicio se hubiera causado, tácitamente habría quedado subsanado por el silencio de la parte interesada; el otro aspecto de la objeción lleva al mismo resultado, ya que si la parte civil es parte en el proceso, no hay, sin embargo, norma alguna que obligue la notificación personal del auto de proceder, ni de ningún otro auto, como sí la hay para el procesado y el defensor (artículos 170 y 171).

No estando establecida tal obligación, no puede invocarse la nulidad en que sí se incurrió—según los artículos 188 y 190—si la notificación de determinadas providencias al defensor y al procesado no se hiciera en la forma personal.

c) Tercer motivo—La afirmación de que el Tribunal violó el artículo 26 de la Carta e incurrió consecuencialmente en nulidad, porque dictó sentencia sin haberse recibido, en su totalidad, las pruebas pedidas por el defensor en el juicio, no fue tampoco fundada. El Juez, efectivamente, ordenó practicarlas, en cuanto a los testimonios, cierto que sólo recibió nueve de los catorce pedidos, pues de los cinco restantes testigos uno se hallaba en el Putumayo, otro había muerto, otro era agente de policía sin residencia conocida, y los otros dos vivían fuera del sitio del proceso; y en cuanto a las demás (inspección ocular, pericias médico-legales) también se practicaron; el Juez, por lo expuesto, no mermó los derechos de la defensa, y si no ordenó comisionar nuevamente para recibir los dos testimonios que faltaban, ni el defensor ni el procesado persistieron en ello, es decir, tácitamente aceptaron la relativa imposibilidad de traerlos al proceso.

Considera la Corte que no fue, precisamente, la falta de las dos o tres declaraciones referidas, lo que llevó al jurado a no, aceptar la tesis de la provocación grave e injusta sino la prueba contraria sólidamente afirmada en el proceso; y no es ilógica esta hipótesis si se tiene en cuenta que sólo uno (Alfonso Medina) de los testigos citados se refirió en claridad a amenazas del occiso al victimario anteriores al hecho.

El procesado pudo, pues, ejercer todos los actos a que tenía derecho, en su defensa, sin que el Juez se los hubiera mermado en grado alguno; fue juzgado, en suma, con la plenitud de las formas del juicio que ordena la ley, quedando así desvirtuado el cargo que el demandante formuló a la sentencia.

d) Cuarto motivo.—Afirma el demandante que la celebración de la audiencia en hora del mismo

día posterior a la fijada, previa renuncia del tiempo de traslado y ejecutoria por parte del Ministerio Público, del defensor y de su apoderado y de la parte civil, como sucedió en este juicio, acarrea una violación del artículo 458 del Código de Procedimiento Penal según el cual no puede hacerse tal fijación para antes de cinco días ni para después de veinte, y como consecuencia, la nulidad procesal que el artículo 26 de la Constitución implícitamente contiene. La tesis no es válida, de conformidad con lo que en seguida se expone.

La ley procesal (artículo 198) erige en causal de nulidad la notificación, en forma no personal, del auto que fija día y hora para la celebración de la audiencia, así como también el que ésta se realice en día y hora distintos a los señalados en aquel auto; el motivo de esta nulidad, como es obvio, se explica por cuanto se trata de actos encaminados a facilitar la preparación de las partes para la controversia pública en que se van a debatir los intereses esenciales del proceso, como son el delito y la responsabilidad y la suerte del procesado; y si la audiencia es el acto en que se concreta el juicio público, es imprescindible que las partes sepan de antemano qué hora de qué día ha de verificarse ese juicio.

En el caso **sub judice,** el Juez, después de haber fijado los días 20 de marzo, 30 de abril y 28 de mayo (a las 8 a. m.), sin que hubiera podido celebrarse la audiencia, este mismo día fijó la hora de las diez en auto que, al ser notificado personalmente a las partes, renunciaron ejecutoria y traslado por cuanto éste ya se había surtido; la audiencia se inició, pues, a la hora fijada, se desarrolló normalmente, con asistencia de todas las partes, hasta su terminación, y en ella el defensor gozó de todas las garantías de la ley.

La nulidad invocada, pues, no existe: el auto que fijó día y hora para la audiencia se notificó personalmente, los traslados se surtieron en su integridad y aquélla se celebró con pleno conocimiento y consentimiento de las partes, en la hora y día fijados.

B) Violación de la ley penal

Conforme lo anota el Procurador Delegado, lo que ataca el recurrente es el veredicto, por cuanto no reconoció la circunstancia de la provocación grave e injusta como modificadora de la responsabilidad. Aquél, en efecto, afirma que se ha violado la ley penal por indebida aplicación de la misma, y en vez de citar la norma violada y de exponer las razones de su afirmación, analiza y confronta dos testimonios para concluír que la provocación es clara y terminante, y que debe anular el proceso desde el auto que ordenó cerrar la investigación para que se convoque a nuevo jurado.

No cabe, por lo visto, considerar la causal primera, por cuanto si fue ésta la invocada, los argumentos expuestos corresponden a la segunda, la cual —como tanto se ha repetido— no es viable en procesos, como éste, en que ha intervenido el jurado, ya que —al prosperar— conduciría a una declaración de veredicto contrario a la evidencia de los hechos acreditados en el proceso que, como motivo de casación, fue eliminada en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

V. — Decisión del recurso

No siendo legales los motivos de violación de la ley procesal y de la ley penal que el recurrente invocó como causales de casación, la Corte decide el recurso con base en tales conclusiones.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado, **no casa** la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa, del diez (10) de mayo del año pasado, por la cual condenó a Campo Elías Hernández a la pena de ocho años de presidio, como autor del homicidio en la persona del doctor Florentino Medina Soto, cometido en la población de La Uvita, la tarde del veintiocho (28) de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

ABUSO DE AUTORIDAD. — LIBERTAD PROVISIONAL.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 415 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL SOBRE CONCESION DE ESTE BENEFICIO A LOS SINDICADOS POBRES

1.—Es indudable que la certificación exigida por el Código de Procedimiento Penal es de suma importancia, aunque la ausencia de esta formalidad no haga nugatorio el derecho que tenga el sindicado de gozar de excarcelación con la simple promesa de presentación, porque una cosa es el derecho que tiene el sindicado de gozar del beneficio por amparo de pobreza, y otra las formalidades que deben cumplir los funcionarios para otorgar tal beneficio. En otros términos: una cosa es el derecho que el sindicado pobre tenga para ser libertado provisionalmente sin caución, y otra es la prueba que para establecer aquel estado exige la ley.

Dentro de este orden de ideas no cabe duda que el objeto de la certificación no puede ser otro que el de determinar la credibilidad de los declarantes, indispensable para que el funcionario esté en condiciones de considerar los testimonios aducidos para la prueba del estado de notoria pobreza, como veraces, en orden a establecer el hecho que trata de comprobarse, o sea, la carencia de recursos del sindicado para otorgar la caución y poder gozar así del beneficio de libertad provisional mediante la simple promesa de presentación.

Con todo, la credibilidad de estos testimonios no surge de la misma certificación, sino de las razones en que los deponentes apoyen sus aseveraciones y de la imparcialidad y convencimiento del hecho sobre que deponen. Con este criterio pueden ser valorados, aun al margen de la falta de aquel requisito.

De aquí se deduce que, sin menoscabar la importancia de la dicha certificación, el funcionario que prescinda de tomarla en cuenta y funde el conocimiento de causa que exige el Código para apreciar estos testimonios en datos surgidos de los dichos mismos de los declarantes, no comete abuso de autoridad. Esa omisión implica el incumplimiento de un mandato legal, es evidente, pero, como no se trata de una formalidad esencial para los fines que la ley consulta en el particular, no se puede deducir de ella sola responsabilidad penal.

2.—Comete abuso de autoridad el funcionario o empleado público que no sólo rehuse o retarde sino que omita un acto a que legalmente está obligado; pero es entendido que el acto ha de ser esencial o fundamental para los fines a que está destinado, pues, si apenas consiste en la simple informalidad que no reporta perjuicios para el objeto que el legislador persigue, sería excesivo deducir de ese incumplimiento una infracción penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo seis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Cerrada nuevamente la investigación en el presente negocio contra los doctores Luis Alberto Rebolledo, Hernando Manotas y Martín E. Acuña, Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, debe la Corte calificar el mérito del sumario como lo ordena el artículo 428 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos. — El doctor Enrique Arrázola formuló denuncia criminal contra los Magistrdos de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, doctores Luis Alberto Rebolledo, Hernando Manotas y Martín E. Acuña, por actuaciones cumplidas en el proceso por homicidio contra Francisco Carranza Mejía, de que conoció aquella entidad en segunda instancia.

Los cargos formulados por el denunciante contra los Magistrados antes nombrados, son los siguientes:

1º Que la Sala Penal de aquel Tribunal, integrada por los Magistrados acusados, violó el artículo 415 del Código Procesal Penal, por cuanto

concedió al procesado Carranza el beneficio de libertad eximiéndolo de prestar caución, sin que se hubieran llenado los requisitos exigidos por la disposición citada, pues las declaraciones presentadas por el beneficiado para tal fin, carecían de la certificación sobre honorabilidad de los declarantes, que aquella norma ordena expedir en tales casos.

En efecto, aparece de autos que el apoderado de Carranza, doctor Andrés Vicente Mestre, solicitó al Juez 3º Municipal en lo Penal de Barranquilla la gracia de libertad provisional para su poderdante, eximiéndolo de prestar caución, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 415 de la obra citada. Para cumplir los requisitos exigidos por esta disposición fueron llamados a declarar los señores Manuel Jiménez, Carlos Alberto Ramírez y Segundo Pareja González, de cuya honorabilidad se abstiene de certificar el Juez, en cuanto a los dos primeros, por ser tales individuos completamente desconocidos y carecer de referencias que hicieran presumir dicha honorabilidad.

El Juez del conocimiento negó la excarcelación y, por tal causa, los testimonios no tuvieron operancia en esta ocasión. Mas, no sucedió lo mismo cuando hubo de surtirse el recurso de apelación de la providencia ante la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla, pues esta autoridad concedió la libertad al sindicado y lo eximió de prestar caución, con base en las declaraciones antes enunciadas. De esta providencia fue Magistrado ponente, el doctor Luis Alberto Rebolledo y con él la firman los Magistrados restantes de la Sala doctores Acuña y Manotas (fs. 69 y 73 del informativo).

2º Afirma el denunciante que el Tribunal en mención, se negó a expedirle unas copias del proceso contra Francisco Carranza, para acompañarlas al denuncio que motivó esta investigación.

Con respecto a este cargo se ha establecido en autos, tanto con los descargos hechos por el sindicado doctor Rebolledo, como con la declaración posterior rendida por el denunciante, que este hecho se realizó no por voluntad del Tribunal, sino porque el peticionario doctor Arrázola no prestó oportunamente el juramento previsto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal.

3º Imputa el doctor Arrázola, a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla y al secretario de la misma, el delito de falsedad, que hace consistir en lo siguiente: Aquella entidad dictó fallo en el proceso contra Francisco Carranza Mejía el diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y siete y el apoderado de la parte civil propuso un incidente de nulidad cuando la providencia estaba ejecutoriada y el Tribunal había ordenado la remisión del expediente al Juez Primero Superior.

En la Secretaría del Tribunal, recibido que fue el memorial del incidente, se puso al pie de éste la constancia sobre ejecutoria y orden de envío del proceso, lo que dio por resultado que la Sala Penal no aceptara el incidente de nulidad alegado.

El denunciante, sobre el particular, dice: "Es falso lo dicho tanto por el Secretario como por el Tribunal, pues desde el 1º de febrero del corriente año había salido el juicio de la jurisdicción del Juez 1º Superior, para entrar en la del Tribunal. Acompaño para probarlo, un certificado del Juez 1º, en donde se dice lo siguiente: b) Que el día 11 de diciembre de 1946, este Juzgado dictó auto de proceder contra Francisco José Carranza Mejía y sobreseyó definitivamente a favor de los demás sindicados; c) Que el auto de proceder proferido contra el mencionado Francisco José Carranza Mejía, fue apelado oportunamente, en virtud de lo cual se concedió la apelación en efecto suspensivo, habiendo sido remitido el negocio al H. Tribunal Superior (Sala Penal), el día primero de febrero del corriente año, etc. (Fols. 8 y 11 v.).

El anterior cargo de falsedad fue explicado por el Magistrado doctor Rebolledo, ponente en el negocio, en forma aceptada por la Procuraduría como valedera, como se verá en su oportunidad.

Con los documentos que obran a los folios 50, 51, 52, 53 y 54 del expediente, se acreditó debidamente el carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, en ejercicio en la época de los hechos denunciados, de los doctores Rebolledo, Manotas y Acuña. Estos dos últimos, en las exposiciones que obran en autos, manifiestan no recordar en forma precisa los incidentes surgidos en el proceso contra Francisco Carranza Mejía y sólo afirman no haber sido ponentes en ninguna de las providencias proferidas por el Tribunal en aquel negocio.

Al folio 95 aparece una copia auténtica, expedida por el señor Notario Segundo de Barranquilla, con la cual se ha establecido que el doctor Luis Alberto Rebolledo, sindicado en estas diligencias, falleció el once de abril de mil novecientos cuarenta y ocho.

Concepto del Procurador

Para cumplir lo ordenado por el artículo 421 del Código Procesal Penal, en su inciso segundo,

se pasó el proceso al señor Agente del Ministerio Público y en concepto sobre el particular emitido, se expresa así en relación con las tres imputaciones formuladas por el denunciante contra los Magistrados Rebolledo, Manotas y Acuña, que ya fueron relacionadas.

Primer cargo. Violación del artículo 415 del C. de P. P.

"Evidentemente —dice el Procurador— como lo afirma el denunciante, el fallo en mención viola, en forma ostensible, un texto claro del Código de Procedimiento Penal, al considerar idóneos, conjuntamente, los tres testimonios de Jiménez y Pareja, sin tener en cuenta que sólo el último llenaba las condiciones allí especificadas. (Artículo 415 del C. de P. P.).

"Es inexplicable la negligencia con que procedieron los firmantes, pues según lo certificó el Magistrado doctor Rebolledo, ellos tuvieron oportunidad de examinar las deficiencias de la prueba en favor del sindicado Carranza, ya que conocieron un memorial del apoderado de la parte civil que las hacía resaltar de manera evidente e incuestionable. (Fol. 46).

"Fuera de lo anterior, los testimonios en referencia adolecían de otro vicio fundamental para el fin a que estaban destinados, porque en su recepción no intervino para nada el Agente del Ministerio Público. "Las declaraciones —dice el inciso segundo del referido artículo 415 del C. de P. P.— a que se refiere el inciso precedente deben ser recibidas previa citación del Agente del Ministerio Público". Y no existe constancia de que se hubiera dado cumplimiento a tal requisito".

Finalmente, conceptúa el colaborador que debe dictarse auto de proceder contra los ex-Magistrados Manotas y Acuña, por abuso de autoridad y otras infracciones, a que se refieren el Título III, Capítulo VI y Libro II del Código Penal, por cuanto los sindicados incurrieron en negligencia al suscribir, sin estudio previo, el fallo de fecha 19 de febrero de 1947, o en caso de haber hecho el estudio, no haber aplicado al mismo la disposición clara y terminante del Código de Procedimiento Penal, o sea el artículo 415.

Con respecto a los otros cargos formulados por el doctor Arrázola, contra los mismos Magistrados, el señor Procurador encuentra satisfactorias las explicaciones dadas por los sindicados, por ajustarse a la realidad procesal y, en consecuencia, pide se sobresea definitivamente a favor de ellos por tales acusaciones.

En cuanto al sindicado doctor Luis Alberto Rebolledo, como se ha establecido su fallecimiento, opina el señor Procurador que debe darse aplicación al artículo 153 del Código Procesal Penal, en relación con el 100 del Código Penal.

Se considera:

El artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en forma excepcional, dispone que puede otorgarse el beneficio de excarcelación, cuando el delito lo permita o las circunstancias legales así lo indiquen, a los sindicados que por carecer de bienes de fortuna no pueden conseguir aquel beneficio mediante la caución correspondiente.

La norma citada tiene su antecedente en el artículo 9º de la ley 52 de 1918. Ambas disposiciones, más o menos semejantes, con ligeras modificaciones de redacción, reglamentan la excepción consagrada en favor de los procesados pobres, con la exigencia de que la prueba de este estado de notoria pobreza se haga mediante las declaraciones de tres testigos honorables, en virtud de las cuales pueda establecerse que quien pretenda acogerse a tal gracia, es pobre de solemnidad y de buena conducta anterior.

En el caso aquí contemplado, no pudo el funcionario instructor certificar la honorabilidad de los declarantes y esta circunstancia le hizo negar el beneficio solicitado en favor de Carranza, que sí fue concedido por el Tribunal, con pretermisión de esa formalidad y de aquí la razón del proceso que estudia la Corte.

Es indudable que la certificación exigida por el Código de Procedimiento Penal es de suma importancia, aunque la ausencia de esta formalidad no haga nugatorio el derecho que tenga el sindicado de gozar de excarcelación con la simple promesa de presentación, porque una cosa es el derecho que tiene el sindicado de gozar de tal beneficio por amparo de pobreza, y otra las formalidades que deben cumplir los funcionarios para otorgar tal beneficio. En otros términos: una cosa es el derecho que el sindicado pobre tenga para ser libertado provisionalmente sin caución, y otra es la prueba que para establecer aquel estado exige la ley.

Dentro de este orden de ideas no cabe duda que el objeto de la certificación no puede ser otro que el de determinar la credibilidad de los declarantes, indispensable para que el funcionario esté en condiciones de considerar los testimonios aducidos para la prueba del estado de notoria pobreza, como veraces, en orden a establecer el hecho que trata de comprobarse, o sea, la carencia de recursos del sindicado para otorgar la caución y poder gozar así del beneficio de libertad pro-

visional mediante la simple promesa de presentación.

Con todo, la credibilidad de estos testimonios no surge de la misma certificación, sino de las razones en que los deponentes apoyen sus aseveraciones y de la imparcialidad y convencimiento del hecho sobre que deponen. Con este criterio pueden ser valorados, aún al margen de la falta de aquel requisito.

De aquí se deduce que, sin menoscabar la importancia de la dicha certificación, el funcionario que prescinda de tomarla en cuenta y funde el conocimiento de causa que exige el Código para apreciar estos testimonios en datos surgidos de los dichos mismos de los declarantes, no comete abuso de autoridad. Esa omisión implica el incumplimiento de un mandato legal, es evidente, pero, como no se trata de una **formalidad** esencial para los fines que la ley consulta en el particular, no se puede deducir de ella sola responsabilidad penal.

Por lo demás, la justicia penal no queda desguarnecida por la falta de caución, pues el mismo artículo 415, abunda en exigencias para el otorgamiento de tal beneficio en las circunstancias en él previstas y así requiere al efecto: a) presentarse el procesado ante la autoridad cuando se le ordene; b) hacer saber al funcionario de instrucción o al juez su residencia y no cambiarla sin dar al mismo tiempo noticia de ella, y c) observar buena conducta. Todo esto con los mismos fines que el artículo 398 señala a la libertad caucionada, que tiene por objeto garantizar que el procesado, mientras esté gozando de aquélla, se presentará ante el Juez o funcionario cuando éste lo disponga y cumplirá las obligaciones especiales que se le impongan. Agrega el artículo que el incumplimiento de todas estas obligaciones da lugar a la "pena de multa de veinte a cincuenta pesos, convertible en arresto y pérdida del beneficio". De manera que los fines para que está instituído el beneficio de libertad caucionada o con simple promesa de presentación, resultan salvaguardiados con las condiciones que el mismo Código señala y la administración de justicia protegida, en cuanto ello es posible, de la fuga del sindicado, que es lo que al fin y al cabo trata la ley de evitar.

Las mismas razones que militan en el caso de la certificación pueden aducirse por la falta de citación previa al señor Agente del Ministerio Público, al recibir los testimonios de Jiménez, Ramírez y Pareja González, agregando, además, que esta informalidad resulta más justo atribuírsela al funcionario que practicó la diligencia, que a quienes como falladores corresponda apreciar o valorar la prueba testimonial para un fin determinado.

En resumen, comete abuso de autoridad el funcionario o empleado público que no sólo rehuse o retarde sino que omita un acto a que legalmente está obligado; pero es entendido que el acto ha de ser esencial o fundamental para los fines a que está destinado, pues, si apenas consiste en una simple informalidad que no reporta perjuicio para el objeto que el legislador persigue, sería excesivo deducir de ese incumplimiento una infracción penal.

Para los actos positivos de abuso de autoridad exige la ley que se cause perjuicio contra una persona o contra una propiedad; para los negativos, aunque la ley no lo requiera expresamente, parece indispensable también que se cause el perjuicio real o potencial que todo delito lleva consigo. Y si el objeto de la certificación es hacer atendibles los testimonios que aseveran la pobreza del sindicado, si de otros factores resulta acreditada la credibilidad de los mismos, mal puede atribuírse daño real o potencial contra los intereses de la justicia que la ley pretende garantizar, erigiendo en delito la omisión de ciertos actos de los funcionarios públicos.

Puede ser factible que el "conocimiento de causa" que exige la certificación sobre la honorabilidad notoria de los declarantes, que no tuvo el funcionario de investigación que recibiera los testimonios para acreditar esa circunstancia, sí lo tenga quien revisa aquella providencia por apelación o sea el Juez **ad-quem,** y por tenerlo, entonces sí, negar el beneficio de excarcelación, podría convertirlo en culpable de un abuso de autoridad por rehusar cumplir con la ley.

En cuanto al otro cargo de abuso de autoridad, formulado por el denunciante contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, consistente en la negativa a expedir copias del proceso de Carranza, que le fueron solicitadas, y en lo relacionado con el delito de falsedad, de que se sindica a los mismos Magistrados, la Corte acoge el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, por ser ello la realidad procesal.

Sobre el particular, dice el colaborador lo siguiente:

"El Magistrado doctor Rebolledo, ponente en el negocio, explica satisfactoriamente lo sucedido en la forma siguiente:

"...La Sala expresó muy claramente que ca-

recía de jurisdicción en el incidente de excarcelación, porque se había fallado ese incidente y la sentencia estaba ejecutoriada. **Y la Secretaría dijo** que el cuaderno en que se tramitó la incidencia estaba para ser remitido a la oficina de origen. La jurisdicción que la Sala adquiera más tarde para revisar el auto enjuiciatorio dictado contra Carranza Mejía, no tiene el alcance que le asigna el doctor Arrázola, cual es el de interferir la ejecutoria de la providencia que resolvió definitivamente la incidencia sobre excarcelación.....". (F. 47).

"Nada queda por agregar al anterior descargo, que destruye la imputación de que hubiera habido alteración maliciosa de la verdad en la actuación comentada, y debe, en consecuencia, sobreserse definitivamente en favor de los funcionarios acusados por tal motivo, al tenor del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal".

En relación con el supuesto delito de abuso de autoridad, por la no expedición de las copias de que se ha hablado, se expresa así el Ministerio Público:

"Interrogado al respecto el Magistrado doctor Rebolledo, a cuyo cargo estaba la ponencia del negocio en cuestión, manifestó:

"En relación con las copias que el doctor Arrázola solicitó de algunas piezas del proceso, hay dos etapas: en la primera, el doctor Arrázola manifestó al señor Secretario de la Sala Penal, que no se le expidieran las copias porque no las necesitaba, según información verbal de la Secretaría. En la segunda, insistió en que se le expidieran y así se hizo, pero el doctor Arrázola no se presentó a prestar la promesa juramentada de que trata el artículo 165 del C. de P. P., no obstante los repetidos requerimientos verbales del señor Secretario de la Sala..." (F. 47).

"En declaración que rindió el referido doctor Arrázola, se le preguntó si era verdad que no había prestado la promesa jurada prevista en el artículo 165 del Código Penal (sic), de que habla el Magistrado Dr. Rebolledo en el anterior informe, y dijo que no había cumplido con ese requisito. "Es claro —agrega— que al menor requerimiento del Secretario de la Sala o del Magistrado ponente, hubiera prestado el juramento y firmado la correspondiente diligencia..." (f. 67).

"Lo expuesto quiere decir que no hubo renuencia alguna imputable a los Magistrados en la actuación ameritada, pues el derecho de las partes para obtener copias en los procesos penales, está condicionado a la promesa juramentada de que no se violará la reserva del sumario.

"Por tanto, debe sobreseerse también definitivamente en favor de los sindicados por este motivo".

Como en autos hay constancia de que el doctor Rebolledo falleció, sería el caso de dar aplicación al artículo 153 del Código Procesal Penal, en concordancia con el 100 del Código Penal si fuere a dictarse auto de proceder por el delito imputado a los funcionarios sindicados. Siendo un sobreseimiento definitivo, es la oportunidad de insertar aquí nuevamente esta doctrina de la Sala:

"No sería justo que quien obró conforme a derecho o en forma indiferente al ministerio penal, quedé libertado del proceso por virtud de una providencia en que no se le reconoce esa favorable situación de honestidad, sino en que se le dice que un obstáculo legal —muerte o prescripción —vino a hacer imposible el deducirle las consecuencias jurídico-penales que sus actos merecían ante la sociedad, dejando con ello latente una especie de responsabilidad". (Auto de 4 de mayo de 1949).

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador, **sobresee definitivamente** a favor de los doctores Alberto Rebolledo, Hernando Manotas y Martín E. Acuña, por los cargos que les fueron formulados en las presentes diligencias informativas.

Cópiese y notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

ABUSO DE AUTORIDAD. — EL ERROR EN QUE UN JUEZ INCURA DE BUENA FE AL DECIDIR UN ASUNTO SOMETIDO A SU DECISION NO CONFIGURA ESTE DELITO

El abuso implica una acción encaminada a burlar o perjudicar a otro; es un acto arbitrario o injústo que se ejecuta contra algo o alguien, en ejercicio de funciones que si no se tuvieran, no podría realizarse el acto o acción que hace posible el hecho y que la ley erige en delito porque conlleva un quebrantamiento de la legalidad, cumplido por el funcionario consciente de su misma arbitrariedad e injusticia.

Por ello, cuando el funcionario se limita a aplicar su propio criterio a la solución de un negocio SUB JUDICE y decide en consecuencia, ni aún en el caso de errar de buena fe, puede ello acarrearle responsabilidad, porque en forma alguna el Código Penal ha podido erigir en delito la disparidad en la apreciación de la ley; y principalmente, porque faltaría demostrar el elemento psíquico del acto, esto es, la intención determinada a obrar en forma contraria al derecho y a sabiendas de ello, sin cuya comprobación ninguna acción dolosa de esta naturaleza puede existir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo diez de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en fallo de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, declaró la cesación del procedimiento penal adelantado contra el doctor Belisario Salazar S., Juez Primero Civil de aquel Circuito, contra quien formuló denuncia Jesús María Rojas, por actuaciones en el desempeño de sus funciones.

Para surtir el grado de consulta legal, ha llegado el expediente a la Corte y cumplidas las ritualidades procedimentales de rigor, se procede a resolver lo que sea del caso.

Hechos

El señor Jesús María Rojas, denunció criminalmente al Juez 1º Civil del Circuito de Ibagué, doctor Belisario Salazar S., porque, para el denunciante, aquel funcionario había procedido arbitrariamente al resolver un recurso de apelación en el juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado Municipal del Valle por Isidro Rojas contra el mismo Jesús María Rojas.

El Tribunal Superior de Ibagué, por auto de fecha veintidós de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, ordenó la ratificación bajo juramento del denunciante, para lo cual comisionó al señor Juez Municipal del Valle, ante quien el señor Jesús María Rojas manifestó:

"Es mi voluntad prescindir expresamente de esta acusación, que hice en un momento de ofuscación por la contrariedad sufrida al tener conocimiento del fallo a que se refiere el denuncio.... Por tanto, ni juro ni me ratifico en el denuncio referido y en cambio desisto de él y pido se archiven las diligencias" (fol. 6 v., c. No. 1).

Como el hecho denunciado podía ser constitutivo de un delito, cuya investigación exigía proseguirse de oficio, a pesar de la manifestación del señor Rojas, el Tribunal prosiguió la investigación, allegando al informativo copia de la providencia tachada de arbitraria (fols. 20 y 21, c. No. 2), y los comprobantes que acreditan el carácter oficial del denunciado el veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta y siete, fecha en que fue consumado el acto en cuestión (fol. 24, c. No. 2).

En virtud del análisis efectuado por el Tribunal de la primera instancia del fallo que motivó la acusación, aquella entidad encontró que el doctor Belisario Salazar S., como Juez 1º Civil del Circuito de Ibagué, no había cometido ilícito alguno en el particular y, por medio de la providencia que es materia de consulta, declaró cesado todo procedimiento contra el acusado, dando aplicción al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto fiscal

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en concepto inmediatamente anterior, se pronuncia

así sobre el cargo formulado al Juez 1º, doctor Belisario Salazar, en el denuncio que motivó el presente sumario.

"El análisis de esta pieza (fallo del Juez acusado —aclara la Corte—), no arroja cargo delictuoso de ninguna naturaleza contra el Juez que la suscribió, pues en ella éste se limitó a aplicar un recto criterio acerca del fenómeno jurídico de la novación como causa de extinción de las obligaciones civiles, basado en los textos legales sobre la materia y con cita de adecuada jurisprudencia al caso controvertido.

"En consecuencia, el Tribunal obró acertadamente al ordenar la cesación de todo procedimiento contra el funcionario sindicado, fundándose para ello en la demostración plena de una de las hipótesis previstas por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, tesis ésta que compartió el Fiscal de dicha entidad".

Se considera:

Apenas resulta inútil agregar otros argumentos a los ya expuestos por el señor Procurador y las razones que fundamentan la providencia en revisión, acordes en afirmar que el doctor Salazar S., en su carácter de Juez, no incurrió en violación ninguna penal por el hecho de que se le acusa.

Si dicho funcionario se limitó a cumplir la ley, a su leal saber y entender, interpretando las disposiciones legales con amplio criterio jurídico y en concordancia con la doctrina y la jurisprudencia, resulta imposible atribuirle responsabilidad penal alguna y menos por abuso de autoridad.

El abuso implica una acción encaminada a burlar o perjudicar a otro; es un acto arbitrario o injusto que se ejecuta contra algo o alguien, en ejercicio de funciones que si no se tnvieran, no podría realizarse el acto o aición que hace posible el hecho y que la ley erige en delito porque conlleva un quebrantamiento de la legalidad, cumplido por el funcionario consciente de su misma arbitrariedad e injusticia.

Por ello, cuando el funcionario se limita a aplicar su propio criterio a la solución de un negocio **sub judice** y decide en consecuencia, ni aún en el caso de errar de buena fe, puede ello acarrearle responsabilidad, porque en forma alguna el Código Penal ha podido erigir en delito la disparidad en la apreciación de la ley; y principalmente, porque faltaría demostrar el elemento psíquico del acto, esto es, la intención determinada a obrar en forma contraria al derecho y a sabiendas de ello, sin cuya comprobación ninguna acción dolosa de esta naturaleza puede existir.

A todo lo anterior, podría agregarse, también, el hecho de que el propio denunciante no se atreviera a jurar el denuncio y atribuyera su proceder a una ofuscación del momento. Ello no tiene distinta significación sino la de que en su fuero interno no se sentía lesionado por el acto del juez y que, por lo mismo, éste carecía de los atributos de injusticia o arbitrariedad propios del abuso de autoridad.

Muy ilustrativo resulta el hecho de que tampoco quisiera el presunto lesionado ratificar su denuncio, lo que lleva a considerar que no son pocas las ocasiones en que los funcionarios públicos son víctimas de injustas acusaciones en el cumplimiento del deber, cuando por hacerlo así y estar sometidos a su juramento, contrarían perspectivas de los interesados o no fallan conforme a sus intereses, recayendo entonces contra ellos la acusación precipitada y muchas veces injusta.

Por tanto la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la providencia materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

DELITO DE LESIONES PERSONALES. — CUANDO HAY LUGAR A APLICAR LA PENA SEÑALADA POR EL ARTICULO 374 DEL CODIGO PENAL

1.—La aplicación de la norma del artículo 374 del Código Penal, no está subordinada al concepto de la enfermedad o incapacidad para trabajar, sino al hecho fundamental de que la lesión produzca una perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, y, cuando esta perturbación funcional o psíquica es permanente, la pena se aumenta.

El concepto de ENFERMEDAD O INCAPACIDAD PARA TRABAJAR es la modalidad que el juzgador debe tener en cuenta para sancionar las infracciones contempladas por el artículo 372 del Código Penal; en estos casos, sí es indispensable la demostración o comprobación de la enfermedad o incapacidad para trabajar, porque la sanción se impone en atención a esos factores, y no en relación con las consecuencias o resultados de las lesiones.

La expresión "enfermedad o incapacidad para trabajar" del artículo 372 del Código Penal, sólo se refiere a los delitos de lesiones personales en los cuales no hay consecuencias distintas a la enfermedad o incapacidad para trabajar, pero cuando la infracción, fuera de esta incapacidad para trabajar produce consecuencias de otro orden, las disposiciones aplicables, según el caso, serán los artículos 373, 374 y 375 de la ley sustantiva.

El Código Penal, en ninguna de las disposiciones por las cuales sanciona el delito de lesiones personales, condiciona la pena, en su aplicación y graduación, al porcentaje de incapacidad fijado por los médicos legistas. Esa apreciación para la imposición de la pena la hace el fallador, claro es que atendiendo al concepto médico lepal, pero no a los porcentajes que éste fija, como lo pide el recurrente. Si la ley, en forma directa o indirecta, hubiera condicionado la fijación de la pena al mayor o menor porcentaje de incapacidad determinado por los médicos, el demandante tendría razón, pero, como el legislador ordena que se tenga en cuenta para señalar la sanción, sólo la calidad de la perturbación funcional, si ésta es transitoria la pena será menor, y si la perturbación funcional es permanente, la pena será mayor.

2.—La sanción prevista en el artículo 374 del Código Penal se aplica en dos casos diferentes: primero, cuando la lesión produce una perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, y segundo, cuando la lesión produce una perturbación funcional permanente; en estos casos, no es indispensable que la lesión afecte todo el órgano o miembro en su sentido integral o completo; puede que las consecuencias de la lesión lo afecten en una sola parte, para que se imponga la correspondiente sanción; porque las expresiones órgano y miembro en el sentido que se usan en el derecho penal, hacen referencia a la función que el órgano o miembro desempeña, y no al sentido anatómico que les asigna y emplea la medicina legal.

Así pues, si la lesión afecta alguno o algunos de los elementos anatómicos que integran el órgano, y, como consecuencia de ello, limita la función y el ejercicio propio de la actividad fisiológica del mismo, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374 del Código Penal, aunque el conjunto de tejidos de que se halla integrado el órgano o miembro no esté afectado en su totalidad sino parcialmente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de primero de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, condenó a Eduardo Castro Orozco a la pena principal de un año de presidio, como responsable de un delito de lesiones, ejecutado en la persona de Luis Elías Londoño.

Contra esta sentencia el defensor del procesado interpuso recurso de casación, el que fue susten-

tado en demanda de diez y seis de agosto del año próximo pasado.

Cumplidas las exigencis de la ley procedimental y recibida la vista del Agente del Ministerio Público en relación con la demanda, se procede a su estudio.

Demanda

Se invocan como causales de casación la segunda y la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Se afirma que la sentencia es violatoria del ordinal segundo del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque en ella se dio a la prueba un valor probatorio que no tenía "de acuerdo con la crítica y la lógica aplicables al examen del testimonio".

Dice el recurrente que tanto el Juzgado como el Tribunal fundaron el fallo en el dicho del ofendido porque éste manifestó "que Eduardo Castro Orozco era su enemigo y su acreedor" y que no estando acreditado este hecho por otras pruebas del proceso, la conclusión debía ser un fallo absolutorio y no condenatorio, como lo hizo el Tribunal, pues, de conformidad con nuestra ley positiva, nadie puede ser condenado si no milita en su contra la prueba plena de la responsabilidad.

Posteriormente habla sobre las modalidades apreciadas por el Tribunal en cuanto a la comisión del delito; y, en relación con la riña imprevista estudiada por el fallador, dice: "Un juez no puede decirle a un sindicado, dentro de una sentencia, lo condeno por riña imprevista, y agregar dentro de la parte motiva de la misma providencia, o usted pudo ser injuriado gravemente, lo que estructuraría el estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación". En esta hipótesis se planteá una duda y hay que resolverla en la forma más favorable al procesado.

Se considera:

1c—El cargo hecho por el recurrente a la sentencia no es verdadero, porque el Tribunal para imponer la pena, no tuvo en cuenta como único elemento demostrativo de la responsabilidad, el dicho del ofendido, sino la prueba indiciaria allegada al proceso, y, con base en ella, dictó la sentencia.

2c—En la apreciación de la prueba indiciaria los falladores de instancia, dentro de los términos señalados por la ley, tienen plena libertad y autonomía para calificar el valor de ella, apreciación que no puede ser cambiada por la Corte sino en el caso de un evidente error de hecho, es decir, cuando el recurrente demuestre que efectivamente el Tribunal incurrió en tal error y que por ese motivo se violó la ley bien sea sustantiva o procedimental.

3º—Pero como los fundamentos aducidos para demostrar esta causal, se concretan a simples críticas al fallo del Tribunal, pero no a la comprobación del error en el cual incurrió el fallador por haber apreciado el testimonio del ofendido como elemento probatorio de la responsabilidad, la Corte, en estas condiciones, carece de un fundamento serio para entrar a estudiar la causal invocada.

4º—"Cuando en casación se alega una causal, —ha dicho la Corte— el deber del recurrente no se limita a enunciarla sino a demostrarla, es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones violadas por el fallador de instancia.

"Si el recurso de casación en último término constituye una crítica a la sentencia por haber incurrido en un error al apreciar la prueba, para que prospere la causal es necesario demostrar en qué consiste ese error, por qué se incurrió en él, y por qué se violaron las disposiciones de la ley sustantiva o procedimental; en otros términos, llevar al debate para que sirvan de examen ante la Corte, los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico que le permitan hacer un estudio del fallo frente a la ley.

"Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica aconsejados por la ley —como en este caso— la Sala no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento, llenar los vacíos y defectos de la demanda haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan el carácter de perjudiciales para el procesado".

Por estas razones la causal segunda no prospera.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dice el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley penal porque al imponer la sanción se aplicó la disposición del artículo 374 del Código Penal, en vez del artículo 373 que era la disposi-

ción aplicable para el caso **sub judice**, y concreta así el cargo:

"El litigio de saber cual esa (sic) disminución de la capacidad de trabajo en cada caso concreto, se resuelve sencillamente leyendo el reconocimiento médico donde forzosamente deben decir los peritos cual es esa disminución.... Por lo tanto, si los médicos no dijeron que la disminución de la capcidad (sic) de trabajo es superior a un 50 por ciento, hay que aceptar la hipótesis contraria, de que es menor que el 50 por ciento, bien por el concepto claro de los médicos, bien por la aplicación de la interpretación más favorable, que tiene función no solo para señalar la norma legal infringida, sino también para la valoración de las pruebas".

Se contesta

La aplicación de la norma del artículo 374 del Código Penal, no está subordinada al concepto de la enfermedad o incapacidad para trabajar, sino al hecho fundamental de que la lesión produzca una perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, y, cuando esta perturbación funcional o psíquica es permanente, la pena se aumenta.

El concepto de **enfermedad o incapacidad para trabajar** es la modalidad que el juzgador debe tener en cuenta para sancionar las infracciones contempladas por el artículo 372 del Código Penal; en estos casos, sí es indispnesable la demostración o comprobación de la enfermedad o incapacidad para trabajar, porque la sanción se impone en atención a esos factores, y no en relación con las consecuencias o resultados de las lesiones.

La expresión "enfermedad o incapacidad para trabajar" del artículo 372 del Código Penal, sólo se refiere a los delitos de lesiones personales en los cuales no hay consecuencias distintas a la enfermedad o incapacidad para trabajar, pero cuando la infracción, fuera de esta incapacidad para trabajar, produce consecuencias de otro orden, las disposiciones aplicables; según el caso, serán los artículos 373, 374 y 375 de la ley sustantiva.

El Código Penal, en ninguna de las disposiciones por las cuales sanciona el delito de lesiones personales, condiciona la pena, en su aplicación y graduación, al porcentaje de incapacidad fijado por los médicos legistas. Esa apreciación para la imposición de la pena la hace el fallador claro es que atendiendo al concepto médico legal, pero no a los porcentajes que éste fije, como lo pine el recurrente. Si la ley, en forma directa o indirecta, hubiera condicionado la fijación de la pena al mayor o menor porcentaje de incapacidad determinado por los médicos, el demandante tendría razón, pero, como el legislador ordena que se tenga en cuenta para señalar la sanción, sólo la calidad de la perturbación funcional, si ésta es transitoria la pena será menor, y si la perturbación funcional es permanente, la pena será mayor.

Los médicos legistas dicen:

"El defecto funcional del ofendido es permanente. La articulación de la muñeca no tiene movimientos activos. La mano se encuentra en ligera flexión y aducción por haber sido seccionados los tendones extensores y abdutores. Los tendones fueron suturados, pero, o la tenorrafia fue ineficaz, porque no prendieron los puntos afrontados, o porque, la destrucción de las sinobiales produjo adherencia de carácter permanente. La extensión de los dedos está perdida en un veinticinco por ciento (25%) y la flexión en un veinticinco por ciento (25%), lo que da un total de cincuenta por ciento (50%) de pérdida en los movimientos de flexión y extensión".

Es claro que los peritos legistas al decir que el "defecto funcional del ofendido es permanente" emplearon una expresión (defecto funcional), que no concuerda con la terminología jurídica del Código Penal, pues éste habla de "perturbación funcional", mas este cambio de palabras no altera el contenido esencial del concepto, ya que el defecto funcional "se refiere a la limitación o supresión de una función, sin que se tenga en cuenta la imperfección estética o la alteración de las formas".

"A este defecto funcional —dice Uribe Cualla— es al que se refiere el nuevo Código Penal en su artículo 374 cuando habla de perturbación funcional de un órgano o miembro. El perito médico de ahora en adelante deberá emplear cuando sea necesario la expresión "perturbación funcional" en vez de la que anteriormente usaba "defecto funcional" que es equivalente. (Medicina legal).

La sanción prevista en el artículo 374 del Código Penal se aplica en dos casos diferentes: primero, cuando la lesión produce una perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, y segundo, cuando la lesión produce una perturbación funcional permanente; en estos casos, no es indispensable que la lesión afecte todo el órgano o miembro en su sentido integral o completo; puede que las consecuencias de la lesión lo afecten en una sola parte, para que se imponga la correspondiente sanción; porque las expresiones órgano y miembro en el sentido en que se usan en el De-

recho Penal, hacen referencia a la función que el órgano o miembro desempeña, y no al sentido anatómico que les asigna y emplea la medicina legal.

Así, pues, si la lesión afecta alguno o algunos de los elementos anatómicos que integran el órgano, y, como consecuencia de ello, limita la función y el ejercicio propio de la actividad fisiológica del mismo, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374 del Código Penal, aunque el conjunto de tejidos de que se halla integrado el órgano o miembro no esté afectado en su totalidad sino parcialmente.

En un caso similar al que hoy es objeto de estudio, la Sala expresó su pensamiento en esta forma:

"El recurrente, omitiendo toda referencia a las nociones de función y órgano, que constituyen el criterio de apreciación de la perturbación funcional, sostiene que siendo la mano lo más importante del miembro brazo, pero no todo el miembro, y no habiendo afectado la lesión sino la mano —tres dedos— no hay perturbación funcional del miembro, sino, como ya se anotó, deformidad física concretada en cicatrices visibles deducida de la inmovilidad de los dedos.

"La sola enunciación de la tesis demuestra su inconsistencia; la perturbación —en efecto— puede ser total o parcial, afectar un sector anatómico grande o pequeño, los que a pesar de su extensión, pueden constituir órganos especiales con funciones también especiales interdependientes los unos de los otros; cuando la ley penal habla de perturbación funcional —no defecto funcional— de órgano o miembro, no puede tomarse únicamente en el sentido de su totalidad, porque de lo contrario toda perturbación funcional parcial quedaría asimilada a deformidad física, y al margen, por consiguiente, de toda sanción penal; no es aceptable, por lo tanto, la tesis de que no hay perturbación funcional —sino deformidad física— porque la lesión sólo afectó una parte de la mano, que es el miembro, y no toda la mano o miembro".

En consecuencia la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por el cual condenó a Eduardo Castro Orozco a la pena principal de un año de presidio por el delito de lesiones personales consumadas en Luis Elías Londoño M.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. —Jesús Alfonso Roa, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto por la opinión de mis compañeros de Sala salvo mi voto, no en el fondo de este negocio, sino en la doctrina de que cuando quiera que hay perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la disposición aplicable es el artículo 374 del Código Penal.

Para los efectos del artículo 374 no puede tenerse en cuenta sino la perturbación transitoria **grave,** desde luego que el legislador impone para ésta una sanción mayor que la señalada para la desfiguración facial o para la deformación física, o para la perturbación psíquica transitoria, que son en veces de consecuencias gravísimas, como lo expresé en fallo de 23 de octubre de 1946 (G. J. tomo LXII, número 2046-47, página 148).

Esta doctrina no toca el fondo del negocio, repito, porque aquí se trata de perturbación funcional **permanente** y, como también lo expresó la Sala, desde que la perturbación sea permanente "la ley considera la lesión que deja esa consecuencia como grave y la sanciona con mayor severidad".

Agustín Gómez Prada.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO.— OBJETIVO DE ESTA INSTITUCION. LIMITES DE LA FACULTAD OTORGADA POR LA LEY A LA CORTE DE CONCEPTUAR ACERCA DEL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

1.—El cambio de radicación de un proceso criminal, que el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal autoriza para que lo conceda el Gobierno, previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia, constituye excepción al principio de la competencia por razón del territorio en donde el delito se haya cumplido y tiene por objeto, como el mismo artículo lo advierte, la conveniencia para la recta administración de justicia, a fin de evitar que ésta sea interferida por motivos, causas o circunstancias que le impidan la completa imparcialidad de que debe estar revestida para el juzgamiento de los delincuentes.

Para llenar tal objetivo la Corte no tiene más límite que el que la misma ley le señala "de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado". De aquí dimana que esta atribución constituye una delicada y grave misión que la ley ha confiado a la Corte, y en cuyo cumplimiento ésta debe proceder con el más desprevenido criterio y con el deseo de que se logre eficaz funcionamiento de los órganos jurisdiccionales del Estado.

2.—No puede, pues, ponerse en duda que la delicada atribución conferida a la Corte persigue estos fines trascendentales:

a) Hacer más recta e imparcial la administración de justicia;

b) Impedir que circunstancias o causas de distinta índole interfieran el ejercicio recto de dicha administración de justicia;

c) Sustraer a ésta del influjo de las pasiones políticas que en un momento dado puedan gravitar sobre ella impidiéndole el cumplimiento de sus deberes;

d) Llevar la confianza a los asociados de que ningún sentimiento distinto al de la imparcialidad más absoluta y al más desprevenido criterio, obra en la decisión de los jueces; y

e) Sustraer a éstos en el ejercicio de sus funciones de todo ambiente caldeado o apasionado, a fin de que cumplan su ardua y delicada misión, sin causa alguna que les impida la totalidad de su independencia y libertad en la decisión de los preceptos puestos bajo su cuidado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo trece de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Sala de Casación Penal de la Corte, la solicitud formulada por el doctor Jaime Ruiz Ojeda para que se cambie la radicación del sumario contra Faminio Malaver y otros, por homicidio perpetrado en cuatro agentes de la Policía Nacional, División Boyacá, con el objeto de que esta Corporación emita el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Según certificado que se acompaña, el sumario en cuestión está radicado en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Tunja, pues los hechos investigados ocurrieron en el Municipio de Tuta de aquella comprensión jurisdiccional. Se establece asimismo con este documento, que el doctor Jaime Ruiz Ojeda, es apoderado de algunos de los sindicados en el expediente cuyo cambio de radicación se solicita.

La petición viene acompañada de los siguientes documentos:

1º—Certificado del Juez Segundo Superior de Tunja, en el que consta la radicación allí del sumario y la personería que en el mismo tiene el solicitante, como apoderado de los sindicados Eulogio Vargas y Josué Suárez.

2º—Declaraciones extrajuicio, rendidas ante el señor Juez Décimo de Instrucción Criminal de esta ciudad, por los doctores Plinio Mendoza Neira, Gustavo Hernández Rodríguez y Gonzalo Vargas Rubiano, con las cuales respalda el doctor Ruiz Ojeda las razones que lo han inducido a pedir el cambio de radicación del sumario contra Flaminio Malaver y otros.

Los declarantes, en un todo de acuerdo con el peticionario, expresan que los hechos delictuosos en que perdieron la vida cuatro agentes de la Policía Nacional, División Boyacá, en la población de Tuta y de los cuales se sindica a Flaminio Malaver y otros, son de carácter estrictamente político, puesto que ellos se presentaron el diez de abril de 1948, como consecuencia del asesinato del doctor Jorge Eliécer Gaitán, dando origen a una serie de reacciones y contra-reacciones de típica violencia política, lo que hace que el proceso de que se habla esté expuesto como el que más a la influencia de los partidos, que interfiere la acción imparcial de la justicia.

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso criminal, que el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal autoriza para que lo conceda el Gobierno, previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia, constituye excepción al principio de la competencia por razón del territorio en donde el delito se haya cumplido y tiene por objeto, como el mismo artículo lo advierte, la conveniencia para la recta administración de justicia, a fin de evitar que ésta sea interferida por motivos, causas o circunstancias que le impidan la completa imparcialidad de que debe estar revestida para el juzgamiento de los delincuentes.

Para llenar tal objetivo la Corte no tiene más límite que el que la misma ley le señala "de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado". De aquí dimana que esta atribución constituye una delicada y grave misión que la ley ha confiado a la Corte, y en cuyo cumplimiento ésta debe proceder con el más desprevenido criterio y con el deseo de que se logre eficaz funcionamiento de los órganos jurisdiccionales del Estado.

Así lo ha entendido la Corte y no son escasas las jurisprudencias en donde para el cambio de radicación de un proceso penal, la Corporación ha estampado estos conceptos:

"El criterio que debe primar para la concesión del cambio de radicación de negocios criminales estriba en la conveniencia de la recta administración de justicia; conveniencia que puede fundarse en todo hecho o circunstancia que en alguna forma, ya directa o indirecta, pueda menoscabar los derechos del interesado o sus fueros sociales, ya que en orden a la recta apreciación de los hechos delictuosos, a la responsabilidad de ellos, a la ley penal infringida o a la sanción que tales hechos comporte. La Corte tiene, pues, amplio campo de acción para conceptuar sobre la conveniencia del cambio de radicación apoyada en las pruebas que suministre el interesado". (Acuerdo, 21 de julio de 1925, XXXI, página 292).

Y en otra doctrina, ha dicho:

"El derecho que la ley otorga al sindicado o al procesado para pedir el cambio de radicación de un proceso, de un Distrito Judicial distinto de aquel en que se cometió el delito, se funda en una razón de orden público y social, como es la de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que se garanticen plenamente los derechos de la sociedad y los de la persona a quien se acusa por la comisión de un ilícito". (Concepto de 19 de julio de 1946).

También es de la Corte, sobre este mismo tema, la siguiente doctrina:

"El ejercicio de la facultad que la ley ha otorgado al Gobierno para variar la radicación de los procesos tiene especial aplicación en aquellos de excepcional gravedad, que han conmovido la opinión pública y que, además, han sido consumados bajo el influjo de las pasiones políticas. En tales condiciones, es conveniente abundar en garantías y sustraer su juzgamiento del Distrito Judicial en donde ocurrieron los hechos, lo que sin duda fortalece la confianza que todos los ciudadanos deben tener en la rectitud e imparcialidad de las decisiones de la justicia". (**Gaceta Judicial**, Tomo L, números 1964-65, página 527).

No puede, pues, ponerse en duda que la delicada atribución conferida a la Corte persigue estos fines trascendentales:

a) Hacer más recta e imparcial la administración de justicia;

b) Impedir que circunstancias o causas de distinta índole interfieran el ejercicio recto de dicha administración de justicia;

c) Sustraer a ésta del influjo de las pasiones políticas que en un momento dado puedan gravitar sobre ella impidiéndole el cumplimiento de sus deberes;

d) Llevar la confianza a los asociados de que ningún sentimiento distinto al de la imparcialidad más absoluta y al más desprevenido criterio, obra en la decisión de los jueces; y

e) Sustraer a éstos en el ejercicio de sus funciones de todo ambiente caldeado o apasionado, a fin de que cumplan su ardua y delicada misión, sin causa alguna que les impida la totalidad de su independencia y libertad en la decisión de los procesos puestos bajo su cuidado.

Aplicadas estas ideas generales al caso que aquí

se contempla, es manifiesto que hay razones para pensar que en realidad existen factores de muy diversa índole, todos ellos de origen político, próximo o remoto, que implican un ambiente en donde es fácil que dicha pasión influya en forma decisiva para que la administración de justicia no realice sus fines morales dentro del equilibrio, independencia y autonomía que es indispensable para el cumplimiento de su misión.

De los testimonios que se aducen para demostrar estos hechos, pueden destacarse los siguientes apartes, que establecen un estado de cosas incompatible con los principios que gobiernan la buena marcha de la justicia.

Así, uno de los declarantes de las siguientes razones para que se radique en otro Distrito Judicial el proceso seguido contra Flaminio Malaver y otros, por el delito de homicidio en cuatro agentes de la autoridad, ocurrido en Tuta el 10 de abril de 1948.

"Esos hechos —se refiere a aquel delito— son precisamente parte de una serie de violencias que se presentaron en Tuta a raíz de saberse el asesinato del doctor Gaitán. De manera que por el tiempo y por las circunstancias todas esas investigaciones se han reputado en Boyacá como eminentemente políticas. Y en el caso presente hay algo más: la muerte violenta de los agentes en Tuta dio origen a una serie de reacciones y contra-reacciones de típica violencia política que también están siendo investigadas penalmente. En síntesis considero que el proceso por la muerte de los agentes de policía acaecida en Tuta, se puede citar como ejemplo de proceso inficionado de política".

Otro declarante, se produce así:

"Es tan perturbadora y nociva la situación de violencia política en Boyacá que, salvando la rectitud del Organo Judicial, su labor se ve interferida, obstaculizada y aún amenazada por ese motivo".

Y por último, de otra testificación aducida como prueba, conviene destacar este aparte:

"Desde que un proceso se considera de índole política, sea por su origen, sus autores, sus consecuencias, etc., está fatalmente condenado en Boyacá a perjudicarse hondamente por multitud de influencias anormales, todas originadas en el ambiente caldeado por la política. Desde la simple labor investigativa hasta la integración del jurado, si es el caso, se presentan graves obstáculos a una recta y eficaz administración de justicia. Sencillamente los funcionarios, por pulcros que sean, no pueden desligarse y superar el ambiente desfavorable en que actúan".

Ante estos ehchos, cuya gravedad es incuestionable y que destacan peligrosas intromisiones que pueden operar en forma desfavorable para la intangibilidad del buen nombre del Organo Jurisdiccional y que implican, también, la necesidad de remover los obstáculos que por cualquier motivo surjan como perturbaciones para la serena marcha de un proceso penal, no cabe otra disyuntiva que considerar establecidas las razones de orden legal que hacen conveniente la radicación del proceso seguido contra Flaminio Malaver y otros, en un Distrito Judicial distinto de aquel en donde fue cumplido el delito de homicidio de que se les sindica. Y vale la pena destacar como criterio para apreciar o valorar los testimonios, cuya cita pertinente se ha hecho en este caso, la siguiente doctrina de la Corte:

"La Corte estima que ésta no es atribución en la cual ella obre como entidad falladora, sino que se trata de una delicada misión que el legislador le ha confiado, para ilustrar el criterio del Gobierno acerca de una medida cuya finalidad se endereza a regular, en circunstancias especiales, el mejor funcionamiento de los órganos judiciales del Estado. En estas condiciones no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales debe basar la Corte su concepto, tengan el carácter de prueba plena o perfecta para demostrar hechos que además por la naturaleza de las cosas, resultarían en muchas ocasiones imposibles de probar. Basta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de quienes no tengan aprehensión alguna los interesados". (Acuerdo 16 de noviembre de 1926, T. XLV, página 557).

Por tanto la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, EMITE CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación del proceso contra Flamilio Malaver y otros, a que se refieren las presentes diligencias.

Cópiese y devuélvase el expediente.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

PRUEBA DE LA PRESANIDAD EN EL HOMICIDIO. — NULIDADES. — LEY FAVORABLE

1.—Si la presanidad, tratándose de la prueba del homicidio, se refiere al goce pleno o limitado de la vida, no es lógica la conclusión de que tal prueba falte porque antes de la lesión mortal el occiso hubiera sufrido otras que, como en este caso, no pueden ligarse, con relación de causalidad, a su muerte.

2.—La Constitución y los estatutos penales (material y formal) acogieron siguiendo la dirección individualista de clásicos y neoclásicos de hacer prevalecer —según expresión de Ferri— los derechos del delincuente sobre los de la sociedad que de él se defiende, acogieron, se repite, opuestamente a la dirección positivista, según la cual el principio de la favorabilidad sólo es aplicable a delincuentes ocasionales o pasionales, no a los habituales, el de dar en todos los casos aplicación a la ley penal más favorable para el procesado.

3.—Constituye nulidad del procedimiento, conforme lo ha explicado la Corte, el llamar a responder en juicio por un delito que define y sanciona una ley posterior al acto que se imputa, como por ejemplo, por el delito de homicidio "que define y sanciona el Capítulo I, Título XV, Libro II del Código Penal vigente", cuando el homicidio se consumó antes de la vigencia de este Código, en lugar de hacerlo por las disposiciones legales que entonces definían y sancionaban dicho delito. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que en la sentencia se apliquen de preferencia las nuevas disposiciones legales si resultan más favorables para el procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo diez y siete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno)

Vistos

El defensor de Benilda Rodríguez recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa, del tres de junio del año pasado, por medio de la cual fue condenada a la pena principal de quince años de presidio por el delito de homicidio en su esposo legítimo Pedro Rodríguez, cometido la noche del veinticinco al veintiseis de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, en el pnnto de "Mapuritos", vereda de Duartes, jurisdicción del Municipio de Chiscas, Departamento de Boyacá.

Formuló la demanda de casación ante la Corte el doctor Víctor Arenas Sandoval, el mismo abogado que, como Fiscal del Juzgado 2º Superior de Santa Rosa, solicitó se sobreseyera definitivamente en favor de la procesada en el concepto sobre calificación del sumario, y más tarde, en las audiencias, que se la absolviera por falta de prueba del cuerpo del delito.

En atención a que la muerte de Rodríguez acaeció en el año de mil novecientos treinta y cuatro, cuando aún regían el Código Penal de 1890 y el Libro III del Código Judicial de 1872 (Enjuiciamiento en Negocios Criminales) y leyes reformatorias como la No. 57 de 1887, 1ª de 1923 y 118 de 1931, el demandante se acogió a ellas, y así invocó las causales primera, segunda, tercera y quinta del artículo 2º de la ley últimamente citada, al mismo tiempo que sugirió al Procurador que, de conformidad con el artículo 6c de la misma, ampliara los argumentos que expuso en la demanda y volviera —dice— "por los fueros de la inocencia encadenada de Benilda Rodríguez".

Las objeciones hechas a la sentencia, según el orden de las causales invocadas, son las siguientes:

a) Violación de la ley penal por mala interpretación o indebida aplicación de la misma;

b) Violación de la ley procedimental, por cuanto se dictó sentencia sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley;

c) Violación de la ley por cuanto hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, y

d) Violación de la ley, por cuanto se dictó sentencia sobre un veredicto viciado de injusticia notoria.

La Corte —siguiendo el método adoptado por el Procurador Delegado— examina las causales tercera y segunda, y en este orden, de preferencia

sobre las otras, por la influencia que, al estar fundadas, la apreciación errada del delito y la nulidad tendrían en el objeto del proceso.

I—Errada apreciación de la prueba del cuerpo del delito

El Juez y el Tribunal —afirma el recurrente— al declarar plenamente probada la presanidad del occiso, no pudieron hacerlo sino inducidos por grave error en la prueba de tal elemento esencial a la estructuración del delito; el Tribunal violó —concluye— los artículos 1626, 1656 y 1512 del Código Judicial y 24 de la Ley 104 de 1922 (relativos a la noción de cuerpo del delito y a la condición requerida para condenar) al proferir la sentencia recurrida, por haber incurrido en grave error acerca de la apreciación del cuerpo del delito.

El examen de esta causal exige una descripción —al menos sumaria— del delito y sus circunstancias, de acuerdo con los datos del proceso.

Pedro Rodríguez fue hallado muerto, con varias heridas hechas con arma corto-punzante (una de ellas mortal), entre un charco de sangre, en su propia casa, la mañana del veintiseis de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, y en la cocina próxima a la misma pieza en que había dormido con su esposa Benilda Rodríguez, y con sus hijos Luisa, Ciro, Bárbara y Consolación y, además, Ana Victoria Esteban (entenada del occiso).

Las heridas —según la diligencia de autopsia— fueron localizadas en las regiones anatómicas siguientes: una en la articulación metacarpo-falangiana del dedo auricular derecho y en su cara dorsal, otra en el borde cubital del antebrazo izquierdo, otra en el vértice de la axila izquierda, otra en la región mentoniana izquierda, y otra en la región supra-espinosa del homoplato izquierdo extendida desde la nuca en una longitud de doce centímetros, y otra, paralela a la dirección de las costillas, debajo del mamelón izquierdo, de seis centímetros de longitud, que tocó las fibras superficiales del quinto músculo intercostal; estas heridas, según el médico legista, hubieran causado ocho días de incapacidad la última y solamente cuatro las restantes. Además de las ya mencionadas se halló otra herida —la que le produjo la muerte— a tres centímetros debajo de la articulación externo-clavicular izquierda, entre el segundo y el tercer espacio intercostal del mismo lado, causada con arma corto-punzante y que penetró en la cavidad torácica, seccionó la tercera costilla, los músculos superior e inferior a ésta y la pleura parietal, y finalmente, perforó las paredes anterior y posterior del ventrículo izquierdo del corazón.

De las lesiones primeramente mencionadas, las localizadas bajo el mamelón izquierdo, en la región axilar izquierda y en la nuca fueron causadas —según afirmaciones de Benilda Rodríguez, Ciro Rodríguez, Ana Victoria Esteban y Domingo Chía— la noche del veintidós de diciembre, en el camino del Cocuy a su casa (punto de "La Burrera"), en un asalto repentino por tres individuos desconocidos; las otras, según Benilda y sus hijos, fueron causadas la noche del 25 al 26, también por desconocidos que penetraron a la casa y, quienes, además del ataque a Pedro, se apoderaron de una suma de dinero guardada entre un baúl.

Benilda Rodríguez y su hijo Ciro —se añade— también resultaron lesionados: la primera en la mano izquierda y el otro en el espacio interdigital de los dedos auricular y anular de la mano del mismo lado.

La investigación —iniciada en virtud del informe que al Alcalde Municipal de Chiscas dio Ana Victoria Esteban, la entenada del occiso— no tuvo resultado alguno, hasta que diez años más tarde Darío Orozco, un campesino que conocía a los Rodríguez por haberles servido en sus tierras, comunicó al Juez 79 de Instriucción Criminal lo que Benilda Rodríguez, su hijo Ciro y Vicente Núñez (compañero de cárcel de Orozco) le habían revelado sobre la responsabilidad de la primera en la muerte de su esposo, dato que orientó por esa ruta el proceso hasta culminar en la condena de la esposa.

Del hecho —afirmado por Benilda, su hijo Ciro, la Esteban y Chía— de que tres días antes, el veintidós de diciembre, Pedro había sido herido, deduce el recurrente que siendo la muerte (como consecuencia de las lesiones) y la presanidad los elementos del homicidio, y no estando plenamente comprobada la presanidad, por cuanto Rodríguez la noche del veinticinco (en que murió) ya estaba herido, no se puede declarar —como Juez y Tribunal lo hicieron— que se halla plenamente probada la presanidad del occiso la noche del 25 al 26 de diciembre de 1934, "es decir —concluye— que falla este elemento esencial a la comprobación del cuerpo del delito", y "si Juez y Tribunal declararon plenamente comprobada la presanidad, no pudieron hacerlo sino inducidos por grave error en la apreciación de la prueba de tal elemento esencial a la estructuración del cuerpo del delito".

La hipótesis del recurrente es jurídicamente inaceptable si se tiene en cuenta que el bien que

tutela y protege la ley penal es —según la expresión de Manzini— la vida del ser humano sin consideración a sus condiciones de edad, sanidad, integridad; Rodríguez recibió, en efecto, algunas lesiones sin consecuencia grave alguna el veintidós de diciembre, y otras la noche del veinticinco al veintiseis, entre ellas la que le perforó el ventrículo izquierdo del corazón y que fue —según la pericia médico legal— la que, por su naturaleza y gravedad, le causó la muerte; Rodríguez, de conformidad con lo declarado por su hijo Ciro Rodríguez y otros, al sentirse herido, bajó de la cama, fue hacia la puerta, dio un grito de dolor, luego regresó al sitio en que cayó muerto, manifestaciones éstas propias de la esencia de la vida, y de quien la posée en su plenitud aunque lo fuera en sus últimos momentos; y si la presanidad, tratándose de la prueba del homicidio, se refiere al goce pleno o limitado de la vida, no es lógica la conclusión de que tal prueba falte porque antes de la lesión mortal el occiso hubiera sufrido otras que, como en este caso, no pueden ligarse, con relación de causalidad, a su muerte.

No es, pues, viable la hipótesis de que éste se hallara muerto o de que la causa de la muerte fuera alguna de las lesiones recibidas tres días antes —que sería la conclusión de la inexistencia de la presanidad— cuando le fue atravesado el corazón de una cuchillada la noche del veinticinco al veintiseis de diciembre; el Tribunal, en consecuencia, no apreció erradamente la prueba del cuerpo del delito, de modo que la objeción hecha con base en la causal tercera es infundada, y el recurso, en este aspecto, no prospera.

III—Nulidad sustancial del proceso

Los vicios de nulidad en que el demandante afirma que el Tribunal incurrió, al dictar la sentencia, son los siguientes:

a) Falta de notificación del enjuiciamiento de segundo grado tanto a la procesada como al defensor;

b) Equivocación en la diligencia de sorteo de jurados, y

c) Formulación, opuestamente a los mandatos legales, de los cuestionarios propuestos al jurado en la audiencia pública.

Separadamente —dada la importancia de estos temas— la Sala los examina en seguida.

a) Notificación del enjuiciamiento

La falta de notificación del enjuiciamiento al procesado y al defensor de conformidad con los artículos 1625 del Código Judicial y 264 (3º) de la Ley 57 de 1887 produce nulidad en los juicios criminales, la cual se subsana o desaparece si, habiendo comparecido los no notificados en el juicio, no la reclaman dentro del día siguiente al en que se les hizo la primera notificación.

En este proceso no se notificó el auto de proceder a la procesada, por cuanto en esa época gozaba de libertad provisional, aunque sí al defensor mediante estado; se incurrió, pues, en nulidad, pero uno y otra fueron notificados personalmente del auto por medio del cual se ordenó dar traslado al Fiscal para que manifestara si tenía pruebas que pedir, y el proceso continuó hasta el fallo de segundo grado, sin que hubieran reclamado dentro del día siguiente al en que se les hizo la notificación del traslado al Fiscal, ni posteriormente.

Habiendo sido, pues, subsanada tácitamente la nulidad causada por la falta de notificación del enjuiciamiento, era inútil invocarla ante la Corte.

b) Equivocación en el sorteo del jurado

El demandante afirma que en la diligencia de sorteo de jurados aparece la equivocación que —según el numeral 4º, artículo 265, Ley 57 de 1887— produce la nulidad del juicio.

Las normas que determinan las condiciones de tan importante acto procesal son las siguientes:

a) El artículo 275 de la mencionada ley, según el cual el sorteo será público, con asistencia del Juez, el Secretario y las partes que quieran concurrir, y la del Fiscal, que es obligatoria;

b) El artículo 276, que señala el modo de hacer el sorteo (insaculación de las balotas, sacada de las correspondientes a los que tengan derecho a recusar, más tres según este artículo o cinco según la Ley 1ª de 1923), y

c) Artículo 279, que ordena que, terminado el sorteo, se extienda la diligencia respectiva, y la firmen el Juez, el Secretario y las partes que hubieren concurrido y quisieren hacerlo.

Como la objeción se concreta a equivocaciones y omisiones en la diligencia de sorteo, es conveniente transcribir el acta que la contiene.

"En Santa Rosa de Viterbo —dice el Acta— a veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, siendo el día y la hora señalados por auto de once de los corrientes para la diligencia de sorteo general de jurados en la presente causa, se reunieron en el Juzgado 2º Superior el señor Juez y su Secretario así como la procesada con tal fin. El señor Juez introdujo en una bolsa destinada al efecto las balotas correspondientes a los nombres

de los ciudadanos que deben prestar tal servicio de jurados en el Juzgado y extrajo de ella, una a una, cinco (sic) que resultaron marcadas con los números 168, 7, 161, 112, 144, 109 y 150, que en la lista correspondiente corresponden a los nombres de Miguel Barrera, Adán Hernández, Isidro León, Jesús Dueñas, Luis Antonio Güio Pedraza, Abelardo Fajardo y Alfonso Morales. El señor Fiscal recusó al ciudadano Abelardo Fajardo y, por su parte, la procesada recusó al señor Alfonso Morales. De esta suerte el jurado quedó constituído por los señores Miguel Barrera, Adán Hernández, Isidro León, Jesús Dueñas y Luis Antonio Güio Pedraza, a quienes el señor Juez declaró elegidos, como se dijo, jurados en la presente causa. Se deja constancia que se observan los mandatos legales correspondientes al Código Penal bajo cuya vigencia fue cometido el delito, esto es, el Código de 1890. Leída y aprobada esta diligencia, como aparece, se firma. El Juez, José Antonio Corso Castañeda. — Rogado de Benilda Rodríguez, José M. (ilegible) Molano. — El Secretario, Daniel Acosta".

Las equivocaciones en que se incurrió en esta diligencia y que —según el demandante— no permitían saber cuáles eran los designados que debían formar el jurado, son estas: primera, que —según el acta— el Juez sacó solo cinco balotas y aparecieron siete, lo que sugiere da duda de si se consideró el jurado integrado por tres personas de acuerdo con la ley 57 (artículo 276) o por cinco de acuerdo con la Ley 1ª de 1923 que aumentó a cinco el número de sus miembros; y segunda, que a pesar de que aparece el Fiscal recusando el nombre de Abelardo, ello no pudo suceder, porque —según el texto del acta— aquel funcionario no asistió a la diligencia ni, por lo tanto, firmó la diligencia, de modo que si hubiera, en verdad, concurrido y ejercido el derecho a la recusación, podría haber sido otro el recusado, otro el jurado y otro el veredicto.

No tiene la importancia que le dio el recurrente la equivocación resultante del desacuerdo nominal entre el número de balotas que se dice el Juez extrajo de la bolsa (cinco) y el de las verdaderamente extraídas y numeradas (siete), pues tal equivocación consistió en haber escrito la palabra "cinco" en vez de "siete"; si el jurado, de acuerdo con la Ley 1ª de 1923, se componía de cinco miembros y dos eran las partes concurrentes, la procesada y el Fiscal (si acaso concurrió) que podían recusar (un nombre cada uno), debían ser siete las balotas extraídas y no cinco, y así sucedió indudablemente, ya que en el acta aparecen siete identificadas con el número que les correspondía en la numeración general (168, 7, 161, 112, 144, 109 y 150). "El vicio grave —sugiere el Procurador al sostener esta conclusión— hubiera consistido en lo contrario: es decir, en que se sortearon siete balotas, cuando solo fueron extraídas cinco".

Si esta objeción no tiene el fundamento que se requiere para que pudiera ser acogida, no puede decirse lo mismo de la relativa a la hipótetica asistencia del Fiscal a la diligencia de sorteo. El acta presenta, en su contenido, tres hechos entre sí contradictorios: la enumeración de las personas que concurrieron (Juez, Secretario y procesado), la recusación de Abelardo Fajardo por el Fiscal, y la firma del acta por los que debieron concurrir, menos por el Fiscal; éste, pues, aparece ejerciendo el derecho a la recusación sin que su asistencia se hubiera acreditado sea mediante la inclusión expresa de su nombre en la enumeración de quienes realmente intervinieron, sea mediante la firma al pie del acta respectiva; esta contradicción entre los mismos datos del acta crea, por lo tanto, una grave incertidumbre sobre la asistencia del Fiscal al sorteo, pues —como el Procurador razona— si concurrió ha debido firmar el acta y registrarse en ella su asistencia para excluir la nulidad que, por esa omisión, afecta el acta, de conformidad con el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal, aplicable no solo por estar vigente el día del sorteo sino también "por contener derechos sustantivos en cuanto al valor probatorio del acta que benefician a la Rodríguez".

"Por otra parte —continúa el Procurador— la asistencia o no asistencia del Fiscal al acta del sorteo tenía repercusiones distintas en la elección de los jueces de conciencia. Si estaba presente, debía recusar un jurado de los siete nombres insaculados; si no lo estaba, el Juez debía sacar a la suerte, una vez que hubiera ejercido su derecho de recusar el procesado, los cinco que debían integrar el Tribunal popular (artículo 276, ley 57 citada). En la primera hipótesis, el cuerpo de jurados era el que reza la diligencia; en la segunda hipótesis —ausencia del Fiscal— dicho cuerpo ha podido ser diferente y dar también un veredicto distinto al consignado en este juicio. Una anomalía de procedimiento que ponga en tela de juicio la intervención legítima de los jurados o de uno de ellos, mina sustancialmente el proceso. No es otro el alcance de la nulidad prevista por el numeral 5º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, que invoca el

señor apoderado con sobra de razón. Y ésta es una nulidad absoluta que no se subsana por el silencio de las partes, ni por el transcurso del tiempo, pues ella está íntimamente vinculada con el artículo 26 de la Constitución Nacional. La demanda, en esta parte —termina el Procurador— resulta, por consiguiente, atendible".

c) Equivocación en la formulación de cuestionarios

Fundado en la ley penal y procesal penal vigentes en la época en que se dio muerte a Pedro Rodríguez, el demandante presenta las siguientes actuaciones que considera graves errores que inducen a nulidad:

a) El Juez formuló al jurado, con violación del artículo 47 de la Ley 169 de 1896, dos cuestiones, una sobre la responsabilidad de Benilda Rodríguez en la muerte de su esposo y otra sobre las circunstancias de la sevicia y de la indefensión, lo que solo podía hacerse cuando se tratara de los delitos enumerados en el artículo 29 de la Carta de 1886 según la Ley 100 (artículo 79) de 1892, entre ellos el asesinato y el parricidio;

b) Formuló también al jurado las circunstancias de la sevicia y de la alevosía (sic), como circunstancias de asesinato, con violación del artículo 586 (3º y 6º) del Código Penal de 1890, tratándose de un homicidio ejecutado sin premeditación como lo reconocieron Juez y Tribunal en los autos de enjuiciamiento, y

c) Omitió el Juez, con violación del artículo 79 de la Ley 100 de 1892 citada, si consideró se trataba de parricidio, proponer al jurado las dos cuestiones indispensables en tal caso, esto es, la del homicidio en la persona del cónyuge y la de su ejecución "a sabiendas" de la existencia del vínculo.

Como conclusión de sus tchas a la formulación del cuestionario, dice el recurrente: "en la presente causa ha existido una hibridación de legislaciones penales sustantivas y formales de tal naturaleza, que se han escogido precisamente las que son desfavorables a mi cliente, con violación expresa de lo dispuesto en la Constitución Nacional (artículo 26)".

El Procurador Delegado rechaza estas objeciones con las siguientes razones que la Sala acoge: "Los cuestionarios se hicieron —afirma— ceñidos a los cargos del auto de proceder, en el cual se configuró el delito como asesinato, siguiendo los presupuestos del artículo 363 del actual Código Penal. Por eso no había para qué mencionar en los interrogatorios el elemento **a sabiendas** que consigna el artículo 593 del estatuto antiguo, y, además, bien podían mencionarse allí la indefensión o inferioridad de la víctima y la sevicia, sin la concurrencia del dolo premeditado que exige el artículo 586 de la misma obra".

III—Demanda del Procurador

No consideró el Procurador —según el concepto que acaba de transcribirse— que fuera equivocada la formulación del cuestionario, dada su obligada relación con la calificación hecha en el auto de proceder y la ley penal aplicada; en cambio, con base en la facultad que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, y partiendo del hecho de que el sumario se calificó conforme a ley distinta a la vigente en la época del delito, opuestamente al mandato constitucional, el distinguido Agente del Ministerio Público, asume la justa y noble posición de demandante, que explica en la forma que en seguida se resume.

En dos hechos funda el Procurador, su objeción: en que en la época del delito regía el Código de 1890, y en que sus disposiciones son más favorables para la procesada que el posterior de 1936 que le fue aplicado, lo que deriva del análisis comparativo de las disposiciones de los dos estatutos, especialmente en orden al asesinato, a sus elementos constitutivos y a la pena con que se le sanciona; así, si en el Código de 1890 la premeditación es el criterio básico de calificación de ese delito, el que adquiere tal categoría si concurre alguna de las circunstancias del artículo 586 y se sanciona con la pena máxima de veinte años, en el Código de 1936 el criterio básico es solamente la intención, el homicidio toma la figura agravada de asesinato si se comete con alguna de las circunstancias del artículo 363 y la pena asciende en su máximo, a veinticinco años.

En la figura especial del parricidio, creada en la ley de 1890 (artículo 593), también halla el Procurador un aspecto favorable a la procesada, ya que su elemento sustancial —"a sabiendas" del vínculo— debe estar plenamente probado para dictar auto de proceder, y tal figura, en el nuevo Código, dejó de ser autónoma, pues fue incluída en la clasificación del artículo 363.

"Así las cosas —deduce el Procurador— si el llamamiento a juicio se hubiera hecho al tenor del Código Penal de 1890, el asesinato no habría podido imputarse a la Rodríguez en los términos del artículo 586, porque tanto el Juez como el Tribu-

nal echaron de menos el factor premeditación, que era indispensable para la existencia de esa especie de homicidio. Y entonces el cargo ha debido versar sobre el parricidio, pero dando la prueba acerca del **"a sabiendas"** respecto del vínculo matrimonial existente entre la acusada y el ofendido Pedro María Rodríguez; y sobre dicho dolo específico tenía necesariamente que interrogarse al jurado, lo cual no se hizo aquí.

"'La errada apreciación de las normas penales sustantivas preexistentes, al delito —continúa— en que se incurrió al dictar el auto de proceder, colocaron, por lo tanto, a la acusada en una situación desventajosa para su defensa. Esto es, no se le juzgó en la forma ordenada por el artículo 26 de la Carta. Y violando ese precepto en algo tan importante como la definición de la especie delictuosa materia del debate y la consiguiente penalidad, es obvio que se justifica la declaratoria de esta nulidad supralegal".

El Procurador, finalmente, refiriéndose a la prueba en que se fundó la condena —la declaración "de oídas" de un expresidiario rendida diez años después del delito— hace una sugerencia tan grave, que la Corte cree necesario transcribir. "Por último, cabe decir —termina— que en este proceso se trata de un caso complicadísimo en que asaltan la mente del juzgador torturantes problemas sobre cuestiones probatorias, que bien merecen ser apreciadas cuidadosamente por un nuevo cuerpo de jurados. Los jueces, en situaciones por demás complejas como las aquí contempladas, tienen que ser tan prudentes y serenos como la justicia misma".

La doctrina expuesta aquí por el Procurador coincide con la que la Corte ha sostenido en los múltiples casos en que se le ha planteado análogo problema, con sujeción al principio de la retroactividad de la ley penal favorable que la Constitución y los estatutos penales (material y formal) acogieron siguiendo la dirección individualista de clásicos y neoclásicos de hacer prevalecer —según la expresión de Ferri— los derechos del delincuente sobre los de la sociedad que de él se defiende— acogieron, se repite, opuestamente a la dirección positivista, según la cual el principio de la favorabilidad sólo es aplicable a delincuentes ocasionales o pasionales, no a los habituales.

Entre las doctrinas de la Corte, es oportuno hacer referencia a la expuesta en la sentencia del diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarent y tres, que decidió el recurso de casación de Tobías Silva contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, y que el Procurador coadyuvó como en el presente caso; también allí se calificó el delito —a pesar de haber sido cometido bajo la antigua legislación— conforme a la nueva, y en esa y otras razones fundó la Corte la orden de reponer el proceso, de las cuales en seguida se transcriben las pertinentes:

"1º—El hecho incriminado ocurrió antes de empezar la vigencia de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal;

"2º—De acuerdo con los principios generales que en Colombia están aceptados y promulgados por los artículos 22 (hoy 26) de la Constitución, 43 a 45 de la Ley 153 de 1887, 1º y 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal, Tobías Silva tenía derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le ha imputado;

"3º—El juicio se abrió por el delito de homicidio" que define y sanciona el Capítulo I, Título XV, Libro II del Código Penal vigente" a pesar de que el hecho incriminado ocurrió en fecha anterior a la vigencia de ese Código;

"4º—El reo podía exigir la aplicación de los nuevos códigos si resultaban ser ley permisiva o favorable para él, pero los juzgadores no podían aplicar las leyes nuevas a este proceso antiguo sin petición expresa del reo o sin mediar un motivo de clara favorabilidad;

"5º—Se llamó a juicio al procesado por el delito de homicidio al tenor del nuevo Código Penal y el reo ha formulado reclamo contra ese procedimiento, porque estima que tal ley aumentó considerablemente las sanciones señaladas por el anterior código para el delito de homicidio;

"6º—Resulta así un manifiesto error en el enjuiciamiento, pues ha debido formularse el cargo a la faz del Código Penal de 1890, sin perjuicio de aplicar en la sentencia el nuevo código si comparado con el otro resulta más favorable, y

"7º—Hubo, en todo caso, grave motivo de desconcierto para la defensa, pues se llamó a juicio y se siguió la causa con aplicación de leyes posteriores al delito y a la iniciación del proceso.

"Es un proceso —dedujo la Corte— seguido no solo contra las disposiciones legales sino también fuera de las reglas generales de procedimiento, y aún más: contra la Constitución. Los mandatos de ésta no pueden ser normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana —dijo la Corte en ocasión anterior— y agregó: por algo ha establecido el legislador que en los procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad substancial en el pro-

cedimiento. Y si hay un vicio de nulidad que puede llamarse "sustancial", esto es, que afecte la sustancia misma del procedimiento, es el haberse seguido éste según ley que por mandato constitucional no podía aplicarse.

"Todo esto indica —terminó su razonamiento la Corte en ese recurso— que el procedimiento debe reponerse mediante la infirmación del fallo recurrido".

Siendo los motivos del recurso de Benilda Rodríguez idénticos al de Tobías Silva e idéntico su fundamento, debe serlo también la decisión.

IV—Fallo de la Corte

Comprobadas como han sido dos causales de nulidad —las relativas a la inasistencia del Fiscal al sorteo de jurados y a la aplicación de la ley penal posterior a la época del delito, y siendo, por ello, innecesario el estudio de las demás invocadas, corresponde dictar fallo en el sentido que prescribe el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 118 de 1931, esto es, en el de invalidar el fallo y devolver el expediente para que se reponga el procedimiento.

En atención a que la consecuencia jurídica de este fallo es la anulación del proceso, desde el enjuiciamiento inclusive, y también a que —lógicamente— esa consecuencia crea a favor de la procesada el derecho que le otorga el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943, debe ser libertada provisionalmente mediante caución personal de doscientos pesos, para cuyo cumplimiento será comisionado el Juez 2º Superior de Santa Rosa.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con lo pedido por el Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

a) Invalidar —como en efecto invalida— la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, del tres de junio del año pasado, por la cual condenó a Benilda Rodríguez a la pena de quince años de presidio, por el homicidio en su esposo Pedro María Rodríguez, cometido en la noche del veinticinco al veintiseis de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, en el punto de "Mapuritos", vereda de "Duartes", Municipio de Chiscas;

b) Declarar nulo este proceso —como en efecto lo declara— a partir del auto de once de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco por medio del cual el Juzgado 2º Superior de Santa Rosa calificó el sumario en primer grado;

c) Devolver el expediente para que se reponga el procedimiento, y

d) Comisionar al Juez 2º Superior de Santa Rosa para que, previa constitución de la fianza señalada, ordene la libertad provisional de la procesada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



REQUISITOS DE FORMA Y DE FONDO DE LA DEMANDA DE CASACION

"La casación —dice la Procuraduría— es un recurso exigente y de elevada juridicidad, porque implica una controversia en que aparecen enfrentadas la ley y la sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior de Justicia. Por eso, la demanda debe contener requisitos de forma y requisitos de fondo, al tenor de los artículos 531 del Código Judicial y 7º del Código de Procedimiento Penal. Entre los primeros —de forma— el libelo ha de hacer un resumen sucinto de los hechos materia del debate, indicar expresamente las causales del caso y, cuando fueren varias, analizarlas en capítulos separados. Entre los de fondo, el recurrente tiene que expresar, esmeradamente, los fundamentos jurídicos de cada causal e indicar los textos legales que considere quebrantados por el Tribunal".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y siete de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Efraím Alvarez Restrepo fue condenado por sentencia del Tribunal Superior de Medellín, a la pena principal de nueve años y seis meses de presidio, como responsable de un delito de homicidio, cometido en la persona de Jorge Sáenz Gutiérrez.

Contra este fallo el procesado interpuso recurso de casación, el cual fue sustentado por el doctor Humberto Carrasquilla R., en demanda de octubre 1º de 1948.

Cumplidas las formalidades procedimentales y recibida la vista del Procurador Delegado en lo Penal, se procede a su estudio.

Demanda—Se impugna la sentencia por la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Critica el demandante los fallos de primera y segunda instancia, en relación con las circunstancias de mayor peligrosidad que se tuvieron en cuenta para individualizar la sanción. Impugna las razones expuestas por el Tribunal para aumentar la pena al procesado Luis Eduardo Alvarez, y comparte la tesis del Juzgado en cuanto a la imposición de las respectivas sanciones, cuando dice: "Como se ve, el criterio del Juez, riguroso en verdad, se muestra más técnico que el del H. Tribunal, liviano para quien reconoce más peligroso y duro, arbitrario para quien considera falto de peligrosidad".

Afirma que en el homicidio no hubo el fenómeno de la complicidad correlativa, ya que, se halla determinada la persona del autor, e indirectamente sugiere la idea de que fue Luis Eduardo, cuando dice: "Se sabe igualmente que la herida que dio al traste con la vida del ofendido fue la de la espalda, cuyas características estampan los peritos, y finalmente consta que fue a raíz de esa herida, producida por Luis Eduardo, cuando Sáenz se fue a tierra", y concluye su demanda así:

"De tal suerte que no se justifica el aumento de pena para Luis Eduardo, ni corresponde a los hechos la aplicada a Efraím Alvarez Restrepo".

"Todo por una equivocada interpretación de la ley penal sustantiva, que enmarca la primera causal de casación".

Se considera:

Para aumentar el mínimo de pena al acusado Efraím Alvarez Restrepo, el Tribunal tuvo en cuenta las circunstancias de mayor peligrosidad de los numerales 2º, 3º y 6º o sea, el haber incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía; el haber obrado por motivos innobles o fútiles; las circunstancias que demuestran una mayor insensibilidad moral en el acusado y las relativas a la personalidad del delincuente.

"Fui sindicado de homicidio —dice el acusado— y me condenaron a cuatro años, en el año veinticuatro estuve en la cárcel por resistencia a la policía; estuve cinco meses detenido en la cárcel, esto fue después del homicidio, en el treinta y cinco estuve detenido por heridas en un disgusto, al que maté fue en defensa de mi vida". En cuanto a los motivos determinantes del delito se dice

que no fueron otros que el de "no haber podido Jorge Sáenz entregarle la pieza que ocupaba en su casa, por no haber conseguido lugar a dónde trasladarse con su familia". Su personalidad (dicen los falladores de instancia refiriéndose a Efraím Alvarez) "lo hace especialmente temible por lo belicoso que se torna cuando ingiere alcohol y la poca repulsión al delito en el cual incurre por fútiles motivos".

Estos motivos se tuvieron en cuenta para agravar la pena. Pero ni el recurrente ni su defensor analizan estos factores que influyeron en la individualización de la sanción. En la demanda no se estudia detenidamente cada una de estas circunstancias, para demostrarle a la Corte, que el Tribunal incurrió en equivocaciones o errores a fin de deducir como conclusión lógica que la sanción aplicable al caso era el mínimo de la pena contemplada por el artículo 362 del Código Penal, y no aquella que le impuso el fallador de segúnda instancia.

En síntesis: la demanda no reúne ninguno de los requisitos determinados por el artículo 531 del Código Judicial y 7º del Código de Procedimiento Penal, y en estas condiciones, la Corte, no puede hacer un estudio de la sentencia frente a la ley por carencia de elementos en los cuales debe fundarse el correspondiente fallo.

Otro tanto sucede en relación con la modalidad de la complicidad correlativa. Cierto es que en el auto de proceder, como en el veredicto del Jurado y en la sentencia del Juzgado se afirmó esta modalidad, y que el Tribunal no la tuvo en cuenta en la respectiva sentencia, y en vez de agravar la pena, la diminuyó. Pero si alguna impugnación pudiera hacerse al fallo por este motivo, no sería por la causal primera, sino por la tercera, o sea, por estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto; mas como esta causal no fue invocada, ni mucho menos sustentada, la Sala no puede tenerla en cuenta al tenor de lo dispuesto por el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal.

"La casación —dice la Procuraduría— es un recurso exigente y de elevada juridicidad, porque implica una controversia en que aparecen enfrentadas la ley y la sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior de Justicia. Por eso, la demanda debe contener requisitos de forma y requisitos de fondo, al tenor de los artículos 531 del Código Judicial y 7º del de Procedimiento Penal. Entre los primeros —de forma— el libelo ha de hacer un resumen suscinto de los hechos materia del debate, indicar expresamente las causales del caso y, cuando fueren varias, analizarlas en capítulos separados. Entre los de fondo, el recurrente tiene que expresar, esmeradamente, los fundamentos jurídicos de cada causal e indicar los textos legales que considera quebrantados por el Tribunal".

"En este recurso extraordinario —que en nada se parece a una tercera instancia— lo que no se sustenta debidamente, es como si no existiera".

"Si se omiten aquellas condiciones o alguna de ellas, o se invoca y analiza una causal que no corresponde al tema suscitado, porque es propia de otro motivo distinto de casación, la consecuencia inexorable es la de que el recurso no puede prosperar, aunque la crítica del demandante haga ver que el Tribunal estuvo equivocado en un punto de derecho y en la aplicación de la ley sustantiva o de la procedimental".

"La Corte tiene numerosas doctrinas al respecto, unas de vieja data y otras recientes".

"Entre las primeras, cabe citar la siguiente:

"No basta en este recurso enunciar en abstracto las causas o motivos de casación, ni señalar las disposiciones que se dicen violadas, sino que es necesario demostrar jurídicamente los fundamentos de tales causales y el modo o sentido en que tales disposiciones han debido interpretarse para que claramente aparezca la violación. No basta aseverar, verbigracia, que el procesado no es responsable del delito imputado en condición de autor; que la calificación de la delincuencia es distinta de la apreciada por el juzgador, o que la cuantía de la cosa robada es otra distinta de la que apreció el Jurado, o que la falta de apreciación de determinada prueba causa perjuicios al sentenciado, etc., sino que es preciso que tales aseveraciones vayan respaldadas de una exposición razonada que lleve al ánimo de la Corte la convicción de los yerros que ella está encargada de enmendar en este recurso extraordinario".

"Y entre las recientes, de la actual Sala Penal, se transcribe ésta:

"'Para que prospere el estudio de una causal, es necesario que el recurrente, en su respectiva demanda, no sólo enuncie la causal alegada, sino que demuestre en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones violadas, pues quien formula una demanda de casación debe sujetarse a las reglas o normas que para tal fin ha fijado la ley. No basta enunciar la causal como lo ha hecho el recurrente, sino que es preciso demostrarla. Si el recurso de casación es una crítica a la sentencia, lo elemental es indicar cuál es,

en qué consiste el error y por qué se ha errado, en fin, ofrecerle al debate un mínimo de ilustración y no limitarse a enunciar una protesta cuya razón de ser no tuvo el demandante la precaución de revelársela a la entidad ante quien formuló su petición o su demanda".

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo de ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, dictado por el Tribunal Superior de Medellín, por el cual se condenó a Efraín Alvarez Restrepo a la pena principal de nueve años y seis meses de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola, Conjuez — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO Y VEREDICTO CONTRAEVIDENTE. — DIFERENCIA ENTRE UNO Y OTRO. — LA CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO NO ES CAUSAL DE CASACION. — NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION CIVIL DE REPARACION DEL DAÑO PRIVADO. — SU EJERCICIO POR LOS PARTICULARES EN EL PROCESO PENAL. — DENTRO DE ESTE PROCESO NO CABEN LOS ARREGLOS RELATIVOS A LA DICHA INDEMNIZACION

1.—Como en tantas oportunidades lo ha repetido la Corte, en los juicios en que interviene el jurado la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre que ha versado el debate (artículo 480 del C. de P. P.), sin que pueda apartarse del veredicto sin incurrir en una causal de casación: la tercera del artículo 567 del estatuto procesal.

Si el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el Juez, en ejercicio de la facultad que al efecto le confiere el artículo 537 del citado código, y convocará un nuevo jurado, facultad de que pueden usar tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal (artículo 554 del C. de P. P.). Pero la ley no ha consagrado entre las causales de casación el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, lo cual significa que tal declaratoria es atribución exclusiva de los jueces de instancia.

De otro lado, y como se ha dicho repetidamente, una cosa es el VEREDICTO CONTRADICTORIO, que también da lugar a la casación (ordinal 7º del artículo 567 del C. de P. P.), y otra muy distinta el VEREDICTO CONTRAEVIDENTE: la contradicción se refiere a lo inconciliable de los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de pruebas del proceso.

2.—Claramente se deduce del precepto del artículo 25 del C. de P. P. que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal no es obligatorio, sino facultativo, para el perjudicado o perjudicados, y que por tanto, si no están obligados a demandar la indemnización dentro del juicio criminal, pueden ellos, como es obvio desistir de la acción civil que dentro de él hayan intentado, siempre y cuando, claro está, que se hallen dentro de las condiciones de capacidad y que cumplan con las formalidades que la ley exige.

3.—Los preceptos de los artículos 92, 93, 94 del Código Penal, y otros como el 81, 84 y 90 del mismo código y 121 del C. de P. P. permiten afirmar que la acción civil de reparación de los daños producidos por un delito o culpa no es, al menos extrictamente, privada, que de serlo no se justificaría la intervención del Ministerio Público, que no actúa sino en defensa de los intereses sociales, ni se impondría la obligación de condenar, al menos en abstracto, a la indemnización, ni mucho menos, se daría facultad para condenar a pagar por daños sumas al erario nacional.

Pero en presencia de los textos atrás citados, que hacen facultativo el ejercicio de la acción civil por parte de los particulares perjudicados, resulta verdaderamente difícil llegar a una conclusión cierta ya que los preceptos que la consagraron, como lo persuade la lectura de las actas de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento, no siguieron un criterio único que permita deducir las consecuencias adecuadas pues si parece temerario afirmar que dicha acción es exclusivamente privada, no resulta tan seguro concluir que sea una acción absolutamente pública.

Ya que los mandatos de la ley no son claros de suyo, es forzoso hacer las lucubraciones que la lógica aconseja, sin separarse de su contenido, pero buscando entre ellos la debida concordancia y armonía y con base en las doctrinas sobre el objeto de la represión penal.

Según tales mandatos y doctrinas, resulta más jurídica la tesis de que dentro del proceso penal no cabe la prescindencia absoluta de la acción civil, que no surge de un negocio o convenio particular, sino de un hecho

ilícito que causa una perturbación social. Esto quiere decir que si el derecho a la reparación constituye un crédito contra el autor del daño, tal reparación no le interesa solamente al damnificado, sino a todos los miembros de la comunidad, lo cual justifica la intervención del Ministerio Público y el procedimiento oficioso de las autoridades para garantizarla.

4.—Hecha la condena, el particular o los particulares pueden hacer de la consagración de su derecho lo que a bien tengan; pero dentro del proceso penal no son de recibo las rebajas ni los arreglos, tan expuestos al abuso, pues ello iría en desmedro de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo diez y siete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de once de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Luis Eduardo Libreros Pérez a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, por el homicidio perpetrado en la persona de José de Jesús Díaz Sánchez, y a pagar a los herederos del occiso la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos como indemnización de los perjuicios causados por el delito.

Contra esa sentencia interpuso casación el defensor del procesado y al efecto invoca la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y la causal primera del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil: aquélla hace relación a los hechos y ésta se refiere a la indemnización de los perjuicios.

Causal segunda: Errada interpretación o apreciación de los hechos

Alega el recurrente que el Tribunal reconoce la existencia de sentimientos de animadversión entre los protagonistas de los hechos y, sin embargo, no les da valor al proferir su fallo.

La indagatoria de Libreros no la valora el Tribunal como una confesión indivisible, sino como algo divisible: rompe, pues, el principio de la unidad de la confesión para apreciarla como algo aislado que separa del conjunto armónico que significa.

No se tuvieron en cuenta los testimonios de Luis Aníbal Peláez y Enrique Flórez Sánchez, que dicen los hechos se realizaron por injusta provocación de la víctima. El Tribunal no valoró esa prueba y acogió las declaraciones de "testigos circunstanciales que solamente presenciaron el momento en que un hombre hería a otro hombre".

No apreció el Tribunal, tampoco, las declaraciones de numerosos testigos que abonan los buenos antecedentes de Libreros y, en cambio sí tuvo presentes los que establecen la mala conducta de Díaz y los hechos de persecución ejercidos por éste contra Libreros.

"Al interpretar y apreciar los hechos en la forma que lo hizo el Tribunal —concluye el recurrente— violó directamente los artículos 25 y 28 del Código Penal, porque en la sentencia ha debido tener en cuenta las causales de justificación a que se refiere el último artículo citado".

Se considera:

Como en tantas oportunidades lo ha repetido esta Sala, en los juicios en que interviene el jurado la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre que ha versado el debate (artículo 480 del C. de P. P.), sin que pueda apartarse del veredicto sin incurrir en una causal de casación: la tercera del artículo 567 del estatuto procesal.

Si el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos así lo declarará el Juez, en ejercicio de la facultad que al efecto le confiere el artículo 537 del citado Código, y convocará un nuevo jurado, facultad de que pueden usar tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal (artículo 554 del C. de P. P.). Pero la ley no ha consagrado entre las causales de casación el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, lo cual significa que tal declaratoria es atribución exclusiva de los jueces de instancia.

De otro lado, y como se ha dicho repetidamente, una cosa es el **veredicto contradictorio**, que también da lugar a la casación (ordinal 7º del artículo 567 del C. de P. P.), y otra muy distinta el **veredicto contraevidente**: la contradicción se refiere a lo inconciliable de los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de pruebas del proceso.

Por eso la Corte ha sentado la doctrina de que la causal segunda de casación, esto es, la errada interpretación o apreciación de los hechos no es

admisible en los juicios en que interviene el jurado, no sólo por las razones expuestas, vale decir, porque la ley no ha consagrado la contraevidencia del veredicto como causal para el recurso, sino también porque la casación es un estudio de derecho y el jurado no está sometido a normas jurídicas para decidir sobre los hechos, sino que pronuncia su fallo por íntima convicción.

Por tanto, la causal invocada no puede prosperar.

Causal primera: Violación de la ley civil sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea

Arguye el recurrente que el Tribunal condenó a Libreros Pérez a pagar la suma de $ 4.400.00 como indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por el delito, siendo así que la cónyuge sobreviviente María Cadavid v. de Díaz había remitido o cancelado la obligación de repararlos.

Cita la demanda las disposiciones del Código Civil que estima quebrantadas y, basándose en ellas, alega que la viuda de Díaz había celebrado un contrato que no podría ser invalidado por la sentencia del Tribunal (artículo 1602); que pueden ser objeto de un acto de voluntad no sólo las obligaciones que existen, sino las que se espera que existan (artículo 1518); que el contrato de transacción puede hacerse sobre la acción civil que nace de un delito (artículo 2472); etc.

Concluye diciendo que las obligaciones se extinguen por solución o pago efectivo, por transacción y por remisión (artículo 1625), y "la viuda de Díaz aceptó que se le había hecho el pago, o bien transó con Libreros, o bien remitió la deuda".

No obstante, el Tribunal "revivió las obligaciones y derechos en su sentencia", basándose en una disposición del Código de Procedimiento Civil, "que se refiere al desistimiento de acciones judiciales, como es el artículo 462".

Pero antes de entrar al estudio de fondo de esta causal, conviene recordar cuáles fueron las actuaciones cumplidas en lo relativo a la acción civil, que el recurrente anota, para deducir las consecuencias legales oportunas.

a) En memorial de 30 de junio de 1945, o sea, a los seis días de perpetrado el homicidio, la viuda del occiso manifestó al instructor que como "única representante" de su esposo difunto **"he arreglado"** —dice— con el señor Eduardo Libreros, **"de una manera formal, los perjuicios que pudieran ocasionarse por motivo del sumario, perjuicios que a mí corresponden en mi calidad de cónyuge sobreviviente".**

"Por tanto —añade— y de una manera voluntaria DESISTO **de la acción civil que puedo promover dentro del proceso penal, RENUNCIANDO POR MI PARTE A TODO DERECHO EN LA CITADA ACCION CIVIL, porque ARREGLE satisfactoriamente con el sindicado Libreros".**

Pide, en consecuencia, que se decrete el desembargo de los bienes embargados.

b) En escrito de 18 de agosto de 1945, la misma señora se constituyó como parte civil en el proceso penal y como tal fue reconocida en el auto de proceder.

c) La madre de Díaz Sánchez, Leonisa Sánchez de Díaz, también se presentó y fue reconocida como parte civil en el proceso penal.

d) En fin, los perjuicios fueron avaluados por peritos en la cantidad de cuatro mil cuatrocientos pesos y, como el dictamen no fue objetado, el Juez de primera instancia y el Tribunal condenaron al pago de esa suma como indemnización de los daños causados por el delito.

Se considera:

Sea lo primero contestar la razón del escrito de demanda de que no ha debido admitir el Juzgado la constitución de parte civil de la señora viuda de Díaz, por cuanto el abogado sólo tenía facultad "para lograr que se imparta justicia dentro del juicio criminal", pues con anterioridad dice el mismo escrito que se le da poder para que "se constituya parte civil dentro de dicho proceso criminal".

Mas, entrando al estudio de las razones que la demanda invoca, resultan dos aspectos que es preciso analizar, que son: el desistimiento de la acción civil dentro del proceso penal; y la renuncia de la misma por transacción o remisión. Problemas de suma dificultad, que surgen de la circunstancia de que la ley penal no siguió un criterio exclusivo en el particular.

En cuanto al desistimiento debe decirse que, si bien es cierto que el artículo 24 del estatuto procesal establece que la acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción **"se ejercerá"**, esto es, debe ejercitarse, dentro del proceso penal, el 25 estatuye que el perjudicado **"podrá ejercer** ante los jueces civiles la acción correspondiente", siempre que **"no hubiere intervenido en el proceso penal"** y no se conformare con la sentencia en lo que se refiere al dicho resarcimiento.

Claramente se deduce de este último precepto

que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal no es obligatorio, sino facultativo, para el perjudicado o perjudicados. Forzoso es concluir, por tanto, que si no están obligados a demandar la indemnización dentro del juicio criminal, pueden, como es obvio, desistir de la acción civil que dentro de él hayan intentado, siempre y cuando, claro está, que se hallen dentro de las condiciones de capacidad y que cumplan con las formalidades que la ley exige.

Pero en el proceso en estudio el desistimiento no podía aceptarse, porque se propuso **antes** de presentarse la demanda, y todos los preceptos que regulan la desistencia la consagran para el pleito, reconvención, incidente o recurso que las partes **"hayan propuesto"** (artículo 461 del C. J.). Es más, el artículo 462 añade que el escrito de desistimiento debe presentarse "ante el juez o tribunal **que esté conociendo** del juicio, incidente o recurso de que se trate", lo que significa que no puede desistirse sino de lo que se haya iniciado, intentado o pedido, de acuerdo con el sentido natural de aquellas expresiones.

Pero es definitiva la razón que ofrece el artículo 462 del Código de Procedimiento Civil, por el cual se regula la materia (artículo 7º del C. de P. P.), al decir que "la desistencia de una demanda repone las cosas **al estado que tenían antes de ser intentada"**, lo cual establece que ya la acción ha sido iniciada, o no tendrían sentido alguno racional los términos transcritos.

En cuanto a la renuncia al derecho a cobrar la indemnización, por haber **arreglado** la viuda del occiso con el victimario el resarcimiento, se ofrece el problema de saber si dentro del proceso penal puede admitirse la transacción por parte del particular ofendido.

Si se acepta la tesis de que el resarcimiento de los daños es una sanción reparadora y, por tanto, una acción pública estrictamente dicha, no cabe admitir la transacción, así como tampoco podría admitirse el desistimiento (si no existieran los preceptos ya citados), porque de la acción pública no hay disponibilidad, esto es, no se actúa por la voluntad de las partes, sino de oficio y por ministerio de la ley. Y tal doctrina encuentra respaldo en no pocas disposiciones: así, el artículo 92 del Código Penal ordena condenar a los responsables de un hecho delictuoso a la indemnización, **"en toda sentencia condenatoria** por infracciones de que resulten daños o perjuicios"; el 93, que le ordena al Ministerio Público a cooperar con los interesados para obtener el resarcimiento **"o intervenir por sí sólo** en el caso de que éstos se abstengan de hacerlo"; y el 94, que faculta al Juez para ordenar el pago de una suma hasta de mil pesos a favor del tesoro nacional "si el delito no hubiere causado daño que pueda avaluarse pecuniariamente" y otros, como el 81, 84 y 90 del C. P. y 121 del C. P. P.

Estos preceptos permiten afirmar que la acción civil de reparación de los daños producidos por un delito o culpa no es, al menos estrictamente, privada, que de serlo no se justificaría la intervención del Ministerio Público, que no actúa sino en defensa de los intereses sociales, ni se impondría la obligación de condenar, al menos en abstracto, a la indemnización, ni mucho menos, se daría facultad para condenar por daños a pagar sumas al erario nacional.

Pero en presencia de los textos atrás citados, que hacen facultativo el ejercicio de la acción civil por parte de los particulares perjudicados, resulta verdaderamente difícil llegar a una conclusión cierta, ya que los preceptos que la consagraron, como lo persuade la lectura de las actas de la comisión redactora del Código de Procedimiento, no siguieron un criterio único que permita deducir las consecuencias adecuadas, pues si parece temerario afirmar que dicha acción es exclusivamente privada, no resulta tan seguro concluir que sea una acción absolutamente pública.

Ya que los mandatos de la ley no son claros de suyo, es forzoso hacer las lucubraciones que la lógica aconseja, sin separarse de su contenido, pero buscando entre ellos la debida concordancia y armonía y con base en las doctrinas sobre el objeto de la represión penal.

Según tales mandatos y doctrinas, resulta más jurídica la tesis de que dentro del proceso penal no cabe la prescindencia absoluta de la acción civil, que no surge de un negocio o convenio particular, sino de un hecho ilícito que causa una perturbación social. Esto quiere decir que si el derecho a la reparación constituye un crédito contra el autor del daño, tal reparación no le interesa solamente al damnificado, sino a todos los miembros de la comunidad, lo cual justifica la intervención del Ministerio Público y el procedimiento oficioso de las autoridades para garantizarla.

De ahí que el profesor argentino Sebastián Soler afirme los siguientes conceptos, aplicables a nuestra legislación: "La ley ha reconocido que existe una necesidad social señalada en facilitar o simplificar y aun en garantizar la indemnización. El hecho de que en este punto incida tanto el interés

público como el privado, no transforma la reparación en una pena, sino que modifica el concepto estrictamente privado de la acción reparatoria: introduce en ella elementos de protección".

Otras consideraciones pudieran hacerse al respecto, pero basta con añadir la de que si el particular damnificado puede renunciar al cobro del resarcimiento, los funcionarios del Estado no pueden en manera alguna renunciar a su deber de asegurarlo, porque la ley, en preceptos por demás claros y expresos, les ordena decretar la condena de indemnización, y si el perjudicado pudiera imponer su voluntad en estos particulares, ya no se consultaría el interés general que establecen los preceptos de la ley.

Pero aun aceptando que la transacción fuera admisible, en el caso en estudio no lo es, porque no se trajo al proceso la prueba de las condiciones en que se hizo. Y no se diga que el escrito dirigido al Juez del conocimiento contiene una confesión que las autoridades no pueden desatender. Para un proceso civil podría ser admisible tal confesión; pero en lo penal no podría en ningún caso aceptarse un **arreglo** cuyas condiciones se desconocen en absoluto, cuando la ley le ordena a los funcionarios de esta rama asegurar la debida reparación de los daños ocasionados por el delito, no en la forma que los particulares estimen conveniente, sino en la que los jueces consideren adecuada a la protección de los intereses generales, lo cual sí no es discutible.

Hecha la condena, el particular o los particulares pueden hacer de la consagración de su derecho lo que a bien tengan; pero dentro del proceso penal no son de recibo las rebajas ni los arreglos, tan expuestos al abuso, pues ello iría en desmedro de la justicia.

Los anteriores conceptos no son nuevos de la Corte. En tratándose de esta misma cuestión, en otra oportunidad, dijo la Sala lo siguiente:

"Podría argüirse que la reparación —en materia penal— está única y exclusivamente subordinada a la norma del artículo 2341 del estatuto civil, según el cual "el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por culpa o delito cometido", y que esta subordinación —por ser norma de derecho privado— se oponga a la tesis enunciada, según la cual la reparación es institución de derecho público; pero el estatuto penal vigente —que es derecho material y sustantivo— al regular aquella institución, adoptó la tesis, y —para su aplicación integral— impuso al Agente del Ministerio Público no sólo la obligación de cooperar con la parte civil en todas las diligencias indispensables a fijar y obtener la indemnización, sino que extendió tal obligación a intervenir por sí solo en caso de abstención del lesionado.

La enunciada tesis —lógicamente— ha tenido una definida repercusión en el derecho procesal, esto es, en materia de competencia, y así la ley la atribuyó a los jueces penales, y aunque dio figura de acción civil a las solicitudes, actuaciones y diligencias concernientes a la indemnización, facultó su ejercicio simultáneamente con la acción penal y dentro de ésta, e impuso a los Jueces la obligación de decidirlas conjuntamente en el mismo fallo.

"El carácter o contenido dados a la indemnización de perjuicios —acéptese la tesis absoluta de derecho público, o la tesis relativa de Florián, según la cual "la indemnización no tiene un carácter puramente público" y "la acción civil es más bien privada, pero acompañada y reforzada por una exigencia de derecho público determinada por la naturaleza especial del hecho del cual deriva el daño"—, explica la intervención del titular del derecho dentro del proceso penal o en su falta la del Agente del Ministerio Público, y —lógicamente— la competencia otorgada a la justicia penal, y la obligación, para el Juez, de "condenar a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios causados por el delito" (artículo 92 del Código Penal).

"Finalmente, el legislador colombiano, desde 1836, creó normas tutelares de las víctimas del delito; así, los artículos 31, 76 y 77 del código expedido en aquel año —que el de 1890 reprodujo casi textualmente en sus artículos 87 y 88— prescribieron la condena por perjuicios derivados del delito y el sistema de distribución de los bienes del responsable, dando preferencia al pago de la indemnización; y los artículos 233 a 238 del Código de Régimen Carcelario y penitenciario vigente, imponen a los condenados la obligación de destinar parte de su salario al pago de perjuicios.

"De esta manera la tesis positivista de hoy sobre condenación oficiosa al pago de perjuicios ocasionados por el delito, coincide con el pensamiento del legislador colombiano, inspirado en la escuela clásica, pensamiento promulgado en nuestra legislación positiva desde hace más de un siglo". (G. J. tomo LVII, números 2010-2014, páginas 725, 726, 727 y 728).

También sobre la misma materia de este fallo,

es pertinente citar otra doctrina de la Sala, que dice:

"El deber de indemnizar los perjuicios que se le cargan al delincuente en el fallo es condenación accesoria complementaria, que emana del artículo 92 del Código Penal, precepto de imperativo cumplimiento.

"El resarcimiento del daño es una sanción reparadora que coadyuva las medidas de defensa social contra el delito, lo mismo que las preventivas y las represivas, y todas ellas son de interés público. No debe olvidarse, además, que los protagonistas del juicio penal no son solamente dos —el procesado y la sociedad— sino tres, puesto que aparte del delincuente y el Estado, la justicia punitiva debe también tutelar al ofendido. De manera que por el hecho de que la víctima o quien legítimamente la represente no se haya constituído parte en el juicio, o porque el Agente del Ministerio Público haya olvidado el cumplimiento de su misión, no hay que concluir que el Juez debe igualmente descuidar la suya, omitiendo en la sentencia una declaración de tanta importancia como es la de condenar al resarcimiento de los daños cuando consta que se han causado". (G. J., tomo LVIII, número 2016, página 270).

Y para abundar todavía, sobre el mismo tema, esta Sala dijo lo siguiente:

"El artículo 92 del Código Penal ordena que en toda sentencia condenatoria por infracciones de las cuales resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se debe condenar solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios causados. Y el artículo 93 determina que el Agente del Ministerio Público debe cooperar con los interesados en las diligencias tendientes a fijar los perjuicios, y que cuando éstos se abstienen de hacerlo debe intervenir por sí solo.

"En virtud de dichos preceptos, se reviste a estas medidas de defensa social de un interés público y se asigna al derecho de indemnización un doble carácter: público y privado. Público, en cuanto se impone, como función social del Estado, representado por el Agente del Ministerio Público, la obligación de pedir la condenación en perjuicios cuando los interesados no intervienen, o la de cooperar con ellos cuando la solicitan; y privado, cuando el ofendido o sus herederos ejercitan la acción civil dentro del proceso penal.

"Las normas sobre condenación en perjuicios son de obligatorio cumplimiento, de suerte que toda sentencia condenatoria, sin excepción alguna, debe contener dicho pronunciamiento, por exigirlo así el artículo 92 de la ley penal, bien sea que para llegar a tal conclusión intervenga el ofendido o sus herederos, o el Agente del Ministerio Público en ausencia de ellos". (G. J. Tomo LXI, números 2042-44, página 792).

Por último, cabe observar que en este proceso, después del desistimiento de la acción civil, la viuda del occiso se hubiera constituído en parte civil, sin objeción oportuna del sindicado, y que los perjuicios se hubieran avaluado, sin que tampoco el dictamen hubiera sido rechazado.

De todo lo dicho, basado en la ley y en la doctrina, resultan razones bastantes para concluir que no prospera tampoco la causal primera invocada por el recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, dado el concepto del Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — **Francisco Bruno.** — Con salvamento de voto, **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — Con salvamento de voto, **Domingo Sarasty M.** — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES DOMINGO SARASTY M. Y ALEJANDRO CAMACHO LATORRE

Por no estar de acuerdo con la tesis sustentada por la mayoría de la Sala, en lo relativo a la acción civil por perjuicios, salvamos nuestro voto.

El negocio fue repartido al magistrado Dr. Sarasty M., quien presentó el respectivo proyecto con esta tesis:

Casación en lo penal

Negación de la causal segunda de casación por ser improcedente en los juicios en que interviene el jurado. Tesis aceptada por la Sala y sobre la cual no existe ninguna discusión.

Indemnización por perjuicios

Prospera la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Su estudio fue planteado en esta forma:

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida o interpretación errónea.

Dice el recurrente que el Tribunal condenó a Eduardo Libreros Pérez a la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos por concepto de perjuicios, no obstante la remisión o cancelación que de esa obligación había hecho María Cadavid viuda de Díaz, y no obstante que al constituirse la parte civil se limitó o restringió esas facultades estrictamente para la acción penal.

En estas condiciones el fallo violó los artículos 653, 1494, 1502, 1518, 1602, 1625, 2341, 2469 del Código Civil y el artículo 34 de la Ley 57 de 1887, por aplicación indebida y por interpretación errónea, habiendo incurido en error de derecho y en error de hecho.

Fundado en estos preceptos y en orden a impugnar la sentencia razona así:

El derecho de la parte civil para exigir la indemnización de perjuicios se originó por la muerte causada a Díaz. La esposa de Jesús Díaz Sánchez, en su calidad de heredera y de parte civil, renunció, desistió o transó el derecho a reclamar los perjuicios civiles provenientes del delito, manifestación de la voluntad que se expresó en el memorial de fecha junio 30 de 1945, en el cual consta que desiste o renuncia el derecho a ejercitar la acción civil por haberse transado con Eduardo Libreros Pérez el valor de los perjuicios provenientes del delito.

A pesar de esta manifestación expresa de la voluntad, el Tribunal, con violación de las disposiciones que se dejan citadas, condenó a Eduardo Libreros Pérez a pagar como valor de perjuicios la cantidad de cuatro mil pesos, sin tener en cuenta que dichos perjuicios ya habían sido pagados por Libreros.

En estas condiciones el Tribunal violó las disposiciones de la ley sustantiva que se dejan enunciadas.

Se considera:

Todo delito origina una acción penal, y, por regla general origina también una acción civil para la indemnización de los perjuicios causados con motivo de la infracción penal.

La acción civil por perjuicios es una consecuencia lógica del delito, y cuando éste causa un daño de orden patrimonial o moral constituye una de las fuentes de las obligaciones al tenor del artículo 1494 del Código Civil, y esta responsabilidad civil consecuencial del delito impone a la persona que ha cometido un hecho de esa naturaleza la obligación de indemnizarlo, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga a su autor. (Artículo 2341 del Código Civil).

La acción civil para el resarcimiento de los perjuicios causados por la infracción se puede ejercer dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos (Artículo 24 del C. de P. P.), pero si el perjudicado por la infracción no hubiera intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización puede ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente (artículo 25 del C. de P. P.).

Así pues, si la acción por indemnización de perjuicios se ejerce conjuntamente con la acción penal, la sentencia condenatoria —si resultaren da-

ños o perjuicios con motivo de la infracción— obligatoriamente debe contener la condena relativa a perjuicios, condena que se hará en concreto si los perjuicios fueren avaluados y en abstracto si no fueren tasados. Dentro de este orden lógico de ideas, si la acción civil proveniente de los perjuicios causados por el delito, fue objeto de transacción en el proceso penal la respectiva sentencia tendrá un pronunciamiento sobre el particular.

La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal, y es natural que sólo la persona titular de ese derecho tiene capacidad para llevar a efecto esa transacción. El derecho objeto de la transacción, no es el que origina la acción pública proveniente de la comisión de un delito que corresponde siempre al Estado, sino el derecho proveniente de un daño o perjuicio de orden privado o patrimonial causado por el delito, bien sea directamente al ofendido o a sus herederos, derecho que puede ser objeto de un contrato civil denominado transacción. (Artículo 2472 del Código Civil).

Si la persona titular de un derecho proveniente de un delito en virtud de un contrato de transacción termina extra-judicialmente un litigio pendiente o precave un litigio eventual, es lógico que esa declaración de la voluntad de las partes consignada en forma escrita debe ser respetada y aceptada por los funcionarios de la rama jurisdiccional cuando una de las partes contratantes la alega como base de la extinción de su obligación, porque las obligaciones se extinguen por una concesión en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo consienten en darla por inexistente, pues, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1625 del Código Civil las obligaciones también se extinguen por la transacción, transacción que produce los efectos de la cosa juzgada al tenor del artículo 2483 del Código Civil.

Afirma el recurrente que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley sustantiva por falta de apreciación de la prueba, referente a la transacción de los perjuicios, error que lo indujo a violar las disposiciones que cita y que explica en el contenido de la demanda.

Las sentencias de primera y segunda instancia no hacen ninguna consideración especial sobre la condena en perjuicios: el fallo del Juzgado se limita a reconocer "la obligación de pagar a los herederos del occiso o a sus representantes legales el valor de los perjuicios ocasionados con el delito, los que fueron cuantiados (sic) en la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos", y el Tribunal en la sentencia objeto del recurso de casación no hizo ninguna consideración especial, pues, únicamente se limitó a confirmar el fallo del Juez a **quo**.

Como la acción civil se ejercitó dentro del proceso penal, es natural y obvio que al tenor del artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia debía contener un pronunciamiento especial sobre el tema referente a los perjuicios causados por el delito, y para llegar a un pronunciamiento de esta naturaleza, debían examinarse todas las pruebas allegadas al proceso. Si del conjunto de elementos probatorios se ha demostrado que sobre ellos existía una transacción, ese convenio de las partes debió ser respetado y reconocido por el respectivo fallador, o por lo menos exponer las razones en virtud de las cuales el sentenciador hacía una declaración en sentido adverso a las pretensiones de la parte ofendida.

María Cadavid viuda de Díaz, en su carácter de única heredera de su esposo legítimo José de Jesús Díaz, en memorial de junio 30 de 1945, ante la autoridad competente manifestó que había "arreglado de una manera formal los perjuicios que a mí corresponden en mi calidad de cúnyuge sobreviviente" y fue en virtud de este arreglo que pudieran ocasionarme por motivo del sumario, perjuicios que a mí corresponden en mi calidad de cónyuge sobreviviente" y fue en virtud de este arreglo que expresó: "desisto de la acción civil que puedo promover dentro del proceso penal, renunciando por mi parte a todo derecho en la citada acción civil, porque arreglé satisfactoriamente con el sindicado Libreros".

Esta declaración no significa otra cosa que una expresión formal y concreta de la manifestación de su voluntad, hecha ante el funcionario competente por la cual se le hace saber que entre el ofendido y uno de los herederos perjudicados con el delito se había efectuado una transacción extrajudicial para precaver un litigio eventual, transacción que se hizo sobre un objeto lícito y por personas capaces de disponer de los objetos comprendidos en dicho convenio, al tenor de lo dispuesto por los artículos 2469, 2470 y 2472 del Código Civil, y este documento probatorio, como lo alega el recurrente, no fue considerado por el fallador, y la falta de estimación de esa prueba, lo conduce a violar la ley sustantiva, en las disposiciones señaladas en la demanda.

El hecho de que no se hubiera decretado el desistimiento de la acción por perjuicios intentada por la parte civil, no le resta ningún valor al contrato celebrado entre la viuda de Díaz y el sindicado Libreros, porque una cosa es el contrato de transacción y otra el desistimiento. El primero es el título con el cual se acredita el contrato, y el segundo es una manifestación consecuencial a ese convenio. Si el desistimiento no pudo llevarse a efecto porque no se había constituído la parte civil, eso no quiere decir que esa manifestación o la confesión de una de las partes sobre la existencia de un contrato de transacción no deba ser considerada en la respectiva sentencia.

Cuando la manifestación de la voluntad sobre la existencia de un arreglo o convenio sobre los posibles perjuicios que determinada persona ha podido sufrir por un delito, es objeto de una declaración judicial, ella debe ser valorada dentro de la respectiva sentencia, como la expresión que una de las partes hace sobre la existencia de un contrato para precaver un litigio eventual. Y el documento en el cual consta esa manifestación sirve de base para demostrar la extinción de la obligación proveniente del delito, por haberse celebrado una transacción. Y cuando el Tribunal omite apreciar esa prueba viola la ley sustantiva, al tenor de lo dispuesto por el artículo 520 del Código Judicial.

La tesis relativa a la casación por perjuicios no fue aceptada por la mayoría de la Sala, y la sentencia se funda sobre estos argumentos:

Desistimiento

"De las razones que la demanda invoca resultan dos aspectos que es preciso analizar, ellos son: el desistimiento de la acción civil dentro del proceso penal; y la renuncia de la misma por transacción o remisión".

La sentencia dice que el desistimiento no es aceptable, porque no se ciñe a los preceptos del Código Judicial que regula esta materia. Sobre este particular el proyecto de fallo negado por la mayoría no contiene ningún estudio especial, porque éste no fue tema de la demanda de casación.

En estas condiciones, este punto no es objeto de discusión.

Renuncia y transacción

"En cuanto a la renuncia al derecho a cobrar la indemnización — dice el fallo — por haberse **arreglado** la viuda del occiso con el victimario el resarcimiento, se ofrece el problema de saber si dentro del proceso penal puede admitirse la transacción por parte del particular ofendido'

"Si se acepta la tesis de que el resarcimiento de los daños es una acción reparadora y, por tanto, una acción púbilca estrictamente dicha, no cabe admitir la transacción, así como tampoco podría admitirse el desistimiento (si no existieran los preceptos ya citados).... Y tal doctrina encuentra respaldo en no pocas disposiciones: así, el artículo 92 del Código Penal ordena condenar a los responsables de un hecho delictuoso a la indemnización, **"en toda sentencia condenatoria** por infracciones de que resulten daños o perjuicios"; el 93, que le ordena al Ministerio Público a cooperar con los interesados para obtener el resarcimiento **"o intervenir por sí solo** en caso de que éstos se abstengan de hacerlo"; y el 94, que faculta al Juez para ordenar el pago de una suma hasta de mil pesos a favor del tesoro nacional "si el delito no hubiera causado daño que pueda avaluarse pecuniariamente".

Otras consideraciones pudieran hacerse al respecto, pero basta con añadir la de que si el particular damnificado puede renunciar al cobro del resarcimiento, los funcionarios del Estado no pueden en manera alguna renunciar a su deber de asegurarlo, porque la ley, en preceptos por demás claros y expresos, les ordena decretar la condena de indemnización, y si el perjudicado pudiera imponer su voluntad en estos particulares, ya no se consultaría el interés general que establecen los preceptos de la ley".

"Pero aun aceptando que la transacción fuera admisible, en el caso en estudio no lo es, porque no se trajo al proceso la prueba de las condiciones en que se hizo. Y no se diga que el escrito dirigido al Juez del conocimiento contiene una confesión que las autoridades no pueden desatender. Para un proceso civil podría ser admisible tal confesión; pero en lo penal no podría en ningún caso aceptarse un **arreglo** cuyas condiciones se desconocen en obsoluto, cuando la ley le ordena a los funcionarios de esta rama asegurar la debida reparación de los daños ocasionados por el delito, no en la forma que los particulares estimen conveniente, sino en la que los Jueces consideren adecuada a la protección de los intereses generales, lo cual sí no es discutible.

"Hecha la condena, el particular o los particulares pueden hacer de la consagración de su derecho lo que a bien tengan; pero dentro del proceso penal no son de recibo las rebajas ni los arreglos, tan expuestos al abuso, pues ello iría en desmedro de la justicia".

La indemnización por perjuicios no es acción pública

El artículo 92 del Código Penal, reviste en cierto modo a la acción civil por perjuicios de un carácter oficioso, pues impone al Juez que dicta la sentencia la obligación de condenar en perjuicios a los autores del delito; pero esta facultad, no le imprime a la reclamación por perjuicios el carácter de acción pública.

Las disposiciones de los artículos 294, 345 y 453 del Código de Procedimiento Penal, referentes a la determinación concreta de los perjuicios ocasionados con motivo de una infracción penal, fueron modificados por los artículos 24 y 25 de la Ley 4ª de 1943. Antes de la vigencia de esta ley la regulación de los perjuicios civiles provenientes del delito podían hacerse oficiosamente, pero la nueva ley subordinó expresamente la fijación de perjuicios en cuantía determinada, a la voluntad de las partes, o sea a la petición que formula el ofendido quien toma el carácter de parte civil o demandante, al sujeto activo del delito que en la acción por perjuicios asume el carácter de demandado.

El artículo 93 del Código Penal, da a la acción civil por perjuicios el carácter de mixta. Dicha acción puede ser adelantada por los interesados o perjudicados por el delito, o bien, por el Agente del Ministerio Público, a fin de obtener las pruebas necesarias tendientes a la demostración de esos perjuicios. Pero esta forma general de coadyuvancia sólo puede ejercerse cuando los interesados no intervienen en el proceso penal para la reclamación de perjuicios, por esto, es decir, que esta acción tiene el carácter de mixta, por consiguiente, participando de estas modalidades, no puede afirmarse que la acción sea pública.

El artículo 25 del Código de Procedimiento Penal en su inciso segundo imprime a la indemnización por perjuicios provenientes de un delito, el carácter de acción civil privada cuando el ofendido o persona perjudicadas con el delito no hubieren intervenido dentro del proceso penal o no se conformaren con la sentencia en relación con la condena en perjuicios. Para estos casos la ley consagra una acción esencialmente privada que se ejerce ante los jueces civiles, en donde el derecho y las actuaciones procesales tendientes a su efectividad son reguladas, exclusivamente, por las disposiciones de la legislación civil.

De lo anterior se deduce que ni los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal, ni los legisladores de 1936, ni 1938 tuvieron un pensamiento definido acerca del tipo jurídico al cual pertenece dicha acción.

La acción civil por perjuicios dentro de la reglamentación de nuestro Código Penal no tiene el carácter de pública. Esta denominación la reserva la ley procedimental, única y exclusivamente, para la acción penal cuando en su artículo 9º dice que la acción penal es **siempre pública,** y que debe iniciarse de oficio, con excepción de los casos en que es necesaria la petición o querella de parte. Si el pensamiento del legislador hubiera sido el de darle a la **acción civil por perjuicios el carácter de pública**, expresamente lo hubiera consagrado en los preceptos normativos que regulan la acción civil, imprimiéndole a la acción por perjuicios el carácter de pena o sanción indemnizatoria, y estableciendo que dicha acción debe iniciarse de oficio.

"La indemnización de daños y perjuicios —ha dicho la Corte— no tiene propiamente el carácter de pena sino de **medida** accesoria reparadora derivada de un delito o culpa penal. Si fuera sanción principal se denominaría pena pecuniaria, tal como la contempló la Comisión Redactora del C. P. en su respectivo proyecto y terminaría o se extinguiría con la muerte del procesado. Pero como la indemnización de daños y perjuicios no tiene dicho carácter, ella puede hacerse efectiva sobre los bienes del sindicado".

Es cierto que la ley penal en su artículo 92 impone al Juez la obligación de que en toda sentencia condenatoria por infracciones de la ley penal se condene en perjuicios, pero ese deber, o esa obligación impuesta por el legislador no le confiere a la indemnización por perjuicios el carácter de acción pública. La interpretación de estos preceptos no da base al Juzgador para deducir de ellos caracteres fundamentales que la ley no le dio, bien porque omitió, o ya también, porque expresamente no quiso consignarlos en disposiciones especiales. Y mientras no exista una disposición especial, por simple criterio de interpretación no puede desnaturalizarse el concepto de la misma, para convertirla en una acción esencialmente pública.

Dice la sentencia que "si no se acepta la tesis de que el resarcimiento de los daños es una sanción reparadora y, por tanto, una acción pública estrictamente dicha, no cabe admitir la transacción, así como tampoco podría admitirse el desistimiento si no existieran los preceptos citados". Es decir, se admite el desistimiento porque la ley

consagra disposiciones especiales sobre el particular, pues con la misma argumentación, si no existen disposiciones especiales que digan que la acción por perjuicios es pública y que debe iniciarse de oficio, debe admitirse que la acción por perjuicios no es pública, porque no siendo el sujeto titular de ese derecho el Estado, sino las personas naturales o jurídicas, el derecho y la acción provenientes del delito como su causa inmediata deben regularse por las normas del derecho civil.

Así, pues, si dentro del proceso penal las partes renuncian el derecho a reclamar perjuicios, o desisten de la acción, o se opera el fenómeno de la transacción, para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente, o para precaver uno eventual, esas manifestaciones y esos actos de la voluntad, deben aceptarse por el Juez o funcionario ante quien se hagan esas peticiones, pues no siendo pública la acción por perjuicios, esos derechos están sujetos a los fenómenos del desistimiento, renuncia o transacción que hagan las personas titulares de ellos, y sus consecuencias, se regulan por las disposiciones del Código Civil.

En el fallo se admite la posibilidad de que el ofendido puede renunciar al cobro de los perjuicios, pero a la vez se dice que los funcionarios del Estado deben asegurarlos "porque la ley, en preceptos por demás claros y expresos, les ordena decretar la condena de indemnización, y si el perjuicio pudiera imponer su voluntad en estos particulares, ya no se consultaría el interés general que establecen los preceptos de la ley". Este argumento no tiene valor para las condenas en perjuicios de que habla el Código Penal, porque el Estado no puede asegurar esos perjuicios ni determinarlos cuando las partes no lo piden, entonces, la condena en perjuicios se hace en abstracto, y el Estado, se halla en imposibilidad de asegurarlos, bien porque las partes no han pedido su regulación, o bien, porque esa misma condena no se produce en concreto; en estas condiciones, sí prevalece en la determinación de ellos la voluntad de las partes según el contenido de los artículos 24 y 25 de la Ley 4ª de 1943.

Dice el fallo que la **transacción** no es admisible porque no se trajo al proceso el contrato que la contiene; que la confesión hecha por la parte civil no tiene fuerza probatoria dentro de un proceso penal y luego expresa:

"Para un proceso civil **podría ser admisible tal confesión**; pero en lo penal no podría en ningún caso aceptarse un arreglo cuyas condiciones se desconocen en absoluto, cuando la ley ordena a los funcionarios de esta rama asegurar la debida reparación de los daños ocasionados por el delito, no en la forma que los particulares estimen conveniente, sino en la que los jueces consideren adecuada a la protección de los intereses generales, lo cual sí no es discutible".

La casación por perjuicios es distinta de la casación por violación de la ley penal; la primera, se regula por las disposiciones del Código Civil y del Código Judicial según lo dispone el inciso 2º del artículo 559 del Código de Procedimiento Penal; y la segunda, por las normas de las leyes penales tanto sustantivas como procedimentales.

Si la casación por perjuicios se rige esencialmente por las normas del Código Civil y del Código Judicial, es natural y obvio que todos los problemas referentes a intereses privados, también estén sujetos a las normas de esos estatutos, en cuanto a su régimen y consecuencias jurídicas; tan cierta y evidente es esta afirmación cuanto que, el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal dice, que en todos los casos en que el Juez penal haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, **debe calificar las pruebas con el valor que les atribuye la legislación civil.**

Si para la mayoría de la Sala la confesión de la ofendida sobre perjuicios puede y debe aceptarse como prueba de una transacción en un "proceso civil"; lógicamente tiene que admitir que esa misma confesión debe aceptarse dentro del proceso penal, por mandato expreso de los artículos 22 y 559 del Código de Procedimiento Penal. No se ve, pues, la razón para que la mayoría de la Sala deseche esa prueba en lo penal, y la admita en lo civil, siendo así que esas pruebas por disposiciones expresas del Código Procedimental vigente tienen que calificarse con el valor que les atribuye la legislación civil.

Si la legislación penal hubiera consagrado una forma distinta de apreciar las pruebas, en lo referente a la acción civil dentro del proceso penal, talvez, tendría razón la mayoría de la Sala para hacer esa afirmación; pero no existiendo disposición expresa sobre el particular, y determinando la ley que esas pruebas deben apreciarse con las normas de la legislación civil, ellas, naturalmente, deben valorarse como lo ordena la ley y no en forma distinta, como la que se contempla en el fallo.

No se admite la transacción porque la parte civil no allegó al proceso el documento en el cual consta el contrato; en otros términos, la transac-

ción sería aceptable si se presentara ese documento. A lo cual se observa que una cosa es el título en el cual se consagra ese derecho y otra muy distinta es su manera de probarlo, y como la ley no exige ninguna solemnidad para la celebración del contrato de transacción, éste puede ser verbal, y su demostración puede hacerse por cualesquiera de los modos establecidos por la ley civil, y entre éstos, el mejor medio de probar un hecho es la confesión; por consiguiente, esa prueba — confesión — cuando reúne los requisitos establecidos por la ley, debe apreciarse en todo su valor, y la casación por este aspecto prospera.

Cuando la ley penal confiere al Juez la facultad de decidir sobre cuestiones civiles, únicamente **amplía la jurisdicción,** para resolver sobre cuestiones referentes a derechos privados de las partes, en virtud de ese fuero de atracción que ejerce la acción penal que es pública sobre la acción de perjuicios que es privada. Pero, esto no quiere decir que el derecho de la parte ofendida, y la acción que le da la ley para hacerlo efectivo lo convierten en acción pública, y que por tal motivo, las disposiciones de la legislación civil no deban observarse y aplicarse por los jueces penales, pues, únicamente, por cuestiones de economía procesal y para no hacer más dispendioso el procedimiento, y a la vez, más efectivos los derechos reclamados, se amplía esa jurisdicción para conocer de la acción por perjuicios derivada de un delito. Lo mismo puede decirse de la jurisdicción que la ley le confiere al juez en lo civil, cuando resuelve sobre problemas relativos a quiebras: este funcionario tiene jurisdicción para conocer del proceso penal, sin que esto signifique que la acción proveniente de un delito pierde su naturaleza de acción pública para convertirse en acción privada.

Si la acción por perjuicios iniciada dentro de un proceso penal tuviera el carácter de pública, todas las disposiciones del Código Civil que reglamentan esta materia estarían derogadas, y las autoridades civiles no tendrían ni jurisdicción ni competencia para conocer de estos negocios. Pero como —por otra parte— el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal da a la acción por perjuicios el carácter de acción estrictamente privada, la cual puede ejercerse ante los jueces civiles, se contemplaría el caso de que las normas de la legislación civil sí son aplicables a esta acción cuando se demanda ese mismo derecho ante las autoridades civiles, lo cual implicaría un absurdo jurídico, en el sentido de que las disposiciones civiles relativas a la acción por perjuicios provenientes de un delito, están derogadas cuando esa acción se ejerce en el proceso penal, y están vigentes cuando esa misma acción por perjuicios, se demanda ante las autoridades civiles. Esta sería la conclusión lógica deducida del principio de que la acción por perjuicios proveniente de un delito es una acción pública.

Domingo Sarasty M.—Alejandro Camacho Latorre—Jesús Alfonso Roa, Secretario.

COMPLEMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. BRUNO

Dada mi posición ortodoxa en relación con la escuela penal que, especialmente en cuanto a la institución de las sanciones y sus consecuencias, fundó el estatuto penal colombiano, me considero obligado —por lealtad doctrinaria— a reforzar y ampliar, desde mi punto de vista particular, las tesis en que la Sala sustentó la anterior sentencia, y que yo comparto, sin que las que expongo en seguida impliquen discrepancia sustancial con aquéllas; son ellas:

I. El carácter de la acción de perjuicios derivada del delito es un tema que separa doctrinariamente, a penalistas, que sostienen la tesis de que no es sustancialmente privada, y civilistas, de que lo es, como también a los penalistas según la escuela a que pertenezcan.

II. A la institución de perjuicios derivados del delito no se aplica la ley civil sustantiva, por cuanto la ley penal, que también es sustantiva, reglamentó integralmente tal materia.

III. Teniendo la condena por perjuicios carácter de sanción reparadora, y por tanto de institución de Derecho Público, no es posible transar sobre ella, como no lo es sobre ninguna de las sanciones derivadas del delito.

IV. Si fuera posible la transacción, no se podría exigir el pago de perjuicios como condición indispensable para la concesión de la libertad y de la condena condicionales y del perdón judicial, como lo prescribe la ley.

Dejo así precisadas las reservas a que hice referencia al firmar el anterior fallo.

Francisco Bruno

CONDENA CONDICIONAL — CONSULTA. PENA QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA DECIDIR SI HAY LUGAR A ELLA RESPECTO DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA

1.—La concesión de la condena condicional— privilegio de que sólo pueden gozar los procesados privados de toda peligrosidad— corresponde al Juez, de conformidad con los artículos 80 del Código Penal y 663 del de Procedimiento Penal, pero la autoridad comprendida en esa denominación no se circunscribe al Juez de primera instancia, sino también al de segunda, quien, en virtud de apelación o de consulta, y en cumplimiento de su función jurisdiccional dicta sentencias.

2.—El tiempo de pena que la ley exige para que una sentencia —de acuerdo con el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal— deba ser consultada es el señalado en el Código y no en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Juan de Dios Hoyos (51 años en la época del delito, semianalfabeto, casado), recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del veintiocho de febrero del año pasado, con la cual puso fin al proceso contra Hoyos y Alfonso Ramírez, por las lesiones que mutuamente se causaron la tarde del primero de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, en el poblado del Corregimiento de "La Celia", del Municipio de Santuario de Caldas.

Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal decidió, en relación con cada uno de los procesados lo siguiente:

a) Condenó a Hoyos —con aplicación del art. 373 (inciso 2º) del Código Penal —a la pena principal de un año de prisión y pago de cuarenta y cinco pesos a título de indemnización de perjuicios y revocó la condena condicional que el Juez de Circuito le había concedido, y

b) Absolvió a Ramírez —con aplicación del artículo 25 del mismo Código— por cuanto consideró el hecho cometido en legítima defensa.

Formulada y contestada la demanda en el tiempo legal, y cumplida toda la actuación procedimental del recurso, la Corte lo decide en este fallo, previa referencia a los hechos, al proceso y a las tesis expuestas por las partes.

I. — El delito y el proceso

En las primeras horas de la tarde del día primero de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, Manuel Osorio, Ezequiel Antonio Ríos y Jesús Suárez se hallaban instalando un radio en la tienda de abarrotes que Alfonso Ramírez posee en la plaza del poblado del Corregimiento mencionado. Ramírez, sentado en el mostrador, vigilaba o presenciaba el trabajo de Osorio y sus compañeros, hora en la cual —intempestivamente— se presentó, en estado de embriaguez, Juan de Dios Hoyos, y dirigiéndose a Ramírez le exigió le regalara un trago. Aquél le repuso lo comprara y, al mismo tiempo, le advirtió que allí, en su tienda, había otras personas que también tomaban.

Esta respuesta encolerizó a Hoyos, y sacando el machete que llevaba al cinto, después de injuriarlo repetidamente, lo dirigió o colocó amenazadoramente contra las piernas de Ramírez; éste, ante la inminencia del ataque, tomó el machete de Ríos, y así armados se empeñaron en una contienda en que ambos resultaron heridos; Ramírez, en la sección derecha de la frente, que le dejó, como consecuencia, una cicatriz que los médicos legistas calificaron como desfiguración facial permanente, y Hoyos, una en la pierna derecha y otra en la frente, que lo incapacitaron durante catorce días para trabajar.

El proceso —como se expuso— terminó con la condena de Hoyos y la absolución de Ramírez.

III. — La demanda

El demandante invocó cuatro motivos de casación que no corresponden, en su orden, ni a la enumeración que hace el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ni tampoco a su contenido y objeto, según el resumen que a continuación se hace de ellos.

Como primera causal, alega la violación del artículo 80 de la ley penal; la funda en que el Tribunal opuestamente a dicha disposición revocó, sin corresponderle, el beneficio de la condena condicional otorgado en el fallo de primer grado, y cuya concesión —según el demandante— es privativa del Juez.

Como segunda, el mismo hecho del Tribunal, que considera —además— como violación de las normas sustantivas sobre competencia, entre ellas el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, que no da a los Tribunales facultad de aplicar los artículos 80 y 81 del Código Penal.

Como tercera, la violación del Ordinal 3º del mencionado artículo 44, por cuanto el Tribunal no podía decidir la apelación interpuesta por Ramírez contra la sentencia de primer grado sino en cuanto a la indemnización de perjuicios, ya que —por causa del tiempo de pena (un año)— no era consultable de conformidad con el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal.

Como cuarta, afirma que el Tribunal, al no separar "los actos del drama", apreció erradamente los hechos.

III. — Decisión del recurso

Los varios motivos que —en una demanda que no tiene los requisitos que exige la ley (artículo 531 del C. de P. C. aquí aplicable)— fueron presentados como fundamento del recurso, se limitan a uno solo, es decir, a la falta de competencia del Tribunal para revocar el beneficio de la condena condicional que el Juez le otorgó al procesado Hoyos.

La objeción carece de valor legal, como se desprende del estudio que de sus varios aspectos se hace en seguida:

La concesión de la condena condicional —privilegio de que sólo pueden gozar los procesados privados de toda peligrosidad— corresponde al Juez, de conformidad con los artículos 80 del Código Penal y 663 del de Procedimiento Penal, pero la autoridad comprendida en esa denominación no se circunscribe al Juez de primera instancia, sino también al de segunda, quien, en virtud de apelación o de consulta, y en cumplimiento de su función jurisdiccional dicta sentencias; si la tesis del demandante fuera jurídica, se llegaría a la conclusión de que los Jueces de Circuito, como Jueces de segundo grado, pueden suspender una condena sólo porque la ley los denomina Jueces, y los Magistrados —en cambio— estarían privados de esa facultad por tener ese nombre y no el de Jueces, lo que es opuesto a la noción técnica del vocablo Juez, que es la persona a quien la ley reviste de jurisdicción, esto es, de poder para juzgar y por lo mismo sentenciar.

El otro aspecto —el relativo a la ilegalidad de la consulta— no tiene más importancia que el anterior. La consulta de una sentencia, cuando contra ella no se apela, está subordinada —según el artículo 189— a que la pena señalada para el delito que mediante tal providencia se juzgó, exceda de un año; y como el Código Penal es el estatuto en que, por ley, se definen los delitos y se señalan las penas, el artículo 189 del Código de Procedimiento no puede referirse a las sentencias, porque es el legislador, y no el Juez ni el Tribunal, el que señala las sanciones.

La objeción del recurrente de que el Tribunal debía concretarse a decidir la apelación de la parte civil contra el fallo de primer grado, porque éste —por el tiempo de pena— no era consultable, no es jurídico; así lo consideró el Juez cuando, en su auto del tres de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, concedió la mencionada apelación y dispuso "consultar la misma sentencia en lo que respecta a la condenación que en ella se hizo al señor Juan de Dios Hoyos".

De lo anterior se desprenden las tesis que en seguida se expresan:

a) La concesión de la condena condicional es facultad de que pueden hacer uso los Jueces de primero y segundo grado, siempre que se cumplan las condiciones requeridas por la ley; el Tribunal, por lo tanto, como Juez de segundo grado, podía revocar el beneficio concedido por el de grado inferior, y

b) El tiempo de pena que la ley exige para que una sentencia —de acuerdo con el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal— deba ser consultada, es el señalado en el Código y no en la sentencia.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autori-

dad de la ley y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del veintiocho de febrero del año pasado, por la cual impuso a Juan de Dios Hoyos la pena de un año de prisión por las lesiones en Alfonso Ramírez y le revocó la suspensión de la pena otorgada por el Juez.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

INDEFENSION E INFERIORIDAD DE LA VICTIMA. — PUEDE APRECIARLAS EL JUEZ COMO CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD AUN DESPUES DE QUE EL JURADO LAS HA DESCARTADO COMO ELEMENTOS TIPIFICADORES DE UN DELITO ESPECIFICO

Las condiciones de "indefensión o inferioridad de la víctima" al tenor de lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, son elementos constitutivos del homicidio agravado —asesinato—; por consiguiente, ellos debían ser apreciados por el Jurado, entidad que califica el hecho y decide sobre la responsabilidad del inculpado. Pero descartadas esas modalidades como elementos tipificadores de un delito específico, ese hecho nada se opone a que esas mismas condiciones, por regla general, sean consideradas como circunstancias de mayor peligrosidad por el juez de derecho, ya que esa facultad es privativa de este fallador según lo dispone el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal.

Otra cosa sería si en la individualización de la pena, el criterio del juez de derecho coincide en cuanto a la valoración de las circunstancias de mayor peligrosidad con el expresado por el Jurado en su veredicto, para esos casos, en que tanto el pensamiento del Juez como el del Jurado en relación con esas circunstancias coinciden para efecto de excluírlas: es claro que en esa hipótesis no se consideran ni juegan ningún papel en la determinación de la pena, porque ya fueron rechazadas por el Jurado.

Las circunstancias de 'indefensión o inferioridad de la víctima", no fueron producidas como consecuencia directa de actos positivos realizados por el acusado, para cometer el delito, pero lo fundamental —en este caso— no es que se sorprendió indefensa a la víctima y el agente activo del delito se aprovechó de esa condición para ultimarla, con deslealtad de su parte y con notable desventaja de inferioridad respecto del sujeto pasivo del delito. Si bien es verdad que el homicida fue ajeno a la preparación de esas circunstancias, también es evidente, que se aprovechó de ellas, y a pesar de que la víctima les dijo que no lo mataran ,que estaba humillado, sin embargo lo ultimaron abusando de ese estado de "inferioridad e indefensión".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia de trece de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Miguel Vicente Mosquera y Alejandro Vargas Hernández, a la pena principal de siete y ocho años de presidio respectivamente, como responsables de un delito de homicidio cometido en la persona de José María Marulanda.

Contra esta sentencia el defensor de los procesados interpuso recurso de casación. Tramitándose el negocio en la Corte, el acusado Vargas Hernández desistió del recurso, desistimiento que fue aceptado en providencia de veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Cumplidas las exigencias legales y recibido el concepto del Agente del Ministerio Público, en relación con la demanda de 20 de septiembre del año próximo pasado, se procede a su estudio.

Antecedentes

José María Marulanda fue detenido en la cárcel municipal de Puerto Tejada, por haber sido condenado a la pena de ciento ochenta días de confinamiento en la Colonia Penal de Munchique, y a la prohibición de residir en el municipio anteriormente citado por el término de la condena.

El 26 de abril del año de mil novecientos cuarenta, en las horas de la mañana, Marulanda se fugó escalando los muros del edificio donde se

hallaba detenido, penetró en la casa de María Luisa Bernal y se refugió o escondió en el zarzo o abovedado de la misma. Noticiados los guardianes de este hecho, emprendieron inmediatamente la búsqueda con el objeto de capturarlo. Leonardo Moreno y Cosme Tobar subieron al abovedado de la casa y localizaron a Marulanda. Moreno con el objeto de atemorizarlo le hizo un disparo y Marulanda salió de su escondite y para descender al suelo se colgó de una viga. "En esta situación y cuando trataba de asirse por los pies a uno de los pilares de la casa" los agentes Miguel Vicente Mosquera y Alejandro Vargas Hernández le hicieron dos disparos causándole dos heridas, una en la región costal derecha, sobre el octavo espacio intercostal, y la otra, en la región preumbilical derecha á dos centímetros del ombligo.

Cuando Marulanda se sintió herido les manifestó que no lo mataran, que estaba humillado; a pesar de esto, el agente Miguel Vicente Mosquera le dio un fuerte golpe de bolillo tendiéndolo sobre el piso; allí le lanzó esta expresión: —"parate so hijo de puta a ver si es que sos guapo".

El Juzgado calificó el mérito del sumario y llamó a responder en juicio con intervención del Jurado a Miguel Vicente Mosquera y Alejandro Vargas Hernández por un delito de homicidio agravado, auto que fue confirmado por el respectivo Tribunal en providencia de julio tres de mil novecientos cuarenta y dos.

Al Jurado se le sometió el siguiente cuestionario; en relación con el tema de la responsabilidad de Miguel Vicente Mosquera:

"¿El acusado Miguel Vicente Mosquera es responsable de haberle ocasionado la muerte a José María Marulanda, mediante una herida con arma de fuego (revólver), en la región torácica, y además, otra herida contusa en la región craneal, que afectó el hueso parietal derecha, el día veintiseis de abril de mil novecientos cuarenta, a consecuencia de la cual falleció en el Hospital de San Juan de Dios de Cali el día dos de mayo siguiente: hecho ese, el de las heridas, cuando la víctima se hallaba en estado de indefensión o inferioridad, en casa de María Luisa Bernal, en la población de Puerto Tejada, Municipio del mismo nombre, Circuito Penal de Santander, Distrito Judicial de Popayán?"

La respuesta fue: "Sí, con el propósito de causar una lesión personal. No es responsable de la lesión craneal".

El Jurado negó el homicidio agravado, pero reconoció la modalidad de un homicidio preterintencional. Negó las circunstancias constitutivas del asesinato, pero no las circunstancias de indefensión e inferioridad coetáneas a la realización de las lesiones personales. En desarrollo de ese veredicto se pronunciaron las respectivas sentencias, y es contra el fallo del Tribunal que se ha interpuesto recurso de casación.

Como el proceso original se quemó en el edificio donde funcionaba la Procuraduría General de la Nación, el estudio de la sentencia, en relación con la demanda de casación, se hará sobre los elementos probatorios allegados en copia a estas diligencias, copias que hacen fe en cuanto a su existencia y contenido al tenor de lo dispuesto por los artículos 162, 164 y 231 del Código de Procedimiento Penal, 632 del Código Judicial, 8º, 15 y 18 del Decreto ley número 1897 de 4 de junio de 1948.

Demanda

El demandante invoca como causales de casación la de los numerales 1º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"Tanto el Juzgado, como el H. Tribunal —dice el recurrente— aceptó, en su integridad, el veredicto del Jurado y así fue dictada la sentencia, descartando el propósito de matar o **animus occidendi** y situando el asunto dentro de la modalidad de la preterintención, es decir, dando aplicación al artículo 365 del Código Penal".

"Negada por el Juzgado la intención de matar y como tal, descartadas las circunstancias de asesinato, de hecho quedaban también negadas las circunstancias de mayor peligrosidad. Sin embargo, el H. Tribunal, esas circunstancias de asesinato enunciadas en el auto de proceder, las consideró como circunstancias de mayor peligrosidad, para así poder agravar la responsabilidad de mi poderdante y, como consecuencia de ello, aumentar la pena...".

Al referirse concretamente a las circunstancias de indefensión e inferioridad de la víctima dice que "no puede cargársele al procesado para agravar la sanción a él imponible, porque el haberse

presentado dicha circunstancia, no fue obra de ellos, sino que, antes, por el contrario, fueron ajenos a ese conocimiento", y que como esas circunstancias no están plenamente demostradas no pueden considerarse como agravantes de la pena.

Se replica:

Es evidente que el Jurado negó las circunstancias de asesinato o sean las relativas al "estado de indefensión o inferioridad" a que hace referencia el cuestionario, pero reconoció el hecho fundamental, modificado por el veredicto, en cuanto a la intención del agente, afirmando la comisión de un delito de homicidio preterintencional cuando dice: "Sí, con el propósito de causar una lesión personal", es decir, ubicó el hecho dentro de la norma del artículo 365 del Código Penal que contempla el caso de la persona "que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro".

Pero la negación del estado "de inferioridad e indefensión", indispensable en este caso para tipificar el asesinato, no implica, necesariamente, el desconocimiento de las mismas como circunstancias de mayor peligrosidad reconocidas por la ley para los casos contemplados por el artículo 365, en relación con los artículos 274, 36 y 37 del Código Penal. Porque en estos casos, el hecho dominante es el propósito o intención de perpetrar una lesión personal, independientemente del resultado, o sea, la muerte; en cambio, en el homicidio, la intención o propósito de matar y su resultado por regla general son inseparables.

Las condiciones de "indefensión o inferioridad de la víctima" al tenor de lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, son elementos constitutivos del homicidio agravado —asesinato—; por consiguiente, ellos debían ser apreciados por el Jurado, entidad que califica el hecho y decide sobre la responsabilidad del inculpado. Pero descartadas esas modalidades como elementos tipificadores de un delito específico, en nada se opone a que esas mismas condiciones, por regla general, sean consideradas como circunstancias de mayor peligrosidad por el juez de derecho, ya que esa facultad es privativa de este fallador, según lo dispone el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal.

Otra cosa sería si en la individualización de la pena, el criterio del juez de derecho coincide en cuanto a la valoración de las circunstancias de mayor peligrosidad con el expresado por el Jurado en su veredicto; para esos casos, en que tanto el pensamiento del Juez como el del Jurado en relación con esas circunstancias coinciden para efecto de excluírlas: es claro que en esa hipótesis no se consideran ni juegan ningún papel en la determinación de la pena, porque ya fueron rechazadas por el **Juri.**

Pero si las modalidades del homicidio agravado fueron desconocidas por el Jurado como elementos constitutivos del delito, ese hecho en nada se opone a la facultad que la ley otorga al juzgador de derecho para considerarlas como circunstancias de mayor peligrosidad. Cuando el criterio del fallador no coincide con el expresado por el Jurado, porque el veredicto es un fallo de conciencia y la ley no le ha atribuído al **Juri** ninguna facultad legal para decidir sobre circunstancias de mayor o menor peligrosidad. Esa atribución es privativa de los jueces de derecho, quienes califican si determinadas modalidades que influyeron en la comisión de un delito son o no constitutivas de circunstancias de mayor peligrosidad que, por consiguiente, agravan la pena.

Las circunstancias de "indefensión o inferioridad de la víctima", no fueron producidas como consecuencia directa de actos positivos realizados por el acusado, para cometer el delito, pero lo fundamental —en este caso— es que se sorprendió indefensa a la víctima y el agente activo del delito se aprovechó de esa condición para ultimarla, con deslealtad de su parte y con notable desventaja de inferioridad respecto del sujeto pasivo del delito. Si bien es verdad que el homicida fue ajeno a la preparación de esas circunstancias, también es evidente, que se aprovechó de ellas, y a pesar de que la víctima les dijo que no lo mataran que estaba humillado, sin embargo lo ultimaron abusando de ese estado de "inferioridad e indefensión".

"...La forma como se ejecutó el delito —dice el colaborador— demuestra una profunda atrofia de la moralidad de sus autores, por no sentir la menor repugnancia ante la idea y la acción homicidas; que hubo crueldad de parte de los agentes, porque ya herido mortalmente Marulanda y estando en el suelo, se le atacó de nuevo, en forma brutal, sin mediar ninguna necesidad para ello".

"Véase cómo se traduce la insensibilidad moral de Mosquera y su peligrosa personalidad en el siguiente pasaje del fallo recurrido:

"Ya en el suelo (Marulanda), se le aproximó el agente de policía Miguel Vicente Mosquera y le dio en la cabeza un fuerte golpe de bolillo, tendiéndolo sobre el piso; allí le lanzó esta expre-

sión: "Párate so hijo de puta, a ver si es que sos guapo".

Ahora, que estos hechos no están plenamente demostrados, no es exacto, pues tanto el fallo del Juzgado como el del Tribunal se fundan en la prueba de varios testigos presenciales. María Luisa Bernal, Rosalba Medina, Rosalba Velásquez y Orfelina Bernal declararon de manera uniforme que Mosquera le hizo un disparo por la espalda y cuando se hallaba en las condiciones de que anteriormente se habló. En cuanto a la lesión producida en la cabeza, el mismo ofendido sindica como autor de ella a Mosquera, afirmación que se halla corroborada por las declaraciones de los testigos presenciales. Así pues, las condiciones de indefensión e inferioridad que en su debida oportunidad fueron valoradas por el Tribunal como circunstancias de mayor peligrosidad, sí están demostradas en el proceso.

En consecuencia, la causal alegada no prospera.

Causal quinta

No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

Los argumentos que sirven de fundamento a esta causal, son los mismos en que se sustenta la primera, pues dice que descartadas por el Jurado las modalidades de inferioridad e indefensión el fallador no debió tenerlas en cuenta como circunstancias de mayor peligrosidad para efectos de agravarle la pena al acusado, y que por otra parte, esas circunstancias no están demostradas, y concreta el cargo así:

"El H. Tribunal Superior de Popayán en el fallo, materia de este recurso, manifiesta que existen circunstancias de mayor peligrosidad y que ya se han dejado analizadas en el estudio de la primera causal, sin que en la sentencia se diga, cuáles son los hechos que evidencian la existencia de dichas circunstancias que agravan la responsabilidad de los sindicados y que por tal motivo obligan a un aumento de pena, de conformidad con el artículo 37 del Código Penal".

Se considera:

El fallo dictado por el Tribunal se ciñe a los preceptos del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal. La sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto del Jurado; en ella se analizan los hechos que dieron origen a este proceso y se examinan los elementos probatorios que sirven para demostrar el cuerpo del delito, y la imputabilidad de sus autores; al estudiar el veredicto se determinan las pruebas que le sirven de base en orden a deducir la correspondiente responsabilidad y en cuanto a la individualización de la pena se ciñe a los preceptos del Código Penal.

Determinados los elementos principales que debe contener el fallo, en relación con el delito cometido, la personalidad de sus autores, las circunstancias de modo, tiempo y lugar dentro de cuyas modalidades se realizó el hecho; conocido el veredicto y las pruebas que le sirvieron de base; determinada la responsabilidad de sus autores e impuesta la sanción teniendo como base inmediata el veredicto, la sentencia no puede acusarse por la causal quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Las simples deficiencias de forma en cuanto a su redacción material no constituyen motivos de impugnación de la sentencia, si por otra parte, no hay duda alguna sobre los elementos fundamentales que debe tener toda sentencia de conformidad con lo dispuesto por la ley 94 de 1938.

Por consiguiente, la causal alegada no prospera.

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, NO INVALIDA el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en virtud del cual se condena a Miguel Vicente Mosquera, a la pena principal de siete años de presidio, como responsable de un delito de homicidio (preterintencional) cometido en la persona de José María Marulanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. — SISTEMA DE LA ACUMULACION JURIDICA DE PENAS

En el sistema de la acumulación jurídica (que adopta el artículo 33 del C. P.), no se tiene en cuenta ni el tiempo ni la especie de pena aplicable al delito menos grave, sino que, en virtud de una ficción legal, se le aplica la sanción señalada para el más grave aumentada en la medida y proporción que fija el sistema (hasta otro tanto).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veinticinco de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Pedro Ramírez Pérez recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del treinta de septiembre del año de mil novecientos cuarenta y siete,, por la cual —con aplicación de los artículos 28, 31 y 362 del Código Penal— fue condenado (Ramírez) a la pena de dos años y diez meses de presidio por los delitos de homicidio en Luis Restrepo y lesiones en Miguel Angel Restrepo, cometidos el quince de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el sitio de "Miracampo", Municipio de Marsella.

La Corte decide este recurso con vista en las copias auténticas del auto de proceder y de las sentencias de primero y segundo grado, por cuanto —destruído el proceso en el incendio del nueve de abril del año pasado— tales documentos bastan de conformidad con el Decreto Legislativo 1897 de 1948, que dictó normas dirigidas a reconstruír los procesos perdidos aquel día; una de ellas —el artículo 19— establece que "la copia de la sentencia de segunda instancia es suficiente para ventilar el recurso de casación a que hubiere lugar", y otras —los artículos 8º y 15 del mismo Decreto— dan valor de plena prueba a las copias tomadas de los copiadores llevados de acuerdo con la ley, formalmente expedidas y autorizadas por los Secretarios, copias que "presumen de derecho la existencia del sumario y del juicio a que ellas se refieren lo mismo que a las pruebas en las cuales se funde".

Reconstruído así este proceso para fines del recurso y explicado el valor de los documentos que lo integran, la Sala lo decide, previa referencia a las tesis expuestas en la sentencia, en la demanda y en el concepto del Procurador.

I. — El proceso contra Ramírez

La intervención, injuriosa para Pedro Ramírez, de Luis y Miguel Angel Restrepo, en un negocio de compraventa entre Ramírez y Justo Pastor Montoya, fue el motivo o causa del choque en que los Restrepos fueron, ultimado el uno y lesionado el otro. Según las sentencias éstos coaccionaron a Montoya para que no hiciera contrato con Ramírez, acusándolo de persona sin crédito alguno.

La negativa de Montoya a celebrarlo, con explicación de los motivos, determinó la reacción de Ramírez; dirigióse hacia la fonda de Miguel Angel, quien interrogado sobre la verdad del informe de Montoya, enfáticamente lo negó; sin creer en la verdad de la negativa, siguió por la vía y al pasar por la casa de los Restrepo, iba diciendo frases altamente ofensivas, y como Luis, a quien halló cerca, le preguntara a quién iban dirigidas, Ramírez le respondió que a él (Luis) precisamente, el cual se las devolvió al mismo tiempo que uno y otro, Luis Restrepo primero, sacaron sus machetes.

Miguel Angel, al cerciorarse del inminente choque entre Ramírez y su hermano Luis, se abalanzó a impedir que éste atacara a su contendiente, sin lograr que éste desistiera de su agresión, y cuando pudo libertarse se lanzó contra Ramírez, quien le disparó su revólver, lesionando a los hermanos Restrepos, a Luis (el occiso) en el estómago y a Miguel en la pierna derecha y en la oreja izquierda con machete, con la consecuen-

cia (para éste) de veinticuatro días de incapacidad y una muy ligera y casi invisible deformidad (cicatriz) en la oreja.

Con base en los datos del proceso, fueron dictadas las providencias que se enumeran en seguida:

a) Auto de proceder de segundo grado, en el cual se calificó el delito imputado a Ramírez como homicidio intencional cometido en virtud de provocación grave e injusta;

b) Sentencia de primer grado, según la cual —con fundamento en el veredicto del jurado, que reconoció la circunstancia de la provocación, y en la figura del concurso de delitos (homicidio y lesiones)— Ramírez fue condenado a un año y diez meses de presidio, y

c) Sentencia de segundo grado, que confirmó en todas sus partes la de primer grado.

III. — La demanda

El demandante afirma que el Tribunal, en la sentencia violó los artículos 33 y 60 del Código Penal, lo que explicó en la forma que en seguida se transcribe:

"Pedro Ramírez —dice— fue responsabilizado en los estrados por homicidio y por lesiones personales, con la modalidad atenuativa del estado de ira y de intenso dolor causados por la injusta y grave provocación (artículo 28, C. P.). Estos dos ilícitos acumulados merecieron una condena de treinta y cuatro meses de presidio, según sentencia del treinta de septiembre, contra la cual interpuse recurso de casación que me fue concedido oportunamente".

Del breve análisis que hace en seguida del veredicto del jurado, el que reconoció la circunstancia de la provocación grave e injusta, hace las siguientes deducciones:

"Por la responsabilidad del primer ilícito (homicidio) —continúa— corresponde una pena de treinta y dos meses de presidio. Por la responsabilidad acarreada por las lesiones personales corresponde una pena de dos meses de prisión. Considerados separadamente estos dos ilícitos punibles, es decir, sin acumulación correspondería una pena igual a treinta y dos meses de presidio más dos meses de prisión. En lugar de esa pena que hubiere correspondido para los negocios separadamente considerados, el H. Tribunal aplicó una sanción más grave mediante la situación de hecho de la acumulación de los dos ilícitos, pues que impuso una pena de treinta y cuatro meses de presidio".

Mediante la acumulación consagrada por el artículo 33, realizada aquí, el demandante considera con el procesado, en vez de una posición favorable, "sufrió el agravio —afirma— de ver convertidos en su contra dos meses de prisión por dos meses de presidio", de lo cual deduce que, violando el artículo 33, "el sentenciador hizo suma de sanciones, con la agravante de haber impuesto treinta y cuatro meses de presidio, sin la previa necesaria conversión de que habla el artículo 60 del Código Penal".

"Si tal conversión hubiera sido hecha —añade— habría sido, aún aceptando la material acumulación de penas, una pena total de treinta y tres meses de presidio más diez días, toda vez que sesenta días de prisión convertidos en presidio arroja un saldo de cuarenta días de esta última pena. De modo que la sentencia recurrida en casación —termina— infringe los artículos 60 y 33 del Código Penal".

IIII—Examen del recurso

No sin antes anotar —como lo ha hecho el Procurador— la equivocación en que incurrió el Juez de primera instancia al considerar los delitos imputados a Pérez como un concurso ideal y al aplicar la pena, en consecuencia, de conformidad con el artículo 31 del Código Penal, la Corte procede al examen de la demanda.

Las objeciones que —con base en la causal primera— se hacen al fallo del Tribunal, son, en resumen, las siguientes:

a) Que siendo presidio la pena del homicidio, y prisión la de las lesiones, no se hizo la conversión de ésta en aquélla, con violación del artículo 60; y

b) Que al hacer la acumulación, infringiendo la norma citada, resultó una pena mayor y más grave de la que le hubiera correspondido si se hubieran sancionado separadamente los delitos, con violación del artículo 33.

Las objeciones acabadas de extractar no son aceptables, de conformidad con lo que en seguida se explica.

Pérez libre de toda tacha de peligrosidad, cometió dos delitos con la circunstancia de la provocación grave e injusta: homicidio intencional en Luis Restrepo sancionado con la pena del artículo 362 (ocho años de presidio) y lesiones en Miguel Angel Restrepo sancionado con la pena del inciso 1º del artículo 373 (seis meses de prisión), las cuales,

con la reducción de la tercera parte que faculta el artículo 28, se fijaron en treinta y dos meses la de presidio y en dos la de prisión (equivalentes a cuarenta días si se hace la conversión).

El Tribunal, según el sistema de la acumulación jurídica adoptado por el artículo 33, según el cual el concurso material se sanciona con la pena del delito más grave aumentada hasta en otro tanto, impuso a Ramírez la pena de treinta y cuatro meses de presidio, es decir, la del homicidio (treinta y dos meses) apenas aumentada en la dieciseisava parte de la correspondiente al delito más grave, sin que el resultado haya excedido la suma de las dos sanciones consideradas independientemente: la del delito más grave y la del menos en su máximo, como lo ha consagrado la doctrina.

En el sistema de la acumulación jurídica, por lo tanto, no se tiene en cuenta ni el tiempo ni la especie de pena aplicable al delito menos grave, sino que, en virtud de una ficción legal, se le aplica la sanción señalada para el más grave aumentada en la medida y proporción que fija el sistema (hasta otro tanto); esta deducción revela la inoperancia de la objeción de que el Tribunal violó el artículo 60 porque no aplicó la pena de prisión a las lesiones, previamente convertida a presidio, porque no se trataba de hacer una sustitución de penas sino de aplicar, las normas del concurso; así como la de que violó el artículo 33 porque la pena impuesta es mayor que la resultante de agregar a la del homicidio la de las lesiones convertida a aquélla.

A idéntica conclusión llega el Procurador Delegado, después de analizar la zona que separa el concurso ideal del real, con el propósito de destacar el error en que incurrió el Juez, y la carencia de valor jurídico de las objeciones de la demanda.

IV—Fallo de la Corte

Del estudio anterior se deduce que el Tribunal, al fijar la pena a Pedro Ramírez Pérez en treinta y cuatro meses de presidio, por los delitos de homicidio y lesiones, de acuerdo con el sistema del artículo 33 y sin consideración al artículo 60, no violó la ley penal.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del treinta (30) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), por la cual condenó a Pedro Ramírez Pérez a la pena de dos (2) años y diez (10) meses de presidio, por los delitos de homicidio en Luis Restrepo y lesiones en su hermano Miguel Angel Restrepo, cometidos el quince de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el sitio de "Miracampo", Municipio de Marsella, Departamento de Caldas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

NULIDADES. — CUANDO HAY LUGAR A LA NULIDAD CONSTITUCIONAL POR INCONSONANCIA ENTRE EL AUTO DE PROCEDER Y EL CUESTIONARIO PROPUESTO AL JURADO. — IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL TRIBUNAL DE CONCIENCIA. — SOBERANIA DE ESTE EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. — REINCIDENCIA. — PRUEBA QUE DEBE OBRAR EN EL PROCESO PARA QUE PUEDA COMPUTARSE

1.—Abundante es la doctrina en que la Corte ha reafirmado que en los juicios en que interviene el Tribunal de conciencia, la sentencia que pone fin al proceso dimana directamente del veredicto, el cual a su vez es emanación del auto de proceder. De manera que entre estas tres etapas esenciales del juicio penal existe una vinculación de causalidad evidente y lógica, por cuanto la sentencia tiene que surgir del veredicto y éste del auto de proceder, con la única excepción de que en el término probatorio se produzcan modalidades capaces de modificar el auto vocatorio a juicio.

Surge de aquí que al Jurado no pueden proponérsele sino los hechos y circunstancias que hayan sido comprendidos dentro de la calificación genérica surgida del sumario, y que sujeto a esta pauta el Tribunal de conciencia no puede producir su veredicto sino de conformidad con los hechos por que se le interroga en los cuestionarios sometidos a su consideración, porque, si así no ocurre, el Juez no podría aceptar esas decisiones opuestas entre sí, pues, de suceder esto, sí habría que concluir que se pretermitieron formalidades propias del juicio y, por ende, aceptar la nulidad constitucional que dimana de esos hechos.

Mas, cuando entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia hay tal concordancia y armonía que la relación de causalidad entre esas tres etapas del proceso, fundamental a éste, surge nítidamente, en forma alguna se han pretermitido para el juzgamiento del delincuente formalidades sustanciales del juicio.

Por lo demás, el sistema creado para la formulación de los cuestionarios por la Ley 4ª de 1943 cambió radicalmente el contenido de los artículos 498 a 503 del Código de Procedimiento Penal. Dentro de este sistema la formulación del cargo se hacía mediante cuestionarios múltiples, y, por tal razón, al Jurado le eran propuestas todas aquellas cuestiones atinentes al hecho material, a la responsabilidad y a los elementos modificadores del delito que surgieran del proceso, y a las cuales debía contestar en forma separada, con expresiones monosílabas, sin permitir la ley adición alguna o explicación a esas respuestas. Una vez terminado el término probatorio, esos cuestionarios se formulaban y presentaban a las partes para que éstas tuvieran oportunidad de proponer aquellas preguntas que juzgaban indispensables para la defensa. De manera que se circunscribía el debate a los temas que tanto el Juez como las partes adujeran a este efecto.

Cambiado el sistema por la Ley 4ª de 1943, en consideración a las dificultades observadas en la práctica, que es el mismo de la Ley 169 de 1896, por el cuestionario único, el auto de proceder viene a constituir una pauta definitiva dentro de la cual debe moverse el Juez y que no tiene otra compensación que la facultad otorgada por el artículo 29 de aquella ley, en virtud de la cual los jueces de conciencia pueden, "si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario, expresarlo así en la contestación". Por consiguiente, el cuestionario se presenta en el momento de la audiencia; no contiene una serie de preguntas sobre los elementos del delito, ni sobre lo concerniente a la responsabilidad, ni sobre los factores especiales que influyen en la determinación de la sanción; ni autoriza tampoco a las partes ni al juez para adicionar el interrogatorio con

temas distintos a los consignados en el auto de proceder.

De manera que, como con tanta razón lo anota el Procurador Delegado, "únicamente cuando el Juez redacta el cuestionario en forma sustancialmente distinta al pliego de cargos formulado en el auto de proceder, puede presentarse la hipótesis de la nulidad constitucional derivada del artículo 26 de la Carta".

2.—Es doctrina constante de esta Sala que en los juicios por jurados no es pertinente la causal segunda de casación, porque, de serlo, desvirtuaría la esencia misma del juicio en conciencia, toda vez que, siendo, de conformidad con la ley, este juicio fundado en el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada, la apreciación en derecho de las pruebas existentes en el proceso se desnaturalizaría en el caso de que, una vez apreciadas, con aquel criterio, por el Tribunal de hecho, pudieran ser nuevamente objeto de valorización en derecho. De no ser ello así, en el fondo, esta causal conduciría a aceptar una tercera instancia en los juicios penales, porque ella conduciría a la declaración de una injusticia notoria en el veredicto, misión que es exclusivamente privativa de los falladores de instancia, que son los únicos que, de conformidad con los artículos 537, 554 y 567 del Código de Procedimiento Penal, tienen la atribución de hacer aquella declaratoria de contraevidencia, que en el sistema de la casación penal vigente no está autorizado por la ley.

La prueba en los juicios en que interviene el jurado es apreciada por éste con entera libertad y se le arrebatarían sus fueros al Tribunal popular si en casación pudiesen ser esos mismos hechos objeto de discriminación para armonizar con ellos el veredicto rendido en conciencia. Se desvirtuaría el juicio del jurado y se convertiría la Corte en nuevo Tribunal de instancia, cosa contraria al principio que informa la casación.

3.—No dice la ley en parte alguna para considerar a un reo como reincidente sea preciso disponer de la copia auténtica de las sentencias en virtud de las cuales surge aquel fenómeno jurídico. Pero es obvio que esa exigencia es indispensable, porque, de otra suerte, podría hacerse un cálculo de aumento de la pena en virtud de la reincidencia que no se justificase desde el punto de vista legal.

El código exige en el artículo 34, para tener a un reo como reincidente, que haya una sentencia condenatoria y un nuevo delito cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. Pero al mismo tiempo el art. 35 de aquella obra incluye algunos casos de excepción al principio general, y es apenas natural que existiendo estos casos excepcionales para el cómputo de la reincidencia sea preciso averiguar primero, si cumplidos los requisitos del artículo 34, no está en alguna de las excepciones que consagra el estatuto.

Es obvio que la mejor manera de evitar todo equívoco o error sobre el particular no puede ser otra que el tener el juzgador, dentro del proceso, los fallos dictados anteriormente contra el reo, para que, de esta suerte, ni por exceso del tiempo transcurrido, es decir, mayor de diez años, ni por estar el caso comprendido dentro de alguna de las excepciones de la ley, no puede imponerse la reincidencia. La mejor manera de evitar, pues, todo equívoco al respecto es exigir que en todos los procesos aparezca la copia de las sentencias que puedan dar motivo a la aplicación del aumento por reincidencia.

4.—Una cosa es la declaración de reincidencia que el Juez de la primera o segunda instancia haga en su respectivo fallo y otra muy distinta es la comprobación del fenómeno de la reincidencia. Cuando en casación se impugna una sentencia por violación de los preceptos que contemplan esa figura, la Corte no debe atenerse única y exclusivamente al documento público en el cual se hace aquella declaración, sino al documento público en el cual consta la prueba de que efectivamente aquella persona es reincidente, o sea, las respectivas sentencias o condenaciones de que habla la ley.

Sobre este particular la Sala acoge los siguientes conceptos del Procurador, que se encuentran en la vista que antecede:

"La prueba específica de la reincidencia consiste en las copias, debidamente autenticadas, de las sentencias que contienen las respectivas condenaciones anteriores del pro-

cesado. Los testimonios y la confesión son ineficaces para demostrar ese hecho. Con vista de tales copias se deducen las exigencias del artículo 34 del Código Penal y se descartan las excepciones del artículo 35 ibídem.

"La reincidencia no la constituye la simple afirmación que haga el juzgador en un fallo, de que el delincuente ha cometido un nuevo delito después de haber sufrido una pena anterior, como ocurre aquí, sino la concurrencia de todos los elementos esenciales que la integran, probados con las copias pertinentes".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos

El defensor del procesado Rubén Rincón interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio de la cual fue condenado Rincón a la pena principal de doce años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del homicidio en la persona de Santos Maldonado, ocurrido en la vereda de "Suta Abajo", comprensión municipal de Tibaná.

Presentada la demanda en oportunidad y contestada por el señor Procurador Delegado en lo Penal, se procede a estudiar las tesis del demandante, previo resumen de los hechos constitutivos del delito y demás circunstancias relacionadas con el recurso.

El delito

En las últimas horas de la tarde del día veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, se encontraban en la tienda de propiedad de Aristides Jiménez, situada en la vereda de "Suta Abajo", jurisdicción del Municipio de Tibaná, Departamento de Boyacá, Ulpiano, Antonio y Abel Caballero, Santos Maldonado y Rubén Rincón. Como a las seis y media de aquella tarde los Caballero se retiraron para sus casas y como a treinta y cinco metros de distancia de la tienda, sintieron un polpe de palos frente a la tienda de Jiménez, por lo cual Ulpiano Caballero regresó a llamar a Santos Maldonado. Cuando aquel llegaba al sitio en donde éste se encontraba, vio que Rubén Rincón, con la mano derecha, le daba hurgones a Santos Maldonado y éste para escagar retrocedía. Ulpiano Caballero procedió a prender a Rincón quien, en tal momento botó un cuchillo hacia atrás. Santos Maldonado alcanzó a dar algunos pasos hacia la casa de Jiménez y cayó herido diciendo que Rincón lo había apuñaleado.

El lesionado Maldonado, fue conducido al Hospital de Tunja y allí permaneció hasta el diez de mayo de aquel año, regresando luégo a Tibaná, en donde murió el veintisiete de los mismos.

El proceso

Correspondió al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Tunja conocer del sumario contra Rubén Rincón, por el delito antes relacionado, y esta entidad, el treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, abrió causa criminal contra aquél por el delito de homicidio en la persona de Santos Maldonado, "sin modalidades específicas de ninguna naturaleza", como lo hizo constar en el considerando segundo de la providencia respectiva.

Con base en el auto de proceder, el Juzgado del conocimiento propuso al Tribunal de conciencia, el siguiente cuestionario:

"El acusado Rubén Rincón Parra, mayor de edad, natural de Jenesano y vecino de Tibaná, casado con Amelia Caballero, hijo de Francisco Rincón y María de los Angeles Parra, agricultor de profesión, es responsable SI o NO de haber ocasionado voluntariamente la muerte a Santos Maldonado, mediante una herida causada con arma cortante y punzante (cuchillo o puñal), hecho que tuvo ocurrencia a eso de las seis y media de la tarde, del día viernes veintiocho de febrero del año de mil novecientos cuarenta y uno, como a treinta y cinco metros de distancia de la casa-tienda de propiedad de Aristides Jiménez, situada en la vereda de Suta Abajo de la comprensión municipal de Tibaná?

Los Jueces de hecho, por unanimidad, respondieron:

"Sí es responsable".

En sentencia de primera instancia, el procesado Rubén Rincón fue condenado a sufrir la pena de diez años ocho meses de presidio y a las accesorias correspondientes; pero el Tribunal de la segunda instancia, en el fallo que es materia de casación, reformó el del inferior, imponiendo como

pena principal al acusado, la de doce años de presidio, por cuanto se le consideró como infractor del artículo 362 del Código Penal y reincidente en segundo grado.

Demanda de casación

El doctor Alfonso Avila Cárdenas, apoderado del reo para el efecto, invoca las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las que se estudiarán por separado y en el orden lógico optado por el señor Agente del Ministerio Público, en la contestación de la demanda.

Causal cuarta: Nulidad del juicio

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Funda el recurrente esta causal "en el hecho de que en el único cuestionario sometido al jurado de conciencia se preguntó a éste solamente por el cargo de homicidio voluntario, formulado en el auto de proceder y se dejaron de someter a la consideración de los jueces de conciencia varias circunstancias modificadoras de la responsabilidad del enjuiciado y demostradas en el proceso. De manera que, el Juez al formular los cuestionarios no tuvo en cuenta las circunstancias favorables a los intereses del procesado, violando en esa forma las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de nuestra Carta fundamental, que determina que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante Tribunal competente y **observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".** (Subraya la demanda).

Ensaya el recurrente la demostración del cargo que hace contra la sentencia del Tribunal de Tunja con la cita de la propia indagatoria del reo, en la cual sostiene éste que no es el autor del delito que se le imputa y en caso de serlo deben tenerse en cuenta para juzgar su conducta varias circunstancias modificadoras de su responsabilidad, entre las cuales enumera, en primer término, su estado mental, que es anómalo y el haber obrado en circunstancias de riña imprevista.

En apoyo del primer hecho apenas se encuentra la misma declaración del reo. Y en cuanto a que éste hubiese obrado en una riña que surgiera de modo imprevisto, debida a las provocaciones hechas por Maldonado a Rincón, el recurrente cita algunos testimonios de autos, en los cuales pretende sustentar aquella afirmación. Siendo ello así, alega el recurrente, al jurado dejaron de proponérsele cuestiones que fundamentalmente favorecían al reo, y que de haberlas tomado en cuenta, su situación jurídica habría sido diferente de la que contempló el veredicto.

Se contesta

La tacha fundamental formulada se basa en que se pretermitieron las formalidades propias del juicio penal, lo que de ser así constituiría una nulidad de carácter constitucional, toda vez que la violación de ese principio invalida el proceso por infringir aquella norma sustantiva. De manera que si, como lo demostrará la Sala, el juicio cumplió todas las normas procesales, la argumentación aducida carece de fundamento, y por ende, no puede prosperar la causal cuarta de casación.

En efecto, el proceso penal discurre sobre la base de que al reo se le formule, una vez cerrada la investigación, un auto de cargos en que se concrete el hecho de que se le acusa, las pruebas en que se funda esa acusación y las circunstancias que califican su responsabilidad. La formulación del auto de proceder viene a constituir algo así como una demanda que el Estado establece contra el delincuente, en virtud de la cual en la forma que determina el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal se aducen los hechos establecidos y se califica genéricamente el delito que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifican.

Al formulársele a Rubén Rincón el cargo de homicidio en el auto de proceder, en forma genérica, le fue imputado un homicidio voluntario, "sin modalidades especificativas de ninguna naturaleza", como textualmente se advirtió en aquella providencia. Luego, sobre esta pauta, debía formularse el cuestionario al Jurado, toda vez que de no sufrir modificación alguna en el término probatorio aquella calificación, ésta debía conjugarse en el cuestionario que se sometiera al jurado, porque sólo en esos términos y únicamente dentro de tales circunstancias, se había concretado la responsabilidad del reo.

Así lo hizo el señor Juez al formular la única cuestión sometida al jurado; y la respuesta de éste no deja la menor duda de que afirmó un homicidio intencional, sin explicación o modalidad alguna que modificara, en sentido atenuativo, la

responsabilidad del procesado.

Abundante es la doctrina en que la Corte ha afirmado que en los juicios en que interviene el Tribunal de conciencia, la sentencia que pone fin al proceso dimana directamente del veredicto, el cual a su vez es emanación del auto de proceder. De manera que entre estas tres etapas esenciales del juicio penal existe una vinculación de causalidad evidente y lógica, por cuanto que la sentencia tiene que surgir del veredicto y éste del auto de proceder, con la única excepción de que en el término probatorio se produzcan modalidades capaces de modificar el auto vocatorio a juicio.

Surge de aquí que al jurado no pueden proponérsele sino los hechos y circunstancias que hayan sido comprendidas dentro de la calificación genérica surgida del sumario, y que sujeto a esta pauta el Tribunal de conciencia no puede producir su veredicto sino de conformidad con los hechos por que se le interroga en los cuestionarios sometidos a su consideración, porque, si así no ocurre, el Juez no podría aceptar esas decisiones opuestas entre sí, pues, de suceder esto, sí habría que concluir que se pretermitieron formalidades propias del juicio, y, por ende, aceptar la nulidad constitucional que dimana de esos hechos.

Mas, cuando entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia hay tal concordancia y armonía que la relación de causalidad entre esas tres etapas del proceso, fundamental a éste, surge nítidamente, en forma alguna se han pretermitido para el juzgamiento del delincuente formalidades sustanciales del juicio.

Por lo demás, el sistema creado para la formulación de los cuestionarios por la Ley 4ª de 1943 cambió radicalmente el contenido de los artículos 498 a 503 del Código de Procedimiento Penal. Dentro de este sistema la formulación del cargo se hacía mediante cuestionarios múltiples, y, por tal razón, al jurado le eran propuestas todas aquellas cuestiones atinentes al hecho material, a la responsabilidad y a los elementos modificadores del delito que surgieran del proceso, y a las cuales debía contestar en forma separada, con expresiones monosílabas, sin permitir la ley adición alguna o explicación a esas respuestas. Una vez terminado el término probatorio, esos cuestionarios se formulaban y presentaban a las partes para que éstas tuvieran oportunidad de proponer aquellas preguntas que juzgaran indispensables para la defensa. De manera que se circunscribía el debate a los temas que tanto el Juez como las partes adujeran a este efecto.

Cambiado el sistema por la Ley 4ª de 1943, en consideración a las dificultades observadas en la práctica, que es el mismo de la Ley 169 de 1896, por el cuestionario único, el auto de proceder viene a constituir una pauta definitiva dentro de la cual debe moverse el Juez y que no tiene otra compensación que la facultad otorgada por el artículo 29 de aquella ley, en virtud de la cual los jueces de conciencia pueden, "si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, expresarlo así en la contestación". Por consiguiente, el cuestionario se presenta en el momento de la audiencia; no contiene una serie de preguntas sobre los elementos del delito, ni sobre lo concerniente a la responsabilidad, ni sobre los factores especiales que influyen en la determinación de la sanción; ni autoriza tampoco a las partes ni al Juez para adicionar el interrogatorio con temas distintos a los consignados en el auto de proceder.

De manera que, como con tanta razón lo anota el Procurador Delegado, "únicamente cuando el Juez redacta el cuestionario en forma sustancialmente distinta al pliego de cargos formulado en el auto de proceder, puede presentarse la hipótesis de la nulidad constitucional derivada del artículo 26 de la Carta".

Como en el presente caso el auto de proceder guarda perfecta armonía con la cuestión única formulada al Tribunal de conciencia, no se observa razón alguna para que prospere la tacha de nulidad en que fundamenta el recurrente la violación de los fueros constitucionales y por tanto la causal cuarta de casación no está demostrada.

Causal segunda: Errada interpretación de los hechos

Aduce el recurrente para justificar esta causal "que hubo errada interpretación de los hechos a los cuales se les negó el valor probatorio que tienen y no se les tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso", alegación que fundamenta basándose en las mismas razones que le sirvieron para tratar de establecer la causal cuarta y agregando, además, como razón justificativa de la existencia de la causal segunda, el hecho de no haberse planteado en el cuestionario sometido al jurado la figura del homicidio concausal, que surge en el proceso en virtud del certificado expedido por el médico Director del Hospital de San Rafael, en donde estuvo hospitalizado Santos Maldonado y según el cual la circunstancia de haber sido

retirado por sus familiares el herido, sin su total restablecimiento, pudo determinar su muerte, pues como en aquel certificado lo afirma el médico director al expedirlo, "existía de mi parte una certidumbre de que si al enfermo no se le saca del hospital en esas condiciones, no habría fallecido".

Esta afirmación conduce al recurrente a sostener que hubo una concausa en la muerte de Santos Maldonado y que siendo ésta una circunstancia modificadora de la responsabilidad del sindicado, no se pronunció sobre ella el jurado, porque el Juez no la incluyó en los cuestionarios, y el Tribunal al dictar el fallo no tuvo en cuenta la alegación de la concausa.

Al anterior argumento contesta la Corte en primer término, que es doctrina constante de esta Sala, que en los juicios por jurados no es pertinente la causal segunda de casación, porque, de serlo, desvirtuaría la esencia misma del juicio en conciencia, toda vez que, siendo, de conformidad con la ley, este juicio fundado en el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada, la apreciación en derecho de las pruebas existentes en el proceso se desnaturalizaría en el caso de que, una vez apreciadas, con aquel criterio, por el Tribunal de hecho, pudieran ser nuevamente objeto de valorización en derecho. De no ser ello así, en el fondo, esta causal conduciría a aceptar una tercera instancia en los juicios penales, porque ella conduciría a la declaración de una injusticia notoria en el veredicto, misión que es exclusivamente privativa de los falladores de instancia, que son los únicos que, de conformidad con los artículos 537, 554 y 567 del Código de Procedimiento Penal, tienen la atribución de hacer aquella declaratoria de contraevidencia, que en el sistema de la casación penal vigente, no está autorizado por la ley.

La prueba en los juicios en que interviene el jurado es apreciada por éste con entera libertad y se le arrebatarían sus fueros al Tribunal popular si en casación pudiesen ser esos mismos hechos objeto de discriminación para armonizar con ellos el veredicto rendido en conciencia. Se desvirtuaría el juicio del jurado y se convertiría la Corte en nuevo Tribunal de instancia, cosa contraria al principio que informa la casación.

Pero, aparte de lo anterior, el proceso establece de manera incuestionable que las razones en que funda el recurrente la causal segunda están muy lejos de tener vigencia en los autos, pues ni la anomalía psíquica de Rincón ni la riña imprevista, que ya fueron analizadas al tratar de la causal cuarta, y el nuevo argumento de que el homicidio fuera concausal y esta circunstancia no hubiese sido sometida al jurado, carecen de todo fundamento. Para demostrar esto último, basta con transcribir el dictamen de la oficina de medicina legal de Bogotá, que fue oportunamente solicitado por los interesados durante el juicio (f. 43) y que sirviera al calificar el sumario para descartar todo género de homicidio distinto del intencional en la delincuencia del reo.

Dice así el dictamen en cuestión:

"Número 10508. Bogotá, 22 de septiembre de 1941. En vista de los documentos que se transcriben en el despacho número 67, fechado el 28 de agosto último, exponemos: Santos Maldonado recibió una herida penetrante, situada en la línea axilar con la octava costilla. Como complicación de esa herida, aparecieron en el ofendido —según los reconocimientos— una bronconeumonía y una pleuresía, primero, y una ascitis después, que fueron las causas de la muerte de Santos Maldonado. Esas complicaciones surgieron como consecuencia inevitable de las heridas, por haberse practicado éstas con arma infectada, y por lo tanto, en esas circunstancias, la herida que recibió Santos Maldonado ya indicada, era una herida mortal".

Insistentemente, durante la vista pública del proceso, la defensa agotó la argumentación conducente a sustentar la existencia del homicidio concausal y aún hizo concurrir a ella al médico Jefe del hospital que firmara el certificado que en otro lugar se mencionó, para apoyar su raciocinio al respecto. Con todo, el jurado se abstuvo de aceptar dicha figura, ateniéndose seguramente al dictamen que acaba de transcribirse. No queda, pues, fundamento alguno valedero que implique una razón bastante como para despreciar la afirmación del jurado, rotunda en cuanto a la modalidad del homicidio, para dar cabida a una causal de casación que resulta improcedente dentro de este proceso.

Causal primera: Violación de la ley penal sustantiva

La demanda fundamenta esta causal en los siguientes puntos:

a) Porque el Tribunal condenó al reo por aplicación del artículo 362 del Código Penal, es decir, por el delito de homicidio intencional siendo así que ha debido aplicar el artículo 366 de la misma obra, en consideración a que no existe la plena prueba de que Santos Maldonado falleciera a consecuencia de la herida que recibió de manos del

reo, por razón de haber sido retirado del hospital por sus familiares y privado del tratamiento médico adecuado, que si se cumple, habría salvado la vida del herido, de manera absolutamente segura, según lo afirma el médico director del hospital.

b) Que al procesado le fueron computadas por el Tribunal dos reincidencias para el efecto de la aplicación de la pena, a pesar de que no hay prueba sino de una, porque apenas se trajeron al expediente las copias de un solo fallo, como puede verse a folios 101 a 104 del cuaderno principal.

Se considera:

El primer cargo ya ha sido, al menos implícitamente, contestado al referirse la Corte a las otras causales alegadas por el recurrente. Correspondiendo al Juez, de conformidad con el artículo 480 del Código Procesal Penal, dictar la sentencia de acuerdo con la calificación que el jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate, resulta improcedente la alegación que se contesta, por cuanto que el fallo al considerar el homicidio cometido por el procesado Rincón como simplemente intencional o de propósito, para aplicar el artículo 362 del Código Penal, no hizo otra cosa sino aceptar el veredicto, toda vez que no existía motivo legal de ninguna índole para considerar éste contrario a la evidencia de los hechos. De manera que el cargo así formulado contra la sentencia es preciso rechazarlo por ser absolutamente inadmisible.

El segundo cargo referente a la aplicación de dos reincidencias al reo, sin que del primer hecho por el cual se hace el cómputo de aumento por dicha circunstancia haya sido traído a los autos mediante las copias correspondientes, sirve al señor Procurador Delegado para encontrar viable la causal que se estudia por este aspecto. Y la Sala concuerda con igual parecer, por las siguientes razones:

No dice la ley en parte alguna que para considerar a un reo como reincidente sea preciso disponer de la copia auténtica de las sentencias en virtud de las cuales surge aquel fenómeno jurídico. Pero es obvio que esa exigencia es indispensable, porque, de otra suerte podría hacerse un cálculo de aumento de la pena en virtud de la reincidencia que no se justificase desde el punto de vista legal.

El código exige en el artículo 34, para tener a un reo como reincidente, que haya una sentencia condenatoria y un nuevo delito cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. Pero al mismo tiempo el artículo 35 de aquella obra incluye algunos casos de excepción al principio general, y es apenas natural que existiendo estos casos excepcionales para el cómputo de la reincidencia sea preciso averiguar primero, si cumplidos los requisitos del artículo 34, no está en alguna de las excepciones que consagra el estatuto.

Es obvio que la mejor manera de evitar todo equívoco o error sobre el particular no puede ser otra que el tener el juzgador, dentro del proceso, los fallos dictados anteriormente contra el reo, para que, de esta suerte, ni por exceso del tiempo transcurrido, es decir, mayor de diez años, ni por estar el caso comprendido dentro de alguna de las excepciones de la ley, no pueda imponerse la reincidencia. La mejor manera de evitar, pues, todo equívoco al respecto es exigir que en todos los procesos aparezca la copia de las sentencias que puedan dar motivo a la aplicación del aumento por reincidencia.

Y no se diga que en este caso el Tribunal al decidir en forma distinta al Juez de instancia, que no computó la reincidencia por falta de las copias respectivas de la primera sentencia dictada contra el procesado, fundamentó esa agravación de la penalidad en el criterio de que ya habiéndose hecho una primera condenación del reo como reincidente y allegádose las copias de ese fallo, no era una sino dos reincidencias las que debían tenerse en consideración ya que de tal suerte surgía la comprobación de que el procesado era por segunda vez reincidente.

Mas debe tenerse en cuenta que, como lo anota el señor Procurador Delegado, en las mismas copias del fallo en que fue declarado reincidente el reo por el delito de lesiones personales cometido en Salvador López, apenas se afirma de una manera vaga que consta en autos que Rincón, después de una sentencia condenatoria, cometió un nuevo delito, como se dice en el fallo de primera instancia y que el mismo Tribunal, para sancionar aquella infracción, apenas tuvo en cuenta que los antecedentes del reo eran malos pues ya había incurrido en condenaciones judiciales anteriores.

De suerte, pues, que de los mismos pasajes de la sentencia no se desprende con certeza qué hechos sirvieran a los juzgadores para tener al reo como reincidente, pues no se citan allí copias de las providencias respectivas y siendo ello así es peligroso por lo menos conceder facultad a los jueces para que sin aquellas actas puedan considerar a un reo como reincidente en virtud de simples certi-

ficados de algún funcionario sobre pasado judicial del reo o sobre la confesión del mismo y aun en las declaraciones de testigos.

En estos casos no queda la justicia en imposibilidad de tener en cuenta la peligrosidad del reo para efectos de la sanción, que es el principio en donde se fundamenta la reincidencia y el aumento que en virtud de esta figura se prescribe contra los delincuentes que están en camino de convertirse en habituales o que tienen tendencia al delito, para que en virtud de la agravación de la pena que aquella circunstancia comporta, hacer más drásticas las medidas que la sociedad toma a fin de separar a los delincuentes del camino del delito o para segregarlos por un tiempo más o menos largo, cuando estas medidas de índole exclusivamente penal, han resultado deficientes en el logro de aquella finalidad.

Por lo demás, una cosa es la declaración de reincidencia que el Juez de la primera o segunda instancia haga en su respectivo fallo y otra muy distinta es la comprobación del fenómeno de la reincidencia. Cuando en casación se impugna una sentencia por violación de los preceptos que contempla esa figura, la Corte no debe atenerse única y exclusivamente al documento público en el cual se hace aquella declaración sino al documento público en el cual consta la prueba de que efectivamente aquella persona es reincidente, o sea, las respectivas sentencias o condenaciones de que habla la ley.

Sobre este particular la Sala acoge los siguientes conceptos del Procurador, que se encuentran en la vista que antecede:

"La prueba específica de la reincidencia consiste en las copias, debidamente autenticadas, de las sentencias que contienen las respectivas condenaciones anteriores del procesado. Los testimonios y la confesión son ineficaces para demostrar ese hecho. Con vista de tales copias se deducen las exigencias del artículo 34 del Código Penal y se descartan las excepciones del artículo 35 ibídem.

"La reincidencia no la constituye la simple afirmación que haga el juzgador en un fallo, de que el delincuente ha cometido un nuevo delito después de haber sufrido una pena anterior, como ocurre aquí, sino la concurrencia de todos los elementos esenciales que la integran probados con las copias pertinentes.

"En el presente caso, la omisión de los fallos sobre la primera condena de Rincón, no permite reputarlo como reincidente por dos veces.

"La única reincidencia que aparece establecida, es la de haber cometido el delito que hoy se le reprime dentro de los diez años de ejecutoriada la condena que se le hizo por lesiones personales en Salvador López, conforme a las copias que obran a los folios 101 a 104.

"Ahora bien: la invocación de los artículos 251 del Código de Procedimiento Penal y 632 del Código Judicial que hace el Tribunal sobre los antecedentes criminosos de Rincón, únicamente sirve para aceptar este hecho: que el procesado Rubén Rincón cometió el delito de lesiones personales en Salvador López "después de una sentencia condenatoria", como lo dijo el Juez Primero del Circuito Penal de Tunja, o que dicho procesado incurrió "en condenaciones judiciales" antes de realizar dicha infracción, como lo expresó el Tribunal al revisar aquel fallo; pero, en manera alguna, de allí nace, con la precisión y seguridad que se requieren en estos casos, el fenómeno de la primera reincidencia.

"En tal virtud, la primitiva condena, que el procesado también acepta en su indagatoria, sólo cabe estimarla como circunstancia de mayor peligrosidad, de acuerdo con el artículo 37, numeral segundo, del Código Penal, y no como fuente específica de agravación, en los términos del artículo 34 de la misma obra.

"Y en tal sentido, conceptúa la Procuraduría que debe casarse la sentencia **sub judice**".

De conformidad con lo dicho, la disposición legal infringida por el reo Rubén Rincón en el presente caso, no es otra que la del artículo 362 del Código Penal, que señala como sanción la de ocho a catorce años de presidio, y como concurre en contra del mismo una circunstancia de mayor peligrosidad, consistente en haber incurrido en condenaciones judiciales anteriores, se impone un aumento de pena que se fija en tres meses sobre el mínimo, lo que da un total de ocho años y tres meses, que es la sanción base y a la cual debe agregarse una tercera parte, correspondiente a la reincidencia comprobada en autos, o sean dos años y nueve meses. Total de la pena imponible, once años de presidio, o sea lo mismo solicitado por el señor Agente del Ministerio Público.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia de fecha quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el sentido de condenar a Rubén Rincón Parra a la pena de once años de presidio, por el delito de homicidio en la persona de Santos Maldonado, en lugar de doce años de que trata la sentencia invalidada. En lo demás queda en firme el fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD Y CIRCUNSTANCIAS CONSTITUTIVAS O AGRAVANTES DE UN DELITO. — SOBERANIA DEL JURADO EN SU APRECIACION

Las circunstancias que el jurado expresamente califica como elementos o circunstancias modificadoras o elementos constitutivos de un delito, no pueden ser tenidas como circunstancias de mayor peligrosidad con desconocimiento del veredicto; así, los jueces de derecho no pueden desconocer el estado de indefensión, sea genéricamente, sea en alguna de sus modalidades (como alevosía, insidia, asechanza, envenenamiento, etc.), que el jurado ha reconocido como elemento constitutivo del homicidio agravado, porque al hacerlo fallarían opuestamente al veredicto dando así nacimiento a una inobjetable causal de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno)

Vistos

El defensor de Arcesio Triana (de 22 años en 1946, soltero), recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del tres de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, que impuso a Triana la pena de quince años de presidio por el delito de homicidio en Rosa Tulia Jiménez, cometido la tarde del veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, en el sitio de "Altaflor", Municipio de Pijao.

La Corte decidirá este recurso, sin otros elementos de juicio que el auto de proceder del Juez y las sentencias de primero y segundo grado, por las siguientes razones:

a) El expediente fue destruído en el incendio de la Procuraduría del nueve de abril;

b) El Gobierno dictó el Decreto Legislativo 1897 del año pasado que proveía a la reconstrucción de los procesos penales destruídos en el país el día mencionado;

c) El recurso de casación —según el artículo 18 del decreto citado— debe decidirse con base en la sentencia de segundo grado;

d) Las copias de las sentencias de primera y segunda instancia —conforme a los artículos 10 y 15— presumen de derecho la existencia del sumario y del juicio a que ellas se refieren, así como la del auto de proceder implica igual presunción no solo en cuanto al sumario sino también en cuanto a las pruebas que lo fundan, y

e) Las copias formalmente expedidas y autorizadas por los secretarios tomadas de los copiadores de que trata el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, según el artículo 8º, hacen plena prueba con respecto a las providencias correspondientes.

El valor legal de las copias de las sentencias permite, pues, examinar la demanda, con tanto mayor razón cuanto que, tratándose —como en efecto se trata— de un proceso en que el jurado intervino, el examen se concreta a una cuestión de mero derecho.

I—La agresión y sus causas

La negativa categórica de Rosa Tulia Jiménez, ex-amante del victimario Triana, a continuar viviendo con él, y la amenaza de darle muerte si persistía en esta actitud, fueron los motivos o causas de la reacción que lo impulsó a ultimarla en forma tan cruel (diez y ocho puñaladas) la tarde del veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, cerca a la cantina de Juan de Jesús Marín, llamada "Altaflor", en el "Cañón de los Juanes", del Municipio de Pijao.

Sobre los orígenes y modalidades del delito la Sala transcribe lo afirmado por María Pastora Marín, el único testigo que acompañó aquel día a la Jiménez y presencio la agresión.

"El señor Arcesio Triana —afirmó ante el funcionario de instrucción— llegó aquí a eso de las once de la mañana de dicho día, y empezó a tomar licores y la occisa señora Rosa Tulia Jiménez era perseguida por él y ella siempre le huía; continuó el día y a eso de las cinco de la tarde, se le acercó y le dijo que si no vivía con él la mataba, haciendo unas cruces y jurando que la mataba y

ella le decía de buenos modos que no vivía más con él, porque se había manejado muy mal; después regresó a la fonda de "Altaflor" yendo también ella allí y dándole un trago y la señora Rosa Tulia se lo tomó y salió para afuera quedándose él adentro tomándose una cerveza. Yo salí de dicha fonda siguiéndome ella y de un momento a otro salió él también de la fonda detrás de la señora Rosa Tulia Jiménez, sacando un cuchillo y dándole una puñalada por encima de mí, de allí ella se corrió un momento y después siguió pelotiando por una manga abajo y él encima de ella dándole cuchillo hasta que cayó. Después bajé y cuando llegué a donde ella había caído ya estaba muerta".

Más adelante, a solicitud del funcionario, amplió la última parte de su testimonio en los términos siguientes:

"Como a eso de las cinco de la tarde el señor Arcesio Triana arrimó y le dijo a Tulia que si iba a vivir con él, a lo cual ella le manifestó que no por cuanto se había portado muy mal con ella y él acto seguido hizo cruces en la cocina de que si no vivía con él la mataría, y que si con el tigre, con el oso, con el león se iba, la mataría".

Carlos S. Rojas y Juan de Jesús Castro, quienes presenciaron el episodio último de esta tragedia, confirman la anterior narración.

"Siendo las seis de la tarde —declaró el primero— Rosa Tulia Jiménez salió con dirección sur, es decir, contiguo a la cocina, e iba acompañada de Pastora Marín, cuando vi que Triana salía atrás a la carrera, cuando yo le dije a Juan de Jesús Castro que Triana iba siguiendo a Rosa Tulia Jiménez, y que podía ocurrir cualquier cosa, y en cuestión de instantes oí que una mujer lloraba, motivo por el cual abrí una ventana y me di cuenta que Rosa Tulia iba rodando por un potrero para abajo y Arcesio Triana tirándole puñaladas, hasta que dejó de rodar y todavía estando sin movimiento alguno le tiraba en el suelo".

El procesado, en su indagatoria, presentó una narración detallada sobre los incidentes de su vida sentimental con la Jiménez; hizo especial hincapié en el afecto que a ella lo ligaba y que lo llevó, después de cada ruptura, a volver a unirse a ella, no obstante los choques que transitoriamente los separaba; y al final, después de referirse a la invitación que ella le hiciera para una nueva vida común, y que él rechazara, afirmó ignorar el camino que ella hubiera cogido.

III—El proceso contra Triana

Iniciada la investigación sin la presencia de Triana, quien sólo pudo ser aprehendido varios meses después, el Juez Superior de Pereira dictó auto de proceder, en cuya parte motiva, como resultado del análisis de las pruebas, llega a esta conclusión: que "fue Triana quien dio muerte a la Jiménez en forma alevosa, que la cogió descuidada e indefensa, y que después de caída y gravemente herida le causó otras lesiones, lo cual indica sevicia, es decir, excesiva crueldad".

Después de descartar la posibilidad de un homicidio pasional, por carencia de motivos imputables a la Jiménez, el Juez reafirma su concepto de que "se trata simplemente de un asesinato, dada la ferocidad demostrada por Triana y la indefensión de la víctima".

Con base en la calificación transcrita, el Juez preguntó al jurado —en cuestionario único— si Triana era responsable de haber causado la muerte a la Jiménez, con propósito de matar, en el día y sitio ya señalados, mediante heridas hechas con arma cortante y punzante, a consecuencia de las cuales murió instantes después en el mismo sitio, y si tal hecho lo ejecutó Triana con alevosía y con sevicia o excesiva crueldad, cuando la víctima se hallaba desprevenida e indefensa.

Esta cuestión fue absuelta por el jurado por medio de esta afirmación: "Sí, estando la víctima indefensa", y sobre cuya interpretación Juez y Tribunal —como en seguida se explica— discreparon sustancialmente, pues si el primero aplicó el artículo 362 considerando solamente intencional el homicidio y la indefensión como circunstancia apenas de mayor peligrosidad, no así el Tribunal para quien tal circunstancia caracteriza el delito como asesinato.

IIII—La demanda

El recurrente ha invocado las causales primera, segunda y tercera, o sea la violación de la ley penal, la apreciación errada de los hechos y el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia.

La violación de la ley penal la deriva de que se aplicó el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal en vez del artículo 362, lo que no podía hacerse porque la circunstancia reconocida por el jurado ("sí, estando la víctima indefensa") se refiere al aprovechamiento de la inferioridad, que es circunstancia de mayor peligrosidad, y no la que pone a la víctima en circunstancias de inferioridad, que es el elemento del asesinato.

La segunda, la apoya en los mismos argumentos de la primera, sin determinar qué hechos fueron apreciados erradamente.

La tercera, en que el Tribunal —interpretando equivocadamente el veredicto— condenó por un delito (asesinato) que el jurado descartó, siendo así que éste solo reconoció un homicidio intencional con la agravante de la indefensión de la víctima.

IV—Concepto del Procurador

Después de transcribir los conceptos emitidos en las casaciones de Modesto Velásquez y José del Carmen Guerrero contra las sentencias de los Tribunales de Ibagué y Santa Marta, respectivamente, en los cuales desarrolló el mismo tema planteado en este recurso, dice el Procurador:

"En efecto, al reconocer el veredicto la responsabilidad de Triana con el adverbio "sí", y al agregar que acometió a la Jiménez estando indefensa, quiso apenas destacar el modo como ella fue ultimada, pero, en manera alguna, descartó las modalidades de la alevosía y la sevicia contenidas en el cuestionario. Distinto hubiera sido si el Tribunal popular dice: "sí, **pero** estando la víctima indefensa"; pues en este caso la conjunción adversativa, que indica contrariedad u oposición, habría dejado sin valor la sevicia, más no la alevosía, ya que ésta quedó reconocida en el vocablo "indefensa". Alevosía e indefensión son equivalentes".

"En todo caso —termina— aceptado por los jueces de conciencia que Triana lesionó a la Jiménez con el propósito de matarla y que la hirió en estado de indefensión, causándole así la muerte, esa respuesta estructura el asesinato en los términos del Ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal".

V—Decisión del recurso

Siendo así que la objeción contra la sentencia se concreta a la interpretación que del veredicto hizo el Tribunal —equivocada según el recurrente— a dicho tema se limita el estudio del recurso.

La ley penal ha dado a determinadas circunstancias o modalidades o formas del delito o a determinadas condiciones personales del delincuente, el doble carácter de elementos esenciales del delito y de circunstancias reveladoras de peligrosidad, como las enumeradas en los artículos 37 y 363 del estatuto penal, muchas de las cuales están incluídas en una y otra categoría, entre ellas la del estado de indefensión o inferioridad de la víctima de homicidio o de lesiones, y cuya aplicación presenta a veces dificultades.

Cuándo determinada circunstancia es elemento de peligrosidad y cuándo elemento sustancial de un delito, es la cuestión que aquí analiza la Sala en relación con los poderes del jurado.

El principio que rige tal cuestión es el contenido en el artículo 37, según el cual las circunstancias en él enumeradas sólo pueden considerarse como de mayor peligrosidad cuando no se han previsto como modificadoras o elementos constitutivos del delito; este principio está subordinado, lógicamente, a los sistemas de apreciación o calificación propios de los jueces del derecho y de los jueces del hecho, y, tratándose de procesos con jurado, a la preeminencia que el artículo 480 del estatuto procesal da al veredicto, como síntesis de la calificación de los hechos y de sus circunstancias, frente a la que, de acuerdo con el artículo 499, y a falta de aquélla, puedan hacer los Jueces.

La consecuencia primaria de la aplicación del principio acabado de exponer es la de que las circunstancias que el jurado expresamente califica como elementos o circunstancias modificadoras o elementos constitutivos de un delito (37) no pueden ser tenidas como circunstancias de mayor peligrosidad con desconocimiento del veredicto; así, los jueces de derecho no pueden desconocer el estado de indefensión, sea genéricamente, sea en alguna de sus modalidades (como alevosía, insidia, asechanza, envenenamiento, etc.), que el jurado ha reconocido como elemento constitutivo del homicidio agravado, porque al hacerlo fallarían opuestamente al veredicto dando así nacimiento a una inobjetable causal de casación.

En el proceso **sub judice** se propusieron al jurado la cuestión física, la psíquica y, además, la desprevención, la indefensión, la alevosía y la sevicia, y en la respuesta sólo reconoció la indefensión; quiere ello decir que, aunque el jurado tácitamente desechó las otras circunstancias, no se desintegró la figura del homicidio agravado del artículo 363, ya que afirmada la indefensión, ésta es suficiente para caracterizar aquella figura, sin que sea posible, según la doctrina del artículo 37, aplicar como elemento de peligrosidad el que ya se tuvo como esencia del delito.

Desde un punto de vista objetivo, finalmente, y con base en los testimonios transcritos, Triana ultimó a su ex-amante cuando ésta, para evitar el peligro que la amenazaba se había retirado del

sitio donde los concurrentes hubieran de seguro impedido la agresión.

El Tribunal, por lo expuesto, no violó la ley penal ni falló en oposición al veredicto. En cuanto a la errada apreciación de los hechos, ni se fundó la objeción, ni ella cabe en procesos en que intervino el jurado.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del tres (3) de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual impuso a Arcesio Triana la pena de quince (15) años de presidio por el delito de homicidio en Rosa Tulia Jiménez.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Domingo Sarasty M.** — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

DELITO DE FALSAS IMPUTACIONES ANTE LAS AUTORIDADES—DENUNCIA

La ley impone a todos los ciudadanos el deber de denunciar ante las autoridades los delitos de que se tenga conocimiento. Pero con la denuncia no se obligan a demostrar la verdad de sus afirmaciones, pues que ello es precisamente el objeto de la investigación que se adelante. Basta, pues, tener la creencia de que un ilícito penal se ha cometido para que la denuncia pueda presentarse.

La existencia de ese deber legal de denunciar los delitos de que se tenga conocimiento y el haberse consagrado, a la vez, como delito, el hacer falsas imputaciones ante las autoridades, explican a cabalidad lo que debe pensarse sobre esta clase de hechos delictuosos: se necesita que se proceda a sabiendas de que la infracción penal no se ha cometido o a sabiendas de que el acusado es inocente. En una palabra: es indispensable proceder con dolo, con propósito pravo, pues de lo contrario no puede existir falsa imputación, sino, a lo sumo, imputación errada, pero de buena fe, que no sólo excusa de la responsabilidad, sino que puede en muchas ocurrencias ser laudable.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, tres de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Debe calificar la Corte las presentes diligencias, que se adelantaron contra los magistrados del Tribunal Superior de Manizales, doctores Octavio Londoño Ruiz, Fabio Ramírez Hoyos, Clímaco Sepúlveda y Pedro Gutiérrez Mejía, por acusación que les hizo ante esta Sala el señor Carlos Julio Cepeda A., por haber dictado dos providencias en que ordenaron cesar el procedimiento en los procesos contra el doctor Roberto Vélez H. y contra el señor Jorge Cock, iniciados también por denuncia de Cepeda.

En concepto del señor Cepeda, en lugar de ordenar la cesación del procedimiento, ha debido deducirse la responsabilidad, que estaba acreditada y no omitir la condenación de los delincuentes, con lo cual se daría eficaz defensa a la sociedad y se mantendría "incólume el prestigio del poder judicial".

a) **Proceso contra Jorge Cock, por detención arbitraria.**—Carlos Julio Cepeda denunció al Alcalde de La Dorada, Jorge Cock, por haberlo privado de su libertad en el proceso que contra aquél se adelantaba por el delito de falsas imputaciones hechas ante las autoridades, denuncia presentada el 21 de enero de 1948 (folio 12).

Efectivamente, el alcalde del lugar dictó auto de detención contra Cepeda, pero no se llevó a cabo, porque éste emprendió la fuga, como él mismo lo declara (folios 28 vuelto y 7).

Pero resulta que en el proceso por falsas imputaciones, el juez promiscuo del circuito de La Dorada calificó el sumario con enjuiciamiento para Cepeda y, consecuencialmente, confirmó la orden de detención para el mismo, por hallarse en el caso contemplado en el artículo 188 del Código Penal (folio 29).

Cepeda apeló del enjuiciamiento y el Tribunal lo revocó para sobreseer definitivamente en su favor, porque no encontró plenamente demostrado el elemento **a sabiendas** que aquella disposición penal exige (folio 37 vuelto).

Prevalido del sobreseimiento, Cepeda denunció al alcalde, señor Cock, por detención arbitraria, como ya se dijo.

Pero el Juzgado del Circuito de La Dorada consideró que no había delito en el hecho que servía de base a la acusación de Cepeda y ordenó cesar el procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del código procesal (folio 15).

En fin, el Tribunal, en providencia de 8 de mayo del año pasado, que es la que sirve de base para acusar a los magistrados firmantes, confirmó lo resuelto por el Juzgado del Circuito de La Dorada (folio 17 vuelto).

De esta providencia destaca la Procuraduría los siguientes conceptos:

"El Alcalde acusado decretó la detención preventiva del acusador Cepeda A. en auto motivado, con análisis jurídico de las pruebas de orden legal y fundamental, con ceñimiento estricto a la

norma indicada por el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal. Hizo la apreciación de las pruebas gravitantes contra Cepeda A., y de acuerdo con su estimación legal, encontró elementos suficientes para detener provisionalmente. Cuando se profirió el auto de detención preventiva, no había en el proceso providencia que generara autoridad de cosa juzgada por la cual se declarara que Cepeda A., sí era absolutamente inocente de los cargos que en ese proceso le formulara el doctor Vélez H. Si a juicio del Alcalde aquí acusado había prueba para detener, entonces su procedimiento no resulta contrario a la ley. Cumplidas todas las formalidades legales en el procedimiento, no hubo dolo y no existe delito. La detención arbitraria no se consumó por no haberse cumplido la detención preventiva decretada contra Cepeda A."

Para concluír que los magistrados del Tribunal de Manizales no cometieron delito alguno al dictar su providencia de 8 de mayo, basta reproducir lo que al respecto conceptúa el señor Procurador:

"En tal virtud —dice— si el auto de detención llenó todas las formalidades de ley; si los elementos del delito investigado y la imputabilidad del mismo en cabeza del señor Cepeda los encontró reunidos el Alcalde con las pruebas de rigor para esos casos; si la infracción por que se procedía tenía pena de prisión; y si la orden de detener a Cepeda no se realizó, todo esto, es suficiente para admitir la convicción del Tribunal, de que el Alcalde Cock procedió correctamente en aquella emergencia.

"Basta sólo tener en cuenta al respecto, para descartar la arbitrariedad del Alcalde, que el Juez del Circuito de La Dorada dictó auto de proceder contra Cepeda y coadyuvó la orden de detención impartida por el investigador, en lo cual también estuvo de acuerdo el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior. Esto pone de manifiesto que no era tan descabellada y abusiva la actuación del Alcalde.

"Y siendo esto así, como lo es, resulta por demás justa la providencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal con que el Tribunal Superior de Manizales ha clausurado la investigación contra el Alcalde señor Cock.

"Por consiguiente, los Magistrados sólo han cumplido un acto de justicia, ceñida a la más estricta legalidad, al dictar el fallo que tacha de delictuoso el denunciante Cepeda, con manifiesta temeridad.

"No existe, pues, ningún delito de parte de los funcionarios acusados, por este primer cargo".

b) **Proceso contra el doctor Roberto Vélez Hincapié, por falsas imputaciones hechas ante las autoridades.**

Carlos Julio Cepeda denunció al Juez Municipal de La Dorada, doctor Roberto Vélez Hincapié, por prevaricato y abusos de autoridad, pero el Tribunal Superior de Manizales sobreseyó definitivamente en favor del acusado (folio 26 v.).

El Dr. Vélez Hincapié, bastándose en el sobreseimiento, acusó a su denunciante Cepeda por falsas imputaciones hechas ante las autoridades, sumario en que el Juzgado del Circuito de La Dorada dictó auto de proceder contra Cepeda, pero que fue revocado por el Tribunal para sobreseer definitivamente en favor del mismo.

Cepeda ,a su vez, denunció al doctor Vélez Hincapié por falsas imputaciones, pero tanto el Juzgado del Circuito de La Dorada como el Tribunal Superior, en providencias de 10 de marzo y de 8 de mayo del año pasado, consideraron que no había delito en la actuación del doctor Vélez Hincapié y ordenaron cesar el procedimiento (folios 23 vuelto y 26 vuelto).

La providencia del Tribunal es otra de las bases que le sirven ahora al señor Cepeda para acusar a los magistrados.

De ella transcribe el señor Procurador los siguientes conceptos:

"Como puede verse, por parte ninguna aparece el elemento **a sabiendas,** ya que el denunciante, erradamente, se ha basado en sobreseimiento definitivo para hablar de las falsas imputaciones. Es decir, Vélez Hincapié se valió de tal sobreseimiento para denunciar, lo mismo que había hecho o que hizo el señor Cepeda. Y es que quien denuncia la comisión de un delito, aun en el caso que le asigne la comisión del mismo a persona determinada, no está obligado a comprobar la veracidad de sus dichos; como tampoco la absolución o sobreseimiento dictado en favor de persona alguna engendra el cargo a su denunciante de haber hecho falsas imputaciones".

Considera la Procuraduría y, con ella, esta Sala, que el doctor Vélez Hincapié procedió rectamente al presentar su denuncia criminal contra Cepeda y que el Tribunal obró legalmente al ordenar la cesación del procedimiento en favor de aquél.

La ley impone a todos los ciudadanos el deber de denunciar ante las autoridades los delitos de que tengan conocimiento. Pero con la denuncia no se obligan a demostrar la verdad de sus afirmaciones, pues que ello es precisamente el objeto de la investigación que se adelante. Basta, pues, tener la creencia de que un ilícito penal se ha co-

metido para que la denuncia pueda presentarse.

La existencia de ese deber legal de denunciar los delitos de que se tenga conocimiento y el haberse consagrado, a la vez, como delito, el hacer falsas imputaciones ante las autoridades, explican a cabalidad lo que debe pensarse sobre esta clase de hechos delictuosos: Se necesita que se proceda a sabiendas de que la infracción penal no se ha cometido o a sabiendas de que el acusado es inocente. En una palabra, es indispensable proceder con dolo, con propósito pravo, pues de lo contrario no puede existir falsa imputación, sino, a lo sumo, imputación errada, pero de buena fe, que no sólo excusa de la responsabilidad, sino que puede en muchas ocurrencias ser laudable.

Por eso apunta con mucho acierto el señor Procurador:

"Cuando la denuncia se hace con el fin noble y altruísta de que se averigüen los delitos y se repriman, el denunciante no comete ilicitud alguna, aunque el proceso termine con sobreseimiento definitivo o con la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. Al denunciante le salva entonces su buena fe y sus rectos propósitos de colaborar en la defensa social contra la delincuencia.

"Pero cuando ese mismo denunciante, no ya con tan elevados fines, sino con motivos perversos, denuncia ante la autoridad un delito cuya inexistencia conoce plenamente, o cuando sindica a una persona por la comisión de un hecho punible que en realidad se ha cometido, pero teniendo absoluta certidumbre de la inocencia de dicha persona, entonces hay ya un abuso del derecho de denunciar y, al hacerlo, incurre en una de las infracciones previstas por los artículos 187 y 188 del Código Penal.

"Mas éste no es el caso del doctor Vélez Hincapié. El se creyó injustamente acusado por Cepeda al imputarle los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, creencia que se fortaleció con el sobreseimiento definitivo que, en su favor, dictó el Tribunal Superior de Manizales en tal negocio. Y este sobresiemiento es un antecedente muy valioso para descartar el dolo con que procediera el doctor Vélez Hincapié cuando denunció a Cepeda por falsas imputaciones.

"En consecuencia, la sentencia del Tribunal que es materia de este proceso, nada tiene de ilegal o arbitraria, como lo insinúa Cepeda al denunciar a los Magistrados **sub judice**".

La Procuraduría pide, finalmente, que se ordene abrir investigación contra Cepeda por falsas imputaciones, diciendo:

"Finalmente se anota que, al tenor de las constancias procesales, el señor Cepeda aparece como un eterno inconforme con las providencias de los Jueces que no están de acuerdo con sus pretensiones litigiosas. Leyendo las numerosas denuncias que él ha presentado, se obtiene la sensación de que dicho señor acusa por el placer de acusar, o por la falsa interpretación que se forma, de que se le persigue injustamente. Ocurre aquí algo parecido a aquellos "delirios pleitistas" que padecen los individuos atacados de psicosis paranoica, y de que nos hablan los tratados de psiquiatría.

"Esta afirmación no es gratuita, pues tiene su más sólido fundamento en los testimonios de dos personas respetables que adujo el propio Cepeda en el proceso que se le siguió por falsas imputaciones denunciadas por el doctor Vélez Hincapié. Son ellas Rafael Toro González, exAlcalde de La Dorada, y Eliseo Gómez Plata, comerciante de esa localidad.

"El primero dice, al referirse a la conducta del señor Cepeda:

"...Dentro de su vida de abogado es enemigo acérrimo del empleado que no hace lo que él le ordena; intriga, lo acusa y lo denuncia. Es enfermo sobre este particular". (Fs. 33 v.).

Y el señor Gómez Plata expone:

'Ha ejercido o ejerce la profesión de abogado. Lo único que sí tiene el predicho Cepeda es que es muy amigo de acusar a los empleados, pues no pierde ninguna oportunidad a este respecto para denunciarlos, acusarlos, etc. La intriga y la inquina son las armas que esgrime para atacar a los funcionarios que no le gustan o que no cumplen sus órdenes". (Fs. 33 v. y 34).

"Lo anterior impone la lógica consecuencia de que la H. Corte disponga averiguar el delito de falsas imputaciones que haya podido cometer el denunciante en este negocio".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **sobresee definitivamente** en favor de los magistrados del Tribunal Superior de Manizales, doctores Octavio Londoño Ruiz,

Fabio Ramírez Hoyos, Clímaco Sepúlveda y Pedro Gutiérrez Mejía, por los cargos que han sido estudiados en esta providencia.

Remítase el expediente al juez competente para que averigüe las falsas imputaciones hechas ante las autoridades de que pueda ser responsable el denunciante Carlos Julio Cepeda, en virtud de este proceso.

Cópiese y notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

DELITO DE PREVARICATO—REQUISITOS QUE DEBE POSEER UN DOCUMENTO PARA QUE TENGA EL CARACTER DE TITULO EJECUTIVO

Sólo cuando en un documento que sirve de base a una acción ejecutiva concurren las circunstancias de ser la obligación CLARA, EXPRESA Y ACTUALMENTE EXIGIBLE, podrá librarse mandamiento ejecutivo, en caso contrario, y por no reunir la obligación los requisitos determinados por la ley, la acción no sería propiamente ejecutiva sino cualquiera otra determinada por el Código Judicial; es el funcionario ante quien se demanda ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, quien de oficio debe examinar si el documento que se presenta como base de la acción reúne o no esas condiciones, y si de dicho título no aparecen comprobados los presupuestos esenciales requeridos por la ley, su deber es negar la ejecución "como denegada es la sentencia favorable si no se halla comprobada la acción correspondiente".

Para que prospere la acción ejecutiva como ya se expresó, es necesario que el título que sirve de base a la ejecución reúna las condiciones exigidas por el artículo 982 del Código Judicial, y que la obligación sea expresa, clara y actualmente exigible; en el documento promesa de venta, únicamente se pactaron arras y una multa de cincuenta pesos para el caso de que no se otorgara la escritura de compraventa del inmueble. Pero los contratantes no pactaron otros perjuicios distintos para el caso de incumplimiento; por consiguiente, la calidad de ser expresa y actualmente exigible la obligación, no consta en el título ejecutivo, y por lo mismo, no podía librarse mandamiento de pago al tenor de lo dispuesto por los artículos 982 y 990 del Código Judicial, por unos perjuicios que no fueron determinados en el respectivo contrato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, tres de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Por auto de tres de diciembre de 1948, la Corte, ordenó pasar estas diligencias al señor Procurador Delegado en lo Penal, para que emitiera su concepto en relación con lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Cumplida esta formalidad y recibido el concepto del Agente del Ministerio Público, se procede a su estudio.

Antecedentes

Entre Anatolio Rivera y Domingo Prieto se celebró un contrato de promesa de venta, en virtud del cual Rivera prometió vender a Prieto el derecho de dominio sobre un terreno situado en la vereda de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Guasca. El precio de dicho inmueble fue estipulado en el contrato por la cantidad de $ 1.500, y el término para perfeccionarlo fue de un año contado desde la fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco.

Para el caso de no cumplirse con lo pactado se estipularon las siguientes condiciones: Si Rivera no otorga la escritura en el término fijado "se obliga a pagar a Prieto la suma de cincuenta pesos moneda corriente en calidad de pena" y en la cláusula quinta de dicho contrato se expresó: "Cualesquiera de los contratantes que se retractare en el cumplimiento de la promesa se obliga, si fuere Rivera, a devolver a Prieto los ochocientos pesos doblados por tenerlos recibidos como arras y si fuere Prieto, a perder en favor de Rivera, los ochocientos pesos que le tiene dados como arras, y todo esto sin perjuicio de que se haga el cobro y efectivo el pago por la correspondiente vía judicial".

Pero Rivera no cumplió con las obligaciones pactadas y fue demandado "ante el Juez Civil de esta ciudad (Juez Primero del Circuito) **por los perjuicios provenientes del incumplimiento del referido contrato,** los cuales se estimaron, bajo juramento, ante dicho funcionario, quien dictó orden de pago por la vía ejecutiva, a favor de mi poderdante y en contra del señor Rivera, por la

suma de dos mil cuatrocientos pesos, en que se estimaron, todo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 990, 991 y 986 del C. J. vigente".

Mandamiento ejecutivo

El Juzgado, como lo sostiene el denunciante, libró mandamiento de pago por la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos en que se estimaron los perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato. Pero el apoderado del demandado pidió reposición de dicho auto y el Juez accedió a ella, y en auto de 29 de noviembre de 1946 dijo: "Ahora bien, como la obligación que nace de la promesa de (sic) contrato celebrado entre los señores Prieto y Rivera, es de hacer, no cabe duda que el mandamiento ejecutivo debe contener la prevención aludida, y en consecuencia, el reparo formulado por el doctor Castillo debe prosperar", ...el Juzgado en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 987 y 990 del C. J. libró mandamiento ejecutivo a favor del señor Domingo Prieto y a cargo del señor Anatolio Rivera, para que éste ultimo, en el plazo de quince días que al efecto se le señalan cumpla la obligación que para él se desprende del documento que encabeza este juicio, es decir, para que otorgue la correspondiente escritura de venta al señor Prieto".

El apoderado del demandante apeló de esta providencia, y el Tribunal en auto de marzo 13 de 1947, expresó que la demanda tenía por objeto el pago de los perjuicios por la no ejecución de las estipulaciones hechas en el contrato de promesa de venta, consistente en el otorgamiento de la correspondiente escritura, y en lo atinente a la acción dijo:

"No se ejercitaron las acciones encaminadas a obtener el **cumplimiento** de esa obligación de hacer, y el pago de perjuicios por là **mora** en ejecutar el hecho, sino que desde el principio se optó por el pago de los perjuicios en que según estimación hecha, tradujo el demandante la omisión por parte del demandado. Por consiguiente, el Juzgado del conocimiento profirió una resolución **ultra petita**, al prevenir a éste último, en la forma ordenada en el artículo 990, inciso segundo del Código Judicial, que, "en el plazo de quince días que al efecto se señalan cumpla la obligación que para él se desprende del documento que encabeza este juicio, es decir, para que otorgue la correspondiente escritura".

Con fundamento en estas razones revocó el auto del Juzgado y en su lugar dispuso librar orden de pago por la vía ejecutiva por la cantidad de $ 2.400.00 como capital y por los intereses a razón de veinticuatro (24) pesos desde el 15 de agosto hasta que se verifique el pago.

Reposición

Contra esta providencia se interpuso recurso de reposición y el Tribunal en auto de 19 de noviembre de 1947, dijo: que por un error de procedimiento libró mandamiento de pago por la cantidad de $ 2.400.00 y sus intereses, sin haber adquirido jurisdicción para ello, toda vez que no se concedió apelación contra el mandamiento ejecutivo, y que mientras el Juez del conocimiento no resuelva sobre la concesión de dicho recurso, el Tribunal no podía fallar sobre la ejecución pedida en la demanda, en consecuencia, reformó el auto en el sentido "de suprimir de él la orden de pago" por la mencionada cantidad, declarándose sin jurisdicción mientras se conceda la apelación.

El apoderado del demandante **pidió reposición** de esta providencia, y expuso las razones legales, para demostrar que el Tribunal sí tenía jurisdicción para resolver en estos términos:

"...el Tribunal sí tiene jurisdicción, para lo único que debe tenerla, en el recurso interpuesto por el suscrito, se confirma, entonces queda vigente dicho auto, lo que significa que triunfaría la tesis del señor apoderado del demandado. Si el auto del señor Juez, apelado oportunamente por el suscrito, se revoca, es el mismo Tribunal (y no el Juez, como lo da a entender el señor Magistrado en el auto a que me refiero ahora) el que, por virtud de la revocatoria, revive el auto de mandamiento ejecutivo dictado primeramente (o por primera vez), como sucede siempre que el superior revoca una providencia, la sustituye por la que, en su concepto, debe subsistir, por ser legal".

Auto del Tribunal

En providencia de 9 de junio de 1947, el Tribunal expresó que "el superior que conoce por apelación de una providencia, tiene pues un límite que le impide enmendar la providencia objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurrido. Pero este límite tiene su excepción, como lo dice la H. Corte, y es el referente a los presupuestos procesales. Por que, antes de conocer sobre la materia misma del pleito, el juzgador tiene el deber de examinar y declarar la existencia o inexistencia de esos pre-

supuestos procesales. La falta de cualesquiera de ellos —los presupuestos procesales— dice la Corte, produce el rehusamiento a fallar sobre el fondo, de manera que la acción incoada no se consuma, y el actor puede volver a usar de su derecho donde sea oportuno y en la forma adecuada".

Después de examinar los presupuestos procesales y analizar las estipulaciones contenidas en el contrato, en relación con los perjuicios derivados de su incumplimiento, y al estudiar la necesidad de un título para la acción ejecutiva, dice: que faltando al documento uno de esos requisitos esenciales la acción no puede prosperar, por consiguiente, revoca el auto de nueve de abril y niega el mandamiento de pago.

Recurso de reposición y petición de nulidad

De la anterior providencia, el apoderado del demandante (actualmente apoderado del denunciante), pidió reposición y para el caso de que no fuera viable o factible el recurso de reposición, se declarara nulo lo actuado a partir del auto de diez y nueve de abril último, "y, luego se entre a decidir de la legalidad del auto apelado únicamente, a la luz de las consideraciones que el suscrito deja esbozadas en este escrito y de la realidad misma de las cosas, consignadas en el expediente."

El Tribunal en auto de junio 10 de 1947, negó la reposición por no ser legal al tenor de lo dispuesto por el artículo 489 del Código Judicial, pues no se puede pedir reposición de reposición.

En cuanto a la nulidad dijo: que este incidente lo consagra la ley para los juicios (artículo 448 del C. J.) y existe juicio desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago hasta que éste se hace efectivo al acreedor (artículo 981 del C. J.) y que, por tanto, no existiendo juicio, no cabe el incidente de nulidad. En consecuencia, negó las peticiones del apoderado del demandante sobre el recurso de reposición y sobre la declaratoria de nulidad.

Las providencias de 9 y 10 de junio de mil novecientos cuarenta y siete, fueron proferidas por el Magistrado del Tribunal, doctor Justo Franco V.

Denuncia

Dice el apoderado del denunciante que la providencia de 9 de junio de 1947, es violatoria de los derechos de su poderdante y que le ha ocasionado perjuicios graves como violatoria de la ley penal vigente "porque después de hacer consideraciones improcedentes e injurídicas negó el mandamiento de pago por la vía ejecutiva".

Considera el denunciante que el Magistrado del Tribunal de Bogotá, doctor Justo Franco, al dictar las providencias de nueve y diez de junio de mil novecientos cuarenta y siete, "incurrió en violación de las disposiciones contenidas en los artículos 168, 171 y 182 del C. P. en relación con el artículo 148 del C. J. y concordantes, por las cuales debe responder" ante los funcionarios de la rama jurisdiccional en el ramo penal.

En resumen, el apoderado —del denunciante— estima que el Magistrado Franco cometió al dictar esas providencias un delito de prevaricato, o bien un posible delito de los de abuso de autoridad y otras infracciones, o bien un delito de los que la ley penal denomina de usurpación de funciones públicas.

Elementos probatorios

Está demostrada la calidad de funcionario público que como Magistrado del Tribunal tenía el doctor Justo Franco en la fecha en que se le imputan los hechos, mediante el acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión.

A estas diligencias se allegaron los elementos indispensables para apreciar el hecho en relación con las disposiciones de la ley penal que el denunciante considera infringidas. No se trajo copia de toda la actuación, porque el negocio se quemó en los sucesos del nueve de abril cuando el Palacio de Justicia fue incendiado. También se recibieron algunas declaraciones, se allegó copia de la escritura de venta celebrada por los contratantes, y se recibió declaración indagatoria al doctor Franco por los cargos que se le imputan.

Se considera:

El título ejecutivo que sirvió de base a la demanda es un contrato bilateral de promesa de venta; por consiguiente, de ese documento debe desprenderse una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero, entendiéndose por cantidad líquida según la ley, la que puede expresarse en un guarismo determinado.

El documento ejecutivo vincula directamente la acción ejecutiva al título que le sirve de base para reclamar el cumplimiento de la obligación o la correspondiente indemnización de perjuicios a que hubiere lugar. Ese título, dice Chiovenda, "es el presupuesto o condición general de cualquiera ejecución y, por lo mismo de la ejecución

forzosa, **nulla executio sine título.** Título ejecutivo es siempre una declaración, pero debiendo constar siempre esta declaración **(ad solemnitatem)** por escrito".

El título ejecutivo debe constituír por sí solo plena prueba de la obligación respectiva según lo expresa la norma del artículo 982 del Código Judicial; por tanto, si en determinado momento es necesario recurrir a otros elementos de convicción para suplir la deficiencia probatoria de ese documento, la acción para reclamar esos derechos, no sería propiamente la acción ejecutiva, sino cualesquiera otra de aquellas determinadas por la ley.

Sólo cuando es un documento que sirve de base a una acción ejecutiva concurren las circunstancias de ser la obligación **clara, expresa y actualmente exigible,** podrá librarse mandamiento ejecutivo; en caso contrario, y por no reunir la obligación los requisitos determinados por la ley, la acción no sería propiamente ejecutiva sino cualquiera otra determinada por el Código Judicial; es el funcionario ante quien se demanda ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, quien de oficio debe examinar si el documento que se presenta como base de la acción reúne o no esas condiciones, y si de dicho título no aparecen comprobados los presupuestos esenciales requeridos por la ley, su deber es negar la ejecución "como denegada es la sentencia favorable si no se halla comprobada la acción correspondiente".

En el documento promesa de venta se fijó el plazo de un año para elevar dicha promesa a escritura pública, y para el caso "de que venciera dicho término sin que Rivera concurriera a otorgarla, se obliga a pagar a Prieto la suma de **cincuenta pesos moneda corriente en calidad de pena",** es decir, es una obligación con una cláusula penal, por medio de la cual el vendedor garantizó el cumplimiento del contrato con la suma de cincuenta pesos moneda corriente "en calidad de pena".

Y para el caso de que alguno de los contratantes se retractare en el cumplimiento de la promesa de venta, se dijo: "se obliga, si fuera Rivera, a devolver a Prieto los ochocientos pesos doblados por tenerlos recibidos como arras y si fuere Prieto, a perder en favor de Rivera los ochocientos pesos que le tiene dados como arras, todo esto, sin perjuicio de que se haga el cobro y efectivo el pago por la correspondiente vía judicial".

En estas cláusulas quedaron definidas en forma clara y expresa las obligaciones de los contratantes, y cuando no existe duda sobre la intención o voluntad de las partes, al interpretar determinado contrato, debe el juzgador atenerse a ellas, más que al tenor literal de las palabras. No hubo, pues, cláusula expresa sobre el problema relativo a la indemnización de perjuicios, ni que éstos pudieran cobrarse ejecutivamente fuera de los claramente pactados en las estipulaciones que se dejan transcritas.

Demanda

El demandante con fundamento en los artículos 987, 990 y 991 del Código Judicial, pide se libre mandamiento de pago por la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos moneda corriente como valor de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. El Juzgado —dice el denunciante— accedió a esta petición, pero luego revocó su providencia para que se diera aplicación a los artículos 987 y 990, y dispuso que en el plazo de quince días el presunto vendedor otorgara la correspondiente escritura de venta al señor Prieto.

El Tribunal revocó la providencia porque el Juzgado del conocimiento profirió una resolución **ultra petita,** toda vez que no se ejercitaron las acciones encaminadas a obtener el cumplimiento de esa obligación, "y al pago de los perjuicios por la **mora** en ejecutar el hecho, sino que desde un principio se optó por el pago de los perjuicios que según estimación hecha, tradujo el demandante la omisión por parte del demandado".

Posteriormente el mismo Tribunal, reformó el contenido de la parte resolutiva de dicho auto, "en el sentido de suprimir de él la orden de pago por la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos, sus intereses a la rata y por el tiempo allí expresados". De esta providencia se pidió reposición por el apoderado del demandante, y en auto de 9 de junio de 1947, el Tribunal dijo que la acción ejecutiva por perjuicios era improcedente y que por consiguiente la demanda ejecutiva debía negarse.

El auto de 9 de junio de 1947, pudo ser constitutivo de los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y otras infracciones o de usurpación de jurisdicción? Estima la Sala que no, por los siguientes motivos:

En el contrato de promesa de venta no se estipularon ningunos perjuicios para el incumplimiento de las obligaciones pactadas, fuera de la cantidad de cincuenta pesos moneda corriente en calidad de pena y de lá restitución de las arras para el caso de que cualquiera de los contra-

tantes se retractara en el cumplimiento de sus obligaciones. En esta forma y al tenor de lo dispuesto por los artículos 988 y 990 del Código Judicial, el mandamiento de pago no podía librarse sino en relación con esas estipulaciones, toda vez que el documento no contenía la obligación de pagar perjuicios no determinados en cantidad líquida en el título ejecutivo.

También pudo pedir el demandante que se apremie al deudor para la ejecución del hecho, junto con la indemnización de los perjuicios por la **mora** al tenor de lo dispuesto por el artículo 1610 del Código Civil, pero esto no lo hizo el acreedor, ni su apoderado; por esta razón el Tribunal en auto de 13 de marzo de 1947, expresó que "el Juzgado del conocimiento profirió una resolución **ultra petita** al prevenir a éste último en la forma ordenada en el artículo 990, inciso segundo del Código Judicial, que en el plazo de quince días que al efecto se le señala, **cumpla la** obligación que para él se desprende del documento que encabeza este juicio, para que otorgue la corespondiente escritura".

Se puede argüír que se pidió la indemnización de perjuicios al tenor de lo dispuesto por el artículo 991 del Código Judicial que autoriza al acreedor para demandar los perjuicios indicando una cantidad para el capital y otra como tasa de interés mensual. Pero a esto se contesta, que esta disposición sólo hace referencia para el caso de que en el título ejecutivo no estén señalados esos perjuicios, mas no para aquellos casos en que sí están determinados en forma expresa y clara dentro del documento que posteriormente sirve de base para reclamarlos; por eso ha dicho la Corte que "El artículo 991, no es sino una consecuencia de la anterior excepción, para el caso en que el ejecutante sólo pida el pago de perjuicios por el incumplimiento de la obligación principal. En tal evento este artículo lo faculta para **estimarlos si no se han señalado, es decir, si no se han determinado** en cantidad líquida en el título que sirve de recaudo ejecutivo". (Subraya la Sala).

En tratándose de obligaciones con cláusula penal, tampoco se puede pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado expresamente en el contrato, dice el artículo 1600 del Código Civil, y como el documento que contiene la promesa de venta es una obligación con cláusula penal, por este aspecto, tampoco podría pedirse la indemnización de perjuicios por una suma no determinada en el documento que sirve de recaudo ejecutivo. Ora, porque el documento no contiene la determinación de los perjuicios reclamados en la demanda, ya también, porque no se estipuló que esa facultad quedaba al arbitrio del acreedor.

"En el caso contemplado en el ejecutivo de Domingo Prieto contra Anatolio Rivera —dice el doctor Franco—, el documento presentado como recaudo ejecutivo hace constar que los contratantes pactaron arras y una multa de cincuenta pesos ($ 50.00) moneda corriente en calidad de pena, para el caso de que Rivera no otorgara oportunamente la escritura de venta. Por tanto, los contratantes estimaron y pactaron préviamente, y en forma expresa, el valor de los perjuicios que pudiera acarrearle Rivera a Prieto por su incumplimiento. Y sabido es que de acuerdo con el artículo 1600 del Código Civil "no puede pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios". De acuerdo con lo que dejo expresado y por haberse pactado expresamente en el contrato el valor de los perjuicios, mediante cláusula penal sin haberse estipulado otra clase de perjuicios, lógicamente no podía prosperar la ejecución por perjuicios distintos de los pactados".

Para que prospere la acción ejecutiva como ya se expresó, es necesario que el título que sirve de base a la ejecución reúna las condiciones exigidas por el artículo 982 del Código Judicial, y que la obligación sea expresa, clara y actualmente exigible; en el documento promesa de venta, únicamente se pactaron arras y una multa de cincuenta pesos para el caso de que no se otorgara la escritura de compraventa del inmueble. Pero los contratantes no pactaron otros perjuicios distintos para el caso de incumplimiento; por consiguiente, la calidad de ser expresa y actualmente exigible la obligación, no consta en el título ejecutivo, y por lo mismo, no podía librarse mandamiento de pago al tenor de lo dispuesto por los artículos 982 y 990 del Código Judicial, por unos perjuicios que no fueron determinados en el respectivo contrato.

El Tribunal negó el mandamiento de pago por falta de uno de los presupuestos procesales indispensables para que prosperara la acción, o sea, el de la legitimación de causa, y sobre este particular dijo:

"La legitimación en causa es uno de los presupuestos procesales, sustenta el derecho que se ejercita, llegando hasta confundirse con él. En el caso de autos no se ha cumplido con este presupuesto procesal, ya que el señor Domingo Prieto no ha presentado un título que preste mérito eje-

cutivo para la reclamación de perjuicios, y por ende no es viable la acción ejecutiva intentada... El examen de los presupuestos procesales en la parte que representan los elementos constitutivos de la acción que se ejercita, —ha dicho la Corte— ya estudiando el derecho en sí o ya en relación con quien comparece en juicio reclamándolo es cosa que corresponde hacer de oficio a los juzgadores como consideración previa indispensable para poder declarar con lugar o no la demanda y sin necesidad de que el reo haya propuesto o alegado la carencia de acción o su improcedencia. Es obligación legal, de oficioso cumplimiento, que el Juez estudie si se ha justificado o no la acción incoada".

Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que los autos de 9 y 10 de junio de 1947, dictados por el doctor Justo Franco, no son constitutivos de ninguna infracción de la ley penal sustantiva.

No son constitutivos de un delito de prevaricato, porque no se ha demostrado que el Magistrado en esas providencias hubiera contrariado un texto de la ley expresa, ni que el funcionario al dictarlas lo hubiera hecho impulsado por un interés afectivo de simpatía a una de las partes o por animadversión hacia la otra, ni que esos autos fueran dictados a sabiendas de que con ellos se infringía una norma tuteladora del orden social, y faltando la demostración de los elementos objetivos o subjetivos del delito, mal puede afirmarse que esos actos son constitutivos de una infracción de la ley penal.

No existe delito de abuso de autoridad, porque el Magistrado Franco al dictar esas providencias no se excedió en el ejercicio de sus funciones, ni abusó de ellas, pues cumplió un acto al que legalmente estaba obligado, al examinar las condiciones indispensables que debe tener un título ejecutivo para que prospere la acción, y como el documento no reunía las condiciones requeridas por los artículos 982, 990 y 991 en relación con los perjuicios reclamados, en la suma determinada en la demanda, lógicamente debía negarse la acción, y por esto, no se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva. En estas condiciones, tampoco se configura un delito de abuso de autoridad.

Tampoco se puede configurar un delito de usurpación de funciones públicas, porque el precepto del artículo 182 del Código Penal, reprime el delito cometido por una persona que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase, y no los actos de los funcionarios públicos, que mediante una investidura oficial realizan actos propios de la función que desempeñan.

"El artículo 182 del nuevo Código Penal —ha dicho la Corte— no comprende, en ningún caso, la extralimitación de funciones públicas o exceso en el ejercicio de ellas. Solamente se refiere ese precepto a la suposición de títulos o facultades públicas; a quien simula ser empleado público sin título alguno; a quien se finge con aptitud, poder o derecho para el desempeño de dichas funciones, faltándole en absoluto toda investidura oficial; a quien se hace pasar por funcionario no siéndolo. El significado y el alcance propios del artículo citado son ostensibles a la luz de su contexto y de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 95 de 1936".

Así, pues, la honestidad, probidad moral, e imparcialidad del doctor Justo Franco, quedan incólumes de las imputaciones que contiene el memorial denuncia.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él,

Resuelve:

Que los hechos imputados al Magistrado doctor Justo Franco, no han existido como delitos, y que en tales condiciones no pudo cometerlos. En consecuencia, se ordena cesar todo procedimiento en contra del doctor Justo Franco V., de notas civiles conocidas en este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



ABUSO DE AUTORIDAD. — QUE SE RE QUIERE PARA QUE EL ABANDONO DEL CARGO CONFIGURE ESE DELITO

Para que se configure el delito de abuso de autoridad por abandono del cargo (artículo 178 del Código Penal), es necesario —como muchas veces lo ha dicho ya la Corte— que tal abandono ocasione perjuicios a la sociedad, en general, o a terceros, en particular, y que por parte del funcionario que dejó de concurrir a su despacho haya existido la intención de causar tales perjuicios; si estos dos elementos faltan, la infracción no se configura, y mucho menos si, además, el funcionario sindicado de tal ilícito dejó de asistir a su oficina por imposibilidad física, es decir, por fuerza mayor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio siete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno)

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena su providencia de fecha quince de diciembre último, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Carlos E. Colón, Juez 1º Civil del Circuito de la misma ciudad, acusado de abuso de autoridad por abandono de su cargo.

Agotada la tramitación que a la segunda instancia corresponde, procede la Corte a revisar la providencia bajo consulta.

Resultandos:

1º—Por el cargo de abuso de autoridad, consistente en la dejación que de su empleo hizo, por el término de cinco días, fue denunciado por el señor Vicente Martínez R. el Dr. Carlos E. Colón, Juez 1º Civil del Circuito de Cartagena, el día veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y seis. Abierta la correspondiente investigación, se comprobó que, efectivamente, el acusado no había asistido a su despacho en los días 25, 26, 27, 28 y 29 de los citados mes y año, a causa de una enfermedad (un forúnculo en la rodilla) que le impedía caminar.

2º—De las diligencias sumarias no aparece que el abandono denunciado hubiese causado perjuicios a terceros, por demoras en el despacho de los negocios, ya que, según lo declararon los subalternos del Juzgado, el Juez Dr. Colón, continuó, en su casa, el estudio de los asuntos que ellos le llevaban, y firmó —allí mismo— los autos de sustanciación que el Secretario redactaba (folios 5 v. y 7).

Considerandos:

a) Para que se configure el delito de abuso de autoridad por abandono del cargo (artículo 178 del Código Penal), es necesario —como muchas veces lo ha dicho ya la Corte— que tal abandono ocasione perjuicios a la sociedad, en general, o a terceros, en particular, y que por parte del funcionario que dejó de concurrir a su despacho haya existido la intención de causar tales perjuicios; si estos dos elementos faltan, la infracción no se configura, y mucho menos si, además, como ocurrió en el presente caso, el funcionario sindicado de tal ilícito dejó de asistir a su oficina por imposibilidad física, es decir, por fuerza mayor.

b) Basta lo expuesto para que la Corte confirme, como lo solicita el señor Agente del Ministerio Público, el sobreseimiento definitivo proferido en favor del doctor Carlos E. Colón, por el hecho materia de este proceso.

Por las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

IMPEDIMENTOS. — A QUIEN CORRESPONDE CONOCER DEL DE UN MAGISTRADO EN LOS TRIBUNALES CUYA SALA PENAL ESTA INTEGRADA POR MAS DE TRES. — EL HABER DICTADO EL AUTO DE PROCEDER COMO JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA CONSTITUYE CAUSAL DE IMPEDIMENTO PARA PROFERIR SENTENCIA COMO FALLADOR DE LA SEGUNDA

1.—El texto de los artículos 74, 76 y 77 del Código de Procedimiento Penal, que se presta a vacilaciones sobre el trámite y manera de formar la Sala que resuelva el impedimento o recusación de un Magistrado de tribunal superior, hizo dudar de ese trámite y forma en la entidad falladora.

La Corte ha resuelto que el incidente deben resolverlo los dos Magistrado restantes de la Sala y que si son dos los impedidos debe sortearse conjuez; pero eso se ha decidido en tratándose de salas penales de tribunal que no constan sino de tres magistrados, pues lo obvio es que cuando dicha sala conste de mayor número, debe acudirse, para formar la sala dual que ha de resolver el conflicto, al siguiente en orden alfabético de apellidos, según los artículos 70 y 71 del Código Judicial. Que lo relativo a impedimentos y recusaciones está reglamentado en el Código de Procedimiento Penal, no excluye, de manera absoluta, la referencia al Código de Procedimiento Civil, en cuanto haya vacíos, como se advirtió en la misma providencia dictada. Vacío que existe porque lo relativo a la organización de las salas de los tribunales no se halla reglamentado sino en este último código.

La providencia de 19 de junio del año pasado no contraría en el fondo otras doctrinas de esta Sala, pues al hablar de "los magistrados restantes" o de "los miembros restantes" hace relación obligada al Código Judicial (civil) en el punto de que se acaba de hablar. (G. J. números 2062-63, página 565).

2.—La Sala había sentado la doctrina de que el haber dictado auto de proceder en primera instancia no era obstáculo para revisar la sentencia, en segunda instancia como magistrado, es decir, cuando el juez que había dictado el enjuiciamiento pasaba a ser magistrado y debía revisar la sentencia que había dictado su sucesor en el juzgado. Y esa doctrina tenía y tiene su respaldo en el texto expreso y literal de las disposiciones legales que sólo hablan de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata" (ordinal 7º del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal).

Pero en fallo de 13 de noviembre de 1945, expresó:

"Si un juez dictó el fallo en primera instancia o calificó el sumario en primera instancia y luégo pasó a ocupar el cargo de magistrado que debe estudiar ese mismo proceso, es claro que no podrá formar parte de la Sala que va a dictar decisión en él. Porque la razón de la segunda instancia está, de manera especial, en el cambio de personal. Y si se confunden, las garantías del procesado quedan disminuídas en la segunda, en la que humanamente habría que esperar que imperara el criterio expresado en la primera".

Doctrinas semejantes han sido sostenidas por la Sala en providencias de 22 de marzo de 1946; 12 de septiembre de 1947 y 15 de junio de 1948.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, siete de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos

El abogado J. Emilio Duque recusó al Magistrado Jairo Villa Vieira para conocer de este proceso contra Luis Germán Martínez Zuluaga, por haber dictado auto de proceder contra el citado Martínez, lo cual implica interés intelectual, y por haber expresado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

El recusado manifestó no tener interés ninguno en el negocio y que el hecho de haber dictado el auto de proceder no era óbice para conocer en instancia diferente, según doctrinas de esta Sala de la Corte, expresadas en decisiones de 10 de noviembre de 1944 y de 5 de abril de 1948.

El texto de los artículos 74, 76 y 77 del Código de Procedimiento Penal, que se presta a vacilaciones sobre el trámite y manera de formar la sala que resuelva el impedimento o recusación de un Magistrado de tribunal superior, hizo dudar de ese trámite y forma en la entidad falladora.

La Corte ha resuelto que el incidente deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la Sala y que si son dos los impedidos debe sortearse conjuez; pero eso se ha decidido en tratándose de salas penales de tribunal que no constan sino de tres Magistrados, pues lo obvio es que cuando dicha Sala conste de mayor número, debe acudirse, para formar la Sala dual que ha de resolver el conflicto, al siguiente en orden alfabético de apellidos, según los artículos 70 y 71 del Código Judicial. Que lo relativo a impedimentos y recusaciones está reglamentado en el Código de Procedimiento Penal, no excluye, de manera absoluta, la referencia al Código de Procedimiento Civil, en cuanto haya vacíos, como se advirtió en la misma providencia dictada. Vacío que existe porque lo relativo a la organización de las Salas de los tribunales no se halla reglamentado sino en este último código.

La providencia de 19 de junio del año pasado no contraría en el fondo otras doctrinas de esta Sala, pues al hablar de "los Magistrados restantes" o de "los miembros restantes" hace relación obligada al Código Judicial (civil) en el punto de que se acaba de hablar. (G. J. números 2062-63, pág. 565).

Aquí se resolvió el incidente en debida forma, pues estando impedido el Magistrado Velásquez y habiendo sido recusado el Magistrado Villa Vieira, debían fallar el incidente el Magistrado restante doctor Uribe Williamson, y el siguiente en orden alfabético de apellidos, doctor Angel Ferrer. Quiere decir que hubo una firma de más, la del Magistrado Barrientos Restrepo, lo que no le quita valor a la providencia.

Viniendo ya a la recusación propuesta, resulta que el Magistrado Jairo Villa Vieira, siendo Juez 3º Superior de Medellín, dictó auto de proceder contra Germán Martínez Zuluaga, por homicidio cometido en la persona de Agustín Ramírez, según consta en los folios 320 a 335 del cuaderno segundo y ahora desempeña el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y forma parte de la Sala de decisión que ha de revisar, por apelación, la sentencia condenatoria.

La Sala había sentado la doctrina de que el haber dictado auto de proceder en primera instancia no era obstáculo para revisar la sentencia en segunda instancia como Magistrado, es decir, cuando el juez que había dictado el enjuiciamiento pasaba a ser Magistrado y debía revisar la sentencia que había dictado su sucesor en el juzgado. Y esa doctrina tenía y tiene su respaldo en el texto expreso y literal de las disposiciones legales que sólo hablan de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata" (ordinal 7º del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal).

Pero en fallo de 13 de noviembre de 1945, expresó:

"Si un juez dictó el fallo en primera instancia o calificó el sumario en primera instancia y luégo pasó a ocupar el cargo de Magistrado que debe estudiar ese mismo proceso, es claro que no podrá formar parte de la Sala que va a dictar decisión en él. Porque la razón de la segunda instancia está, de manera especial, en el cambio de personal. Y si se confunden, las garantías del procesado quedan disminuídas en la segunda, en la que humanamente habría que esperar que imperara el criterio expresado en la primera".

En el de 22 de marzo de 1946, conceptuó:

"Circunscrito el numeral 7º del artículo 73 —que es el que determina los motivos de incompatibilidad en los jueces o magistrados— al motivo que constituye el hecho de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", "la opinión sobre el asunto materia del proceso" que el numeral 4º enuncia como motivo de recusación, no puede limitarse a la opinión emitida fuera de la función jurisdiccional; debe también comprender los actos jurisdiccionales cuya validez presupone una deducción, un juicio, un razonamiento, esto es, una opinión o un concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos jurídicos que esos actos —según su objeto y contenido— integran y componen.

"Típico de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, y cuya forma y contenido determina el artículo 431 del estatuto procesal penal. Esta calificación —como la norma referida lo prescribe— implica un especial proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito y de los elementos y modalidades de la responsabilidad, deducidos de las pruebas, y que en la mayoría de las veces y no obstante las garantías y oportunidades que el juicio público ofrece al procesado, viene a constituir, sin adición ni modificación alguna, la parte fundamental de la sentencia recurida. Esta realidad procesal e histórica explica por qué "la opinión sobre el asunto materia del proceso", erigida en motivo de recusación, puede también ser emitida en actos jurisdiccionales que preceden a la sentencia o son distintos de ella,

como entre otros, el que califica el sumario o el que ordena —por causa de contradicción entre el veredicto y los hechos— se convoque a nuevo jurado, y en los cuales el análisis y el juicio, esto es, la opinión sobre la materia del proceso, son base de la decisión. La misma realidad procesal e histórica explica y justifica la posición del funcionario que, después de haber dictado o concurrido a dictar una de aquellas providencias en la primera faz o instancia del proceso, se abstiene de intervenir en la instancia o faz ulterior de revisión.

"Esta doctrina tiene su mayor confirmación en la institución jurídica del grado o de la instancia, fundada —precisamente— en el principio de que el examen del acto impugnado mediante un recurso debe atribuírse por la ley a órganos integrados por personas distintas y de jerarquía superior a aquellas que, individual o corporativamente, aprobaron y suscribieron la decisión en el grado o instancia primitiva". (G. J. números 2029-31, página 259).

En auto de 12 de septiembre de 1947, manifestó:

"Tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva a un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y modalidades del mismo que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar, según su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diverso conjunto probatorio. De consiguiente, por el hecho de haber dictado o conocido de autos, en el sumario, con carácter jurisdiccional, no puede decirse que quede inhibido el funcionario para conocer del proceso posteriormente, a excepción del auto de proceder, o del que lo revoca o confirma, el cual sí compromete su opinión, como bien lo ha definido esta Sala". (G. J. números 2055-56, pág. 449).

Y en proveído de 15 de junio de 1948, dijo:

"La Corte en diversas providencias ha sostenido que la causal de impedimento contenida en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional que en providencias de fondo emiten su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso y que, posteriormente, como funcionarios de superior jerarquía, y en segunda instancia, tienen que revisar el negocio". (G. J. números 2064-65, página 857).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probada la causal de recusación propuesta en este negocio contra el doctor Jairo Villa Vieira, y, en consecuencia, lo declara separado del conocimiento. Reemplácesele en la forma legal, llamando al siguiente Magistrado de la Sala Penal en orden alfabético de apellidos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



CAUSAL 3ª DE CASACION. — CUANDO HAY DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER. — DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE UNA Y OTRA DE ESTAS PROVIDENCIAS

1.—El que se haya condenado a Aristizábal por lesiones personales que causaron perturbación funcional no mencionada expresamente en el auto de proceder, no funda jurídicamente la falta de acuerdo que anota el demandante.

2.—El auto de proceder, auto que cierra la etapa de la instrucción y abre la del juicio, es la acusación que, en forma genérica, se hace al procesado, para que, mediante los sistemas legales de prueba, se defienda de ella; y la sentencia, que cierra la etapa del juicio, la providencia que, con base en los hechos de la acusación que se probaron ya durante la instrucción, ya durante el juicio, fija la sanción que a ellos corresponde, o exime de ella en el caso contrario.

El objeto del enjuiciamiento y de la sentencia, la relación que los liga entre sí, y el objeto del juicio o controversia entre las partes, precisan la extensión o alcance del desacuerdo que da nacimiento a la causal de casación: así si la acusación por determinado hecho y las circunstancias que lo especifican, están subordinadas a los resultados del juicio, consecuencialmente lo está la sentencia; de modo que si durante el juicio se modificaron o no tales circunstancias, favorable o desfavorablemente al procesado, aquélla no puede dictarse contra la modificación afirmada en esta última etapa del proceso.

3.—El desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder se limita al delito genéricamente considerado y no a las circunstancias que lo especifican.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio diez de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno)

Vistos

El defensor de Pedro Luis Aristizábal impugna, mediante el recurso de casación, la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del veintisiete de febrero del año pasado, por la cual condenó en la forma condicional del artículo 80 del Código Penal y con aplicación de los artículos 28 y 374, a Aristizábal, a la pena de trece meses y quince días de prisión, por el delito de lesiones en José (o Jesús) Adán Botero, cometido en la mañana del cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, en tierras del procesado situadas en el paraje "Aldana", Municipio de Santuario.

Como ya se han cumplido los requisitos que exigen los artículos 563 a 566 del Código de Procedimiento, se procede a examinar la sentencia frente a las tesis de la demanda y de su respuesta, y previo resumen del delito y sus circunstancias y de las providencias y actos del proceso que presentan conexión con el recurso.

I—El proceso contra Aristizábal

De acuerdo con la versión acogida por el Tribunal, la amistad y parentesco de afinidad habido entre Botero y Aristizábal, quienes vivían en fincas casi limítrofes, se convirtió más tarde —por un motivo insignificante— en una consigna de hostil provocación de Botero hacia Aristizábal, y a la que éste nunca antes hizo caso, no obstante la sistemática, continua y persistente actitud del primero.

La mañana del día ya citado, se encontraron a orillas de la quebrada "La Aldana", en predios de Aristizábal, éste y Botero, y como aquél le dijera "Qué hubo mi Diosito", y Botero le contestara "Estése callado", Aristizábal atacó a Botero con el calabozo (cuchillo corto de roza), y le causó las siguientes heridas: una en la región parieto-temporal izquierda, con fractura ósea conminutiva, de unos tres centímetros de extensión; otra en la cara externa del tercio medio inferior de la pierna derecha, que le afectó la piel, el tejido celular y la aponeurosis seccionando todas las capas musculares, hasta el hueso, y de diez centímetros de extensión; otra de unos seis centímetros en el talón izquierdo que llegó al hueso después de seccionar todas las capas musculares; varias otras en los de-

dos de la mano izquierda y un rasguño, de doce centímetros, en el brazo izquierdo.

Estas heridas incapacitaron a Botero durante veinte días, con la consecuencia de una perturbación funcional, de duración indefinida, consistente —dijeron los médicos legistas— en la claudicación del miembro inferior derecho, para la marcha, perturbación que, cuatro meses más tarde, según el último reconocimiento hecho antes de la calificación del sumario, había ya desaparecido.

Perfeccionada la investigación, el Juez 1º del Circuito Penal de Rionegro, dictó auto de proceder contra Aristizábal por el delito de lesiones personales, y, terminado el juicio, el mencionado Juez dictó sentencia mediante la cual con aplicación de los artículos 28, 80 y 374 del Código Penal, se le impusieron las siguientes penas:

a) Trece meses y medio de prisión, y suspensión de ésta por cuatro años a condición de pagar los perjuicios en el término de noventa días, y

b) Pago de cuatrocientos cincuenta y nueve pesos a título de indemnización y de ochenta a título de multa.

El Tribunal confirmó esta sentencia, con la reforma de aumentar a setecientos noventa y dos pesos sesenta centavos la cuantía de los perjuicios.

III—La demanda

El recurrente impugnó la sentencia con base en las tres primeras causales de casación, cuyos fundamentos se resumen en seguida, en el mismo orden adoptado en la demanda.

La primera objeción, la de que la sentencia "no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", la apoya en que Aristizábal fue enjuiciado por el delito de lesiones personales con la única consecuencia de una incapacidad de veinte días, y no obstante esto, en la sentencia se le condenó por el mismo delito pero con la consecuencia de una perturbación funcional transitoria que no le fue deducida en el auto de calificación del sumario; de modo que, concluye el recurrente, se violaron los artículos 431 del Código de Procedimiento Penal, y 26 de la Constitución Nacional.

La segunda objeción —errada interpretación o apreciación de la confesión del procesado— la funda en que siendo la confesión la única prueba de la responsabilidad y cualificada esa confesión, no se haya tenido en cuenta la circunstancia de la justificación de la legítima defensa a pesar de las presunciones establecidas en el proceso, error éste que condujo a la violación de los artículos 66 del Código Civil y 255 del Código de Procedimiento Penal.

La tercera y última objeción —violación de la ley penal por errónea interpretación e indebida aplicación de la ley penal— la deduce de que, sin embargo de estar probada, no se reconoció la legítima defensa y en cambio se le abonó el estado de ira o intenso dolor grave e injustamente provocado; se violaron, pues, los artículos 25 (porque no se aplicó) y el 28 (porque se aplicó) del Código Penal.

El recurrente, finalmente, hizo algunas objeciones sobre el método de fijación de la cuantía de los perjuicios en lo cual —dice— se extralimitó y fue injusto el Tribunal.

El Procurador Delegado, en la respuesta a la demanda, rebate las objeciones de la demanda con razonamientos de sólido valor jurídico, los cuales guiaron a la Sala en el estudio del recurso.

IIII—Decisión del recurso

Los motivos por los cuales el recurrente impugna el fallo son —se repite— los siguientes: desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, que corresponde a la tercera causal de casación; errada interpretación o apreciación de la confesión del procesado, a la segunda, y errada interpretación e indebida aplicación de los artículos 25 y 28, relativa a la primera. En este orden, y separadamente, se examinan tales motivos.

a) Desacuerdo del fallo con el auto de proceder

El que se haya condenado a Aristizábal por lesiones que causaron perturbación funcional no mencionada expresamente en el auto de proceder, no funda jurídicamente la falta de acuerdo que anota el demandante. La objeción depende de una noción inexacta o imprecisa del objeto y contenido de las dos providencias, que claramente expresan los artículos 159 y 431 del Código de Procedimiento Penal.

El auto de proceder, auto que cierra la etapa de la instrucción y abre la del juicio, es la acusación que, en forma genérica, se hace al procesado, para que, mediante los sistemas legales de prueba, se defienda de ella; y la sentencia, que cierra la etapa del juicio, la providencia que, con base en los hechos de la acusación que se probaron, ya durante la instrucción, ya durante el juicio, fija la sanción que a ellos corresponde, o exime de ella en caso contrario.

El objeto del enjuiciamiento y de la sentencia,

la relación que los liga entre sí, y el objeto del juicio o controversia entre las partes, precisan la extensión o alcance del desacuerdo que da nacimiento a la causal de casación; así, si la acusación por determinado hecho y las circunstancias que lo especifican, están subordinadas a los resultados del juicio, consecuencialmente lo está la sentencia; de modo que si durante el juicio se modificaron o no tales circunstancias, favorable o desfavorablemente al procesado, aquélla no puede dictarse contra la modificación afirmada en esa última etapa del proceso; más generalmente, sometido a juicio criminal determinado individuo por determinado hecho, la sentencia es la consecuencia lógica de aquél, y será condenatoria por el hecho genérico porque fue acusado y con las circunstancias que se le dedujeron en el auto de proceder o en el juicio; el desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder se limita al delito genéricamente considerado y no a las circunstancias que lo especifican.

Si se aplican estas doctrinas al caso en estudio, el desacuerdo no existiría ni aún en el de que la perturbación funcional no se hubiera mencionado en el auto de proceder, porque en ese momento la consecuencia de las lesiones se limitaba a la incapacidad; pero el Juez sí hizo referencia a la perturbación, si no de modo expreso, sí tácitamente, cuando al afirmar la incapacidad definitiva de veinte días sin más consecuencias, señaló como puntos de referencia, los folios 59 y 69, en los cuales —precisamente— se hallan los dictámenes periciales referentes a la perturbación funcional.

El desacuerdo objetado no existe, y la causal en que se funda no prospera, por lo tanto.

b) Errada interpretación de la confesión

La errada interpretación de esta prueba consiste —según el recurrente— en que no se aceptó la confesión de Aristizábal en su integridad, es decir, en que no se consideró que el delito fue cometido en estado de legítima defensa, a pesar de que tal eximente fue comprobada en el proceso.

Dos cuestiones se estudian aquí: la apreciación de la prueba y los requisitos de la eximente, en general y en relación con este proceso. El estudio requiere, lógicamente, la referencia a la indagatoria en su parte conducente y a la prueba que la contradice.

La confesión cuya indivisibilidad se defiende en la demanda dice textualmente: "Viajaba por un viaje de yerba cuando de pronto se me lanzó con una peinilla y yo tiré a defenderme y me hizo una cortada aquí (mostró una seña o cicatriz en el brazo izquierdo) y le tiré con lo que llevaba". La única persona que presenció el choque, Carlos Hoyos (pariente de procesado y lesionado), declaró: "En esas llegó Pedro Luis Aristizábal y sin saludar le dijo: "Qué hubo, mi Diosito?", dirigiéndose a José Adán Botero. Este le contestó a Pedro Luis: "Estése callao", **y sin decir más** —subraya la Sala— se le abalanzó Pedro Luis Aristizábal a José Adán Botero con un calabozo (arma de filo), y le tiraba con él. José Adán sacó una peinilla y le desquibaba (sic) a Pedro Luis, hasta que éste le logró un guarapazo o varios, puesto que lo tumbó al suelo a José Adán, pero yo no vi que Pedro Luis le haya seguido dando en el suelo. Cuando José Adán cayó al suelo, le dijo a Pedro Luis: "No me mates", y entonces yo me fui a coger a Pedro Luis y le dije que no le diera más, y entonces Pedro Luis salió a la carrera con el calabozo en la mano en dirección a la casa de él".

A la confesión cualificada, como la de Aristizábal, la ley y la doctrina le dan el valor de indivisible, a condición de que la respalden las demás pruebas del proceso; la certidumbre que ella sugiere se apoya, por mandato de la ley, en la presunción de que no se haya probado lo contrario (artículo 255), y aquí la declaración de Hoyos —que se considera imparcial por los nexos que lo vinculan a uno y otro— afecta sustancialmente la indivisibilidad de la confesión.

Pero aún suponiendo que Hoyos no hubiera presenciado el choque entre Aristizábal y Botero, la eximente —en la forma imprecisa en que fue presentada— no está legalmente configurada; ella requiere elementos aquí inexistentes: el de la violencia actual e injusta, el del peligro inminente de la vida o la integridad del lesionado y el de la proporcionalidad entre la defensa y la agresión.

No podía el Tribunal aceptar, pues, la indivisibilidad de la confesión de Aristizábal, y, en esas condiciones, no fue equivocada su apreciación legal.

c) Errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal

Siendo así que el recurrente funda la violación de la ley penal en que se aplicó el artículo 28 del estatuto penal en vez del artículo 25, y en que la eximente de la legítima defensa, no fue probada, la objeción de la errónea interpretación o de la indebida aplicación, no tiene firmeza jurídica alguna, y la causal, por lo mismo no prospera.

IV—Fallo de la Corte

Del anterior estudio se concluye que la sentencia se dictó de acuerdo con el enjuiciamiento, que la confesión de Aristizábal fue apreciada conforme al criterio fijado por la ley, y que la penal fue correctamente aplicada.

En cuanto a las objeciones a la condena por perjuicios, la Corte se abstiene de examinarlas por cuanto no fueron materia del recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, y de acuerdo con lo solicitado por el Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del veintisiete de febrero del año pasado, por la cual condenó condicionalmente a Pedro Luis Aristizábal a la pena de trece meses y quince días de presidio, por las lesiones causadas a José Adán Botero, la mañana del cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, en el paraje de "Aldana" del Municipio de Santuario (Antioquia).

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Jorge E. Gutiérrez Anzola, Conjuez. — **Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos

El Ministerio de Justicia remite a la Corte, las diligencias presentadas por Jaime Mejía Cardona, para que emita su concepto sobre el cambio de radicación del proceso iniciado contra el peticionario por un delito de homicidio.

Pruebas

A la solicitud se acompañan los siguientes documentos:

a) Certificado del Juzgado Primero de Policía en el cual consta que se inició la investigación contra Jaime Mejía Cardona, por el delito de homicidio, y que se dictó auto de detención.

b) Declaraciones de Carlos Fernández de Soto y Alfonso Jaramillo, quienes afirman que Jaime Mejía Cardona, dio muerte violenta en la Cárcel Pública de Buga a su compañero de prisión Héctor Varela.

Que Jaime Mejía Cardona ha sufrido castigos —corporales correccionales— decretados por el Director de la Cárcel, y que "el hecho por él cometido ha merecido la reprobación pública de la ciudadanía, a extremo tal que, si su caso es juzgado en Buga, seguramente se dictará en su contra veredicto condenatorio".

c) Copias de las sentencias de primera y segunda instancia, por las cuales se condena a Mejía Cardona a la pena principal de cinco años de presidio por un delito de robo, y

d) Certificado del Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Buga, en el cual consta que en dicho Juzgado cursa un proceso contra Jaime Mejía Cardona, por un delito de homicidio cometido en la persona de Héctor Varela Calero, el día 30 de diciembre de 1948.

Se considera:

Con los documentos allegados a las presentes diligencias, Jaime Mejía Cardona no ha demostrado los requisitos exigidos por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, para que se emita concepto favorable al cambio de radicación.

La circunstancia de que el delito cometido por el procesado, haya merecido la reprobación pública de la ciudadanía, no es motivo para que se opere el cambio de radicación. Todo delito, por ser una violación de la ley penal causa una reprobación pública, ya que éste afecta en grado sumo las normas de convivencia social, y cuando el hecho reviste caracteres de gravedad, es natural que la sociedad reaccione contra los hechos perturbadores de la tranquilidad pública.

La violación de una norma tuteladora de los derechos sociales, no puede ser mirada con satisfacción por los diversos elementos que componen la sociedad, pues, esto implicaría ausencia de sentimientos morales, y una cierta complacencia o solidaridad con el crimen. Si los hechos delictuosos merecen la reprobación social, este motivo, en ningún caso, puede justificar el cambio de radicación.

La circunstancia de que el sindicado por carecer de recursos económicos no ha podido nombrar apoderado, no es motivo legal para que se opere el cambio de radicación. La ley tutela los intereses del sindicado, y en orden a tal finalidad cuando éste carece de recursos económicos, para designar una persona que en calidad de apoderado intervenga en el proceso, la ley faculta al juez o funcionario que conoce de dicho negocio, para que le nombre uno de oficio; en esta forma el sindicado o procesado se halla asistido en la defensa de sus derechos.

El hecho de que al sindicado se le hayan impuesto medidas disciplinarias, cuando ellas no están autorizadas por la ley, su demostración debe hacerse plenamente. No basta la simple enunciación de los hechos, sino que es necesario demostrarlos. Por otra parte, la imposición de esas medidas, en nada afecta a los intereses de la recta administración de justicia, ni ello significa que por ese hecho, los jueces o los miembros del jurado van a fallar en sentido contrario a los intereses del procesado, si la conducta del procesado no se ajusta a los sistemas reglamentarios de disciplina interna del establecimiento, el Director de la cárcel,

dentro de las atribuciones que le confiere el decreto reglamentario, puede imponer las medidas que crea convenientes, pero esta circunstancia no constituye motivo alguno para justificar el cambio de radicación.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso seguido contra Jaime Mejía Cardona, por un delito de homicidio cometido en la persona de Héctor Varela.

Cópiese y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario

DELITO DE FALSEDAD. — ATRIBUCIONES DEL JURADO. — NECESIDAD DE QUE LA SENTENCIA SE DICTE EN CONSONANCIA CON EL VEREDICTO. — REQUISITOS O ELEMENTOS DEL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS

1.—Es verdad que a los Jueces de conciencia les corresponde calificar los hechos sobre que ha versado el debate y decidir, en último término, sobre la responsabilidad del procesado, correspondiéndole al Juez de derecho pronunciar la sentencia que, de acuerdo con el veredicto, deba dictarse.

Mas teniendo en cuenta que los hechos materia de examen por parte del JURI son precisamente los que constituyen el delito imputado al agente de la infracción, la responsabilidad de éste y las circunstancias específicas que influyen en la determinación de la penalidad, síguese que los Jueces de hecho no definen únicamente el aspecto material del suceso criminoso, sino también el aspecto intencional o subjetivo. Y ello tiene que ser así, porque, como lo dice acertadamente el señor Procurador, el hecho y el derecho son inseparables, hasta el punto de que sin la existencia del primero no puede actualizarse el último, de tal suerte que alterados los hechos SUB JUDICE, cambia necesariamente la disposición penal aplicable al caso.

Toda norma penal tiene dos partes: el precepto y la sanción. El primero es una descripción de hechos o actos humanos, positivos o negativos que configuran el delito. La sanción es la pena que la ley señala a la actuación con la cual el delincuente ha vulnerado el orden jurídico.

De allí que los Jueces de conciencia, al calificar los hechos imputados al procesado, decidan en el fondo una cuestión de carácter jurídico.

2.—El Tribunal de conciencia sí tenía facultad para decidir sobre el punto concerniente a la naturaleza del documento sobre el cual se fingió la firma del señor Carlos A. Cárdenas, consumándose, por tal hecho, la falsedad. Y el jurado, en su veredicto, refiriéndose al documento, claramente manifestó que no era instrumento público. De tal suerte que, sobre el particular, el jurado apreció la naturaleza del instrumento en forma contraria a como la consideró el Juez de derecho al hacerle —en el auto de proceder— la imputación al procesado. De ahí que tal resolución del jurado no pueda considerarse como "inocua", al decir de los juzgadores de instancia, sino que es menester apreciarla en su sentido fundamental, bien para aceptarla y dictar sentencia de conformidad, o bien para desecharla si ella contraviene la realidad procesal, caso en el cual el veredicto estaría contrariando la evidencia de los hechos y así habría de declararse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 537 del Código Procesal Penal. De no procederse en tal forma —aceptando el veredicto en su integridad o declarándolo contrario a la realidad de los hechos— los juzgadores fallarían con violación de todas las disposiciones concernientes al jurado y especialmente contrariando lo ordenado por el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

3.—Si el veredicto no fue declarado contrario a la realidad de los hechos, debe ser aceptado, por más que contraríe la evidencia procesal (artículo 480 del C. de P. P.).

4.—No existiendo el perjuicio a terceros o siquiera la intención de causarlo, no se configura el delito de falsedad en documentos privados, ya que tales circunstancias, por mandato de la ley, son factores integrantes de la falsedad en esa clase de instrumentos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio catorce de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre)

Vistos

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de veintisiete de agosto del año próximo

pasado, condenó a Luis José Novoa Ortiz a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos públicos por el cual se le llamó a responder en juicio.

Contra esta sentencia interpuso casación el defensor del procesado Novoa Ortiz y ante la Corte presentó la respectiva demanda.

Hechos y actuación procesal

El señor Ramón Ramírez, sastre establecido en la ciudad de Bucaramanga, estaba interesado en la venta de vestidos de paño por el sistema de club, para cuyo efecto los reglamentos municipales le exigían la prestación de una fianza en cuantía de seis mil pesos. Ramírez contrató con el procesado Novoa Ortiz la prestación de los servicios profesionales de éste, con el objeto de que consiguiera el fiador y adelantara ante la Alcaldía todo lo relacionado con la prestación de la fianza y obtención de la autorización correspondiente para el debido funcionamiento del club de vestidos proyectado.

Novoa Ortiz, quien era considerado en la Alcaldía como agente judicial y en donde —con anterioridad— había gestionado la prestación y otorgamiento de varias fianzas en asuntos similares, solicitó directamente los certificados de registro y avalúo catastral de algunas fincas de propiedad del señor Carlos A. Cárdenas, y por medio de un memorial que hizo suscribir a Ramírez, ofreció al señor Cárdenas como fiador ante la Sección de Hacienda de la Alcaldía del Municipio, entidad ésta que por encontrar reunidos todos los requisitos legales aceptó al fiador ofrecido y dispuso extender la diligencia correspondiente. Novoa Ortiz, prevalido del conocimiento que de él se tenía en aquella dependencia municipal, solicitó del Jefe de dicha sección, señor Félix Arturo Ordóñez Montero, le facilitara la documentación para llevársela al fiador ofrecido y aceptado, señor Cárdenas, para que éste firmara la diligencia de fianza, manifestando que debido a quebrantos de salud, Cárdenas no podía concurrir personalmente a las oficinas municipales. Novoa Ortiz expuso a Ordóñez Montero la urgencia que se tenía para que ese mismo día, seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, se firmara la diligencia de fianza y, consecuencialmente, se dictara la Resolución otorgadora de la licencia para el legal funcionamiento del club de vestidos. Ordóñez Montero, asaltado en su buena fe, permitió que Novoa llevara la documentación con el objeto de que obtuviera la firma del fiador Carlos A. Cárdenas.

Novoa Ortiz tomó la documentación y saliendo de las oficinas municipales, acompañado de un agente de policía, se dirigió a su propia oficina de negocios y allí, sobre el Acta de fianza puso el nombre de "Carlos A. Cárdenas", o sea, el nombre del fiador que había sido aceptado, regresando luégo a la Alcaldía a donde poco después acudió Ramón Ramírez a firmar la diligencia que también fue firmada por el Alcalde, señor Bernardo Mutiz Arenas y por el señor Félix Arturo Ordóñez Montero, Jefe de la Sección de Hacienda.

Es oportuno advertir que el señor Carlos A. Cárdenas no tuvo conocimiento de que se le hubiera ofrecido como fiador de Ramón Ramírez ni mucho menos que apareciera suscribiendo la consiguiente diligencia de fianza. Este hecho sólo vino a saberlo varios meses después, en marzo de 1945, y convencido de que se había cometido un delito, formuló el correspondiente denuncio ante la autoridad.

En la investigación se comprobó plenamente la existencia del hecho punible y la responsabilidad del procesado Novoa Ortiz, quien confesó ser el único autor del hecho investigado.

El Juzgado 1º Superior de Bucaramanga, por auto de 4 de septiembre de 1947, enjuició a Novoa Ortiz por el delito de "falsedad en documentos", cuyas características jurídicas determinó así:

"Corre probado, como atrás se vio, que Luis José Novoa, en relación con un documento —la diligencia de fianza suscrita el seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro ante la Alcaldía municipal de Bucaramanga, Sección de Hacienda, fingió la firma del señor Carlos A. Cárdenas y lo hizo así aparecer como fiador del señor Ramón Ramírez, hecho dóloso éste expresamente previsto y sancionado por el artículo 233 del C. P. en relación con el numeral 1º del 231 ibídem". (Fls. 30, cuaderno principal).

El anterior auto incriminatorio fue confirmado, sin modificación alguna, por el Tribunal Superior del mismo Distrito.

Habida consideración a lo determinado en el auto de proceder, al jurado se le sometió la siguiente cuestión:

"**Cuestión única.**—El acusado Luis José Novoa Ortiz es responsable de haber fingido o suplantado la firma del señor Carlos A. Cárdenas en la diligencia de fianza extendida en la Alcaldía Municipal de Bucaramanga, Sección de Hacienda, con fecha seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, diligencia en la que se hace apare-

cer al señor Carlos A. Cárdenas como fiador del señor Ramón Ramírez por la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00), acontecimiento ocurrido en esta ciudad de Bucaramanga, en la misma fecha de la diligencia aludida, y en la ejecución de tal hecho obró el acusado intencionalmente y a sabiendas de que el señor Carlos A. Cárdenas no había intervenido como otorgante del dicho documento de fianza, ni había autorizado a nadie para que lo firmara por él?".

Por unanimidad el jurado contestó:

"Sí fingió la firma, pero en un documento que al tiempo en que tal fingimiento se hizo, no era instrumento público y sin que en el sumario aparezca demostrado que hubo perjuicios a terceros o que tal fuera la clara intención del autor del fingimiento".

Con base en el anterior veredicto, el Juzgado del conocimiento condenó a Novoa Ortiz a la pena principal de dos años, cinco meses de presidio.

Pero el Tribunal reformó el fallo aumentando la pena principal a cuatro años de presidio.

Estudio del recurso

Contra el fallo del Tribunal invoca el recurrente, como causales de casación la 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que pasan a estudiarse por separado y en el orden lógico traído por el señor Procurador Delegado en lo Penal, en la contestación de la demanda.

Causal 2ª—Errada interpretación de los hechos

El recurrente, para sustentar esta causal —la segunda— se basa en los mismos argumentos expuestos para fundamentar las demás propuestas, y a ellos ha de referirse la Corte cuando entre a examinarlos.

Por ahora, circunscribiéndose a la causal segunda, debe repertirse que dicha causal no puede alegarse en juicios en que el jurado ha intevenido, porque la casación se concreta a un estudio de derecho y no de los hechos, menos cuando éstos han sido calificados por el jurado en conciencia.

En tales casos —ha dicho la Corte— el examen de los hechos conduciría a la posible declaratoria de ser el veredicto contrario a la evidencia procesal, que fue excluída de las causales de casación, como de manera expresa lo dijeron los redactores del nuevo Código de Procedimiento.

No prospera, por tanto, esta causal.

Causal 3ª—Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado

Alega el recurrente que el veredicto del jurado negó el carácter de documento público al instrumento en que la falsedad se consumó, y negó también el perjuicio de tercero o la intención de causarlo por parte del procesado. En tales circunstancias —dice el recurrente— el veredicto fue absolutorio y, por tanto, no da base para aplicar el artículo 233 del Código Penal, que fue el aplicado en la sentencia recurrida en casación.

"El jurado —dice el defensor— no habló sino sobre elementos constitutivos del delito, así:

"Negó que se tratara de un documento público u oficial al tiempo del hecho y como podría entonces suponerse que se trataba de un documento privado, negó los elementos constitutivos del delito que expresa el artículo 240 del C. P., que dice:

"El que con perjuicio de tercero o con intención de causarlo....".

Por tanto, concluye el defensor, el fallo se halla en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Se considera:

Evidentemente el jurado contestó el cuestionario aceptando que el procesado había fingido la firma, pero en un documento que al tiempo del fingimiento no era instrumento público, y negó también que el procesado hubiera tenido la intención de causar perjuicios a terceros, sin que apareciera demostrado en el sumario que hubo tales perjuicios.

La respuesta del jurado se basó —entre otros elementos de juicio— en la tesis sustentada por el defensor en la audiencia pública, en cuya acta se lee:

"El señor defensor —dice el Acta de audiencia— leyó el artículo 233 del C. P., que define y sanciona el delito de falsedad en documentos de que se acusa a Novoa Ortiz, y a este respecto expresó que el documento en donde estampó aquél la firma de Carlos A. Cárdenas, no es un documento público sino privado, porque cuando el señor Novoa puso allí el nombre del fiador Cárdenas, ese era un simple papel que carecía de toda legalización, no estaba autorizado por los empleados de la Alcaldía, no era un documento auténtico en realidad, adolecía de las formalidades necesarias requeridas para el caso. Para apoyar sus puntos de vista, el doctor García Herreros lee el artículo 1758 del Código Civil...; tampoco, añade, está demostrada la intención dolosa de Novoa, pues éste mismo lo dice, que su actividad fue dirigida a favo-

recer a otras personas que necesitaban de esa ayuda con fines de lucro honesto y honorable" (f. 91).

El Juez del conocimiento considera "que el veredicto del jurado que afirmó que el documento falseado por Novoa Ortiz no era documento público contradice la evidencia procesal y que sería el caso de declararlo contraevidente", sino fuera porque "esa calificación sobre la naturaleza misma del documento, constituye una agregación inocua y sin trascendencia jurídica, toda vez que la misión del jurado es la de decidir si el acusado es o no responsable del delito que se le imputa, decisión de conciencia, pero jamás la facultad del jurado puede llegar a adentrarse en cuestiones eminentemente jurídicas, que son del absoluto resorte del Juez de derecho.

"De consiguiente —concluye el Juez—, si el jurado en el caso de Novoa Ortiz afirmó que éste falseó la verdad en un documento público, con la intención de alterar la verdad, lógicamente y conforme a las anteriores argumentaciones, lo declaró responsable del delito contemplado en el artículo 233 del C. de Las Penas".

Idéntico criterio optó el Tribunal al expresar en la sentencia lo siguiente:

"Como acertadamente lo dice la sentencia de primera instancia, el jurado entró a hacer distinciones de derecho que no le correspondían, y que, aunque correspondieran a la realidad, en nada alteran o modifican la situación del acusado, pues no se trata de falsedad en una escritura o instrumento público, que es el otorgado ante Notario y con las solemnidades prescritas por la ley. Sucede con frecuencia, que los jurados avanzan en su misión de definir la responsabilidad, invadiendo un tanto la órbita de los jueces de derecho, como cuando afirman situaciones o modalidades, que más propiamente son circunstancias modificadoras del delito, y al juzgador de derecho compete estudiar y apreciar libremente las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, que son elementos accesorios y que sirven para fijar la cuantía de la pena, una vez determinada la especie o el género del delito. La definición de las circunstancias modificadoras o constitutivas de éste, sí corresponde al jurado....

"El jurado, en el caso de autos, consignó unas agregaciones a su veredicto afirmatorio de la responsabilidad, que son perfectamente inocuas, pues en nada modifican los elementos constitutivos de la infracción....".

"Las diligencias oficiales o administrativas —dice el Tribunal— para obtener una licencia para el funcionamiento de un club de vestidos, y la diligencia de fianza exigida por las disposiciones de policía, son documentos oficiales; como oficial, por ejemplo, es un comunicado de cancillería sobre instrucciones a su agentes diplomáticos; dicho comunicado es oficial, pero no tiene el carácter de público.

"En esta forma queda aclarado que la agregación del veredicto sobre que el documento no era una escritura, es perfectamente inocua e inoperante".

Concluyó el Tribunal —de acuerdo con el Juzgado— que el artículo 233 del Código Penal era el aplicable para imponer la sanción.

Es verdad que a los Jueces de conciencia les corresponde calificar los hechos sobre que ha versado el debate y decidir, en último término, sobre la responsabilidad del procesado, correspondiéndole al Juez de derecho pronunciar la sentencia que, de acuerdo con el veredicto, deba dictarse.

Mas teniendo en cuenta que los hechos materia de examen por parte del **Juri** son precisamente los que constituyen el delito imputado al agente de la infracción, la responsabilidad de éste y las circunstancias específicas que influyan en la determinación de la penalidad, síguese que los Jueces de hecho no definen únicamente el aspecto material del suceso criminoso, sino también el aspecto intencional o subjetivo. Y ello tiene que ser así, porque, como lo dice acertadamente el señor Procurador, el hecho y el derecho son inseparables, hasta el punto de que sin la existencia del primero no puede actualizarse el último, de tal suerte que alterados los hechos **sub judice,** cambia necesariamente la disposición penal aplicable al caso.

Toda norma penal tiene dos partes: el precepto y la sanción. El primero es una descripción de hechos o actos humanos, positivos o negativos que configuran el delito. La sanción es la pena que la ley señala a la actuación con la cual el delincuente ha vulnerado el orden jurídico.

De allí que los Jueces de conciencia, al calificar los hechos imputados al procesado, decidan en el fondo una cuestión de carácter jurídico.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, refiriéndose a este punto, **expone lo siguiente:**

"En nuestro procedimiento penal aparece nítida esta función del Jurado, de calificar hechos jurídicos o con repercuciones jurídicas.

"He aquí las normas legales que respaldan este aserto:

"El artículo 431 del Código de Procedimiento estatuye que el auto de proceder debe contener, entre otras cosas, el análisis de las pruebas que de-

muestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado, y la calificación genérica del hecho que se imputa a éste, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen.

"El artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 ordena que el cuestionario que el Juez debe someter al jurado, ha de interrogar si el acusado "es responsable" de los hechos materia de la causa, conforme al auto de proceder, "determinando las circunstancias que lo constituyan sin darles denominación jurídica". Y agrega que si el procesado delinquió hallándose enfermo de la mente, se agregará esta otra pregunta:

"¿A tiempo de cometer el hecho a que se refiere el cuestionario anterior, N. N. se hallaba en estado de enajenación mental?, de intoxicación crónica?, o padecía de grave anomalía psíquica?".

"El artículo 29 de la misma ley dice que los jurados deberán contestar el cuestionario con un "Sí" o un "No"; pero que "si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación".

"El artículo 499 del código citado dispone que la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho.

"Y, por último, el artículo 480 de la misma obra manda que la sentencia debe dictarse "de acuerdo con la calificación" que el jurado "dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate".

"Se ve, pues, que en esta clase de juicios hay tres actuaciones procesales de la mayor importancia y significación, en que cada una de ellas sirve de base o sostén a la siguiente, guardando entre sí un íntimo nexo de dependencia: el auto de proceder que formula los cargos al procesado; el cuestionario, que sintetiza ese pliego de imputaciones del enjuiciamiento; y la sentencia, que se inspira en el veredicto.

"Es decir que, de acuerdo con la ley, el jurado puede y debe resolver sobre el delito, sobre sus circunstancias modificadoras y sobre los elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad del agente, de tal suerte que la sentencia definitiva ya no se dicta en consonancia con el auto de proceder, sino con la calificación que el jurado haga de los hechos punibles.

"Vista en esta forma, cuál es la misión del jurado, bien puede éste emplear en su veredicto expresiones jurídicas, ya porque las partes, en el curso de la audiencia pública, le expliquen el alcance de aquéllas, dándole por escrito la respuesta, o ya porque quiera acogerse al tecnicismo usado por el Juez de derecho en el auto de proceder, o por la ley penal sustantiva, especialmente cuando en el Tribunal popular actúan profesionales. Y así, la práctica cotidiana enseña que muchos veredictos consignan frases de contenido esencialmente jurídico, como la legítima defensa, el estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, la riña imprevista, la complicidad correlativa, etc., sin que el Juez las haya rechazado, por carecer de atribución para ello.

"Pero es el mismo legislador quien obliga al jurado a expresarse en ese sentido, desde luego que en el cuestionario manda que se le pregunte sobre la "responsabilidad" del acusado, término éste de tan elevada significación científica. Y no solo esto, sino que, tratándose de un delincuente anormal, dispone que se interrogue al jurado acerca de arduos problemas de psiquiatría, como son los de dictaminar si el sujeto, al tiempo de cometer el delito, "se hallaba en estado de enajenación mental, de intoxicación crónica o padecía de grave anomalía psíquica.....". (Artículos 29 C. P., y 28, Ley 4ª de 1943).

En el caso de estudio, al procesado se le imputó en el auto de llamamiento a juicio un delito de falsedad en documentos públicos, con cita del artículo 233 del Código Penal en relación con el numeral 1º del artículo 231 ibídem. Por otra parte, el interrogatorio que se le propuso al jurado, versó, precisamente, sobre esa clase de instrumentos.

De tal suerte que el Tribunal de conciencia sí tenía facultad para decidir sobre el punto concerniente a la naturaleza del documento sobre el cual se fingió la firma del señor Carlos A. Cárdenas, consumándose, por tal hecho, la falsedad. Y el jurado, en su veredicto, refiriéndose al documento, claramente manifestó que no era instrumento público.. De tal suerte que, sobre el particular, el jurado apreció la naturaleza del instrumento en forma contraria a como la consideró el Juez de derecho al hacerle —en el auto de proceder— la imputación al procesado. De ahí que tal resolución del jurado no pueda considerarse como "inocua", al decir de los juzgadores de instancia, sino que es menester apreciarla en su sentido fundamental, bien para aceptarla y dictar sentencia de conformidad, o bien para desecharla si ella contraviene la realidad procesal, caso en el cual el veredicto estaría contrariando la evidencia de los

hechos y así habría de declararse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 537 del Código Procesal Penal. De no procederse en tal forma —aceptando el veredicto en su integridad o declarándolo contrario a la realidad de los hechos— los juzgadores fallarían con violación de todas las disposiciones concernientes al jurado y especialmente contrariando lo ordenado por el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal que dispone que en los juicios por jurado, "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate".

"El veredicto —ha dicho la Corte— se acoge en su integridad o se rechaza. De otra manera se mistificaría la determinación del jurado y se desnaturalizaría el juicio popular. La ley no autoriza a los jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando hagan parte del mismo cuestionario. Interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo". (Sentencia de 17 de mayo de 1944. **Gaceta Judicial,** número 2010 a 2014, página 680).

El Jurado, como ya se dijo, afirmó que Novoa Ortiz fingió la firma de Carlos A. Cárdenas, "pero en un documento que al tiempo en que tal fingimiento se hizo, no era instrumento público". Esto indica claramente, que el Juri descartó el delito contemplado en el artículo 233 del Código Penal que los Jueces de derecho le imputaron al procesado en el enjuiciamiento y que ahora le aplican en la sentencia, ya que esta norma se refiere a la falsedad cometida en "escrituras, documentos públicos u oficiales o en instrumentos negociables".

Sin que valga aquí —como dice el señor Procurador— la argumentación del tribunal de instancia, de que "no se trata de falsedad en una escritura o instrumento público", sino de "diligencias administrativas", que "son documentos oficiales", porque nuestras leyes, en lo relativo a las pruebas, sólo establecen dos clasificaciones para los documentos: la de públicos y privados.

Así lo consagran los artículos 1757, inciso 2º. del Código Civil, 630, 632 y 637 del Código Judicial y 251 a 254 del Código Procesal Penal. Las pruebas consisten —dice el artículo 1757 del Código Civil— en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección ocular del Juez o Prefecto.

Y el Código Penal en su capítulo atinente a la falsedad en documentos, sólo habla de documentos públicos u oficiales y de instrumentos privados, equiparando éstos a aquéllos, en algunos casos, pero sólo para efecto de elevar la sanción, como ocurre con los escritos eclesiásticos referentes al estado civil de las personas y con los instrumentos negociables. (Artículos 232 y 233).

Al procesado Novoa Ortiz se le hizo el cargo de haber cometido una falsedad sobre un instrumento público o auténtico que, "es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario", pero el Jurado negó tal calidad a dicho escrito. Y como el veredicto no fue declarado contrario a la realidad de los hechos, debe ser aceptado, por más que contraríe la evidencia procesal. (Artículo 480 del Código de Procedimiento Penal).

Lo anterior indica que la sentencia recurrida se encuentra en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Por otra parte, tampoco podría considerarse, para efectos de la sanción, que si la falsedad no fue cometida en un instrumento público —cuestión negada por el Jurado— sí lo fue en un documento privado, pues, como ya se dijo, el Jurado expresó en su veredicto que en el sumario no aparecía la demostración de la existencia de perjuicios a terceros, "o que tal fuera la clara intención del autor del fingimiento". De tal suerte que no existiendo el perjuicio a terceros o siquiera la intención de causarlo, no se configura el delito de falsedad en documentos privados, ya que tales circunstancias, por mandato de la ley, son factores integrantes de la falsedad en esa clase de instrumentos.

El Jurado al desechar uno de los elementos constitutivos del delito —perjuicio a terceros o intención de causarlo— desintegró la figura delictiva por su aspecto espiritual o doloso. Así las cosas, existe imposibilidad jurídica, derivada del veredicto, para aplicar las disposiciones penales sobre la falsedad en instrumentos públicos y en documentos privados.

De lo anterior se llega a la conclusión de que las modificaciones introducidas por el Jurado a su veredicto implican necesariamente la absolución del procesado Novoa Ortiz, razón por la cual la sentencia recurrida está totalmente en desacuerdo con lo resuelto por el Jurado.

La casual 3ª debe, por tanto, prosperar.

Causal 1ª—Mala aplicación de la ley penal.

El recurrente sustenta la causal 1ª así:

"La sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"Así, no ha debido condenársele a mi poderdante por el delito de que trata el artículo 233 del C. P., como paso a demostrarlo:

"...En efecto, el fingimiento, según lo dijo el Jurado, lo hizo mi poderdante en un documento que entonces, al tiempo de hacer el fingimiento, no era instrumento público.

"Esto es verdad. Sobra decir que instrumento público o auténtico, es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario.

"Cuando Novoa hizo el fingimiento, el documento no estaba autorizado por funcionario alguno: Era un simple escrito que no estaba autorizado por funcionario alguno, que por consiguiente no había adquirido la calidad de auténtico y que no era oficial por la misma razón".

Se considera:

Esta causal es una consecuencia inmediata de la estudiada anteriormente.

En realidad de verdad si el Jurado negó que el fingimiento de la firma se hubiese hecho sobre un documento público, no es posible dar aplicación al artículo 233 del Código Penal, que exige esta condición, o la de ser el instrumento negociable, modalidad ésta extraña a los hechos cometidos.

Por manera que el Tribunal en la sentencia recurrida violó el citado artículo 233 del Código Penal, y como no hay otra disposición penal que prevea, como delito, los actos del procesado de acuerdo con lo resuelto por el Jurado en su veredicto, síguese que es de imperiosa necesidad la absolución del acusado.

La causal 1ª también prospera.

Por las razones expuestas, 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 Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, profenida por el Tsibunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y en su lugar, ABSUELVE a Luis José Novoa Ortiz de los cargos que se le imputaron en el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

RIÑA IMPREVISTA.—INDEFENSION DE LA VICTIMA.—APROVECHAMIENTO O ABUSO DE ESTE ESTADO.—APRECIACION DE PRUEBAS POR EL JURADO

1.—En el cuadro de la riña imprevista, que es mutua agresión surgida o iniciada de improviso, no cabe (al menos en este caso), la noción de abuso o aprovechamiento de estados de inferioridad o indefensión, concretados especialmente en los de quien al final fue vencido; así empeñada la contienda, ésta puede asumir imprevisibles formas y modalidades de intensidad o de atenuación, que sólo se explican por las constituciones psíquicas de los contendientes, y así como el poder de control e inhibición origina la segunda, la carencia de ese poder estimula la primera; e inaccesible a cualquier contraimpulso, el agresor puede ejecutar actos que sólo pueden apreciarse como elementos de la serie o conjunto de actos que estructuran la contienda; el último acto, aquel —por consiguiente— con que el vencedor pone fin a aquélla y también a la víctima caída, no es el abuso o aprovechamiento del estado de vencido, sino la consecuencia de una mutua agresión comenzada generalmente en igualdad de aptitudes y elementos, pero terminada victoriosamente por aquel cuya creciente e irrefrenable impulsividad se suspendió simultáneamente con la vida de la víctima.

2.—El jurado no está sujeto al sistema de apreciación legal de la prueba, y así un solo testimonio puede merecerle mayor fe que las suma de otros.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Obdulio Espinosa mediante apoderado especial formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual —con aplicación de los artículos 37, 362 y 384 del Código Penal— fue condenado a la pena de siete años de presidio por el delito de homicidio en Eduardo Parra Gómez, cometido la noche del quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en el punto de "Estanquillo", fracción de "Altagracia", del Municipio de Pereira.

Este recurso —por causa de la pérdida del expediente en el incendio de la Procuraduría el 9 de abril— se examina únicamente con base en la copia de los autos de proceder y de las sentencias de primero y segundo grado, suficientes para decidirlo, de conformidad con las normas del Decreto Legislativo 1897 de 1948 (artículos 8º, 10, 15 y 18), que fijaron normas especiales para la reconstrucción de los procesos perdidos en aquella dramática emergencia.

I.—El delito y sus circunstancias

Tomando las partes de los testimonios que coinciden entre sí, en cuanto a los orígenes y modalidades del delito, puede aceptarse la versión de Eduardo Amézquita como la más completa y sujeta a la verdad; según aquel testigo, Espinosa y Parra llegaron a la cantina de Ana Múnera a las cinco y media de la tarde en notable estado de embriaguez, con quienes —previa invitación— se sentó en la calle y juntos se tomaron unos tragos, sin que entonces ni antes del momento en que se retiraron, se les hubiera oído ni siquiera discutir.

Más tarde, aproximadamente a las ocho de la noche, Espinosa invitó a Parra a irse hacia "El Guadualito", donde —le recordó— debían estar a las siete y media, y ambos salieron mientras Amézquita se quedó tomándose una cerveza en la cantina; momentos después, al oír cerca choques de peinillas, se dirigió al sitio donde tal cosa ocurriera, y sorprendió a Espinosa y Parra atacándose a machete y el primero ya sangrando en la frente; Amézquita llamó a Espinosa, pero éste al sentirlo, se le lanzó a agredirlo, obligándolo para evadir el ataque a saltar una cerca de alambre, y como no lograra su intento, se volvió en el instante y de nuevo contra Parra, quien —caído en el suelo— fue ultimado no obstante las

inútiles súplicas de éste y de Amézquita para que no lo matara, las que Espinosa respondía intensificando su agresión y amenazando de muerte a quienes intentaran desarmarlo y aprehenderlo, hasta que se le zafó el arma de entre las manos, situación que aprovecharon para reducirlo.

III. — El proceso contra Espinosa

En el proceso, cuya calificación y decisión correspondió al Juez Superior de Pereira, se dictaron las providencias que en seguida se enumeran:

a) El auto de proceder de primer grado, en el que se calificó el delito como un homicidio intencional cometido en la circunstancia de la riña imprevista y con la de mayor peligrosidad "de haber abusado de las condiciones de inferioridad en que se colocó la víctima con motivo de su caída";

b) El auto de proceder de segundo grado, en el que se desechó el homicidio intencional, y se enjuició a Espinosa por homicidio agravado, en consideración a la sevicia;

c) El veredicto del Jurado, según el cual, no obstante habérsele propuesto la sevicia de acuerdo con la calificación del Tribunal, contestó que Espinosa "sí es responsable (de haber dado muerte a Eduardo Parra), en riña imprevista, en estado de embriaguez, habiéndole tirado en el suelo";

d) La sentencia de primer grado, mediante la cual, con aplicación de los artículos 37, 362 y 384 del Código Penal, le impuso la pena principal de siete años de presidio, y

c) La sentencia de segundo grado, que confirmó en todas sus partes la de primero.

III. — La demanda de casación

El apoderado del recurrente impugnó la sentencia del Tribunal, por tres motivos, que corresponden a las causales primera, segunda y tercera del artículo 567: por indebida aplicación y consiguiente violación de la ley penal, por errada apreciación del testimonio de Amézquita, y por discrepancia del fallo con el veredicto del jurado, cuyos fundamentos se resumen en seguida.

La primera causal la funda en que al imputársele a Espinosa la circunstancia de mayor peligrosidad (haberle tirado en el suelo a Parra e intentar agredir a Amézquita por el llamamiento en favor de Parra), e imponerle, por esa causa, una pena que excede del mínimo fijado en la norma infringida (artículos 362 y 384), se violaron estos artículos, especialmente el último en relación con el artículo 38, todos del Código Penal.

El demandante explica así esta causal: "Cualquier disgresión que se haga para tratar de situar al responsable en el caso de la mayor peligrosidad, resulta un argumento insostenible. Y es insostenible, porque el Juzgado, a pesar de la amplia atribución que le confiere la ley para examinar estas circunstancias, casi que pudiéramos decir con un criterio subjetivo, conforme al artículo 499 del C. de P. P., tampoco puede descartar ciertos y determinados elementos de fuero íntimo que arrojan las constancias procesales. Que Espinosa desvió el arma para enfrentársele a Amézquita por un breve instante, por un relampagueante instante que es fugaz, para continuar la lucha sin solución de continuidad — como lo advierte el mismo Juez — no es motivo que vaya a perjudicar al reo, porque en su ceguedad causada por la sangre que le manaba, al calor de una exaltación alcohólica y quizá impulsado por la ofensa que había recibido, pudo creer que en vez de un enemigo existía la posibilidad de dos que se movían dentro de un plano de ayuda mutua. En estas condiciones —termina el demandante— no intervino el factor de mayor peligrosidad, porque ni el cálculo ni la frialdad, ni el razonamiento estaban presentes en un espíritu anormalmente situado en una posición de ataque y defensa".

La segunda causal la funda en que el Tribunal dio valor de plena prueba, no constituyendo apenas sino un indicio conforme a la jurisprudencia, al testimonio de Eduardo Amézquita, "para conformar el elemento de la peligrosidad".

La tercera causal la sustenta así: "Entre este veredicto y la sentencia que acogió el Tribunal de Pereira, resulta un poco ilógico sostener que por el hecho de haberle tirado en el suelo tuvo en mente el Tribunal popular darle a su veredicto un carácter de más gravedad. Pero descartada como fue la sevicia, tanto por el Juzgado como por el Tribunal, el haberle tirado en el suelo no va a ponerle al hecho mayor gravedad, sino que simplemente cualifica un acto relacionado con la embriaguez".

IV. — Concepto del Procurador

El Procurador Delegado se opone a que se case la sentencia, no precisamente por la circunstancia de mayor peligrosidad que el Tribunal le imputó al procesado, sino por la gravedad del delito y la peligrosidad demostrada en su ejecución.

"Es evidente —dice aquel alto funcionario— que el acusado dio muerte a la víctima en un estado de agudísima emoción-cólera, en una especie de locura breve, en que su psiquis estaba dominada por un incontrolable impulso de destrucción, agravado por la embriaguez. Y en esas condiciones, es difícil, por no decir imposible, que el agresor pueda razonar con cierta lucidez y apreciar debidamente las condiciones de inferioridad o indefensión en que se hallaba el que murió, cuando fue atacado en el suelo. Y desde tal punto de vista, no puede sostenerse con acierto, que concurran las circunstancias de mayor peligrosidad previstas por el artículo 37 del Código Penal en sus numerales 6º y 7º.

"Pero precisamente —añade— esa reacción tan tremenda y persistente de Espinosa; esa fiereza extrema en el ataque del enemigo vencido y del tercero (Eduardo Amézquita), quien llega a poner paz entre los combatientes; ese empeño tenaz en agotar la obra criminosa por encima de todo; y esa cólera viva aún después de ultimado Parra, todo esto, revela de parte de Espinosa que él actúa por gravísimos y antisociales impulsos cuando está bajo los efectos del alcohol. Es decir, su peligrosidad es manifiesta en ese estado, como lo reconoce el fallo de primera instancia al decir que Espinosa cuando toma alcohol, "se convierte en individuo excepcionalmente peligroso".

"En tal virtud —termina— concurriendo aquí, como concurren, dos de los elementos mensuradores de la sanción —peligrosidad del agente y gravedad del delito, superior a la ordinaria— no puede aplicarse el mínimo de la pena, como lo solicita el demandante".

V. — Estudio del recurso

La finalidad de la demanda es excluír la circunstancia de mayor peligrosidad que se imputó al procesado, para que logrando ese objetivo, el tiempo de pena —consecuencialmente— deba reducirse al mínimo de los artículos 362 y 384, es decir, a cuatro años de presidio. Esa finalidad persiste, aunque en aspectos aparentemente diversos, en la exposición de los fundamentos de cada una de las causales invocadas, lo que aconseja su estudio separado.

a) Violación de la ley penal

Las circunstancias de mayor peligrosidad que se le imputaron a Espinosa son éstas según la sentencia: "haberle tirado en el suelo" (a Parra) y "haber abandonado por un instante la lucha con Parra para tratar de pegarle a Amézquita".

Como estos hechos se realizaron en una riña imprevista y en una explosión alcohólica, su estudio no puede aislarse ni de la una ni de la otra, por la íntima conexión que guardan entre sí; su apreciación, por lo tanto, es de conjunto, lo que implica que tanto la tentativa contra Amézquita como la embestida final contra Parra, deben examinarse como aspectos o incidentes de la riña y como impulsos alcohólicos.

En el cuadro de la riña imprevista, que es mutua agresión surgida o iniciada de improviso, no cabe (al menos en este caso), la noción de abuso o aprovechamiento de estados de inferioridad o indefensión, concretados especialmente en los de quien al final fue vencido; así, empeñada la contienda, ésta puede asumir imprevisibles formas y modalidades de intensidad o de atenuación, que sólo se explican por las constituciones psíquicas de los contendientes, y así como el poder de control e inhibición origina la segunda, la carencia de ese poder estimula la primera; e inaccesible a cualquier contraimpulso el agresor puede ejecutar actos — como los de Espinosa — que sólo pueden apreciarse como elementos de la sementos de la serie o conjunto de actos que estructuran la contienda; el último acto, aquel—por consiguiente—con que el vencedor pone fin a aquélla y también a la víctima caída, no es el abuso o aprovechamiento del estado de vencido, sino la consecuencia de una mutua agresión comenzada generalmente en igualdad de aptitudes y elementos, pero terminada victoriosamente por se suspendió simultáneamente con la vida de la aquél cuya creciente e irrefrenada impulsividad víctima. La tentativa contra Amézquita y el ataque a Parra en el suelo son, pues, incidentes de la riña que no asumen las características de circunstancias de mayor peligrosidad.

Considerados, no ya como incidentes de la riña, sino como efectos de la embriaguez en que desde horas antes se hallaba Espinosa, se llega a una de estas conclusiones: o los realizó en el ímpetu de la intoxicación alcohólica, voluntaria y no preordenada, sin que hubiera podido prever sus consecuencias delictuosas, en cuyo caso es atenuante de la responsabilidad, o los realizó a sabiendas de que la embriaguez —como se afirma en la sentencia de primer grado— habría de llevarlo a la ejecución de actos sintomáticos de la peligrosidad, y entonces desaparece la atenuante

como la Corte, en análogos casos, lo ha decidido. (Sentencia de 23 de mayo de 1947).

Las experiencias que fundan los postulados de la Antropología y de la Psicología Criminal confirman esta última tesis. El Profesor de la Universidad de Roma, Di Tullio, es categórico en la afirmación de la misma.

"Como hemos podido comprobarlo continuamente en nuestros delincuentes comunes —dice al estudiar la etiología del delito en su "Manual de Antropología y Psicología Criminal"— el alcohol, en general, no constituye sino un factor causal secundario, en cuanto actúa sensibilizando y activando las tendencias e inclinaciones delincuenciales originarias, lo que sucede tanto más fácilmente cuanto mayores son las perturbaciones que el alcohol mismo provoca en la sensibilidad y en la movilidad general y especialmente en la sensibilidad visceral o cenestésica, y en el estado de conciencia, es decir, cuanto mayor es la llamada intolerancia del alcohol, que además asume formas diversas según la variada orientación que presenta la misma constitución delincuencial".

"En efecto —explica el mismo Profesor— mientras en los individuos no predispuestos a la criminalidad, la intolerancia del alcohol, aunque cause perturbaciones de todo género y las más diversas formas de astenia o de leve excitación psico-motriz, no es generalmente peligroso en cuanto no provoca actos criminosos sino en casos del todo excepcionales; en los intolerantes predispuestos al delito, el alcohol actúa, en cambio, vigorizando las varias actitudes criminosas y favoreciendo su realización según—además—cuanto afirmaron Lombroso y Ottolenghi".

De modo que si Espinosa, cuando toma alcohol —como dice la sentencia— "se convierte en individuo excepcionalmente peligroso", esta afirmación, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 1897 del año pasado, constituye presunción de derecho de la existencia de la prueba que la sustenta, y entonces la embriaguez no es la circunstancia de menor peligrosidad que Juez y Tribunal le reconocieron.

Si, pues, como incidentes de la riña la tentativa de agresión a Amézquita y la ultimación de Parra cuando estaba ya caído no son circunstancias de mayor peligrosidad, y como actos emanados de persona en quien la embriaguez lleva a estados conocidos de provocación y agresividad no son circunstancias de menor peligrosidad; y si la conducta anterior es buena, menos en los estados de embriaguez, y su carencia de ilustración no implica el total desconocimiento del estado peligroso que aquélla le produce, y si como el Procurador Delegado lo sostiene, es justa la sanción dadas la gravedad del delito y la peligrosidad demostrada por el mismo, síguese que ni el Juez ni el Tribunal incurrieron en violación de la ley penal.

b) Las otras objeciones

La objeción al testimonio de Amézquita, que debió tener en cuenta el Jurado para fundar su veredicto, ya que fue el único que presenció la contienda, no es eficaz para desvirtuarlo, pues si lo fuera habría que desechar la circunstancia de la riña, sustentada en el mismo testimonio.

Desde otro punto de vista, el jurado no está sujeto al sistema de apreciación legal de la prueba, y así puede un solo testimonio merecerle mayor fe que la suma de otros. Ello, de seguro, llevó a los falladores de instancia a considerar el veredicto ajustado a la verdad procesal.

La objeción final, de que la sentencia fue dictada en desacuerdo con el veredicto, por cuanto dio carácter de mayor peligrosidad a circunstancias que el jurado no tuvo como tales, no es más firme que la precedente, pues si aquél reconoció esas modalidades, como factores de agravación, sin ser atribución suya, el Tribunal hubiera podido desecharlas o aceptarlas de acuerdo con la potestad que le da la ley (artículo 499).

V. — Fallo de la Corte

Del anterior estudio se deduce que la ley penal fue rectamente aplicada, más en consideración a la peligrosidad del delincuente y a la gravedad del delito, que a las circunstancias de mayor peligrosidad, y que siendo éstas la cuestión propuesta en el recurso, no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual condenó a Obdulio Espinosa a la pena de siete años de presidio por el delito de homicidio en Eduardo Parra Gómez, cometido en el sitio de "Estanquillo", fracción de "Altagracia", Municipio de Pereira, la noche del quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

Es manifiesto que la previsión del legislador, en orden a establecer la excepción del principio general sobre competencia territorial consistente en el cambio de radicación del proceso, no significa nada distinto que poner cuantos obstáculos sean previsibles a que un determinado caso sub-judice dé ocasión a que los preceptos inmutables de la justicia sufran menoscabo o se amengüen por condiciones especiales del ambiente en donde el proceso debe juzgarse o por las circunstancias anormales o inconvenientes en que se encuentren todos o algunos de los funcionarios que de una u otra manera hayan de intervenir en él.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Para dar cumplimiento al artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la presente documentación, referente al proceso que en el Distrito Judicial de Cali se adelanta contra Alfonso Mejía, Hernando Tascón y otros, por estafa y otros delitos, con el fin de que se emita concepto sobre cambio de radicación de aquel negocio.

Es conveniente advertir que esta solicitud la ha formulado el Ministerio, de oficio, en atención a las informaciones que funcionarios de esa dependencia han recogido de fuentes fidedignas en el lugar donde los hechos se investigan.

Razones aducidas para el cambio de radicación

1ª El señor Director del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, por medio de oficio número 2390 de dos de junio del año en curso, solicita del Director del Departamento Jurídico del mismo Ministerio que proponga a la Corte Suprema el cambio de radicación antes mencionado, porque, en concepto de aquella dependencia, las circunstancias que rodean tales investigaciones, hacen temer por el éxito de ellas, como se desprende de los informes rendidos por el Visitador del Ministerio, doctor Rafael A. Osorio, el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali, el Juez 18 de Instrucción, a cuyo cargo se encuentra la investigación, y el apoderado de la parte civil en el mismo.

2ª El doctor Rafael A. Osorio R., Visitador del Ministerio de Justicia, comisionado para practicar una visita sobre el sumario o sumarios adelantados por el Juez 18 de Instrucción Criminal, en Cali, por los delitos de estafa y otros, cometidos en aquella y otras ciudades de la República, investigación conocida con la denominación de "Cadena de estafas de Choferes Piratas", en informe rendido al Ministerio de Justicia, el 25 de mayo del corriente año, sobre el cumplimiento de la misión a él encomendada, manifiesta que ha encontrado motivos que indican la conveniencia de cambiar la radicación del proceso, las que sintetiza así:

a) La muy justificada posibilidad de que el negocio sufra demoras en el Juzgado del conocimiento de Cali, de acuerdo con lo manifestado por el Fiscal 1º del Tribunal Superior de dicha ciudad, quien había declarado al Visitador sus temores de que aquella investigación, al igual que muchas otras, fuera demorada culpablemente en las oficinas judiciales de Cali, con grave perjuicio para la administración de justicia.

b) Algunos procederes un tanto incorrectos de abogados que intervienen en el proceso, de lo cual hay constancia en el expediente, tales como indiscreciones y deslealtades, que hacen temer por el normal e imparcial curso de la investigación.

c) De acuerdo con la manifestación del señor Juez instructor, su Secretario y el apoderado de la parte civil, dado que elementos del Cuerpo de Seguridad departamental, entre ellos el exJefe, señor Hernando Tascón Roldán, se encuentran complicados en los delitos investigados, es de temer que tal circunstancia se interponga a la feliz culminación del proceso, puesto que algunos de aquellos agentes fueron sospechos auxiliadores del Jefe de la Seguridad, hoy sindicado y detenido.

d) Existe el temor de que los nexos y conexiones del sindicado Hernando Tascón, puedan utilizarse para provocar el entorpecimiento de la investigación, interfiriéndola con la política, lo que crearía dificultades tanto a los juzgadores como a los que con ellos colaboran en el éxito de la misma.

e) La posibilidad de que se ejerza coacción moral sobre los testigos que en aquel negocio han declarado, para conseguir su retractación, por medio de amenazas de parte de los detenidos y sus amigos, de lo cual existe el antecedente del testigo Emilio González Escudero, quien fue agredido por el sindicado Luis Carlos González, en el mismo Despacho del investigador, cuando se practicaba una diligencia de careo entre los mismos.

f) Por último, el hecho de que tanto el funcionario investigador como sus colaboradores y aun el abogado de la parte civil, han sido amenazados por los sindicados, directa e indirectamente.

3ª El señor Juez 18 de Instrucción Criminal, en cuyas manos se encuentran las investigaciones de que se trata, en informe rendido al Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia, es de opinión que debe procederse al cambio de radicación del sumario por las dificultades de todo orden que para su eficaz culminación se han presentado. Entre ellas, el informante destaca las siguientes:

a) La coacción ejercida sobre los testigos, uno de los cuales fue atacado antes de rendir su declaración por un desconocido y, luego, nuevamente agredido en el recinto del Juzgado por uno de los sindicados, cuando se practicaba una diligencia de careo.

b) Una vez capturado el señor Hernando Tascón, Jefe del Detectivismo departamental, la situación de los investigadores se tornó difícil, pues los detectives, subalternos del señor Tascón, se dieron a la tarea de merodear la oficina del Juzgado, en tal forma que el investigador tuvo que pedir protección al Comando de la Policía, "comoquiera —dice el Juez informante— que la presencia de aquellos agentes sólo se explicaba para atemorizar a los testigos e informar a su antiguo jefe".

c) La manera un tanto inescrupulosa como algunos abogados, interesados en el negocio, ejercen la profesión. Al respecto, refiere el siguiente caso, de que da fe el mismo funcionario informante: "Y la víspera de mi venida de Cali, dice, después de haber entregado el sumario, estuve en la Cárcel del Distrito (esto fue el viernes 20 de mayo), y conversando con uno de los detenidos de nombre Ernesto Londoño Valencia, quien figura como uno de los principales acusadores de Tascón, me informó confidencialmente que el día anterior o en días anteriores, se le había ido a ofrecer quinientos pesos para que se retractara de su dicho —confesorio juramentado—; que le ofrecían además la libertad y que el doctor Isaías Hernán Ibarra, apoderado de Tascón, lo defendería".

4ª Por su parte, el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en oficio número 31, de fecha 2 de junio del presente año, dirigido al doctor Rafael A. Osorio, Visitador del Ministerio de Justicia, manifiesta la conveniencia de que el negocio penal denominado "De los choferés Piratas", sea cambiado de radicación y aduce las mismas razones que antes se han relacionado y agrega la de que, la propia seguridad personal del sindicado Hernando Tascón aconseja el cambio de radicación, pues que, "es obvio, que sus actuaciones como Jefe de la Seguridad del Valle, parciales a veces e imparciales otras, debieron granjearle enemigos en los subfondos sociales que visitan con frecuencia las cárceles del Departamento".

5ª Por último, coadyuva la solicitud de cambio de radicación del negocio en referencia, el abogado de la parte civil, quien en comunicación al Visitador del Ministerio de Justicia, de fecha 13 de mayo, puntualiza las razones que lo hacen creer en la conveniencia de que aquel sumario sea adelantado y resuelto en Distrito Judicial distinto del de Cali, así:

a) El recargo excesivo de trabajo en los Juzgados Superiores de Cali, lo que daría por resultado que transcurrirían 180 días, sin que se dictara auto de fondo, quedando entonces los sindicados detenidos, en libertad con el necesario descrédito de la justicia.

b) El peligro inminente que corren tanto el Juez como sus colaboradores, los testigos y los apoderados de la parte civil, de lo cual, como ya se dijo, existen constancias en el expediente.

c) La influencia política que puede surgir en la investigación, de lo cual hay indicios en el proceso.

d) El fundado temor que existe en los perjudicados con la infracción, constituídos en parte civil, de no poder cooperar al buen éxito de la investigación, pues el personal subalterno de seguridad, está en manos de amigos y beneficiados del sindicado Hernando Tascón, quienes en el su-

mario figuran como auxiliadores de su Jefe en la ejecución de los hechos delictuosos.

e) Por último, el rumor muy difundido en la ciudad de Cali por los abogados y allegados de los sindicados, de que una vez cumplida la comición del Juez Instructor, los últimos serán puestos en libertad, no porque el proceso lo permita sino por causas extrañas a la imparcial administración de justicia.

Para resolver se considera:

El cambio de radicación de un proceso penal, como excepción que es al principio general que gobierna la competencia por razón del territorio en donde el delito se consuma, debe condicionarse a especiales prescripciones, pues no pueden la arbitrariedad o el capricho ser factores que impongan la determinación de esa medida, sino "la conveniencia para la recta administración de justicia", como lo prescribe la ley.

Conforme a este único y exclusivo criterio es menester que aparezcan establecidas circunstancias excepcionales —como es también excepcional esa facultad privativa del Gobierno, previo concepto favorable de la Corte— para que en un determinado proceso se modifique la competencia de los Jueces territoriales, por otros que otorguen a la administración de justicia la máxima seguridad de que sus decisiones —cualesquiera que ellas sean— no representan otra cosa que la más auténtica y segura sujeción y conformidad a los mandatos del legislador.

Es manifiesto que la previsión del legislador, en orden a establecer esta excepción del principio general, no significa nada distinto que poner cuantos obstáculos sean previsibles a que un determinado caso **sub-judice** dé ocasión a que los preceptos inmutables de la justicia sufran menoscabo o se amengüen por condiciones especiales del ambiente en donde el proceso debe juzgarse o por las circunstancias anormales o inconvenientes en que se encuentren todos o algunos de los funcionarios que de una u otra manera hayan de intervenir en él.

La función asignada a los investigadores y Jueces se conjuga con el imperioso anhelo de que la delincuencia sea castigada y no prevalezca en las labores propias al esclarecimiento de los hechos, en la determinación de la responsabilidad y en el juzgamiento de la misma, criterio diferente al de encontrar la verdad, señalar al autor o autores de la infracción y fijar la sanción correspondiente a los transgresores de las leyes penales.

Cuando cualquiera de estas etapas sea susceptible de propiciar una alteración de las funciones a que los distintos organismos que las cumplen les asigna la ley, existe la oportunidad de que sean desembarazados los impedimentos o inconvenientes que dificultan la expresión de los principios en que se basa el orden jurídico y se elimine todo obstáculo en el logro del objetivo fundamental de la justicia, consistente, según la definición clásica, en otorgar o dar a cada uno lo que en derecho y por ley le corresponde.

Es indudable que las informaciones que sobre este proceso han expresado los funcionarios a cuyo cargo ha estado su investigación o que por uno u otro concepto les ha correspondido intervenir en calidad de comisionados para esclarecer las dificultades que se presentan en su total descubrimiento y señalamiento de las responsabilidades que de los hechos ilícitos investigados dimanan, y aun de los que tienen interés en la fijación de esas responsabilidades y en el consiguiente castigo de los que resulten culpables, permiten suponer un estado de cosas que no se compagina con los intereses de la justicia.

Sin que se dude de la ecuanimidad, rectitud e imparcialidad de los Jueces que por razón del territorio habrían de intervenir en el proceso, resulta indudable la conveniencia de sustraerlo de las condiciones ambientales en que se encuentra colocado, por obra de circunstancias ajenas, es de suponerse, al recto equilibrio y ecuanimidad de aquellos funcionarios.

La exigencia legal de la conveniencia para la recta administración de justicia está demostrada en este caso, siquiera sea por la prueba indirecta de que los distintos intereses en juego y la índole de la infracción pueden predisponer a que entren en la investigación y en la determinación de los responsables sentimientos que no se armonizan con la independencia e imparcialidad de los encargados de no hacer nugatorias ni írritas las normas que defienden a la sociedad contra las transgresiones de la ley.

Las razones anteriores son bastantes para que la Corte rinda concepto favorable al cambio de radicación del proceso conocido con el nombre de "Cadena de estafas de choferes piratas", con lo cual, aparte de producir los beneficios que para la justicia se han tenido en cuenta para esta decisión, se consigue, también, eliminar las posibles colisiones de competencias, que en virtud de la índole de los hechos, las circunstancias de su comisión y los diferentes lugares de su realización, pudiesen

presentarse, y que por estas mismas razones constituirían, seguramente, impedimentos que demorarían o retardarían, de modo excesivo, la oportuna culminación de este sensacional proceso penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, **emite concepto favorable** sobre el cambio de radicación del proceso a que se ha hecho referencia, radicado en la actualidad en el Distrito Judicial de Cali.

Cópiese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

LA ERRADA APRECIACION DE PRUEBAS ES MATERIA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION. — NULIDADES. — ERROR EN CUANTO A LA EPOCA EN QUE SE COMETIO EL DELITO Y ERROR EN CUANTO AL NOMBRE DEL OFENDIDO. — ESTOS ERRORES DEBEN ESTAR PLENAMENTE DEMOSTRADOS PARA QUE FUNDEN LA DECLARACION DE NULIDAD. — FUNDAMENTOS DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN PROCESO. — PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO DE HOMICIDIO

1.—La errada apreciación de determinadas pruebas, sea porque se les dio el valor que no tenían o porque no se les dio el que sí tenían, es materia propia de la segunda causal, no obstante que la consecuencia de tal apreciación implique violación de la ley penal; y como la Corte lo ha reafirmado invariablemente, dicha causal no es viable cuando la objeción pueda afectar el veredicto del jurado, objeción oportuna en las instancias y que, si comprobada, pudo haber fundado la declaración de veredicto contrario a la evidencia procesal, pero inoportuna en la casación que no es juicio sobre los hechos sino sobre el derecho.

2.—La competencia que tiene un Juez para conocer de un negocio determinado no se deriva de la adjudicación que se le hace en la distribución entre los varios Jueces de igual categoría de un circuito, sino de tener el carácter de Juez y de ser el Juez que, en virtud de las normas que rigen la ordenación de la competencia (materia y territorio), puede conocer de tal negocio.

Desde este punto de vista, cualquier Juez del Circuito Penal de Sogamoso, fuere el primero o el segundo, podía haber sido el Jefe de Instrucción del sumario contra Vargas y asumirla sin incurrir en anomalía sancionable con nulidad; la habría habido si ese Juez, primero o segundo, asumiendo funciones de Juez Superior, hubiera calificado la investigación y fallado el proceso, o si otro Juez, como el de Circuito de Tunja, hubiera asumido el carácter de Jefe de Instrucción del sumario por delito cometido en territorio del Juez de Sogamoso.

3.—El error relativo a la época en que se cometió el delito, y que la ley sanciona mediante nulidad del proceso, se refiere a un período de tiempo más o menos largo dentro del cual se realizó la infracción y cuya imprecisión o fijación equivocada pueden acarrear consecuencias perjudiciales a las partes y al procesado mismo, como las que se derivarían para el valor de determinadas pruebas o para la oportunidad de la prescripción o para la aplicación de la ley.

4.—El error sobre el nombre o apellido del ofendido, para que funde la declaración de nulidad, debe —como en el caso de error sobre la época del delito— haber sido plenamente demostrado.

5.—De conformidad con el artículo 457, norma del estatuto procesal aplicable a la segunda instancia del juicio, "en los procesos en que hubiere intervenido el Jurado, ni las partes podrán solicitar, ni el Juez decretar, sino aquellas pruebas que exclusivamente se refieran a la naturaleza y cuantía de los perjuicios civiles ocasionados con el delito", norma ésta fundada en la tesis de que en tales procesos el veredicto constituye la plena prueba del delito y de la responsabilidad, sin que el error en su calificación pueda subsanarse sino mediante la declaración de su contraevidencia con el proceso, que sólo pueden dar los falladores de instancia.

6.—La objeción de que, en la forma genérica adoptada por el Juez, se propusieron al jurado cuestiones de derecho para cuya decisión no es éste competente, no tiene cabida en el sistema procesal vigente, pues si es cierto que al jurado se presentan cuestiones de mero hecho, con éstas se involucran otras que pueden ser de derecho, pero cuya comprensión apenas si exige una discreta capacidad de raciocinio y un relativo conocimiento de los hechos de la vida, tales como si el procesado tuvo la intención o el propósito de dar muerte, o si la dio en virtud de carencia

de previsión, o si en el momento de ser provocado o agredido grave e injustamente, circunstancias éstas que, como lo anota el Procurador, "son del conocimiento general de las gentes y sobre las cuales puede aludirse en el cuestionario".

7.—El cuerpo del delito de homicidio se prueba por medios principales y por medios subsidiarios: entre los primeros, se mencionan las diligencias de levantamiento y reconocimiento del cadáver y, especialmente, el concepto de los médicos legistas como resultado de la autopsia, y entre los segundos, los testimonios, los indicios, la confesión y los demás medios que establece la ley; de modo que si faltan aquéllos, por las circunstancias en que se cometió, se suple con éstos; lo contrario equivaldría a la conclusión de que los homicidios no probados mediante el certificado notarial o parroquial o el dictamen médico-legal quedarían sin sanción por causa de la ineficacia de los medios restantes de prueba, lo que no es jurídico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno)

Vistos

Juan de Dios Vargas, de treinta y nueve años en la época del delito, recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa, del quince de julio del año pasado, por la cual fue condenado a quince años de presidio, por el delito de homicidio en su hermano Amadeo Vargas, cometido la noche del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en la población de Puebloviejo.

Formuló la demanda —con poder especial de Vargas— el abogado doctor Niño Benítez, quien impugnó la sentencia por dos motivos: primero, porque se dictó en juicio viciado de nulidad, y segundo, porque aplicó errónea e indebidamente la ley penal, motivos que el Procurador Delegado no considera eficaces para que el fallo se case.

Como ya se cumplieron las normas procesales que regulan este recurso, se procede a estudiarlo y decidirlo, con base en las tesis que expusieron el Procurador y el demandante.

I—El proceso contra Vargas

De acuerdo con las versiones acogidas por los falladores de instancia, entre los hermanos Juan de Dios y Amadeo Vargas, residentes en Puebloviejo, existía un mutuo resentimiento porque el primero ocupaba una casa de propiedad del segundo, que no quería entregarle. La noche del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, se encontraron aquéllos en el expendio de fermentadas del poblado, donde estuvieron ingiriendo chicha en asocio de su hermano Abraham, de Genoveva Ariza (esposa de Amadeo) y de otros parientes y amigos.

El reclamo que hizo Amadeo para que le entregara su casa encolerizó a Juan en forma tal, que retó a su hermano, y a pesar de la intervención conciliadora de Abraham que aconsejaba someter sus diferencias a la autoridad, salieron a la calle y allí, después de lanzarse mutuas injurias, Amadeo atacó a Juan con el cinturón, y ello hubiera tenido mayores consecuencias si Abraham, un policía y algún amigo no hubieran intervenido oportunamente.

Más tarde, todos se dirigieron a sus casas, entre ellos Amadeo y su esposa Genoveva, pero en el trayecto aquél se detuvo a satisfacer alguna necesidad fisiológica mientras, a instancias suyas, la compañera siguió adelante; momentos después ésta oyó tres disparos de revólver dirigidos contra Amadeo, y corriendo hacia él le halló caído; dos de los proyectiles, al penetrar el uno por el ángulo interno del ojo izquierdo y el otro por el brazo del mismo lado, destrozaron vasos tan importantes, que instantáneamente le sobrevino la muerte. Como autor del delito se señaló desde el principio a Juan de Dios Vargas, no solo por los antecedentes ya referidos, sino porque en el momento en que sonaron los disparos, Genoveva lo vio correr de detrás de su casa en dirección al coso.

Correspondió al Alcalde Municipal de Puebloviejo la iniciación del sumario, al Juez 2º del Circuito Penal de Sogamoso la investigación y al Juez 1º Superior de Santa Rosa el juzgamiento de Vargas, funcionario éste que dirigió el proceso hasta su terminación.

Como el recurso se funda en algunas actuaciones que el demandante considera constitutivas de vicios que acarrean nulidad, la Corte enumera en seguida aquéllas cuyo examen ha de hacerse adelante:

a) El auto de proceder de primer grado, del quince de junio de mil novecientos cuarenta y cin-

co, según el cual se llamó a Juan de Dios Vargas Bernal a responder en juicio criminal por el delito de homicidio en su legítimo hermano Amadeo la noche del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno", y en el cual auto también se reconocieron las circunstancias 1ª y 5ª del artículo 363 del Código Penal";

b) El auto de proceder de segundo grado, de seis de junio de mil novecientos cuarenta y seis, mediante el cual se confirmó el de primero;

c) Auto del diez de octubre del mismo año por el cual —a solicitud del defensor de Vargas— se ordenó adelantar el juicio, con la consecuencia de prescindir de la práctica de varias pruebas, entre ellas la de una inspección ocular;

d) La cuestión propuesta al jurado (contestada afirmativamente) sobre si Juan de Dios Vargas es responsable de haber dado muerte a su legítimo hermano Amadeo Vargas Bernal, a consecuencia de dos disparos de revólver, uno sobre el párpado inferior del ojo izquierdo, y otro en la cara anterior del brazo del mismo lado, los que determinaron una hemorragia, causándole a la víctima una anemia aguda, según hechos ocuridos en un lugar cercano a la casa de habitación del occiso en la población de Puebloviejo, en las últimas horas de la noche del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, y al ejecutarlo obró en alguna de las circunstancias que elevan el delito a la categoría de asesinato;

e) La sentencia de primer grado, del veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual con aplicación de los artículos 37 (3º y 6º) y 363 (1º del Código Penal, se impuso a Vargas la pena principal de diez y siete años de presidio,

f) Auto del doce de diciembre del mismo año por el cual, cuando se tramitaba la apelación contra la sentencia del Juez Superior, el Tribunal negó la apertura a pruebas solicitada por el defensor de Vargas;

g) Sentencia de segundo grado, del quince de julio del año pasado, por la cual se redujo a quince años la pena impuesta, y

h) Autos del veintitrés de agosto y tres de noviembre del año pasado, por los cuales el Tribunal concedió a la Corte admitió, respectivamente, el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado.

III—La demanda

El demandante invocó dos causales, en la forma textual que en seguida se transcribe:

a) "Alego —dice— que la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse proferido sobre un juicio viciado de nulidad, incurriendo por este aspecto en la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal", y

b) "Acuso la sentencia—dice—de ser violatoria de la ley penal, por errónea e indebida aplicación de la misma, lo que da lugar a la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

Los motivos de nulidad en que, según la demanda, se incurrió son —resumidos— los siguientes:

a) Incompetencia de jurisdicción, porque el Juez 2º del Circuito Penal de Sogamoso asumió el conocimiento del proceso, sin que se le hubiera repartido;

b) Error relativo a la época en que se cometió el delito, por cuanto a Vargas se le llamó a juicio por hechos ejecutados en las últimas horas de la noche del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, y como la noche comprende dos partes, una que corresponde a un determinado día y otra al inmediato que le sigue, y tanto el auto de proceder como la sentencia se refirieron a la totalidad de la noche, el delito fue cometido "ya al esclarecer la noche";

c) Error relativo al nombre del ofendido, por cuanto los falladores lo identificaron con el nombre de Amadeo solamente y en el certificado parroquial figura Clemente Amadeo, sin que aquéllos hubieran precisado el verdadero nombre del muerto;

d) Juzgamiento de Vargas, con violación del artículo 26 de lo Constitcción Nacional, por cuanto no se practicaron las pruebas que el defensor pidió tanto en el primero como en el segundo grado del juicio, y en el cuestionario se incluyeron temas de derecho que no corresponde al jurado, y

e) Juzgamiento de Vargas sin estar claramente comprobado el cuerpo del delito, como se deduce de la contradicción entre el certificado notarial sobre la época del a muerte del occiso y las afirmaciones hechas en los fallos del Juez y del Tribunal.

La violación de la ley penal la deduce el demandante de que aquéllos, en sus providencias aceptaron como probados los cargos que contra el acusado Vargas hicieron Genoveva Ariza, Antonio Mesa y Ana Delina Laverde y otros, ya que tales cargos no alcanzan a constituír sino un indicio y no la prueba legal para condenar, de modo que al darles el valor de aquélla, como se les dio, el Tribunal violó la ley penal.

III—Estudio del recurso

La Corte concreta su estudio a la causal cuarta, ya que los hechos señalados como fundamentos de la primera lo serían de la segunda y no de la invocada; en efecto, la errada apreciación de determinadas pruebas, sea porque se les dio el valor que no tenían o porque no se les dio el que sí tenían, es materia propia de la segunda causal, no obstante que la consecuencia de tal apreciación implique una violación de la ley penal; y, como la Corte lo ha reafirmado invariablemente, dicha causal no es viable cuando la objeción pueda afectar el veredicto del jurado, objeción oportuna en las instancias y que, si comprobada, pudo haber fundado la declaración de veredicto contrario a la evidencia procesal, pero inoportuna en la casación, que no es juicio sobre los hechos sino sobre el derecho.

Explicado por qué la Corte se abstiene de considerar la causal primera, se procede a examinar separadamente las irregularidades procesales que, según el demandante, exigen la sanción de la nulidad.

a) Incompetencia de jurisdicción

La irregularidad que el demandante señala como motivo de nulidad, no es la carencia de lo que los expositores denominan capacidad subjetiva en abstracto o sea el ser Juez en el concepto genérico, ni la de la capacidad subjetiva en concreto, o sea la de poder conocer de un determinado negocio, y que son las que se relacionan con la nulidad; la capacidad en concreto o competencia propiamente dicha que tiene un Juez para conocer de un negocio determinado, no se deriva de la adjudicación que se le hace en la distribución entre los varios Jueces de igual categoría de un Circuito, sino de tener el carácter de Juez y de ser el Juez que, en virtud de las normas que rigen la ordenación de la competencia (materia y territorio), puede conocer de tal negocio.

Desde este punto de vista, cualquier Juez del Circuito Penal de Sogamoso, fuere el primero o el segundo, podía haber sido el Jefe de Instrucción del sumario contra Vargas y asumirla sin incurrir en anomalía sancionable con nulidad; la habría habido si ese Juez, primero o segundo, asumiendo funciones de Juez Superior, hubiera calificado la investigación y fallado el proceso, o si otro Juez, como el de Circuito de Tunja, hubiera asumido el carácter de Jefe de instrucción del sumario por delito cometido en territorio del Juez de Sogamoso.

El no haber mencionado al Juez 2º Penal en la nota en que se dio cuenta del reparto de ese negocio, es apenas una omisión accidental que no induce, por lo tanto, a nulidad.

b) Error en cuanto a la época del delito

El error relativo a la época en que se cometió el delito, y que la ley sanciona mediante nulidad del proceso, se refiere a un período de tiempo más o menos largo dentro del cual se realizó la infracción y cuya imprecisión o fijación equivocada pueden acarrear consecuencias perjudiciales a las partes y al proceso mismo, como las que se derivarían para el valor de determinadas pruebas o para la oportunidad de la prescripción o para la aplicación de la ley.

La demostración plena del error —que es la base de la declaración de nulidad— no se hizo aquí; el demandante omitió decir en qué consistió, si en haber fijado como época del delito una distinta a la verdadera o si en una confusión de épocas, pues su razonamiento relativo al tiempo que implican las horas de la noche como parte del período que es el día, no demuestra error alguno. El auto de proceder, de conformidad con todos los datos del proceso, —señaló como tiempo o época del delito— las últimas horas de la noche del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, y no puede afirmarse que el ataque a Amadeo Vargas se cumplió en las primeras horas de la madrugada del día siguiente o en día o mes o año distintos, porque no existe base alguna para hacer semejante afirmación.

c) Error relativo al nombre de la víctima

El llamamiento a juicio y la condena por el homicidio en Amadeo Vargas, en vez de Clemente Amadeo Vargas, nombre que figura en el certificado parroquial, no es el error en el nombre o apellido del ofendido que sanciona la ley; no solo ninguna duda se ha suscitado acerca de la identidad de la víctima, sino que los certificados referentes al matrimonio de Moisés Vargas y Mercedes Bernal, padres de Juan de Dios y Amadeo y al nacimiento de éstos, la reafirman de modo inobjetable; el Clemente Amadeo Vargas Bernal, que figura en el certificado de nacimiento, es el Amadeo Vargas Bernal, a quien la noche del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno dio muerte su hermano legítimo Juan de Dios Vargas Bernal, y quien, como víctima del delito, se men-

ciona en el proceso, en el auto de enjuiciamiento y en la sentencia.

El error sobre el nombre o apellido del ofendido, para que funde la declaración de nulidad, debe —como en el caso de error sobre la época del delito— haber sido plenamente demostrado, lo que no se cumplió aquí.

d) Juzgamiento violatorio de la Constitución

De los dos motivos que presentó el demandante como violatorios de la Constitución —negativa a practicar las pruebas pedidas y extralimitación en el cuestionario propuesto al jurado— sólo al primero, por las repercuciones en el desarrollo y objeto del proceso, podría dársele el contenido de infracción constitucional, ya que el segundo, en el sistema vigente del cuestionario único, no tiene el mismo alcance ni las mismas consecuencias.

El demandante refiere dos casos de negativa de los falladores a practicar pruebas, uno durante el primer grado del juicio, y otro en el segundo grado, los que serán en seguida examinados.

El defensor —en uso de la facultad que confiere el artículo 282 del estatuto procesal penal— solicitó en el término legal la práctica de algunas pruebas, entre ellas una inspección ocular con la intervención del Fiscal, el procesado y algunos testigos, sin que el solicitante, como lo requiere la ley, hubiera precisado los puntos materia de la diligencia; ésta fue decretada, pero cumplido todo lo indispensable para su realización, entre ello el concepto del Tribunal (artículo 3º, decreto 405 de 1940), el defensor de Vargas solicitó se adelantara el juicio, lo que el Juez interpretó como desistimiento de la inspección ocular, y así se decretó con el asentimiento del mencionado defensor. No hubo, pues, la negativa a la práctica de pruebas objetada por el recurrente ni, por consiguiente, juzgamiento sin sumisión a las formas propias del juicio.

En el otro caso sí hubo —evidentemente— la negativa a la apertura de prueba, pero su base está provista de legalidad inobjetable, por cuanto —de conformidad con el artículo 547, norma del estatuto procesal aplicable a la segunda instancia del juicio— "en los procesos en que hubiera intervenido el jurado, ni las partes podrán solicitar, ni el Juez decretar, sino aquellas pruebas que exclusivamente se refieran a la naturaleza y cuantía de los perjuicios civiles ocasionados con el delito", norma ésta fundada en la tesis de que en tales procesos el veredicto constituye la plena prueba del delito y de la responsabilidad, sin que el error en su calificación pueda subsanarse sino mediante la declaración de su contraevidencia con el proceso, que solo pueden dar los falladores de instancia. Tampoco hubo aquí la infracción constitucional.

La pregunta al jurado de si Juan de Dios Vargas dio muerte a su hermano legítimo Amadeo Vargas "en alguna de las circunstancias que eleven el delito a categoría de asesinato", es irregular en su forma, pero ello no da origen ni fundamento a la nulidad constitucional alegada, como aquí se explica.

En el auto de proceder se determinan dos circunstancias constitutivas del homicidio agravado del artículo 363: el parentesco y la asechanza. "La muerte se consumó —dice el Juez al calificar el delito— en persona ligada al sujeto activo por vínculos de consanguinidad, un hermano, por motivos innobles según se deduce de los antecedentes de que dan cuenta los autos; con asechanza ya que el matador supo vigiar (sic) el lugar y la situación en que se colocó la víctima. Estas circunstancias, contenidas en los numerales 1º y 5º del artículo 363 del Código Penal, hacen que el homicidio se eleve sin duda a la categoría de asesinato". El Juez incluyó en el cuestionario la circunstancia específica referente al vínculo, y en vez de la referente a la asechanza como modalidad de la indefensión o de la inferioridad, que también ha debido incluírse según la ley (4ª de 1943, artículo 28), dio al jurado la facultad de decidir sobre las circunstancias del artículo 363 sin especificar las que se dedujeron en el auto de proceder o en el juicio, y en ello reside la anomalía.

La objeción de que, en la forma genérica adoptada por el Juez, se propusieron al jurado cuestiones de derecho para cuya decisión no es éste competente, no tiene cabida en el sistema procesal vigente, pues si es cierto que al jurado se presentan cuestiones de mero hecho, con éstas se involucran otras que pueden ser de derecho, pero cuya comprensión apenas si exige una discreta capacidad de raciocinio y un relativo conocimiento de los hechos comunes de la vida, tales como si el procesado tuvo la intención o el propósito de dar muerte, o si la dio en virtud de carencia de previsión, o si en el momento de ser provocado o agredido grave e injustamente, circunstancias éstas que, como lo anota el Procurador, "son del conocimiento general de las gentes y sobre las cuales puede aludirse en el cuestionario". La tacha de nulidad constitucional tampoco es aquí operante.

e) Error en el certificado de defunción

Del error cometido en la expedición de la copia del certificado notarial —en el cual se dice equivocadamente que Amadeo murió el tres y no el treinta de octubre— así como de la discrepancia entre el certificado de bautismo y el auto de proceder sobre el nombre del procesado y del presunto error sobre la época del delito, deduce el demandante que no se ha comprobado el cuerpo del delito.

Acreditado, mediante declaración del Notario, que el error anotado por el recurrente se cometió en la copia y no en el Libro de Registro de Defunciones, en el que se registró la muerte de Amadeo Vargas como sucedida el treinta de octubre, y reafirmada la tesis de que la apreciación de la prueba del delito materia de la segunda causal no es viable en este proceso por causa de la intervención del jurado, la Corte considerai ndispensable hacer referencia a la doctrina relativa al tema propuesto en la demanda.

El cuerpo del delito de homicidio se prueba por medios principales y por medios subsidiarios: entre los primeros, se mencionan las diligencias de levantamiento y reconocimiento del cadáver y, especialmente, el concepto de los Médicos Legistas como resultado de la autopsia, y entre los segundos, los testimonios, los indicios, la confesión y los demás medios que establece la ley; de modo que si faltan aquéllos, por las circunstancias en que se cometió, se suple con éstos; lo contrario llevaría a la conclusión de que los homicidios no probados mediante el certificado notarial o parroquial o el dictamen médico-legal quedarían sin sanción por causa de la ineficacia de los medios restantes de prueba, lo que no es jurídico.

IV—Decisión del recurso

Del anterior estudio se deduce que las irregularidades anotadas por el demandante no tienen el carácter de vicios sancionables mediante la nulidad, y que la sentencia impugnada por tales motivos no debe invalidarse.

A idéntica conclusión llegó el Procurador Delegado en lo Penal, cuyo concepto tuvo en cuenta la Corte en el estudio de este recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa, del quince de julio del año pasado, por la cual condenó a Juan de Dios Vargas Bernal a la pena principal de quince años de presidio, por el delito de homicidio en la persona de su hermano legítimo Amadeo Vargas Bernal, cometido en las últimas horas de la noche del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en una de las calles de la población de Puebloviejo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — DE LITOS DE ESTAFA Y DE ABUSO DE CONFIANZA. — ELE MENTOS DEL PRIMERO

El delito de estafa se caracteriza por la concurrencia de estos tres elementos: a) Empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error; b) Lesión de un bien patrimonial; y c) Obtención de un provecho ilícito en favor del agente del delito.

En cuanto al primer elemento —empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error— la Corte ha sentado la siguiente doctrina, que por su claridad permite dilucidar el punto que ahora se encuentra a su estudio:

"El engaño, que consiste en inducir a una persona a creer o tener por verdadero lo que no es cierto, valiéndose de palabras o de hechos fingidos, configurando en esta forma una mentira con la idea de una aparente realidad, debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir en error a la víctima del delito; es decir, que la voluntad y el consentimiento del inducido no ofrezca duda alguna de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual pueda reportar algún beneficio, bien sea éste de orden material, intelectual o moral.

"El error —dice la Procuraduría— es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y tratándose de la estafa, el error debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincuente. El error debe, por lo tanto, consistir aquí en un juicio falso suscitado por el ardid y no en la sola creencia equivacada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado.

"El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento en los actos jurídicos. No hay en esto una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal, sino la más completa equivalencia. Igual cosa sucede con el fenómeno del dolo: no hay dolo civil ni dolo penal; simplemente el dolo es uno, lo mismo que el error. Lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no cualidad.

"Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece". (Gaceta Judicial, número 2066, página 82).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre)

Vistos

Corresponde a esta Sala de la Corte dirimir de plano la colisión de competencias que ha surgido entre el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pereira y el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Manizales, en relación con el conocimiento del proceso que, por abuso de confianza, se adelanta contra Alfredo Hernández y otros.

La competencia de la Corte se desprende de lo dispuesto en los artículos 42 —ordinal 4º— y 67 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

En los primeros días del mes de junio del año próximo pasado, Alfredo Hernández, quien se encontraba en la ciudad de Pereira, tomó el camión marca "Chevrolet", con placa número 2394, y en compañía del muchacho Luis Alberto Londoño (a. Chico), se dirigió a la ciudad de Manizales con el objeto de conseguir carga para transportar a Cali o Buenaventura.

En la ciudad de Manizales, Hernández se presentó a la oficina de las Compañías Unidas de Transportes que funciona en dicha ciudad, a cargo del

señor Miguel Ángel Gómez, en solicitud de carga para transportar, manifestando ser chofer patentado con el número 260 de Pereira, con cédula número 3431474 de la misma ciudad y conductor del camión número 2394 de Caldas, de propiedad del señor Ramón Marín, residente en la ciudad de Armenia. El señor Gómez, Jefe de Exportación de Compañías Unidas de Transportes, una vez que se hubo cerciorado de la identidad del chofer Alfredo Hernández, quien fue presentado al Gerente de las Compañías Unidas, señor Alfonso Jaramillo Uribe, y de tener a la vista los papeles presentados por Hernández, contrató con éste el acarreo de cuarenta y cinco bultos de café excelso, que se encontraba en la trilladora "La Guardiola" en Santa Rosa de Cabal, para que fueran transportados a Buenaventura y entregados en esta ciudad a la oficina de Compañías Unidas de Transportes allí existente. Celebrado el contrato se le extendió a Hernández la Carta de Porte número 1210, con la cual Hernández se presentó a la trilladora "La Guardiola" de Santa Rosa de Cabal, y de allí retiró los cuarenta y cinco bultos de café que debía —según el contrato de transporte celebrado— entregarlos en Buenaventura a la Oficina de las Compañías Unidas. El cargamento de café fue llevado por Hernández a la ciudad de Pereira en donde, resolvió no transportarlo a Buenaventura, sino venderlo y apropiarse el dinero producto de la venta, cuestión que hizo en compañía —al parecer— de otros individuos.

La colisión

Iniciada la investigación en la Inspección de Permanencia de Pereira, en donde el denuncio fue presentado, pasó el proceso para su conocimiento al señor Juez Superior de dicha ciudad. Este juzgado por autos de 21 de septiembre del año próximo pasado y 14 de mayo del presente, dispuso remitir el negocio al Juzgado Superior de Manizales, por considerar que es a este Juzgado a quien corresponde conocer del proceso, por razón de competencia, y para el caso de que no aceptara las razones en que se funda, le provoca competencia negativa.

El Juzgado 2º Superior de Manizales —a quien correspondió en reparto el negocio— no aceptó las razones dadas por el Juez Superior de Pereira, y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, dispuso —por auto de 30 de mayo pasado— el envío del proceso a la Corte en donde debe resolverse de plano la colisión.

Considera el señor Juez Superior de Pereira que en el presente caso se trata de un delito de estafa que tuvo su consumación en las ciudades de Manizales y Santa Rosa de Cabal y que, por tanto, no es competente para conocer del proceso, por razón al territorio donde el ilícito tuvo su ocurrencia, siendo el Juez Superior de Manizales a quien corresponde el conocimiento.

"Estima el Juzgado —dice el Juez Superior de Pereira— que el señor Alfredo Hernández, al decir al Gerente de Unidas de Transportes, en Manizales, que el camión que manejaba pertenecía al señor Ramón Marín, vecino de Armenia, y que su pase de chofer era el número 260 expedido en Pereira, dos cuestiones completamente falsas, no hacía otra cosa que inducir en error, por medio de engaños, al citado Gerente, bien para que se hiciera factible la autorización de entrega de una mercancía que jamás llegaría a su destino, ora para tratar de entorpecer posteriormente el curso de la investigación, pues que si se pregunta quién era el portador del pase 260 necesariamente se daría un nombre distinto al del sindicado Hernández, y apareciendo como dueño del vehículo un desconocido, más difícil se haría el esclarecimiento del ilícito".

Concluye —el Juez de Pereira— afirmando que aquí se trata de un delito de estafa y no de un abuso de confianza —caso en el cual sí sería competente para conocer— y que el ilícito tuvo su consumación legal en Manizales y Santa Rosa de Cabal. "En la primera ciudad —dice el Juez—, porque ahí fue donde se indujo en error a la persona que autorizó la entrega de la carga, y entregó para ello el comprobante que facilitara tal entrega; y en la segunda, porque precisamente fue ahí donde se recibió el cargamento de café, para ser llevado a Buenaventura".

Por su parte, el Juez 2º Superior de Manizales, considera que no se trata de un delito de estafa, sino de un abuso de confianza, que tuvo su culminación en la ciudad de Pereira, ciudad ésta en donde se apropiaron indebidamente los cuarenta y cinco bultos de café que se habían entregado a título no traslaticio de dominio.

El señor Juez Superior de Manizales sintetiza sus puntos de vista de la siguiente manera:

"Hernández, bien independiente o bien obrando de acuerdo con Robledo y compañeros, contrató con el Gerente de Unidas de Transportes de esta ciudad la llevada de cuarenta y cinco bultos de café al puerto de Buenaventura. El café se encontraba en la trilladora "La Guardiola" de Santa

Rosa de Cabal y al presentar la correspondiente carta de porte, en tal lugar le fue entregado el cargamento a Hernández. Hernández salió hacia Pereira y allí entró en conversaciones con Robledo y Martínez y lo cierto fue que el café fue vendido en tal ciudad.

"Así las cosas, salta a la vista que la infracción que cometió Hernández fue la de abuso de confianza a la luz de lo estatuído en el artículo 412 del Código Penal que dice así:

"El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio, incurrirá....".

"A propósito a Hernández le fue entregado el café —cosa mueble ajena— para que lo transportara a Buenaventura y allá lo pusiera en manos de Unidas de Transportes —esto es, le fue confiado por un título no traslaticio de dominio— pero resulta que en Pereira resolvió no cumplir lo convenido y en cambio optó por disponer del cargamento, en provecho suyo o de un tercero o terceros.

"Así, elementalmente planteadas las cosas, brilla el abuso de confianza. Abusó de la confianza en él depositada por Unidas de Transportes.

"Y entonces es obvio que fue en Pereira donde se consumó el delito de abuso de confianza y porque fue allí donde el agente exteriorizó su voluntad delictuosa y precisamente "en el momento en que el proceso volitivo se exteriorizó en el acto básico de la apropiación que es lo que constituye el delito", para usar una expresión de la H. Corte Suprema de Justicia".

Se considera:

El delito de estafa se caracteriza por la concurrencia de estos tres elementos: a) Empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error; b) Lesión de un bien patrimonial; y c) Obtención de un provecho ilícito en favor del agente del delito.

En cuanto al primer elemento —empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error— la Corte ha sentado la siguiente doctrina que por su claridad permite dilucidar el punto que ahora se encuentra a su estudio:

"El engaño —dice la Corte— que consiste en inducir a una persona a creer o tener por verdadero lo que no es cierto, valiéndose de palabras o de hechos fingidos, configurando en esta forma una mentira con la idea de una aparente realidad, debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir en error a la víctima del delito; es decir, que la voluntad y el consentimiento del inducido no ofrezca duda alguna de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual pueda reportar algún beneficio, bien sea éste de orden material, intelectual o moral.

"El error —dice la Procuraduría— es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y tratándose de la estafa, el error debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincuente. El error debe, por lo tanto, consistir aquí en un juicio falso suscitado por el ardid, y no en la sola creencia equivocada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado.

"El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento en los actos jurídicos. No hay en esto una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal sino la más completa equivalencia. Igual cosa sucede con el fenómeno del dolo: no hay dolo civil ni dolo penal; simplemente el dolo es uno, lo mismo que el error. Lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no cualidad.

"Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece". (**Gaceta Judicial** número 2066, página 82).

En el caso de estudio por parte alguna aparece que las mentiras aducidas por el procesado Alfredo Hernández al presentarse éste, en las oficinas de las Compañías Unidas de Transportes, que funcionan en la ciudad de Manizales, en busca de carga para transportar, hubieran sido de tal entidad que debido a ellas, hubiesen determinado a las Compañías a entregar la carga que el sindicado solicitaba.

Evidentemente, el procesado Hernández, manifestó al señor Miguel Angel Gómez, Jefe de Exportación de Compañías Unidas, y con quien celebró el contrato de transporte de los cuarenta y cinco bultos de café, que el dueño del camión en donde iba a hacer el transporte, era un señor de nombre Ramón Marín, residente en Armenia. Hecho este falso puesto que el verdadero dueño del automotor era el señor Pedro Martínez. Pero este hecho no influyó absolutamente en nada para que

se celebrara el contrato de transporte y se entregaran las mercancías, ya que ni el señor Gerente, ni el Jefe de Exportación de Compañías Unidas, conócían siquiera al señor Ramón Marín, ni tenían datos sobre quién fuera dicho sujeto. De tal suerte que bien había podido el procesado Hernández dar otro nombre distinto, como propietario del camión, y el contrato siempre se habría celebrado, ya que éste no se celebró teniendo en cuenta la persona de Ramón Marín a quien, como ya se dijo, ni siquiera lo conocían personal o comercialmente, los representantes de la compañía contratista.

Esto lo ponen de manifiesto en sus declaraciones, tanto el señor Gerente como el Jefe de Exportación de las Compañías Unidas de Manizales, al expresar lo que a continuación se transcribe:

"El suscrito —dice el Gerente, señor Alfonso Jaramillo Uribe— no conocía al procesado Alfredo Hernández y entiendo que éste tampoco era conocido de ninguno de los empleados de la oficina de Manizales.... Tampoco conoce el suscrito al señor Ramón Marín de la población de Armenia, pero es claro que la circunstancia de citar a una persona con nombre y apellido y dirección, influyó para la entrega del café al sindicado Hernández".

Y el señor Miguel Angel Gómez, Jefe de Exportación y con quien se entendió directamente Hernández para el contrato de transporte, dice:

"Yo no conocía personalmente al individuo de nombre Alfredo Hernández, pero de acuerdo con los papeles que mostró se le entregó el viaje. Tampoco conocí ni conozco al señor Ramón Marín, residente en la ciudad de Armenia, pero el sindicado Alfredo Hernández manifestó que era de propiedad (el camión) del señor Ramón Marín y naturalmente con este dato y los papeles que enseñó se le la carga. Además, dejo constancia que los datos recibidos en la oficina de la Compañía de Transportes, sirvieron para capturar al chofer y el camión a que nos hemos referido, aunque la carga sí se ha quedado perdida. Dejo constancia que efectivamente yo fui quien en mi calidad de Jefe de Exportación de Compañías Unidas de Transportes de esta ciudad, hizo todos los papeles referentes al despacho de los cuarenta y cinco bultos de café con el chofer Hernández, pero previa la anuencia del señor Gerente de dicha Compañía como era lo indicado en esos (sic). Dejo constancia además que los datos dados por Hernández eran verídicos en cuanto a los papeles de identificación, motivo por el cual fue posible su captura, pero en cuanto al dueño del vehículo sí era mentirosa".

Las anteriores declaraciones de los individuos que precisamente, como representantes de las Compañías Unidas de Transportes, contrataron con el procesado Hernández el acarreo de los bultos de café a Buenaventura, y le extendieron la Carta de Porte para que le fuera entregada la mercancía en la trilladora "La Guardiola" de Santa Rosa, están indicando que para la celebración del contrato solamente les interesó identificar debidamente al chofer Hernández, quien presentó su cédula de ciudadanía y otros papeles de identificación, documentos que sirvieron, posteriormente, para la captura del procesado, como lo dice el Jefe de Transportes. El hecho de que Hernández hubiera dado el nombre de Ramón Marín, como el dueño del camión, en nada influyó para decidir a los representantes de la Compañía a celebrar el contrato de transporte, pues, ni siquiera conocían al señor Marín; y bien había podido dar Hernández otro nombre o decir que él era el propietario del camión, y el contrato y consiguiente entrega de las mercancías habría tenido su cumplimiento, ya que los representantes de la Compañía se atuvieron a la buena fe del conductor Hernández, sin importarles averiguar, por otros medios, si lo afirmado por dicho sujeto era en realidad verdadero. Así lo da a entender claramente el señor Miguel Angel Gómez, quien —como ya se dijo— fue la persona que contratara directamente con Hernández el transporte del café, al decir en su declaración lo siguiente:

"En muchos casos se conoce al propietario del vehículo que puede muchas veces ser el chofer que conduce y otras de otra persona que se encuentra fuera de la ciudad o no es conocida, naturalmente que en la Empresa se le pregunta por el nombre del dueño del vehículo y uno hace fe en lo que el chofer dice".

De tal suerte que el hecho de que el procesado Hernández hubiera mentido al decir que el dueño del camión era Ramón Marín, no puede considerarse como un artificio o engaño de tal entidad que sin él no se hubiera celebrado el contrato de transporte que dio como resultado la apropiación indebida de las mercancías que se habían entregado a título no traslaticio de dominio.

El hecho de que el chofer hubiera manifestado en la empresa que el camión estaba afiliado a "Transportes Jiménez" de la ciudad de Manizales, sin estarlo, tampoco influyó para determinar a los representantes de Compañías Unidas a la celebra-

ción del contrato, pues el Jefe de Exportación señor Gómez Gómez, dice al respecto lo siguiente:

"No recuerdo con precisión si el camión que conducía Hernández estaría o no afiliado a Transportes Jiménez de esta ciudad, seguro que sí, pero no puedo (sic) con precisión".

Si quien celebró el contrato no recuerda si el camión estaba o no afiliado a determinada empresa, es circunstancia indicativa de que para nada se tuvo en consideración el hecho de que el camión estuviera o no afiliado, ya que si tal requisito hubiera sido claramente exigido, es obvio que no se habría borrado de la memoria del individuo que celebró con Hernández el contrato de transporte de que se ha hablado.

Según lo expuesto por el señor Gerente de Compañías Unidas de Transportes, las exigencias de la compañía para proceder a dar carga a un conductor, se cumplieron en el caso de que trata este proceso. Así se desprende de las siguientes afirmaciones del Gerente:

"Las exigencias mínimas de la Compañía, para proceder a dar carga a cualquier conductor son: exigencia del pase y retención de éste hasta tanto se termina la planilla, para confrontación de la firma; existencia de la cédula y presentación de la misma; nombre del dueño del vehículo, que generalmente suministra el conductor porque no todos los vehículos que cargan en una agencia, pertenecen a personas conocidas en la misma localidad y finalmente, nombre de la empresa a la cual aparece asociado el vehículo, lo que generalmente hay que aceptar con el dicho del chofer a causa de que puede decirse que ninguno de ellos porta los documentos que las empresas deben dar a sus asociados. Estos requisitos —dice el Gerente— se cumplieron estrictamente en el caso del chofer Alfredo Hernández; y ello está plenamente comprobado toda vez que con los datos de identificación de la remesa se pudo conseguir la captura....".

De tal suerte, que, si como lo dice el propio Gerente, se cumplieron con el chofer Hernández, para la entrega de la carga, todos los requisitos que la empresa requiere para esa clase de operaciones, requisitos ciertos y evidentes que sirvieron para determinar al procesado y obtener su captura, no se ve por parte alguna estructurado el delito de estafa, que requiere, para su cumplimiento, el error producido por el empleo de artificio o engaño, ya que el error es lo que influye de manera directa sobre el ánimo de la víctima para verificar la entrega de la cosa que persigue el agente de la infracción. En otros términos, la entrega no se hizo por virtud de los artificios o engaños del sindicado.

Descartado el delito de estafa, por las razones antes puntualizadas, queda jurídicamente estructurado el delito de abuso de confianza que se tipifica en el hecho de que el agente del delito se "apropie en provecho suyo o de un tercero, una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio".

En efecto, en este proceso se halla establecido que las Compañías Unidas de Transportes, residentes en Manizales, entregaron a Alfredo Hernández, para que los transportara a Buenaventura y allá los pusiera a órdenes de "Unidas de Transportes" cuarenta y cinco bultos de café que el procesado recibió, pero el café no fue entregado a su destinatario, sino que, en la ciudad de Pereira fue vendido y repartido el dinero producto de la venta, entre el procesado y otras personas. Es decir, que el sindicado recibió una cosa mueble ajena, a título no traslaticio de dominio, pero en Pereira resolvió no cumplir con lo convenido y en cambio optó por apropiarse dicha cosa en provecho suyo y de terceros.

Así las cosas, no hay necesidad de gran esfuerzo dialéctico para llegar a la conclusión de que fue en la ciudad de Pereira en donde el delito tuvo su plena consumación, pues, fue en dicha ciudad donde el agente activo del delito exteriorizó su voluntad delictuosa, en forma precisa y clara, como se desprende del hecho de haber vendido —en dicha ciudad— la mercancía recibida en las condiciones conocidas, para ser entregada en Buenaventura. No importa que la posible ideación del abuso, la hubiera tenido el sindicado, en el momento en que surgió la convención del negocio, esto es, en la ciudad de Manizales. El perfeccionamiento del contrato se realizó en Santa Rosa de Cabal, ahí se efectuó la entrega de las mercancías y de ahí siguió el sindicado a Pereira, donde, como ya se dijo, se reveló la intención delictuosa del procesado, claramente exteriorizada con la apropiación y venta de la cosa mueble que le había sido entregada a título no traslaticio de dominio.

De consiguiente, es necesario aceptar que los actos externos en los cuales se puede apreciar la estructuración del delito de abuso de confianza que

se investiga, tuvieron lugar en la ciudad de Pereira de la jurisdicción del Tribunal Superior de la misma ciudad, y por lo cual este a este Distrito Judicial al que corresponde el conocimiento del negocio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias suscitada entre los Jueces Superiores de Manizales y de Pereira, en el sentido de definir que es al Juzgado Superior de Pereira y Distrito de la misma ciudad, al que corresponde el conocimiento del presente negocio, que debe remitírsele, dando cuenta previamente al Juzgado 2º Superior de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

CUESTIONARIOS AL JURADO—NATURALEZA JURIDICA DE LA PROVIDENCIA QUE DECLARA EL VEREDICTO CONTRARIO A LA EVIDENCIA DE LOS HECHOS. — NOTIFICACION DE LA MISMA PROVIDENCIA. — NULIDADES. — CARACTERISTICAS FORMALES DE LA SENTENCIA

1.—En el sistema del cuestionario único que, por mandato de la Ley 4ª de 1943 (artículo 28), regía en la época en que este juicio se realizaba, el Juez, evidentemente, debía determinar, al formularlo, "el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darle denominación jurídica", mandato que, según el demandante, aquí no se cumplió; y no podía cumplirse —razona la Corte— porque la circunstancia de la riña imprevista no fue mencionada en los autos de calificación, ni durante el juicio se intentó probarla, de modo que su inclusión en el cuestionario habría constituído infracción a las normas que rigen los juicios por jurado; y tan extraña es en este proceso la mencionada circunstancia, que en las audiencias el defensor no hizo alusión alguna, en atención —seguramente— a la calificación del delito en los autos de proceder, en los cuales los falladores de instancias afirmaron, expresa y categóricamente, que el homicidio aquí juzgado es apenas un homicidio intencional sin atenuación.

2.—La cuestión relativa al carácter formal del auto que declara el veredicto contrario a los hechos probados, y la relativa al sistema de su notificación, no afectan los presupuestos esenciales de dicha providencia ni menos del proceso: se trata de un típico auto interlocutorio que si dictado en segundo grado —como en el caso— sustituye una sentencia, sea que expresamente la revoque, sea que sólo ordene la convocatoria de nuevo jurado para que juzgue al procesado sin contravenir la verdad del proceso: su notificación, conforme a la ley, se hace mediante el sistema de estado, sin que el del edicto, aquí irregularmente adoptado, modifique el carácter jurídico del auto, con tanto mayor razón que la notificación se hizo personalmente al Fiscal y al defensor, aquí únicas partes del proceso ,y sin que la del edicto, en vez de estado, configure nulidad alguna constitucional ni legal, ya que tales sistemas, en el proceso penal, son subsidiarios del personal, què fue el de preferencia aquí adoptado.

3.—Sin que la sentencia, en su forma y contenido se haya ajustado estrictamente a las condiciones que fijó la norma del artículo 159 del C. de P. P., puede afirmarse que no se omitió ninguna de las cuestiones esenciales que la integran; en su primera parte, se hace una narración en cuanto al delito, sus orígenes y modalidades con referencia a la prueba testimonial y pericial, a los antecedentes del procesado, y en la otra, se ratifica el valor de la prueba sobre el delito y la responsabilidad (que son los hechos principales que los juzgadores consideran probados), y la aplicación de la pena (artículo 362) en consideración al veredicto y a la inexistencia de peligrosidad imputables a González; no se incurrió, por lo tanto, en una de aquellas omisiones que se pueden objetar ante la Corte, porque constituyan parte esencial del fallo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Carlos González o Sánchez (de veinte años en la época del delito, latonero y músico de profesión), recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, del cuatro de septiembre del año pasado, que le impuso la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio en Reinaldo Hoyos, cometido en la madrugada del treinta de junio de mil novecientos cua-

renta y seis, en la población del Líbano.

Formulada oportunamente la demanda por medio de apoderado, y obtenido el concepto adverso del Procurador Delegado, la Corte estudia y decide el recurso en el presente fallo, no sin antes resumir los actos y providencias a que se refiere la demanda.

I. — El proceso contra González

El choque entre González (agresor) y Hoyos (agredido) tuvo su origen en un incidente baladí. La noche del veintinueve al treinta de junio del año mencionado se celebraba una fiesta en la cantina de Rosa Molina, población de Líbano, y cuando Hernán Avendaño y Fanny García bailalan, ésta involuntariamente pisó a González, quien —en una reacción repentina— se empeñó con Avendaño en una riña a puñetazos a la cual fin puso el Agente José Joaquín Villa; en ese momento llegó Hoyos y, diciendo que Avendaño era su patrón, se retiró con él, pero luego se separaron no sin que Hoyos aconsejara a Avendaño se cuidara de González porque era muy peligroso.

Más tarde, al encontrarse de nuevo González y Avendaño y cuando éste —en cumplimiento al anterior consejo— decía a aquél que el incidente habido entre los dos no debía turbar su amistad, improvisadamente se presentó Hoyos, lo que fue interpretado por González como un asechanza de aquéllos para agredirlo, como se deduce de las injuriosas frases que les dirigió: ("Es que estos hijos de madre me van a hacer gavilla") y del ataque, con un arma corto-punzante que sacó de entre el pantalón y el pantaloncillo, primero a Avendaño e inmediatamente después a Hoyos en el acto de interceder en favor de su amigo, y quien —por causa de la herida que le afectó el lóbulo superior del pulmón izquierdo— murió una hora después.

Como el demandante impugna la sentencia por violación tanto de la ley penal material como de la penal formal, es indispensable sintetizar previamente, a modo de puntos de partida del estudio, las providencias y actos procesales en los que el actor localiza tales violaciones; son ellos los siguientes:

a) El auto de proceder de primer grado, del nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, mediante el cual el Juez 1º Superior de Ibagué abrió juicio criminal contra Carlos González o Sánchez por el delito de homicidio en Reinaldo Hoyos, "homicidio en referencia —dice el auto— que no puede traspasar los límites del simplemente voluntario, o sea, ejecutado con el propósito o intención de matar";

b) El auto de proceder de segundo grado, del quince de octubre del mismo año, que confirma el de primero, con la explicación de que "trátase de un homicidio simplemente intencional sin modalidades que lo atenúen";

c) Sentencia del Juzgado, del diez de abril del año siguiente, por la cual, con base en el veredicto del jurado, que contestó negativamente el cuestionario, absolvió al procesado;

d) Auto del Tribunal, del día veinticuatro de los mismos mes y año, por el cual "revoca el fallo consultado y en su lugar declara contrario a la evidencia de los hechos el veredicto emitido en este proceso el día veintiseis de marzo del año en curso, y en consecuencia dispone que por el señor Juez de la causa se convoque un nuevo jurado para juzgar a Carlos González o Sánchez; y

e) Sentencia del Juez y del Tribunal del tres de mayo y cuatro de septiembre del año pasado, respectivamente, por las cuales —con aplicación del artículo 362 del Código Penal— se le impuso la pena de ocho años de presidio.

II. — La demanda

El demandante propone las causales segunda, cuarta y quinta de casación y que funda, más o menos, en los siguientes términos:

La segunda, en que no obstante estar acreditada en el proceso la circunstancia de la riña imprevista, y reconocida tanto en el auto de proceder de primero como de segundo grado, no fue propuesta al jurado.

La cuarta, en que la declaración hecha ilegalmente de que el veredicto es contraevidente, produce una nulidad por exceder y contravenir las garantías constitucionales del juicio, o en que esa declaración vicia de ilegalidad la sentencia posterior por interpretación errónea o indebida de la ley penal, ya que la sentencia es la consecuencia lógica de la declaración de un veredicto contraevidente que no lo es.

La quinta, en que en la sentencia en forma alguna se expresan clara y terminantemente los hechos que se consideraron probados, se halla redactada en forma impersonal, abstracta y vaga contraria al artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, y se omitieron la presanidad de

Reinaldo Hoyos (elemento integrante del cuerpo del delito de homicidio), la personalidad y circunstancias de mayor o menor peligrosidad del procesado, los fundamentos de la imposición de pena en vez de medida de seguridad, las conclusiones definitivas de la defensa, y, lo que es más importante, la expresa declaración de los hechos que se consideran probados.

El Procurador Delegado, en su respuesta a la demanda, se opone a que se case la sentencia, por cuanto los fundamentos de las causales invocadas en el caso de la cuarta y de la quinta no se probaron, y la segunda no es pertinente cuando mediante ella se afecta el veredicto del Jurado.

III. — Estudio del recurso

Las objeciones hechas a la sentencia y que, según el demandante, corresponden a las causales invocadas, se concretan a que el Juez no incluyó en el cuestionario propuesto al jurado la circunstancia de la riña imprevista, a que declaró contraevidente —sin serlo— el veredicto del jurado y de esa providencia se hizo la notificación en forma ilegal, y, finalmente, en la sentencia no se expresaron con claridad los hechos que el Juez consideró probados.

Separadamente se examina estas objeciones en relación con la ley y la doctrina de la Corte.

a) La omisión en el cuestionario

En el sistema del cuestionario único que, por mandato de la Ley 4ª de 1943 (artículo 28), regía en la época en que este juicio se realizaba, el Juez, evidentemente, debía determinar, al formularlo, "el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darle denominación jurídica", mandato que, según el demandante, aquí no se cumplió; y no podía cumplirse —razona la Corte— porque la circunstancia de la riña imprevista no fue mencionada en los autos de calificación, ni durante el juicio se intentó probarla, de modo que su inclusión en el cuestionario habría constituído infracción a las normas que rigen los juicios por jurado; y tan extraña es en este proceso la mencionada circunstancia, que en las audiencias el defensor no hizo alusión alguna, en atención —seguramente— a la calificación del delito en los autos de proceder, en los cuales los falladores de instancia afirmaron, expresa y categóricamente, que el homicidio aquí juzgado es apenas un homicidio intencional sin atenuación alguna, de acuerdo con las transcripciones hechas en la sección precedente.

b) La nulidad del proceso

El demandante no ha planteado aquí, con la precisión indispensable para poder hacer un estudio de fondo, ningún motivo de nulidad, sino que apenas esboza una conjetura en relación con la influencia que la declaración del veredicto contraevidente, por no serlo en realidad, pudo haber tenido en la sentencia; en cambio, dirigió todos sus razonamientos al contenido jurídico y filosófico del concepto de evidencia, no operante aquí, por cuanto ello (de acuerdo con la doctrina), sólo es materia de posible controversia en las instancias, etapa procesal en que se analizan y aprecian los hechos, no en casación, en que el debate es de puro derecho.

La objeción relativa al carácter formal del auto que declara el veredicto contrario a los hechos probados, y la relativa al sistema de su notificación, no afectan los presupuestos esenciales de dicha providencia ni menos del proceso: se trata de un típico auto interlocutorio que, si dictado en segundo grado —como es el caso— sustituye una sentencia, sea que expresamente la revoque, sea que sólo ordene la convocatoria de nuevo jurado para que juzgue al procesado sin contravenir la verdad del proceso; su notificación, conforme a la ley, se hace mediante el sistema de estado, sin que el del edicto, aquí irregularmente adoptado, modifique el carácter jurídico del auto, con tanto mayor razón cuanto que la notificación se hizo personalmente al Fiscal y al defensor, aquí únicas partes del proceso, y sin que la del edicto, en vez de estado, configure nulidad alguna constitucional ni legal, ya que tales sistemas, en el proceso penal, son subsidiarias del personal, que fue el de preferencia aquí adoptado.

c) Omisiones en la sentencia

Siguiendo la tesis de que la sentencia es un juicio lógico, cuyo esquema es el de un silogismo (premisa mayor la norma jurídica aplicable, premisa menor el hecho probado, y conclusión la parte resolutiva), el Código Procesal Penal —artículo 159—, dividió la parte motiva en dos: la primera, en que deben precisarse los hechos constitutivos de premisas de la sentencia y los relativos a la personalidad del procesado, con determi-

nación de los que el fallador considere probados, y las conclusiones de las partes; y la segunda, los fundamentos jurídicos de la calificación de los hechos, de la imputación, de las circunstancias modificadoras o eximentes, de la responsabilidad civil, y, finalmente, de la pena que se aplique.

Sin que la sentencia, en su forma y contenido, se haya sujetado estrictamente a las condiciones que fijó la norma citada, puede afirmarse que no se omitió ninguna de las cuestiones esenciales que la integran; en su primera parte, se hace una narración en cuanto al delito, sus orígenes y modalidades con referencia a la prueba testimonial y pericial, a los antecedentes del procesado, y en la otra, se ratifica el valor de la prueba sobre el delito y la responsabilidad (que son los hechos principales que los juzgadores consideran probados), y la aplicación de la pena (artículo 362), en consideración al veredicto y a la inexistencia de circunstancias de peligrosidad imputables a González; no se incurrió, por lo tanto, en una de aquellas omisiones que se pueden objetar ante la Corte, porque constituyen parte esencial del fallo.

IV. — Decisión del recurso

Resumiendo el estudio se llega a las siguientes conclusiones: la causal segunda no prospera, no sólo porque ella no es viable en estos procesos, sino porque su fundamento, si fuera jurídico, llevaría a la causal cuarta —como lo dice el Procurador— y, por otra parte, la circunstancia de la riña ni siquiera fue mencionada en el proceso; tampoco la cuarta, porque lo allí alegado, falta de prueba del veredicto contraevidente, es tema o cuestión de competencia de los falladores de instancia y no de la Corte, y, además, objeción propia de la segunda causal, no viable aquí como antes se expuso; y tampoco la quinta, porque la sentencia, al menos en sus partes esenciales, se ajusta a los requisitos de la ley.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, del cuatro de septiembre del año pasado, por la cual condenó a Carlos González o Sánchez a la pena de ocho (8) años de presidio por el homicidio en Reinaldo Hoyos, cometido en la población de Líbano, en la madrugada del treinta de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.



LEGITIMA DEFENSA DEL HONOR—INTERPRETACION DEL PRINCIPIO "IN DUBIO PRO REO"—RIÑA Y PROVOCACION.—RIÑA IMPREVISTA.—PRUEBA NECESARIA PARA PODER RECHAZAR UN TESTIMONIO POR PARENTESCO DEL DECLARANTE

1.—Si es por lo menos discutible que haya defensa legítima del honor cuando se ataca con armas al autor de una injuria verbal, por lo inactual y desproporcionado de la reacción, resulta inadmisible en una ocurrencia como la de este proceso, en que los hechos se desarrollan entre borrachos y habiendo precedido provocaciones de hecho de parte de uno de los compañeros del victimario, y cuando el propio recurrente admite que "en la tienda hubo frases descompuestas de una parte y de otra", **hasta el punto de que la dueña de la casa "ordenó desocupar la tienda y cerrarla. Es decir —concluye la demanda— hubo un comienzo o principio de riña".**

2.—Las causas que justifican o excusan de la responsabilidad tienen que aparecer comprobadas plenamente, como todo lo que tiene que producir sus efectos en la vida del derecho. Eso de que en caso de duda debe optarse por lo más favorable al procesado, se entiende equivocadamente, como se ha entendido en la demanda: en caso de duda sobre la responsabilidad de un sindicado, debe ser absuelto, porque la condenación no puede pronunciarse sino sobre la prueba completa del cuerpo del delito y de la responsabilidad; pero ello no conduce a declarar que cuandoquiera que pueda pensarse en una circunstancia de justificación o excusa así se proclame, pues que ellas, se repite, deben aparecer como evidentes.

3.—Para rechazar un testimonio por parentesco del declarante con el procesado, no es necesario comprobar esa circunstancia con las pruebas del estado civil.

4.—Como lo ha dicho la Corte (Casación de febrero 22 de 1949), la riña y la provocación no son idénticas y ésta puede ser causa de aquélla, pero como quien interviene en una riña es porque generalmente provoca o ha sido provocado, la figura de la provocación será la que habrá de tenerse en cuenta en forma primordial.

5.—Si no consta con evidencia quién ha sido el causante de la riña, si no aparece el provocador configurado de manera patente, entonces habrá que concluír que la riña es imprevista.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Manuel Hernández Ospina fue condenado por el Tribunal Superior de Ibagué a sufrir la pena de doce meses de presidio y de multa de cien pesos, por las lesiones que le causó a Rafael Rodríguez, en una riña suscitada de modo imprevisto, el 25 de marzo de 1945.

Contra la sentencia, que lleva fecha de 25 de agosto último, interpuso casación el procesado, recurso que ante la Corte sustenta su defensor.

Hechos.—A la casatienda de Leonilde de Rubio, situada en la fracción de El Real, del Municipio de Rovira, Departamento del Tolima, llegaron, en aquella fecha y en estado de embriaguez, Manuel Hernández y Arturo Jiménez, y allí continuaron tomando, hasta que la agresividad causada por la bebida llevó a éste a desafiar a los presentes con el cuchillo que llevaba.

Rafael Rodríguez, que dormía a consecuencia del licor que también había ingerido, despertó con el ruido que hacían Hernández y Jiménez y resolvió salirse de la tienda y se recostó contra una columna del patio contiguo. Después de algunas agresiones de palabra entre aquéllos y éste resolvió Hernández Ospina atacar a Rodríguez, sea porque se vio en la necesidad de defenderse, como lo dijo en su indagatoria, sea por la impulsividad producida por la bebida, como se aceptó en el fallo recurrido. Lo cierto fue que lo hirió con su cuchillo en el antebrazo derecho, lo

que lo mantuvo incapacitado para trabajar por sesenta días y le dejó una deformidad de carácter permanente (posición defectuosa de la mano correspondiente) y una perturbación funcional (dificultad de los movimientos de aprehensión).

Deben estudiarse ahora las causales invocadas que son la primera y la segunda del artículo 567 del código de procedimiento penal, no sin anotar que su presentación desordenada ofrece dificultad para la discriminación de los motivos que en la demanda se invocan como base de cada una de ellas.

Causal segunda.—Errada interpretación de los hechos.

Dos razones alega el recurrente como fundamento de la causal segunda: que hubo legítima defensa del honor y de la vida, o que hubo provocación grave e injusta de parte de la víctima, además de la riña imprevista reconocida en la sentencia.

a) Alega el recurrente que hubo legítima defensa del honor porque, siendo Hernández un mozalbete que es hijo legítimo, fue tratado por Rodríguez de mal nacido. Olvidó el Tribunal que éste se hallaba en estado de embriaguez, en el que suelen pronunciarse las mayores sandeces e indecencias. Así, pues, aceptando que Hernández fue el autor de las lesiones, las realizó "en el momento en que recibía una injuria atroz, contra su honor, en la parte más cara y digna de su existencia.

"Leonidas Díaz, Carlos Arturo Jiménez y Reinaldo Niño, en declaraciones que obran dentro del proceso, se hallan acordes en afirmar que Rodríguez insultó, soez y atrevidamente, a Hernández y a Jiménez, profiriendo en contra de Hernández la máxima de las ofensas que puede irrogarse a hombre alguno".

Además, hubo legítima defensa de la vida, porque "la confesión, por su naturaleza indivisible, ha de tomarse en su totalidad y; en cuanto se refiere al caso de Hernández, si bien es cierto que asegura haber dado un planazo a Rodríguez, sobre el hombro izquierdo, también hace la salvedad de que se vio constreñido a ello, por dos razones de legítima defensa, la del honor y la personal".

No debe olvidarse, agrega, que "la actitud de Hernández Ospina en ninguna parte aparece como desafiante, ni como provocador de nadie".

b) Pero "descartando la legítima defensa, no se podría desconocer en forma alguna, suponiéndolo responsable, que a ello procedió en estado de ira y de intenso dolor, causado por grave cuanto injusta provocación".

Invoca las mismas declaraciones de Díaz, Niño y Jiménez, que no solamente acreditan la grave e injusta provocación, sino la legítima defensa, y añade que existen dos versiones sobre los hechos, lo que ofrece una duda, que "debe ser resuelta siempre a favor del procesado".

Termina su exposición el recurrente diciendo que la sentencia rechazó de plano los testimonios recibidos dentro del término probatorio de la causa, pero no dice cuáles fueron esos testimonios.

Se considera:

El código penal consagra como causal de justificación del hecho cuando se comete "por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión" (artículo 25, ordinal 2º).

El Tribunal deduce la responsabilidad de la confesión del procesado y de los testimonios de Carlos Arturo Jiménez y Luis Bonilla o Galindo y "desde el enjuiciamiento" rechazó la tesis de la legítima defensa para admitir, en cambio, que aquél había "procedido en el curso de una riña suscitada de un modo imprevisto".

Podrá admitirse la legítima defensa del honor o de la vida por la exposición que el recurrente hace, o mejor, por las razones que presenta? Negativamente habrá de contestarse.

El Tribunal afirma y el recurrente lo admite que hay dos versiones sobre los hechos desde el momento en que Rodríguez se despertó por el escándalo que hacía. Dice así:

"Sobre lo que aconteció cuando estas personas, a excepción de la dueña de la casa y su hija, salieron del establecimiento, surgen dos versiones, pues al paso que Rafael Rodríguez y su compañero Bonilla o Galindo afirman que el primero de éstos se despertó como consecuencia del escándalo de Jiménez y se retiró al corredor de la tienda, donde se recostó contra una columna y fue agredido inopinadamente por Hernández, Leonidas Díaz, Reinaldo Niño y Carlos Arturo Jiménez dicen que, cuando tomaban el camino, fueron ultrajados Jiménez y Hernández de manera soez por Rodríguez y que, por tal motivo, Manuel se devolvió (sic) y se trabó en riña con Rodríguez, resultando de tal trifulca éste último lesionado".

Si es por lo menos discutible que haya defensa legítima del honor cuando se ataca con armas al autor de una injuria verbal, por lo inactual y

desproporcionado de la reacción, resulta inadmisible en una ocurrencia como la de este proceso, en que los hechos se desarrollan entre borrachos y habiendo precedido provocaciones de hecho de parte de uno de los compañeros del victimario, y cuando el propio recurrente admite que **"en la tienda hubo frases descompuestas de una parte y de otra"**, hasta el punto de que la dueña de la casa "ordenó desocupar la tienda y cerrarla. Es decir — concluye la demanda de casación — hubo un comienzo o principio de riña".

Ahora, la legítima defensa de la vida no cuenta con más respaldo que la afirmación del procesado, de haberse visto en la necesidad de repeler el ataque de que era víctima. Pero, como lo afirman de consuno los comentadores y la jurisprudencia, la confesión debe aceptarse en su totalidad solamente cuando, además de ser verosímil, no está contradicha por otras pruebas. Y aquí sucede que si la confesión, tomada aisladamente, sería atendible, está desmentido por otras probanzas, que al Tribunal le merecieron mayor crédito.

Pero no es eso sólo lo que hace inadmisible la legítima defensa, sino que en lo referente a demostración y convicción merece un rechazo definitivo, porque las causas que justifican o excusan de la responsabilidad tienen que aparecer comprobadas plenamente, como todo lo que tiene que producir sus efectos en la vida del derecho. Eso de que en caso de duda debe optarse por lo más favorable al procesado, se entiende equivocadamente, como se ha entendido en la demanda: en caso de duda sobre la responsabilidad de un sindicado, debe ser absuelto, porque la condenación no puede pronunciarse sino sobre la prueba completa del cuerpo del delito y de la responsabilidad; pero ello no conduce a declarar que cuandoquiera que pueda pensarse en una circunstancia de justificación o excusa así se proclame, pues que ellas, se repite, deben aparecer como evidentes.

Si, pues, existen dos versiones de los acontecimientos, si la sentencia optó por una de ellas y el recurrente no acreditó en casación que la otra era la racionalmente aceptable, mal puede concluírse que el Tribunal hubiera errado y que el fallo haya de invalidarse por este aspecto.

Sobre la provocación, que en forma subsidiaria propone la demanda, el propio recurrente se encarga de invalidarla al dejar sentado, como ya se advirtió, que en la tienda hubo frases descompuestas de parte de la víctima y del victimario. Eso y el hecho de haber actuado en estado de embriaguez, las circunstancias, en una palabra, en que los sucesos acaecieron, borran la idea de que el agresor hubiera actuado únicamente por una ofensa grave e injusta proferida contra él, cuando, si no el atacante, sí su compañero había llegado al establecimiento en actitud ofensiva de reto.

Por lo demás, no es exacto que las declaraciones de Díaz, Jiménez y Niño cambien la faz del proceso en lo relativo a la responsabilidad del procesado. Porque, como lo anota la Procuraduría sobre las citas que hace de los dichos de estos deponente, si es verdad que Rodríguez ultrajó a Hernández y a Jiménez, el primero de éstos aceptó el reto de Rodríguez, ("que él tampoco respetaba a ninguno"), le devolvió la injuria en los mismos términos lesivos de la honra ("hijo de puta"), y desenfundando su cuchillo le dio el golpe con que hirió al primero.

Sobre el relato de Díaz, concluye el Ministerio Público; que él no sugiere una convicción distinta a la que tuvo en cuenta el Tribunal para condenarlo en la forma ya expresada.

"Otro tanto —añade— puede afirmarse del dicho de los testigos Reinaldo Niño y Arturo Jiménez: todos están de acuerdo en afirmar que quien golpeó a Rafael Rodríguez fue Manuel Hernández, previas las ofensas recíprocas con que generalmente se inicia la riña".

Sobre el rechazo de los testimonios de Manuel Hernández Rodríguez y Serafín Ospina, padre y tío del procesado, que en sus exposiciones declararon el parentesco que los unía con éste, apenas obró legalmente el Tribunal al rechazarlos, de acuerdo con el artículo 672 del código de procedimiento, sin que hubiera sido ni sea necesario comprobar el parentesco con las pruebas del estado civil, como es ha venido repitiendo por esta Sala.

La causal segunda invocada no puede, por tanto, prosperar.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

El recurrente deduce la indebida aplicación de la ley de las circunstancias alegadas en la segunda, o sea, de que no se cumplió el artículo 25 del código penal, que justifica el hecho realizado en legítima defensa. Pero el estudio hecho anteriormente excusa de considerarla por separado.

Pero, alega, subsidiariamente, que ha debido atenuarse la sanción, no sólo por la riña imprevista reconocida en la sentencia, sino también por

la provocación grave e injusta de que fue víctima el agresor.

Ya ha estudiado la Sala el problema de si resultan admisibles estas dos circunstancias de atenuación de la responsabilidad y de la pena, la riña imprevista y la provocación, para decir que la riña y la provocación no son idénticas, que ésta puede ser causa de aquélla, pero que como quien interviene en una riña es porque generalmente provoca o ha sido provocado, la figura de la provocación será la que habrá de tenerse en cuenta en forma primordial. (Casación de Argemiro Paz Zapata, de 22 de febrero de 1949).

Si no consta con evidencia quién ha sido el causante de la riña, si no aparece el provocador configurado de manera patente, entonces habrá que concluír que la riña es imprevista, como aquí lo declaró el Tribunal, sobre el estudio de las pruebas del proceso.

Ninguna tacha habrá que hacer, por tanto, y por este otro aspecto, a la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.



COMPETENCIA DEL JURADO.—LA FALTA DE FIRMA DE UN MIEMBRO DEL MISMO EN EL ACTA DE AUDIENCIA PUBLICA NO PRODUCE LA NULIDAD DE DICHA ACTA

1.—La competencia del jurado se subordina en cuanto a su comienzo, a dos actos sucesivos de los cuales se deriva, respectivamente, la capacidad subjetiva en concreto o propiamente dicha: primero, a que los nombres de las personas que lo componen (por tener las condiciones legales) estén incluídas en las listas que anualmente forma el Tribunal para el Juzgado Superior respectivo; y segundo, que esas personas se hayan designado en virtud del sorteo verificado en el proceso; en cuanto a su término, la capacidad en abstracto cesa cuando el Tribunal haya excluído de la lista los nombres, y la capacidad en concreto cuando su función esté cumplida, es decir, cuando realizada la audiencia mediante las normas de su funcionamiento, el jurado —previa la deliberación— haya emitido y firmado el veredicto.

Pero si la capacidad en abstracto se extingue porque se cancelan de las listas los nombres, ella se prorroga —no obstante esa causa de extinción— a quienes antes de la cancelación fueron ya designados para determinado proceso, prórroga cuyo término es el de la función. No otro es el contenido del artículo 520, según el cual "los jurados ya sorteados deberán desempeñar el cargo aunque se haya vencido el término para el cual hubieren sido designados", y que, además, precisa el alcance del artículo 199 (3º), según el cual la nulidad se circunscribe a designar a quienes, en el momento del sorteo, no pertenezcan a la lista de jurados.

Estas razones quitan todo valor a la objeción del recurrente, ya que si cuando se celebró la audiencia aquéllos no figuraban en la lista del Juzgado, sí cuando fueron designados, y en ese caso —según la doctrina expuesta— la competencia para emitir el veredicto no había caducado.

2.—El retiro de un miembro del jurado después de suscrito y leído públicamente el veredicto, de haber concurrido a la audiencia desde su principio y participado en la deliberación secreta con los otros miembros del jurado, no implica desintegración del jurado ni juzgamiento por un jurado incompleto.

3.—La falta de firma del acta de audiencia por el jurado que se retiró de ella por causa de accidente y antes de ser leída, no la hace nula, no obstante la irregularidad que implica.

4.—Los jurados sorteados para calificar un proceso durante el período para el cual fueron designados por inclusión en las listas, están obligados a ejercer el cargo aunque haya concluído el período.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Luis Manuel Guerrreo, de veinticinco años en la época del delito, nacido en Carmen (Norte de Santander), fue condenado por el Tribunal de Santa Marta, a la pena de quince años y tres meses de presidio, por el delito de homicidio en Rudesindo Callejas Vives, cometido en asocio de Presentación Tarazona, en la población de Chimichagua, la noche del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

El defensor de Guerrero, doctor Benavides Macea, interpuso el recurso y formuló la demanda, en la cual objetó la sentencia con base en la causal cuarta de casación, es decir, porque —según el recurrente— fue dictada en un juicio viciado de nulidad por causa de irregularidades en la constitución y funcionamiento del jurado.

Como ya se han cumplido las normas que rigen el recurso, sin que se haya celebrado la audiencia porque los interesados dejaron de asistir,

se estudian en seguida las tesis presentadas a la Corte por el Procurador y el demandante, previa una breve y resumida referencia a los actos y providencias procesales que tienen conexión con el recurso.

I. — El proceso contra Guerrero y Tarazona

Según la versión acogida por el Tribunal, la noche del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, mientras se celebraba una fiesta en Chimichagua en casa de Elías Rocha, al pasar Rudesindo Callejas por la sala hacia la calle, Presentación Tarazona, que estaba allí, le dio un puñetazo e iniciada así la riña salieron afuera, seguidos por Luis Manuel Guerrero, concuñado de Tarazona, quien disparó su revólver contra Callejas y le causó la muerte mediante la hemorragia producida por la perforación de los vasos del hígado. Entre Tarazona y Guerrero de una parte, y Callejas de la otra, existían de antemano relaciones hostiles, porque el último hubo de sancionar la agresión de Tarazona a su madre, y con Guerrero también tuvo algún incidente cuando éste ejercía funciones de policía, hechos éstos que —unidos a sospechosas actitudes de Guerrero y Tarazona la noche del delito — constituyen la prueba indicial relativa a la premeditación acompañada de motivos bajos e innobles como elemento del homicidio agravado que se les imputó en el auto de proceder.

Abierto el juicio criminal contra Guerrero y Tarazona por el Juez 1º Superior, mediante un sorteo total y varios parciales integraron el jurado los señores doctor Carlos Guido, Luis Miguel Riascos, Rafael Linero Flórez, Mario Madrid y Enrique D'Andreis, y la audiencia se celebró el veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y siete con la intervención del jurado así compuesto, no obstante que aquéllos, por Acuerdo número 8 del veintiuno de marzo del mismo año, dejaron de integrar las listas correspondientes al Juzgado 1º Superior, y fueron incluídos en las del Juzgado 2º Superior.

Después de firmado por todos los miembros del jurado y leído públicamente el veredicto, uno de aquéllos (el doctor Guido) sufrió un vahído y, previa autorización del Juez y de las partes, hubo de retirarse del recinto antes de haber firmado el acta de la audiencia, según certificación del Secretario suscrita al día siguiente por el nombrado doctor Guido.

El diez y siete de febrero del año siguiente (1948) el Juez dictó la correspondiente sentencia, en la cual se impuso a cada uno de los procesados, Guerrero y Tarazona, la pena de diez y siete años de presidio, sentencia que confirmó el Tribunal, con la reforma de reducir a quince años y tres meses la pena impuesta a Guerrero, y a quince años y un mes la impuesta a Tarazona, no obstante la solicitud del defensor de Guerrero para que, por causa de las irregularidades cometidas en la formación y funcionamiento del jurado, se anulara el proceso y se convocara al nuevo jurado.

III. — La demanda de casación

El demandante, con apoyo en la causal cuarta de casación, impugna la sentencia porque —afirma— el Tribunal la pronunció en un juicio viciado de nulidad, aserción que funda en las siguientes razones que la Sala resume:

a) **"Decisión incompleta** o sea que el jurado que decidió la causa fue desintegrado antes de ser conocido el veredicto y antes de redactarse la diligencia de celebración de la audiencia y por ello la resolución o actuación quedó deficiente o incompleta, y

b) "**El personal del jurado fue reemplazado** antes de decidir la causa y por consiguiente, ya no tenía facultad para intervenir en ella".

La primera objeción la funda en que el doctor Carlos Guido, miembro del jurado, se vio obligado a retirarse de la audiencia, por causa de un accidente, "cuando aún no se había escrito el acta o diligencia de la audiencia, o sea que aún no se conocía el veredicto, y la prueba es que no aparece firmada dicha acta", y sólo al día siguiente el doctor Guido firmó una diligencia separada; de aquí deduce el recurrente que la decisión es incompleta, no tiene valor legal porque fue dada por un jurado de cuatro miembros, es decir, por un jurado incompleto, y si el jurado no fue completo la causa no se ha decidido, y en ese caso debe anularse y decidirse por un jurado distinto, ya que Guerrero fue juzgado en oposición a las normas propias del juicio, es decir, contra la prohibición del artículo 26 de la Carta.

La otra objeción la apoya en que el veinsiete de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, día en que se celebró la audiencia, los señores doctor Guido, Riascos, Linero, Madrid y D'Andreis habían sido excluídos de la lista de jurados del Juzgado 1º Superior y pasados a la del 2º en virtud de Acuerdo del Tribunal del veintiuno de marzo del mismo año, de modo que no fueron reemplazados y actuaron sin tener facultad para ello, y

entonces viciaron de nulidad su actuación, en virtud del artículo 199 (3º) del Código de Procedimiento Penal.

El recurrente, finalmente, apoya esta tesis en las sentencias de la Corte, de mil novecientos treinta y dos y de mil novecientos cuarenta y tres, mediante las cuales se decidieron los recursos de Jesús Luna y Alberto Soler contra los fallos de los Tribunales de Santa Marta y Bogotá.

En la respuesta a la demanda, el Procurador Delegado, con base en los datos del proceso así como en las doctrinas de la Corte, no acepta que lo ocurrido en este proceso —falta de la firma del acta por uno de los jurados e integración del jurado por quienes ya no se hallaban en la lista del Juzgado— sean irregularidades procesales de las que la ley sanciona con nulidad.

III. — Estudio del recurso

En consideración a que el recurrente objeta tanto el funcionamiento de la audiencia como la integración del jurado y en este orden, ya que es más conforme con la lógica procesal adoptar el opuesto, la Corte comienza el examen del recurso por el relativo al jurado, ya que, si la tesis planteada fuere jurídica, ello bastaría para casar la sentencia.

a) **Composición del jurado.** — Lo planteado en esta parte del recurso es una simple cuestión de competencia funcional que la ley procesal vigente ha resuelto en forma clara y expresa. La competencia del jurado se subordina en cuanto a su comienzo, a dos actos sucesivos de los cuales se deriva, respectivamente, la capacidad subjetiva en abstracto y la capacidad subjetiva en concreto o competencia propiamente dicha: primero, a que los nombres de las personas que lo componen (por tener las condiciones legales) estén incluídas en las listas que anualmente forma el Tribunal para el Juzgado Superior respectivo; y segundo, que esas personas se hayan designado en virtud del sorteo verificado en el proceso; en cuanto a su término, la capacidad en abstracto cesa cuando el Tribunal haya excluído de las listas los nombres, y la capacidad en concreto cuando su función esté cumplida, es decir, cuando realizada la audiencia mediante las normas de su funcionamiento el jurado —previa la deliberación— haya emitido y firmado el veredicto.

Pero si la capacidad en abstracto se extingue porque se cancelen de las listas los nombres, ella se prorroga—no obstante esa causa de extinción— a quienes antes de la cancelación fueron ya designados para determinado proceso, prórroga cuyo término es el de la función. No otro es el contenido del artículo 520, según el cual "los jurados ya sorteados deberán desempeñar el cargo aunque se haya vencido el término para el cual hubieren sido designados", y que, además, precisa el alcance del artículo 199 (3º), según el cual la nulidad se circunscribe a designar a quienes, en el momento del sorteo, no pertenezcan a la lista de jurados.

Estas razones quitan todo valor a la objeción del recurrente, ya que si cuando se celebró la audiencia aquéllos no figuraban en la lista del Juzgado, sí cuando fueron designados, y en ese caso —según la doctrina expuesta— la competencia para emitir el veredicto no había caducado.

Las doctrinas de la Corte de 1932 y 1943, finalmente, ahora aducidas por el recurrente en apoyo de la nulidad, no son aquí aplicables, como lo declara el Procurador, por cuanto ellas fueron acogidas en virtud de la legislación procesal hoy derogada, pero que, en la época del proceso contra Luna y Soler, se hallaba vigente.

b) **Audiencia con jurado incompleto**—La doble cuestión propuesta, como motivo de nulidad, es si Guerrero fue juzgado conforme a la ley porque uno de los miembros del jurado se viera obligado (por accidente) a retirarse del recinto después de emitido, suscrito y leído públicamente el veredicto, y si el acta de la audiencia es nula porque aquél, por el explicable retiro, no pudo firmarla el mismo día de la celebración.

La primera se relaciona con la constitución del jurado y las obligaciones que le impone su función, y con el período dentro del cual se cumple. El Jurado se compone —de acuerdo con el artículo 481— de cinco Jueces, que forman un solo cuerpo y su función es calificar los hechos debatidos en el proceso (artículo 480), función que se manifiesta en la decisión (veredicto) que adoptan como resultado de la controversia que en la audiencia pública sostienen ante el Jurado las partes procesales (Ministerio Público y defensor del procesado) y de la cual se derivan obligaciones especiales, entre ellas la de prestar el juramento legal ante el Juez al iniciarse la audiencia, la de asistir al debate y la de dar la decisión al final de aquélla; si, pues, como se afirma en el acta de la audiencia, ésta se celebró con la presencia de todos los miembros del Jurado, y si éstos, terminado el debate y previa deliberación concreta, emitieron y firmaron su veredicto y fue

en seguida leído públicamente, se concluye que Guerrero fue juzgado, no por cuatro miembros del Jurado, sino por éste considerado en su unidad y en su conjunto, sin que el retiro de uno de ellos, después de suscrito el veredicto, implique una conclusión opuesta.

La otra cuestión, la relativa a la falta de valor legal del acta de la audiencia, porque uno de los miembros del jurado, por grave accidente súbito, no pudo firmarla antes de leída públicamente, no tiene el alcance que se le otorga en la demanda. La ley procesal (artículos 145, 149, 152 y 475) fija las condiciones de forma y contenido de las actas de diligencias así como las omisiones que pueden causar su nulidad (fecha, lugar y designación de las personas que intervinieron), entre las cuales no se incluyó la falta de firma no obstante la irregularidad que implica. En idéntica doctrina (aquí reproducida por el Procurador) fundó la Corte la sentencia del veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, mediante la cual decidió negativamente el recurso de Adonaí Real Avila (procesado por homicidio) contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, del diez de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

IV. — Decisión del recurso

El anterior análisis de las objeciones a la sentencia del Tribunal de Santa Marta, funda las siguientes conclusiones:

a) El retiro de un miembro del jurado después de suscrito y leído públicamente el veredicto, de haber concurrido a la audiencia desde su principio y participado en la deliberación secreta con los otros miembros del jurado, no implica desintegración del jurado ni juzgamiento por un jurado incompleto;

b) La falta de firma del acta de audiencia por el jurado que se retiró de ella por causa de accidente y antes de ser leída, no la hace nula, no obstante la irregularidad que implica;

c) Los jurados sorteados para calificar un proceso durante el período para el cual fueron designados por inclusión en las listas, están obligados a ejercer el cargo aunque haya caducado el período, y

d) Los anteriores hechos mencionados en la demanda como motivos de nulidad procesal, no la producen, por lo tanto.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en atención a lo conceptuado por el Procurador Delegado, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, del veintiseis de julio del año pasado, por la cual condenó a Luis Manuel Guerrero a la pena de quince años y tres meses de presidió, por el delito de homicidio agravado, cometido con el concurso de Presentación Tarazona, en la población de Chimichagua, la noche del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

NULIDADES. — POR ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DEL DELITO

Sólo en la parte resolutiva del auto incriminatorio se define la naturaleza jurídica de la infracción, en su concepto genérico. Y es a ese error en la calificación genéfica del delito al que se refiere la nulidad de que trata el artículo 198, numeral 8 del C. de P. P. Y ello —como acertadamente lo dice el señor Procurador Delegado— por la sencilla razón de que ese planteamiento genérico del cargo en el auto de proceder es inmodificable en la sentencia, ya que la definición específica del hecho punible consignada en la parte motiva puede alterarse más tarde, bien en el término probatorio del juicio o bien en los debates del mismo, como puede también en los procesos con intervención del jurado, agregar el veredicto circunstancias distintas de las contenidas en el respectivo cuestionario que altere el cargo específico formulado en el enjuiciamiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de veinte de octubre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, condenó a Manuel Morales Morales a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Alberto Henao Gómez.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación. Se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y como se hallan cumplidos los requisitos legales, se procede al estudio de la demanda.

Hechos y actuación procesal

Da cuenta el proceso que el día 14 de octubre de 1946, en el perímetro urbano de la población de Salento, Alberto Henao Gómez se dio a la tarea de ingerir licores en distintos establecimientos, realizando su labor montado en un caballo. Como las autoridades policivas de la localidad se dieran cuenta del estado de embriaguez en que se encontraba Henao Gómez, en previsión de cualquier incidente desagradable, le manifestaron la conveniencia de que se guardara en su casa de habitación. No quiso el señor Henao atender las amonestaciones que le hiciera la policía y continuó en su faena de tomador, habiendo llegado —en determinado momento— a proferir ultrajes contra las personas que lo amonestaban para que se albergara en su casa.

Así las cosas, el agente de Policía Manuel Morales Morales se dirigió al cuartel en solicitud de dos agentes más que lo ayudaran a tomar por la fuerza al señor Henao Gómez y conducirlo a la cárcel. Morales, regresó al lugar donde Henao se encontraba, acompañado de los agentes Emigdio Mora y Julio César Arias, debidamente armados los tres con revólveres similares, cargados. Los mentados agentes requirieron a Henao Gómez para que abandonara la población y se dirigiera a su casa de campo o se entrara a la que tenía en el poblado. Henao, en principio se mostró renuente a cumplir aquellas órdenes, pero finalmente se dirigió montado en su caballo hacia las afueras del pueblo, momentos éstos en que recibió, por la espalda, un disparo de revólver que le produjo la muerte. El caballo en que cabalgaba Henao también fue muerto de otro disparo de revólver que en el anca recibió.

El Juzgado Superior de Pereira, en auto de 5 de febrero de 1947, calificó el mérito del sumario y en la parte resolutiva dispuso lo siguiente:

"Primero.—Abrese causa criminal, de oficio y por los trámites en que interviene el jurado, al sindicado Manuel Morales Morales, de la naturaleza y condiciones civiles anotadas en la parte motiva de este auto, por el genérico delito de homicidio, que define y sanciona el Código Penal en su libro 2, título XV, capítulo 1, consistente en haber dado muerte al señor Alberto Henao Gómez, mediante heridas causadas con arma de

fuego (revólver), a eso de las siete o siete y media de la noche, poco más o menos, del día catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, en una de las calles de la población de Salento, de este Distrito Judicial, heridas a consecuencia de las cuales falleció el citado Henao Gómez en el camino salida hacia la ciudad de Ibagué, parte oriental de la misma población, área urbana, frente a la casa del señor Zacarías Peláez.

"Segundo. — El procesado Morales será notificado personalmente de este auto y prevenido para que nombre defensor para el juicio.

"Tercero.—.....

"Cuarto.—Se sobresee definitivamente en favor de los agentes Emigdio Mora T. y Julio César Arias J. respecto de todos los cargos que se les formularon en este sumario.

"Quinto.—Se sobresee definitivamente en favor del agente Manuel Morales Morales respecto a los cargos sobre hurto o robo de que habla el declarante Jaime Henao Gómez, y abuso de confianza y otras defraudaciones de que trata este sumario".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en providencia de 29 de julio de 1947, confirmó en todas sus partes, "sin reparo alguno", el enjuiciamiento contra Morales y los sobreseimientos definitivos dictados por el Juez Superior.

En fallo de 15 de julio del año próximo pasado, el Juzgado, teniendo en cuenta el veredicto del Jurado que aceptó la responsabilidad del procesado Morales en un homicidio intencional, lo condenó a la pena principal de ocho años de presidio.

El Tribunal en sentencia de 20 de octubre del año próximo pasado, confirmó la dictada por el Juez de primera instancia. Contra la sentencia del Tribunal se interpuso recurso de casación.

Demanda

El recurrente invoca como única causal de casación la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

El cargo contra la sentencia traído por el recurrente como causal de nulidad puede sintetizarse así:

Los hechos materia del proceso son dos: homicidio y abuso de confianza y otras defraudaciones; tales ilícitos —dice el demandante— consituyen un concurso formal de delitos; y ellos fueron consumados en complicidad correlativa imputable a los sindicados Manuel Morales Morales, Emigdio Mora y Julio César Arias. Como los jueces de instancia sobreseyeron definitivamente en favor de los dos últimos, por todos los cargos que se les formularon en el proceso, y únicamente llamaron a juicio a Manuel Morales Morales por el solo delito de homicidio, el auto de proceder contiene un error sobre la denominación jurídica de la infracción, ya que ésta ha debido versar sobre los dos hechos delictuosos mencionados, sobre el concurso formal y sobre la complicidad correlativa.

"De modo que —dice el recurrente— al sobreseer en favor, tanto de Morales como de Arias y Mora, por la complicidad correlativa y por el abuso de confianza agotado con la muerte de la caballería, durante el mismo relampagueante episodio de fuego, se dejó planteada la nulidad consistente en haberse incurrido en grave error en la denominación jurídica de la infracción, que no es solamente homicidio sino abuso de confianza agotados en concurso formal o simplemente ideal".

Se considera:

En el auto de proceder del Juzgado, confirmado en todas sus partes por el Tribunal Superior, se radicó la responsabilidad total del homicidio cometido en la persona del señor Henao Gómez, en el acusado Manuel Morales Morales, de acuerdo con los testimonios de Hilva Monsalve, Néstor Arias Gómez, Arturo Angel Vélez y de otras pruebas que fueron analizadas en el auto enjuiciatorio. En esta misma providencia se dijo, respecto de los procesados Emigdio Mora y Julio César Arias, que debía "sobreseerse definitivamente, pues al estar comprobado, como lo está, que fue Morales quien mató a Henao Gómez, no hay lugar a la aplicación del artículo 385 del Código Penal y se les debe tener como inocentes". Y así lo resolvió el Juzgado en primera instancia, y el Tribunal en segunda.

En cuanto a la muerte del semoviente en que cabalgaba el señor Henao Gómez, se descartó, por los juzgadores de instancia, la existencia de la in-

fracción a que alude el artículo 426 del Código Penal, por considerar que este precepto exige "que la intención haya sido principalmente la de destruir, inutilizar, dañar o hacer desaparecer una cosa mueble o inmueble, o un animal ajeno, y aquí todo indica que lo que hubo fue mala puntería, ya que no se perseguía al caballo sino al jinete". En consecuencia, por el delito de abuso de confianza se sobreseyó definitivamente, en ambas instancias, a favor de los tres sindicados Morales, Mora y Arias. Igual cosa aconteció en relación con los delitos de robo o hurto de que también se sindicó a los tres procesados, quienes fueron sobreseídos definitivamente, por tales delitos, por no haberse comprobado su materialidad.

De tal suerte que en el auto calificatorio del sumario sólo quedó en pie el delito de homicidio en la persona del señor Henao Gómez, y como único responsable de tal delito, el procesado Manuel Morales Morales.

Puntualizada así la actuación procesal, claramente se observa lo infundado de la nulidad demandada. Pues si el auto de proceder y el debate quedaron planteados y circunscritos únicamente al delito de homicidio imputable a una sola persona —Manuel Morales— y ese en verdad fue el delito cometido por el acusado, no se ve —como lo dice el señor Procurador— en dónde pueda estar el error en la denominación jurídica de la infracción, siendo así que el responsable ha sido juzgado y condenado por tal delito —homicidio—, cuya naturaleza jurídica no ha sido confundida con otra de distinto género.

Cuestión que reconoce el demandante, al expresar lo siguiente:

"Es decir, en otros términos, hubo un homicidio y un abuso de confianza, pues que con la simultaneidad de esos múltiples disparos murieron un hombre y un animal, y por lo mismo fueron violados los artículos 362 y 426 del Código de las Penas".

En realidad de verdad, lo que el recurrente pretende, en el fondo, es revivir una discusión sobre los fundamentos que tuvieron los juzgadores de instancia para sobreseer definitivamente en favor de los sindicados Emidgio Mora y Julio César Arias, "respecto de todos los cargos que se les formularon en este sumario", y en favor de Manuel Morales Morales por los delitos de abuso de confianza, robo o hurto de que también se le sindicó en la sumaria. Pero, como es obvio, tales sobreseimientos constituyen ley del proceso y no son materia del recurso extraordinario de casación.

Es evidente que el artículo 198, numeral 8º, del Código de Procedimiento Penal consagra, entre otras, como causal de nulidad, el "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

Este precepto guarda íntima relación con el artículo 431 de la misma obra, que señala los requisitos del auto de proceder, cuya parte resolutiva debe contener, como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, "el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable". Además, dispone dicho artículo en su numeral 3º, que en la parte motiva del enjuiciamiento, debe mencionarse "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen".

De tal suerte que sólo en la parte resolutiva del auto incriminatorio se define la naturaleza jurídica de la infracción, en su concepto genérico. Y es a ese error en la calificación genérica del delito al que se refiere la nulidad de que trata el artículo 198, numeral 8º, ya citado. Y ello —como acertadamente lo dice el señor Procurador Delegado— por la sencilla razón de que ese planteamiento genérico del cargo en el auto de proceder es inmodificable en la sentencia, ya que la definición específica del hecho punible consignada en la parte motiva puede alterarse más tarde, bien en el término probatorio del juicio o bien en los debates del mismo, como puede también en los procesos con intervención del jurado, agregar el veredicto circunstancias distintas de las contenidas en el respectivo cuestionario que altere el cargo específico formulado en el enjuiciaciento.

En el caso a estudio, la parte resolutiva del auto de proceder consignó genéricamente el delito de homicidio cometido por el acusado Manuel Morales Morales, indicando el Libro, Título y Capítulo respectivos del Código Penal. Y como tal denominación, genéricamente estuvo acorde con la realidad procesal, no se ve en dónde radique la nuli-

dad atinente a una errada calificación jurídica del delito, que es la invocada y sustentada por el recurrente.

Por estas razones, la causal cuarta 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, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia de fecha veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por la cual condena a Manuel Morales Morales, a la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio, cometido en la persona de Alberto Henao Gómez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

IRA E INTENSO DOLOR. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 28 DEL C. P.

1.—Varias veces ha repetido la Corte que el veredicto fundado en la hipótesis de la ira o el intenso dolor no atenúa la responsabilidad cuando esta ira o dolor intenso no están determinados por la gravedad o la injusticia de la infracción.

2.—La figura que consagra el artículo 28 del Código Penal exige tres condiciones, a saber: a) Existencia de una provocación; b) Gravedad e injusticia de la misma; c) Vínculo de causalidad entre las dos condiciones anteriores.

Para la existencia del primer elemento, puede presentarse la hipótesis de que la provocación surja de la misma persona sobre que recae la acción delictuosa y sea únicamente en consideración a esa provocación como los hechos se sucedan. Puede, también, ser dirigida contra persona unida con vínculos afectivos a quien reacciona y delinque; pero en ambas circunstancias la provocación debe tener entidad bastante como para justificar la reacción de quien es objeto de ella, y en virtud de su estímulo obra.

Ello porque no basta la simple provocación sea cual fuere la persona que la padezca. Es menester que aquella tenga las calidades de injusticia y gravedad; es decir, que por este último concepto, aquella provocación se haga contra todo derecho, contra toda razón; y por aquél que tenga los caracteres y los signos de cosa susceptible de producir el fenómeno psicológico que determina bien la ira o bien el intenso dolor, dos fenómenos que si son distintos dentro de su enunciación puramente objetiva, pueden producir distintos grados de emoción, que varían también en intensidad y en duración. Esto porque la ira puede surgir coetáneamente con la agresión y no persistir indefinidamente en la conciencia del agente, mientras que el dolor puede tener una persistencia o duración más larga y permitir en circunstancias excepcionales, que la reacción se produzca en forma no simultánea con el hecho que la produjo.

Pero los dos elementos analizados, para la existencia de la atenuante deben estar íntimamente unidos por un vínculo de causalidad entre la provocación y la reacción subsiguiente, deribado de la gravedad en justicia de la misma. Este vínculo de causalidad no implica otra cosa que la necesidad de excluir de la atenuante, por parte de la ley penal, motivos o causas baladíes, que si bien pueden producir la ira o el dolor, no tengan sin embargo la fuerza avasalladora de ese impulso psicológico o huracán emocional que lleva al delito dentro de los estados pasionales que la atenuante interpreta para reducir la responsabilidad en atención a las perturbaciones anímicas o psíquicas que estos fenómenos suelen producir normalmente a quienes los padecen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos

Edmundo Macías Valenzuela, procesado por el delito de homicidio en la persona de Angel María Miranda, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, del dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual fue condenado a la pena principal de nueve años de presidio.

Cumplidos ya todos los requisitos procesales a que la ley subordina este recurso, la Corte procede a su estudio y decisión por medio de esta providencia.

El delito

Este tuvo su consumación en la ciudad de Bucaramanga, el día diez de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

En las horas de la mañana de aquel día, se en-

contraron en la cantina denominada "La Barranca", Víctor M. Garcés, Edmundo Macías Valenzuela, Irenarco Castañeda, Guillermo Domínguez (a. Canecane) y la mujer de nombre Alicia Arciniegas Ortiz, con Angel María Miranda y Rosa González. Por circunstancias que luégo se expresarán, se fomentó una molestia entre las personas antes nombradas, de la cual se señala como provocadores al procesado Macías Valenzuela y a su compañero Garcés, en la cual se esgrimieron cuchillos y palos, culminando luégo con la muerte violenta de Angel María Miranda, de que se acusa al mismo Edmundo Macías Valenzuela, quien produjo a aquél una herida incisa penetrante de la región del epigastrio, de carácter mortal debido a la hemorragia aguda causada por lesión de la glándula hepática.

El proceso

Correspondió el conocimiento del negocio de que se trata, al señor Juez Primero Superior de Bucaramanga, funcionario éste que, en auto de veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y seis, abrió causa criminal, por los trámites en que interviene el jurado, contra Edmundo Macías Valenzuela, como responsable del delito de homicidio en Angel María Miranda definido y sancionado en el Capítulo I, Título XV, Libro Segundo del Código Penal.

En virtud de la apelación del auto de proceder, interpuesta por el señor Fiscal del Juzgado del conocimiento, subió el proceso al Tribunal Superior de Bucaramanga donde recibió confirmación, prosiguiéndose el juicio hasta la celebración de la audiencia pública. De ahí en adelante surgieron diversos incidentes procesales que hicieron que el reo tuviera que comparecer por tres ocasiones ante el jurado popular.

En la primera, los jueces de conciencia absolvieron el cuestionario propuesto, así:

"Sí lo mató, creyendo que obraba por lealtad con el amigo y excediéndose en la defensa de su compañero Víctor M. Garcés".

Esta calificación fue encontrada injusta por el Juez de derecho, por lo cual se convocó un nuevo jurado, el que, por mayoría de votos, contestó simplemente que Edmundo Macías Valenzuela "SI" era responsable del homicidio en Angel María Miranda.

En desarrollo de este veredicto el Juez Primero Superior de Bucaramanga, condenó al procesado a la pena principal de ocho años y dos meses de presidio, pero el Tribunal hubo de declarar una nulidad planteada por el defensor referente al acta de sorteo de jurados, que carece de la firma del Secretario del Juzgado.

Reunido un tercero y último tribunal popular, le fue sometido el cuestionario siguiente:

"El acusado Edmundo Macías Valenzuela es responsable de haber causado a Angel María Miranda varias heridas, producidas con arma cortante y punzante, una de ellas penetrante en la región del epigastrio, que atravesó la glándula hepática, de naturaleza mortal y a consecuencia de la cual murió, acontecimiento ocurrido en la mañana del diez de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, en el área urbana de esta ciudad de Bucaramanga, y en la ejecución de ese hecho obró el acusado con el propósito de matar?".

El jurado contestó:

"Sí es responsable de la herida que le causó la muerte, pero en estado de intensa ira al ver a su amigo herido".

Por la sentencia de primer grado, Macías Valenzuela fue condenado a tres años de presidio, en los términos del artículo 28 del Código Penal, computando una circunstancia de mayor peligrosidad, por aparecer contra el sentenciado condenaciones anteriores de Policía.

En la segunda instancia el Tribunal no aceptó la apreciación del Juez **a quo** y, en cambio, aplicó el artículo 362, considerando a Edmundo Macías Valenzuela como responsable de un homicidio simplemente voluntario, sin atenuación alguna.

Demanda

Ante la Sala de Casación Penal de la Corte se presentaron dos libelos de demanda: la una suscrita por el procesado y coadyuvada por su defensor en las instancias del juicio, y la otra por el apoderado especial, para tal fin, que el reo designó en la persona del doctor Alberto Acosta Ortega. En concepto de la Procuraduría ésta última es la que debe tenerse en cuenta, para los efectos del recurso, de conformidad con los artículos 268 del Código Judicial y 109 del Código de Procedimiento Penal.

Las dos disposiciones citadas obedecen al mismo principio de que una persona no pueda tener sino un apoderado o defensor o gestionar dos o más apoderados de una misma persona.

Mas, ocurre en el proceso a estudio que se presenta la circunstancia especial de que el libelo de demanda suscrito por el señor apoderado del reo

para el recurso de casación, fue presentado fuera del término legal, como puede comprobarse con las constancias visibles a folios 41 del cuaderno de la Corte, según las cuales la demanda fue recibida con fecha cinco de abril de 1949, y de conformidad con el informe de la Secretaría "el término de traslado corrido a la parte recurrente venció el día 4 de los corrientes".

Con todo, esta circunstancia no será óbice para que la Corte entre al estudio del recurso propuesto, fundándose para ello en el texto del artículo 266 del Código Judicial —aplicable aquí por permitirlo el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal— en virtud del cual si bien con la constitución de un nuevo apoderado o sustituto se entiende que se deroga la delegación anterior, ello sucede siempre que no sea para otra instancia o para recursos o acciones determinadas. Siendo esto así, como se trata de recurso especial o extraordinario de casación, la constitución de un poder especial para ello, no cancela el mandato conferido y ejercido en las instancias para la defensa del reo, con apoyo en el cual el doctor Gustavo Serrano Gómez coadyuvó o autorizó la demanda de casación suscrita por el procesado Macías Valenzuela, como consta en el libelo respectivo y en la nota de presentación del memorial de la demanda ante el Presidente del Tribunal Superior de Bucaramanga y su Secretario.

De lo anterior se desprende que el libelo de demanda que se tendrá en cuenta para el recurso será el suscrito por el reo y coadyuvado por su defensor doctor Gustavo Serrano Gómez.

En dicha demanda se invocan las causales 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las que serán estudiadas por la Sala, de la siguiente manera y por su orden lógico:

Causal tercera: Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado

Basa el recurrente esta causal en la circunstancia de que afirmando el veredicto que el reo dio muerte a Angel María Miranda, pero en estado de intensa ira al ver a su amigo herido, dicha respuesta del jurado coloca la situación jurídica del homicida en la hipótesis del artículo 28 del Código Penal. El libelo de demanda continúa textualmente así:

"El veredicto del jurado proclamó por unanimidad que el hecho se cometió en estado de intensa ira nacida de una causa que es cierta y justa. Los jurados rindieron su veredicto sobre la base de su condición moral, que es la que la ley les exige, y que —como dice la H. Corte de Justicia— no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. El veredicto del jurado a que me refiero da lugar a la aplicación del artículo 362 en armonía con el artículo 28 de la misma obra. Pero el H. Tribunal Superior rechazó las explicaciones contenidas en el mismo, sin analizar su valor, su significado, su finalidad y la intención clara del jurado, cuando dijo: **"Si es responsable de la herida que le causó la muerte, pero en estado de intensa ira al ver a su amigo herido", hay un desacuerdo evidente ante la sentencia dictada y el veredicto proferido.** Y por causa de este desacuerdo aplicó el H. Tribunal una pena de presidio de nueve años, **en vez de haber confirmado el fallo de la primera instancia que impuso la pena de tres años de presidio".**

Concluye el recurrente afirmando que como la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga desconoció la atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal, porque no aplicó sino el artículo 362 ibídem, dicho fallo está en abierta rebeldía con el veredicto del jurado y, por lo mismo, la causal tercera está justificada.

Para resolver se considera:

Ya son bastantes las oportunidades en que la Corte se ha visto obligada a afrontar el problema que de nuevo se le crea con la demanda en estudio. De manera que para la decisión del caso apenas tendría la Sala que recurrir a sus propias doctrinas, varias veces expuestas, y según las cuales el veredicto fundado en la hipótesis de la ira o el intenso dolor no atenúa la responsabilidad cuando esta ira o dolor intenso no está determinada por la gravedad o la injusticia de la provocación.

Mas, en el estudio del caso, conviene hacer un recuento pormenorizado de las incidencias todas en que el delito tuvo su cumplimiento porque es precisamente en esta relación objetiva de los hechos como puede descubrirse la razón por la cual la sentencia del Tribunal de instancia no guarda desacuerdo alguno ni está en rebeldía con el veredicto del jurado.

En efecto, si la explicación que el jurado dio a su veredicto, consistente en la frase adicional que agregó a la afirmación de la responsabilidad de Macías Valenzuela en el homicidio porque se le juzga de que había obrado así "en estado de intensa ira al ver a su amigo herido" fuera estudiado al margen de las contancias del proceso, probablemente su sola enunciación escueta y simple, sin ahondar en las circunstancias que rodearon al he-

cho, podría tomarse como una clara determinación del jurado de dar a su respuesta un alcance que comprendiese la índole jurídica del atenuante conocido como emoción violenta o emoción cólera entre las calificaciones de los penalistas.

Sin embargo, si se adelanta en las etapas diferentes y consecutivas de los acontecimientos que se desarrollaron y cumplieron cuando Macías Valenzuela se convirtió en homicida, se desprende que las constancias sumariales respaldan una conclusión diferente de la que pudiese surgir del escueto enunciado y del veredicto aquí rendido en los términos que tántas veces se han dejado escritos.

Los hechos en que tomaron parte los protagonistas principales del proceso se realizaron por etapas sucesivas y como esos hechos tuvieron una clara y determinada prueba testimonial, que no pudo ser tachada de falsa, a pesar del frustrado esfuerzo que en las distintas audiencias de la causa hiciera la defensa, es apenas manifiesto que el jurado al concluir por la afirmativa de la responsabilidad del reo, tuvo que inspirar esta decisión en aquellos elementos de juicio, a tal punto que el mismo significado total de la respuesta, que constituye el veredicto, no es sino un trasunto fiel de que al valorar la prueba testimonial, encontró que de ella surgía con nitidez y claridad incontrastables la responsabilidad del procesado; pero como necesariamente había una circunstancia determinante del homicidio, la respuesta al cuestionario debía comprenderla y dejarla claramente expuesta, con prescindencia de aquellas otras alegaciones o argumentos expuestos por la defensa, que al rechazarlos excluían en la afirmación de la responsabilidad factores atenuantes en beneficio de Macías.

La Sala acogerá el relato de los hechos que hace el auto de proceder y que por ser más prolijo contiene una relación de los acontencimientos en que el delito se cumpliera, en forma que traduce, de manera fidedigna la prueba testimonial que sirvió de base para responsabilizar penalmente al reo.

Dice así aquella providencia:

"A poco de haber arribado a la cantina el grupo en que formaba Víctor Garcés, Edmundo Macías, según su inveterada costumbre en cuanto se hallaba embriagado, comenzó à incitar a su colega de parranda Guillermo Domínguez para que le propinara unos cuantos puntapiés a Rosa González, la compañera de Miranda. Como resulta muy explicable, la González reaccionó ante la injusta provocación, actitud ésta que no fue del agrado de Macías, quien le tiró un vaso a la cara, sin lograr alcanzarla y, según aparece, le propinó también un golpe o empujón, pues la mujer fue vista derribada en tierra.

"Contra el arbitrario proceder de Macías, reaccionaron, no sólo Angel M. Miranda, sino el dueño del bar Ramón Gómez, quien intervino para evitar que la González siguiera siendo maltratada. Entonces ocurrió lo que no era de esperarse: Víctor M. Garcés, quien desde tiempo atrás venía disgustando con Gómez, por alguna suma que éste le cobraba, aprovechó la oportunidad para desquitarse de su acreedor y, reaccionando violentamente, lo agarró de la ropa y trató de sacarlo a la calle, retándolo así a singular combate. Ante el giro que tomaban los acontecimientos, ya quienes intervinieron con intención pacífica fueron, por una parte Edmundo Macías, impidiendo que Garcés llevara adelante su propósito, y por otra Angel María Miranda, que pacífica y cordialmente reconvino al agresor para que desistiera de su empeño.

"Pero Garcés parecía resuelto a reñir con cualquiera en aquel trágico amanecer, y así fue como, dejando a Ramón Gómez, la emprendió con Miranda, primero en diálogo de recíprocos vocablos insultantes y en seguida propinándole a éste una bofetada en el rostro, sin que valiera la intervención de Ignacio Bueno, quien agarró a Garcés para evitar la pelea.

"Miranda, así provocado y golpeado, aceptó el reto y, sacando del bolsillo trasero de su pantalón un pequeño cuchillo, le infirió a Garcés, en el pecho, la lesión que, según reconocimiento médico, le produjo doce días de impedimento. A su turno, el herido procedió a armarse también y, entrando rápidamente a la cantina del "Bar Caribe", agarró la tranca de una puerta, salió otra vez a la calle y se dirigió contra su enemigo en actitud amenazante. Entonces Miranda se intimidó y, acaso viéndose en condiciones de inferioridad, eludió el choque y emprendió precipitadamente la fuga, seguido de cerca por Garcés.

"Entre tanto, Edmundo Macías, sabedor ya de que Garcés había sido herido por Miranda, se había apoderado de un cuchillo de propiedad de Ramón Gómez, en el "Bar Barranca" y, saliendo armado con él a la calle, cuando ya Garcés atacaba a Miranda con el palo, se le unió en feroz y despiadada persecución. De allí en adelante, todos los testigos pudieron darse cuenta de que Miranda, visiblemente acobardado, huía de sus ocasionales adversarios y trataba de refugiarse en el interior de los burdeles. Primero entró al bar "No-

che de Luces" y se escondió en el orinal, pero de allí fue sacado en angustiosa carrera, otra vez a la calle; siguió Miranda huyendo por la vía pública y quiso entrarse al "Bar Riobamba", intento que no pudo realizar. Allí le había llegado su fin: la puerta no cedió y sus enemigos le dieron alcance. Miranda aún portaba su cuchillo en la mano, pero ni pudo ni intentó siquiera servirse de él. Al volver la cara, Macías le hundió su cuchillo en el abdomen, mientras Garcés le propinaba violento garrotazo. La víctima comenzó a flaquear; avanzó unos cuantos pasos con la mano sobre la herida mortal y, un poco adelante, cuando ya caía al suelo, impotente, recibió de Garcés un último golpe de garrote, mientras Macías le decía al agresor: "No se afane, ya su sangre está vengada". Miranda fue entrado al establecimiento "Brisas del Magdalena", donde lo recostaron en una cama pública, para ser llevado, un poco más tarde, al hospital de caridad, donde falleció en las primeras horas de la noche.

.....

"Debe ahora pasarse a estudiar la forma como el homicidio se cumplió y las circunstancias en que los diversos sucesivos acontencimientos se desarrollaron. Según el relato que el juzgado acaba de hacer en esta misma providencia y de acuerdo con las constancias sumariales que lo respaldan, los sucesos pueden dividirse en las etapas que pasan a enunciarse: 1ª—La iniciación de la disputa, cuando Edmundo Macías incitó a Guillermo Domínguez para que diera de puntapiés a Rosa González, la compañera de Angel María Miranda. 2ª—La agresión de Macías contra la González, cuando ésta protestó por el atropello de que se le quería hacer objeto. 3ª—La intervención de Ramón Gómez Giraldo en defensa de la González y la inmediata e inmotivada reacción de Víctor M. Garcés contra Gómez Giraldo, a la cual se opusieron, con evidente ánimo pacifista, Edmundo Macías y Angel María Miranda. 4ª—Desafío y riña provocada por Garcés a Miranda, en la cual, éste, luégo de recibir una bofetada de su contrincante, sacó su cuchillo y lo hirió en el pecho. 5ª—Garcés se arma con un palo y sale en persecución de Miranda, que huye acobardado. 6ª—Aparece en la escena Edmundo Macías, armado de cuchillo, y se une espontáneamente a Garcés en la persecución de Miranda. 7ª—Alcanzado Miranda al pie de la puerta del "Bar Riobamba" y acosado contra la pared por sus dos perseguidores, es primero herido por Macías con arma de filo e inmediatamente después golpeado con garrote, por Víctor Garcés".

Del propio relato de los hechos que surge del informativo la agresión de Garcés al dar un puñetazo a Miranda, fue lo que determinó la reacción de éste y consecuencialmente la herida que causara a aquél. Por lo mismo, siendo inicialmente injusta la actividad de Garcés, no puede ella considerarse aisladamente para encontrar en la acción de Miranda un motivo de provocación de idéntica índole, que comprendiese la causa determinante del homicidio dentro de circunstancias que no se compaginan ni armonizan con el episodio en que tuvo lugar el delito.

Es preciso que esto quede muy claro en el proceso, porque la alegación principal en que se basa el recurso la constituye el hecho de considerar la respuesta del Jurado como claramente demostrativa de que se quiso atenuar la responsabilidad del reo, dándole al delito la fisonomía de un homicidio atenuado por la causa psicológica que determinara la reacción del victimario, ante la circunstancia de encontrar herido a su amigo.

Sin desconocer las condiciones sociológicas que en determinada comarca hagan de la amistad un sentimiento susceptible de producir en no pocas ocasiones motivo más que suficiente para reaccionar ante la injusticia que pueda cometerse contra un amigo, es indiscutible que este sentimiento noble y generoso, no puede traducirse en circunstancia de atenuación cuando no resulta ser el factor exclusivo que produzca la reacción delictuosa. Si la actitud de la víctima para con Garcés hubiera sido inicialmente injusta y éste último no fuera, como lo pregonan los autos, el promotor y provocador único de los acontecimientos que dieron al traste con la vida de aquél, posiblemente podría encontrarse en el veredicto la expresión de que el Jurado pretendió atenuar la responsabilidad de Macías en consideración del motivo generoso que lo impulsó a delinquir.

Pero si se atiende a los hechos mismos que quedan relatados por boca de los testigos presenciales, que el Jurado tuvo en cuenta a pesar de las infundadas críticas que contra ellos se hicieron en el debate público, se llega a la conclusión de que la actividad de Macías no fue propiciada por el hecho de la agresión armada con que Miranda repeliera la de que fuera víctima por parte de Garcés, sino a un impulso vengativo, como lo pregona la despiadada y terca manera como fue perseguido por distintos establecimientos de cantina, hasta que agotado y rendido por la persecución,

y después de ser herido con arma punzante, recibiera de Garcés el golpe aleve, con instrumento contundente.

¿En tales condiciones podrá hablarse de ira e intenso dolor, producida por grave e injusta provocación? En manera alguna. Esta figura, que consagra el artículo 28 del Código Penal, exige tres condiciones, a saber:

a) Existencia de una provocación;

b) Gravedad e injusticia de la misma;

c) Vínculo de causalidad entre las dos condiciones anteriores.

Para la existencia del primer elemento, puede presentarse la hipótesis de que la provocación surja de la misma persona sobre quien recae la acción delictuosa y sea únicamente en consideración a esa provocación como los hechos se sucedan. Puede, también, ser dirigida contra persona unida con vínculos afectivos a quien reacciona y delinque; pero en ambas circunstancias la provocación debe tener entidad bastante como para justificar la reacción de quien es objeto de ella, y en virtud de su estímulo obra.

Ello porque no basta la simple provocación, sea cual fuere la persona que la padezca. Es menester que aquélla tenga las calidades de injusticia y gravedad; es decir, que por este último concepto, aquella provocación se haga contra todo derecho, contra toda razón; y por aquél, que tenga los caracteres y los signos de cosa susceptible de producir el fenómeno psicológico que determina bien la ira o bien el intenso dolor, dos fenómenos que si son distintos dentro de su enunciación puramente objetiva, pueden producir distintos grados de emoción, que varían también en intensidad y en duración. Esto porque la ira puede surgir coetáneamente con la agresión y no persistir indefinidamente en la conciencia del agente, mientras que el dolor puede tener una persistencia o duración más larga y permitir en circunstancias excepcionales, que la reacción se produzca en forma no simultánea con el hecho que la produjo.

Pero los dos elementos analizados para la existencia de la atenuante deben estar íntimamente unidos por un vínculo de causalidad entre la provocación y la reacción subsiguiente, derivado de la gravedad e injusticia de la misma. Este vínculo de causalidad no implica otra cosa que la necesidad de excluír de la atenuante, por parte de la ley penal, motivos o causas baladíes, que si bien pueden producir la ira o el dolor, no tengan sin embargo la fuerza avasalladora de ese impulso psicológico o huracán emocional que lleva al delito dentro de los estados pasionales que la atenuante interpreta para reducir la responsabilidad en atención a las perturbaciones anímicas o psíquicas que estos fenómenos suelen producir normalmente a quienes los padecen.

Los fundamentos de la doctrina que se deja expuesta podrían desenvolverse con más amplitud, así:

Al legislador no le era dable otorgar modalidad alguna atenuativa a situaciones que no se conjugan con un estado psicológico determinado por una reacción que carece del contenido de grave e injusta, porque de ser de otra manera se desvirtuaría la razón jurídica que tal modalidad señala para estar incluída dentro de los términos del Código.

Al exigir el estatuto una relación de causa a efecto entre la provocación y el motivo psíquico o subjetivo que produce la ira o el intenso dolor, la ley penal apenas vincula esos fenómenos en orden a conseguir, en virtud de ellos, determinados efectos jurídicos.

De ser de otra manera, de desvincular esas situaciones, se produciría una resultante contraria a toda equidad, porque entonces bastaría cualquier clase de provocación para que funcionara la atenuante, dando así entidad jurídica a simples manifestaciones del temperamento y protegiendo entonces, con la reducción de la penalidad, a los más violentos, a los impulsivos, que al menor estímulo reaccionan por el más simple motivo o por la más insignificante de las ofensas.

Estas para merecer atenuar la responsabilidad deben estar en consonancia con las causas predisponentes a la reacción. Si ésta se presenta, debe condicionarse a los motivos que la producen. De otra manera, se erigiría en atenuante toda ofensa, aunque ella fuese insignificante, sólo porque el ánimo impulsivo o violento la convierte en razón bastante para transgredir el orden jurídico con una acción delictuosa.

La estructura de la ley debe ser adecuada a resolver situaciones humanas, conjugando la pasión justificada con la defensa del orden social. Este no sería jamás protegido si se erigieran en circunstancias aminorantes de la responsabilidad las acciones que sobrepasan el mínimo de presupuestos con que la ley tutela la forma como el hombre controla sus impulsos y sofrena sus pasiones, que por ser susceptibles de encauzar —ya que no son ciegas ni desenfrenadas— debe procurar su sometimiento, ora porque un orden moral así lo im-

ponga o siquiera una razón de común defensa social, así lo prescriba. En uno u otro caso, es obvio que no deben exceder las circunstancias a que el legislador las condiciona, porque su reconocimiento sería entonces arbitrario, y como tal no sujeto a pautas de justicia, requisito indispensable para su total vigencia jurídica.

Con sobra de razón anota la Procuraduría que "el homicidio o las lesiones consumados por un acto de provocación de la víctima requiere una dualidad de situaciones: una ofensa grave e injusta de parte del ofendido, y un estado emocional de ira o de dolor moral en el acto del delito, en los momentos de realizarlo. (Artículo 28, C. P.). Ni turbación del ánimo sola, ni ofensa que no produce cólera o dolor bastan para configurar la atenuante específica. Es necesaria la concurrencia de ambos factores, el uno de orden psicológico y el otro de procedencia objetiva.

"La vida y la integridad personal de los ciudadanos no pueden dejarse a merced de sujetos peligrosos que reaccionan impulsivamente ante cualquier ofensa, así sea la más nimia o baladí, otorgándoles la situación privilegiada del artículo 28. Por eso, la norma demanda que la provocación sea "grave e injusta", o sea aquélla que en el término medio de los hombres, atendiendo a su grado de civilización y costumbres, a sus condiciones sociales y a su sexo y edad, causa una afrenta grave, enciende las llamaradas de la emoción-cólera y vence las fuerzas inhibitorias de la moralidad y del psiquismo superior".

Se ha afirmado insistentemente en este proceso que el Jurado pretendió atenuar la responsabilidad penal del homicida y que la respuesta al cuestionario contenida en el veredicto, no fue sino la traducción exacta de aquel propósito.

Sin embargo, no es ello evidente.

Si en realidad de verdad el tribunal popular hubiese querido favorecer al reo, en forma atenuativa, no queda la menor duda de que así lo hubiera hecho, de una manera explícita y clara, sin ambigüedad ni eufemismo alguno. Siendo el tercer Jurado que se reunía para conocer sobre la responsabilidad del reo, el proceso ya contenía muy minuciosos estudios de todas las distintas argumentaciones que se habían producido en su defensa, y hasta las distintas sanciones que se le señalaron en sentencias anteriores, fundadas sobre veredictos que contenían distintas apreciaciones sobre las circunstancias mismas en que había delinquido Macías Valenzuela.

Así, en la sentencia a que dio ocasión el segundo veredicto del Jurado, simplemente condenatorio, por mayoría, y que fue declarado nulo por informalidad grave de carácter procedimental, el Juez al analizar las circunstancias propias a la determinación de la pena, surgida de los términos de la respuesta de los jueces de conciencia, tuvo en cuenta como circunstancia de menor peligrosidad el mismo hecho que después sirviera al tercer jurado para contestar el cuestionario.

En efecto, dijo así el Jurado:

"Es necesario aceptar que Macías Valenzuela, intervino inicialmente para poner paz entre los parroquianos y contertulios de aquella mañana y que su actitud eminentemente antijurídica y criminosa aparece determinada por la herida que recibiera su compañero y viejo amigo de farras Víctor Garcés, momento a partir del cual Macías Valenzuela intervino en la forma criminosa conocida, pero en estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor. Lo cual quiere decir que Macías Valenzuela obró en estado de emoción e ímpetu de ira, al ver a su amigo, seguramente muy leal, sangrante y herido".

Pero de esto que es apenas el reconocimiento de una circunstancia de menor peligrosidad, a aceptar, como se pretende ahora, que el último veredicto contenga una clara y precisa atenuación de la responsabilidad del reo, con base en el artículo 28, existe una distancia incolmable.

El mismo Agente del Ministerio Público, en la última audiencia celebrada en esta causa, presentó claramente su solicitud al Jurado, pidiendo una respuesta simplemente afirmativa de la responsabilidad del reo; y agregó en su pedimento algo significativo, que sin duda alguna influyó en la decisión y qu explica —si faltara explicación una vez conocida la historia de los hechos— la forma como fue rendido el veredicto y la intención que manifestó el Jurado al redactar sus términos.

Dijo así, en tal oportunidad el Agente del Ministerio Público:

"Quiero pedirles (sic) señores jueces que contestéis el cuestionario sometido a vuestra consideración, afirmativamente, pero si queréis ser benignos podéis contestar que Macías Valenzuela ejecutó el hecho en estado de ira e intenso dolor, quedando a la voluntad de vosotros, la agrega-

ción de la grave e injusta provocación, que para el Ministerio Público no existe. Esto lo dejo a vuestra consideración porque por allá en la intimidad de los autos, se asoma esta modalidad atenuadora, habida consideración a la amistad de Garcés y Macías Valenzuela.

Sin embargo, a pesar de esta expresa recomendación del Ministerio Público y que al Jurado también se le propusiera por la defensa, en forma subsidiaria, un veredicto en tales términos, su redacción prescinde en absoluto de toda explicación referente a la gravedad e injusticia de la provocación; y como es esta modalidad la que en definitiva viene a crear la circunstancia modificadora de la responsabilidad que estatuye el artículo 28, por las razones jurídicas que ya han sido expuestas anteriormente, resulta obvio que sin necesidad de entrar a desentrañar el íntimo espíritu del veredicto ni menos a conjeturar sobre la intención de los jueces de hecho, que será siempre una labor inaceptable y expuesta a graves equivocaciones, lo evidente es que el Jurado, al negarse a reconocer expresamente que el motivo determinante de la agresión de Macías a Miranda fuera la grave e injusta provocación de éste hacia Garcés, fue porque quiso descartar en forma absoluta este motivo determinante del delito, dejándolo apenas como circunstancia de libre apreciación del Juez para la individualización de la pena, como ya había antecedentes en el proceso.

Razón de sobra tiene la Procuraduría cuando expresa a este respecto lo que sigue:

"En el presente caso, el veredicto apenas contiene uno de los presupuestos del estado de provocación, la ira intensa, pero es deficiente o corto en la otra exigencia, o sea la referente a la gravedad e injusticia de la ofensa.

"Porque el solo hecho de afirmar el Jurado que la ira del procesado nació "al ver a su amigo herido", no equivale a que éste hubiera sido lesionado por Miranda en forma injusta y grave, ya que toda prueba del proceso demuestra claramente que fueron Víctor Garcés y el propio acusado quienes iniciaron la provocación, Macías Valenzuela instigando a Guillermo Domínguez para que golpeara a Rosa González —primer origen de los sucesos— y Garcés dándole un bofetón a Miranda, que detrminó la reacción armada de éste y la consiguiente herida que le infirió a su injusto agresor, Garcés.

"Y aún más: una vez herido Garcés, Miranda emprende la fuga y es perseguido tenazmente por Macías Valenzuela, armado de cuchillo, y por Garcés, armado de una tranca, y en forma cobarde le da la estocada mortal en el abdomen, sin que de parte de la víctima hubiera existido el menor acto de agresión en tales momentos.

"El testigo presencial Ramón Gómez Giraldo dice, en forma muy gráfica, que "el responsable de todo es Víctor Garcés, quien fue quien prendió la hoguera y el otro, o sea Macías se metió en defensa de un amigo y nada más". (Fs. 38 v. cuaderno primero).

"En tales circunstancias, el homicidio traduce una cruel y aguda venganza, que no se compadece con la situación excepcional y benigna que la ley consagra en el caso del artículo 28".

De todo lo dicho se desprende que la causal tercera no puede prosperar.

No cabe, pues, la menor duda de que la voluntad del Jurado, consignada en el veredicto, no traduce cosa distinta que la aceptación de la tesis sostenida por la Fiscalía y el rechazo de la solicitud del defensor. O en otros términos, que el Jurado quiso reconocer el estado de ira con que procediera el reo aceptando en la explicación que delinquió al ver herido a su amigo, pero sin darle a esta modalidad el contenido que jurídicamente la hace viable para los efectos del artículo 28.

Decir otra cosa sería llenar en forma arbitraria y con prescindencia absoluta de la verdad contenida en el proceso, el vacío que voluntariamente dejó el Jurado, lo que equivaldría entonces sí, a "poner la sentencia en desacuerdo con el veredicto".

El Jurado, como acertadamente lo anota la Procuraduría, lo que pretendió con la adición introducida al cuestionario fue poner de presente el móvil que indujo al acusado a cometer el delito, y reconocer en su favor una simple circunstancia de menor peligrosidad: la señalada en el numerál 3º del artículo 38 del Código Penal.

Causal primera. Ser violatoria de la ley penal, por errada aplicación de la misma.

Como los fundamentos en que apoya el recurrente esta causal se basan en no haber aplicado la disposición contenida en el artículo 28 del Código Penal, pues dio aplicación únicamente al

artículo 362 del mismo Código sin tener en cuenta las circunstancias que se especifican en aquella disposición, según lo anota el libelo de demanda, es obvio que las razones ya expresadas y en virtud de las cuales se sostiene que el primero de los artículos citados no podía aplicarse en este caso, por no dar margen el veredicto para ello, debe concluírse que tampoco puede prosperar dicha causal.

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, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia de fecha dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga condena a Edmundo Macías Valenzuela, procesado por el delito de homicidio, a la pena principal de nueve años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

NULIDADES — NOTIFICACIONES

La notificación por medio de edicto y publicación de éste en el Diario Oficial, autorizada por el artículo 2 de la Ley 85 de 1946, solamente se surte cuando la ordinaria o personal, ordenada por la ley, no es posible efectuarla a pesar de las gestiones hechas para ello.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez)

En este juicio ordinario surgido con motivo de la oposición formulada ante el Ministerio de Minas y Petróleos por Francisco Mejía y otros a la propuesta de contrato del Instituto de Fomento Industrial, para explorar y explotar hierro en el Municipio de la Paz, venido acá en virtud de la apelación interpuesta por los actores-opositores contra la sentencia dictada por el Tribunal de Santa Rosa el 8 de marzo de 1948, el doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, como apoderado de los opositores, promovió incidente de nulidad "de todo lo actuado, desde el propio auto por medio del cual el Tribunal de Santa Rosa asumió el conocimiento del negocio", invocando dos motivos como generadores de la nulidad, a saber:

"1º Incompetencia de jurisdicción, y

2º Falta de emplazamiento a las personas que represento".

Tramitado en debida forma el incidente en referencia, se procede a decidirlo, considerando previamente:

a) Que el "Instituto de Fomento Industrial", representado por su Gerente, mediante memorial presentado al Ministerio de Minas y Petróleos el 5 de noviembre de 1942, formuló a dicho Ministerio propuesta para contratar la explotación de unos yacimientos de hierro, en terrenos ubicados en el Municipio de La Paz, Departamento de Boyacá, con superficie de 5.000 hectáreas, determinado por los linderos allí indicados;

b) Que el Ministerio, por Resolución número 73 de 2 de marzo de 1943, admitió la propuesta en referencia, ordenando dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1.054 de 1932, esto es, publicación, por tres veces, en el **Diario Oficial,** de un extracto de la propuesta con las indicaciones y datos allí mencionados, como así se hizo:

c) Que dentro del términó de tres meses indicado por el artículo 23 del citado Decreto 1.054, el doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, obrando como apoderado de Ismael Mejía Gómez y otros, formuló por escrito, ante el Ministerio, oposición a la mencionada propuesta de contrato, tendiente a obtener la no inclusión, en el contrato de concesión a que dé lugar aquella propuesta, los lotes de terreno que determina y singulariza por sus nombres y linderos, sobre los cuales —dice— tienen sus poderdantes el dominio del suelo y del subsuelo;

d) Que en razón de aquella oposición, el Instituto de Fomento Industrial, por medio de su Gerente, en escrito presentado al Ministerio el 30 de diciembre de 1943, aduciendo como motivo la necesidad de dar comienzo a los trabajos de exploración dentro del menor plazo posible, pidió se procediera a celebrar el contrato propuesto "excluyendo expresamente de la zona de 5.000 hectáreas solicitadas los yacimientos de hierro situados dentro de las áreas de terreno o lotes que hayan sido objeto de oposición, y siempre que no haya mediado posterior desistimiento", agregando que así se dejaría "a salvo el interés de los opositores **pero quedando vigente la propuesta** —subraya la Sala— **de contrato formulada por el Instituto, en lo que se refiere a los terrenos que se excluyesen, y para cuando las oposiciones vigentes se resuelvan";**

e) Que el Ministerio, mediante Resolución número 409 de 31 de diciembre de 1943, accedió al

anterior pedimento, disponiendo se procediera a celebrar el contrato de exploración y explotación propuesto por el Instituto, advirtiendo empero que tal determinación "no significa ni puede significar de ninguna manera que el Ministerio estime al proceder así que los yacimientos mineros excluídos del contrato pertenezcan realmente a los opositores, ni menos reconozca a éstos, en forma expresa o implícita, derecho de dominio sobre aquéllos, ni acepte la validez de los títulos y comprobaciones presentados", y por cuanto estimó no ser de su resorte entrar a estudiar y decidir las oposiciones presentadas;

f) Que el contrato se celebró con fecha 3 de enero de 1944, elevándose a escritura pública el 28 de septiembre del mismo año, previo el trámite administrativo de rigor;

g) Que, en relación con los opositores pendientes, de que se ha venido hablando, en acatamiento a lo dispuesto por la nueva regulación de las oposiciones a las concesiones de minas (Ley 85 de 1945), el Ministerio expidió la Resolución número 128 de 22 de marzo de 1946, ordenando remitir el expediente al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo para la decisión de las aludidas oposiciones, como así se cumplió, después de haber sido notificada por edicto fijado en la Secretaría del Ministerio el 25 de mayo de 1946, desfijado el 7 de junio siguiente y publicado en el Diario Oficial número 26.195, del 1º de agosto del mismo año;

h) Que el Tribunal de Santa Rosa, a donde llegó el expediente el 1º de septiembre de 1947, profirió, con fecha 8 de marzo de 1948, la sentencia que por apelación interpuesta por el apoderado de los opositores determinó su remisión a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, mediante la cual decidió declarar desierta la oposición formulada por el doctor Ricardo Sarmiento Alarcón en nombre de Ismael Mejía Gómez y otros, a la mencionada propuesta de contrato formulada por el Instituto de Fomento Industrial, condenando al opositor a pagar a favor del Estado una multa de doscientos pesos moneda legal, en acatamiento a lo dicho por la parte final del inciso 1º del artículo 3º de la Ley 85 de 1945, en razón de no haber formalizado el opositor sus pretensiones con la presentación de la demanda correspondiente dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que fueron recibidas por el Tribunal las diligencias, como lo previene el artículo 4º de dicha ley.

Según quedó visto, la primera causal de nulidad invocada es la de Incompetencia de Jurisdicción del Tribunal Sentenciador, y se hace consistir en el hecho de haber aceptado el Ministerio la petición formulada por el proponente de la concesión de celebrar el contrato excluyendo los terrenos objeto de las oposiciones, quedando por tanto agotada toda gestión en relación con éstas, en forma tal, que los derechos de los opositores quedaron fuera de discusión y terminada toda controversia al respecto, no habiendo, por lo mismo, materia para decidir cuando entró en vigencia la Ley 85 de 1946.

El señor Procurador Delegado en lo Civil encuentra infundada esta causal de nulidad y solicita que así se declare, por estimar no ser exacto que al entrar a regir la Ley 85 de 1946 no hubiera materia litigiosa de competencia de la Rama Jurisdiccional, ya que en ningún momento la Nación había reconocido que fuera fundada la oposición y por cuanto solamente aquella Rama del Poder Público es la llamada a hacer tal reconocimiento, no solamente ante los claros preceptos de la ley 85, sino también —agrega la Sala—, en virtud de lo resuelto por la Sala Plena de la Corte, en sentencia de 21 de febrero de 1941, al decidir sobre la demanda de inexequibilidad del artículo 24 del Decreto 1.343 de 1937.

En todo caso, y para llegar a la conclusión insinuada por el señor Procurador, suficiente es advertir que, conforme se dejó dicho en los ordinales d) y e) de las consideraciones precedentes, el proponente de la concesión, al solicitar la celebración del contrato con exclusión de los lotes materia de las oposiciones, manifestó que quedaba vigente la propuesta en relación con esos lotes y "para cuando las oposiciones vigentes se resuelvan", y que el Ministerio al acceder a ese pedimento del proponente expresó —se repite—, que ello "no significa ni puede significar de ninguna manera que el Ministerio estime, al proceder así, que los yacimientos mineros excluídos del contrato pertenezcan realmente a los opositores, ni menos reconozca a éstos, en forma expresa o implícita, derecho de dominio sobre aquéllos, ni acepte la validez de los títulos y comprobaciones presentados". Por lo demás, no debe perderse de vista lo estatuído clara y terminantemente por el artículo 4º de la memorada ley 85 de 1946, que dice: "Las oposiciones que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan formulado ante el Ministerio del Ramo, y no hayan sido resueltas por éste, se enviarán a los Tribunales respectivos para que sean decididas de conformi-

dad con lo dispuesto en los artículos anteriores. El término para formalizar las oposiciones será de tres meses que se contarán desde la fecha en que el expediente respectivo sea recibido por el Tribunal".

Nulidad por "Falta de emplazamiento a las personas que represento"

El personero de los opositores, doctor Sarmiento Alarcón, al invocar esta causal de nulidad, de que trata el artículo 448 del C. J., la fundamenta en el hecho de no haberle sido notificada en debida forma, bien a él o a sus poderdantes, los interesados, la precitada Resolución ministerial número 128, ordenativa del envío del expediente al Tribunal, lo cual determinó un trámite sorpresivo adelantado sin el debido emplazamiento, comoquiera que, al tenor del artículo 2º de la ley 85 de 1946, ha debido hacerse esa notificación en forma personal, ni hay constancia de las gestiones realizadas para hacerla, no obstante tener dicho abogado su residencia y oficina en esta ciudad y haber indicado su dirección en el correspondiente escrito de oposición, y por cuanto la notificación supletoria autorizada por aquella disposición, no era, por lo mismo, procedente.

El artículo 2º de aquella ley, estatuye:

"La providencia que ordena el envío de las diligencias al Tribunal se notificará personalmente dentro de los diez días siguientes. Si esto no fuere posible, la notificación se surtirá por medio de edicto que se fijará en la Secretaría del Ministerio por diez días, y se publicará por una sola vez en el Diario Oficial. Se entiende surtida la notificación diez días después de hecha la publicación".

En relación con esta causal, el señor Procurador Delegado en lo Civil, manifiesta que no se opone a que se declare nulo el proceso por tal motivo, porque, evidentemente "se produjo una grave irregularidad en la notificación de la Resolución número 128, pues no sólo por así mandarlo la ley, sino porque se trataba de una Resolución dictada después del transcurso de varios días en que la tramitación administrativa, en cuanto hacía a los opositores había quedado prácticamente en suspenso, lo natural era intentar por todos los medios la notificación personal, con tanto mayor razón cuanto que los opositores tenían un apoderado en Bogotá, el cual no es un desconocido, fuera de que en el escrito de oposición dijo dónde tenía su oficina de abogado. Por la falta de demostración de que se hubieran hecho diligencias para localizar al apoderado, es por lo que el suscrito cree que sí se procedió sorpresivamente y que no se le dio a los opositores la oportunidad de conocer el momento en que el negocio llegó al Tribunal, para formalizar oportunamente la oposición".

Para conocer la Sala esta causal de nulidad, como lo hará, se funda, además de las atinadas observaciones precedentes, formuladas por el señor Agente del Ministerio Público, en la circunstancia de no haber constancia en el expediente, como es de rigor hacerlo, de las diligencias realizadas por el Ministerio para notificar personalmente la mentada Resolución a los interesados, como procedía hacerse en primer término, ya que la notificación por medio de edicto y publicación de éste en el Diario Oficial, autorizada por el citado artículo 2º, como extraordinaria que es, solamente se surte cuando la ordinaria o personal, ordenada por la ley, no es posible efectuarla a pesar de las gestiones hechas para ello.

Además, en acatamiento de la norma general de procedimiento, establecida por el artículo 313 del C. J., las partes y sus apoderados tienen la obligación de poner en noticia del juez "cuál es su casa de habitación u oficina y si no la tienen, cuál es la que designan para que en ella se les hagan las notificaciones personales". En el caso de autos, como ya se dijo, el apoderado de los opositores en el escrito de oposición presentado ante el Ministerio, indicó su oficina.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Primero—Declárase infundada la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, invocada en este juicio por el apoderado de los opositores.

Segundo.—Declárase fundada la causal de nulidad invocada, consistente en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio. En consecuencia, declárase nulo todo lo actuado en este juicio a partir del auto del Tribunal de Santa Rosa, que dispuso someter el negocio a repartimiento, y ordénase devolver el expediente a dicha entidad, para que de allí vuelva al Ministerio de Minas y Petróleos, a efecto de que una vez notificada en debida forma la Resolución número 128, se le dé al asunto el curso legal.

Notifíquese, cópiese, cúmplase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado — Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS.—SE DECLARA INFUNDADO EL AVISO DADO POR LA COMPAÑIA DE PETROLEOS SHELL DE COLOMBIA EN RELACION CON UNA FINCA DENOMINADA "CAIMITAL"

No podían ser dueños de un terreno, para los efectos de la cesión del subsuelo petrolífero, hecha por los Estados Soberanos con anterioridad a la expedición del Código Fiscal de la Nación de 1873, quienes ostentaban en su favor simples títulos traslaticios entre particulares, si ese terreno no había salido del dominio de la Nación por cualquier medio legal. Así lo entendió ya la Corte en fallo de 26 de agosto de 1921, al cual pertenece el siguiente aparte:

"Se dice también que bajo el régimen federal la Nación no podía legislar libremente sobre las minas que estuvieran en los terrenos baldíos de su propiedad. Aun en este supuesto, el estudio del artículo 1126 del Código Fiscal nacional en relación con las leyes locales de los Estados demuestra que no existe conflicto en lo que atañe a las minas distintas de las piedras preciosas y las de metales, ya que aquéllos reconocieron al dueño del suelo la propiedad de esas minas, y dueña del suelo era la Nación con respecto a los baldíos no cedidos a particulares por adjudicaciones o por leyes especiales".

Además, acorde con la anterior interpretación y con la que prevaleció en las encuestas y debates que precedieron a la Ley del Petróleo—la 37 de 1931—hoy ese punto está definido por el artículo 10 de la ley 160 de 1936, que dice:

"Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la presente ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo cinco de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Por memorial de fecha catorce de junio de mil novecientos cuarenta la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, debidamente representada por su gerente, señor Hendry Stuart Mackenzie Burns, avisó al Ministerio de Minas y Petróleos que se proponía efectuar exploraciones con taladro en busca de petróleo de propiedad particular dentro de una finca denominada "Caimital", ubicada en el Municipio de Honda, del Departamento del Tolima, y comprendida dentro de los siguientes linderos:

"Desde la orilla derecha de la quebrada de Bernal en el punto de Las Caudas, donde termina un cordón de colinas pajosas que desciende del cerro más alto de 'Chirirí', subiendo por el filo de dichas colinas hasta lo más alto de dicho cerro; de ahí, lindando con las tierras de El Tambor, a cuyas tierras pertenecen exclusivamente unas lomas o potreros altos de pasto natural que se interponen en los dos globos de Tambor y La Esmeralda, hasta el punto donde se junta, quebrada de Chirirí de por medio, las serranías de Chirirí y potrero de Chirirí y Caimital; de aquí por todo el filo de esta última serranía hasta una cintura o filo desde donde se divisa el llano de La Fragua o de Garrapata, lindando por esta parte con los terrenos de Luisa; de aquí tomando hacia la derecha, por todo el filo de dicho cerro que mira para el llano de La Garrapata y por la serranía de Lumbi, hasta encontrar con el cerro Calunga; siguiendo por la falda de este cerro por el lado que mira para el río Gualí, hasta ponerse frente al punto donde es atravesada la quebrada de Calunga por el camino de Mariquita a Honda; de allí línea recta perpendicular hasta dicho punto de la quebrada, que es donde termina la cerca

de piedra de La Esmeralda, cuya cerca en toda su extensión recorre el camino público de Mariquita a Honda, lindando con ejidos de este distrito, hasta el punto llamado El Balso que es donde empieza dicha cerca, y de aquí por el boquerón que divide Las Mesas de Las Bobas de las de Medina o Los Mamones, línea recta, la más corta hasta la orilla derecha de la quebrada de Bernal, donde mueren las colinas pajosas del cerro de Chirirí, primer lindero".

Con el mencionado aviso de exploración presentó la Shell un plano topográfico de la finca "Caimital", y las pruebas o documentos que juzgó apropiados para la prosperidad de sus pretensiones.

Culminó en el Ministerio la tramitación administrativa del aviso, después de oír el concepto del señor Procurador General de la Nación y el de la Junta Asesora de Petróleos, con la resolución de fecha catorce de octubre de mil novecientos cuarenta, por medio de la cual se dispuso enviar el asunto a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, para los fines del inciso 3º del artículo 7º de la ley 160 de 1936.

Aquí en la Corte adelantóse el debate por el procedimiento sumario previsto para estos casos, produciéndose durante él nuevas pruebas y presentando las partes sus respectivas alegaciones; todo lo cual es bastante para que se proceda ahora a dictar la decisión correspondiente.

El interés para el aviso

Por la escritura número 2381 de 17 de agosto de 1940 de la Notaría Cuarta de Bogotá —sustitutiva de la número 1736 de 3 de julio de 1937 de la misma Notaría— las señoras Mercedes Gutiérrez, Elvira Gutiérrez v. de Convers, Inés Gutiérrez de Montaña e Isabel Montaña Camacho le conceden a la Compañía de Petróleos Shell de Colombia el derecho de explotar el petróleo que se encuentre o pueda encontrarse en la finca de "Caimital", con la exclusión de un pequeño lote vendido por la señora Inés Gutiérrez de Montaña al Municipio de Honda por medio de la escritura número 338 de 9 de junio de 1937 de la Notaría de esta ciudad. Por dicho contrato también se le da autorización a la Shell para representar a las concedentes en gestiones sobre la propiedad de tales petróleos.

La finca de "Caimital" a que se refiere el contrato con la Shell está compuesta por varios lotes de terreno, así: por tres lotes de propiedad de la señora Mercedes Gutiérrez, llamados "El Tesoro", "El Tesorito" y "El Tesoro"; por dos lotes de propiedad de la señora Elvira Gutiérrez de Convers, denominados "El Llano" y "Agua Blanca"; por el lote llamado "Lumbi", vendido por la señora Gutiérrez de Convers al señor Andrés Valencia M. por la escritura número 200 de 9 de abril de 1940 de la Notaría de Honda, con exclusión del petróleo y de la mitad de cualquier otra mina, reservados expresamente para sí misma por la vendedora; por tres lotes de propiedad de la señora Inés Gutiérrez de Montaña, llamados "Caimital", "Caimitalito" y "Santa Bárbara"; y por el lote denominado "El Depósito", de propiedad de la señorita Isabel Montaña Camacho.

Los lotes de las señoras Mercedes Gutiérrez, Elvira Gutiérrez de Convers e Inés Gutiérrez de Montaña les fueron adjudicados a éstas en el juicio de partición de la hacienda de "Caimital", según aparece de la escritura número 1309 de 28 de mayo de 1937 de la Notaría Cuarta de Bogotá. En la misma partición se le adjudicó el lote de "El Depósito" al señor Gabriel Montaña Camacho, por acuerdo de las copartícipes; pero luego aquél lo vendió a la señorita Isabel Montaña Camacho por escritura número 1369 de 12 de julio de 1939 de la Notaría Tercera de Bogotá.

La finca de "Caimital" se les había adjudicado en comunidad a las señoras Mercedes Gutiérrez, Elvira Gutiérrez de Convers e Inés Gutiérrez de Montaña en el juicio de sucesión de la señora Valentina Castrellón de Gutiérrez, el cual se encuentra protocolizado en la escritura número 80 de 14 de enero de 1930 de la Notaría Cuarta de Bogotá.

La señora Valentina Castrellón de Gutiérrez había adquirido la finca de "Caimital" —llamada antes "La Esmeralda"— por adjudicación en el juicio de sucesión del señor Gregorio Castrellón, protocolizado por medio de la escritura número 205 de 7 de agosto de 1911 de la Notaría de Honda.

La finca de "La Esmeralda", por los mismos linderos de la llamada ahora "Caimital", la había comprado el señor Gregorio Castrellón al señor Eustasio Ramírez por escritura número 160 de 18 de junio de 1884 de la Notaría de Honda.

Todos los títulos anteriores están debidamente registrados.

Conclúyese de lo relacionado, que la Shell, en virtud de contrato con particulares, goza del derecho de explotar los petróleos de la finca de "Caimital"; que ese derecho lo adquirió de los

presuntos dueños de tales petróleos; y que es perfecta la tradición de aquella finca en más de treinta años: todo lo cual es suficiente, a juicio de la Corte, para legitimar la presente gestión o aviso.

La determinación del terreno

En concepto del Ministerio de Minas y Petróleos, en su resolución de 14 de octubre de 1940, varios de los títulos antiguos presentados por la Shell son tan indeterminados o incompletos en materia de linderos, que no se puede saber si las tierras a que ellos se refieren corresponden a la finca actual de "Caimital". En este mismo sentido se había expresado ya la Sección Técnica de dicho Ministerio, al resumir así su estudio de los documentos del aviso:

"Por ser los títulos antiguos presentados muy incompletos y no figurar en el plano todos los detalles topográficos citados en ellos, no es posible hacer la verificación de los linderos de acuerdo con dichos títulos".

¿Dados estos antecedentes, cuál es, en efecto, la tradición de dominio alegada por la Shell, para demostrar que los terrenos del aviso salieron del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, a título de justa prescripción?

Para mayor claridad, se parte ahora, hacia atrás, de la venta hecha por Eustasio Ramírez a Gregorio Castrellón, ya relacionada:

Eustasio Ramírez había adquirido la finca "La Esmeralda" de Antonio Cruz, por escritura número 301 de 26 de junio de 1879 de la Notaría de Honda.

Antonio Cruz había comprado el globo de "La Esmeralda" al señor Rodulfo Samper, según escritura número 190 de 17 de diciembre de 1875 de la Notaría de Honda.

Rodulfo Samper había adquirido de Samper & Compañía el globo de "La Esmeralda", por escritura número 50 de 5 de septiembre de 1866 de la Notaría de Honda.

La sociedad Samper & Compañía había adquirido la finca de "La Esmeralda" por disposición de los condueños de otro globo de mayor extensión y del mismo nombre, señores Samper & Compañía, Agripina Samper de Ancízar y Antonio, Silvestre, Manuel, Miguel, José María y Rodulfo Samper, por escritura número 137 de 26 de enero de 1866, de la Notaría de Honda. Al adjudicársele a Samper & Compañía el terreno del aviso se hizo constar que estaba compuesto por los antiguos globos de "Caimital", "Mesa de Las Bobas" y "Quebradas".

Los condueños nombrados habían adquirido el globo de "La Esmeralda" por la escritura número 150 de 1º de junio de 1865, de la Notaría de Ambalema, otorgada a su favor por el señor Antonio Camacho Lozano. Aquí se trata, a lo que parece, del globo de mayor extensión adjudicado por la escritura número 137 de 1866 ya mencionada.

Ese globo de mayor extensión —llamado también "La Esmeralda"— lo había adquirido el señor Antonio Camacho Lozano de los señores Rodulfo Samper, Tomasa Agudelo de Samper, Agripina Samper de Ancízar, José María, Manuel, Miguel, Rafael, Antonio y Silvestre Samper, según escritura de compraventa número 95 de 25 de noviembre de 1861 de la Notaría de Honda. Ya en esta escritura aparecen linderos un tanto distintos de los del globo del aviso, por tratarse de terrenos de mayor extensión, como se ha indicado.

Según escritura número 56 de 30 de marzo de 1857 de la Notaría de Honda, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión del señor José María Samper, aquí se adjudicó una hacienda llamada "La Esmeralda" a la señora Tomasa Agudelo de Samper y a sus hijos Rodulfo Samper, Agripina Samper de Ancízar, José María, Manuel, Miguel, Rafael, Antonio y Silvestre Samper, en comunidad. En dicha escritura no figuran los linderos de la hacienda adjudicada.

Afirma la Shell que aquí se divide el terreno del aviso en los tres lotes a que se refiere la escritura número 137 de 1866 de la Notaría de Honda, llamados "Caimital", "Mesa de las Bobas" y "Quebradas", con la advertencia de que el primero de los nombrados proviene de tres pequeños lotes que la compañía denomina Lote a) de Caimital, Lote b) de Caimital y Lote c) de Caimital.

De acuerdo con las respectivas escrituras, los mencionados lotes de terreno los había adquirido el señor José María Samper por los siguientes linderos:

Lote a) de Caimital, llamado también "Mesa de Medina, Chiriri y Bernal": "Por una parte el volador que cae en frente de Coloma que antiguamente poseía don Francisco Villafaña, del cual derrama una quebrada que llaman Agua Blanca que cae a Chiriri; por otra parte hasta la quebrada de Bernal corriendo línea recta hacia la parte superior de dicha quebrada hasta la boca

de la que llaman de Pacheco y Barriga y de ella se dirige por encima de los cerros línea recta formando cuadro hasta mirar a Lumbi, y volver a la cuchilla del cerro que llaman del Rincón que poseía el mismo don Francisco Villafaña cortando línea recta a la dicha quebrada de Agua Blanca; cuyos linderos se acreditan por las diligencias de posesión hechas por el escribano que fue de esta ciudad don Luis Jiménez en veinte de noviembre de mil setecientos cincuenta y ocho". (Escrituras de 3 de enero de 1846, de 24 de febrero de 1842 y de 5 de diciembre de 1839).

Lote B) de Caimital: "Desde el primer paso de la quebrada de Bernal que entra al Caymital quebrada arriba hasta encontrar con la boca de la quebrada que llaman la Pacheca y tomando de ésta para arriba hasta el pie del cerro que llaman Carare, y al pie del cerro se toma para abajo hasta dar con la misma quebrada de Bernal, que es el primer lindero de esta tierra, de suerte que por el lado derecho linda con las nombradas también el Caymital, y por la izquierda con las que le hizo la venta al señor Fernández, que lo fue la Sª Bruna Torres, y por la parte de arriba con las de los Ocos, las que fueron en lo antiguo de Felipe Púa". (Escritura de 17 de julio de 1832 de la Notaría de Honda: venta de Ana María Armero, como apoderada de Fernando Fernández, a favor de José María Samper).

Lote c) de Caimital: "Desde la quebrada que llaman de Barriga que junta con la Bernal, de allí cogiendo quebrada abajo hasta enfrentar con la quebrada de Agua Blanca que sale del cerro nombrado Aponte; que cae a la Bernal, y de ahí para abajo hasta entrar en frente de la cuchilla del cerro que fue de doña Petrona Benítez, y caminando por toda la orilla del cerro hta. volver a encontrar con la misma quebrada de Agua Blanca de un cerro, a otro, y volviendo para arriba al lado derecho por las orillas de ambos cerros de Calunga hasta dar con la dicha quebrada de Barriga, y de ésta para arriba hasta topar con el cerro, en cuyo punto se acaban éstos". (Escritura de 17 de julio de 1832 de la Notaría de Honda: venta de Ana María Armero, como apoderada de Fernando Fernández, a favor de José María Samper).

Lote de Mesa de las Bobas: "Por el camino que baja de Mariquita a esta ciudad (Honda) y las divide de los ejidos de ella con que afrentan pr. el norte, pr. el sur con las tierras del Caimital qe. hoy pertenecen al señor comprador y las quebradas Cucurucú y Bernal, pr. la parte oriental con tierras de la pertenencia de la señora Bruna Fierro, y pr. la del poniente con la quebrada Calunga". (Escritura de 25 de diciembre de 1833 de la Escribanía de Honda: venta de Antonio Maldonado a José María Samper).

Lote de "Las Quebradas": En certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Honda consta que "en 28 de octubre de 1845 se registró el testimº de la diligencia del remate q. hizo el Sor. Jº María Samper en 30 de junio ppdo. ante el Sor. Juez Letrado del Circuito Sor. Bme. Pardo pr. ante el escribano pubes. del número Sor. Joaquín Samper, cuyas tierras fueron rematadas en la cantidad de doscientos sesenta y cinco ps. i uno i medio rs. q. pertenecían a los hijos menores de Félix Oco en jurisdicción de Mariquita, y otras tierras son nombradas las "Quebradas". No hay linderos."

Según las afirmaciones del aviso, la tradición anterior de los lotes adquiridos por el señor José María Samper arranca de los siguientes títulos: la de los lotes a) y b) de Caimital, de la escritura de 20 de diciembre de 1755 de la Escribanía de Honda, sobre venta de unas tierras por Bartolomé José Pedroza a Pedro de Medina; la del lote c) de Caimital, de una escritura de 1763 de la Escribanía de Honda, sobre venta de unas tierras por Teresa Fernández de Arroyaba a Juan de Dios Albarracín; la del lote Mesa de las Bobas, de una escritura de 1782 de la Escribanía de Honda, por la cual don Francisco Josef Maldonado adquirió el Patronato de la Capellanía de "cerro de Calunga, nominado Bobas"; y la del lote Quebradas, de la ya mencionada escritura de 1763 de la Escribanía de Honda.

Pero a pesar de las afirmaciones de la Shell, no puede decirse que existe siempre la tradición alegada por ella, ya por falta de correspondencia de los títulos en algunos casos, ya por ser indeterminado e indeterminable el terreno de ciertas escrituras, como pasa a verse:

a) La tradición del lote b) de Caimital sólo data de la escritura de 2 de enero de 1828 de la Escribanía de Honda, por la cual Bruna Torres le vendió ese lote a Fernando Fernández. Aunque los linderos de este título están en algunas partes ilegibles, fácilmente se puede deducir que corresponden a los que figuran en la venta posterior hecha por Ana Mría Armero, como apoderada de Fernando Fernández, a favor de José María Samper, por escritura de 17 de julio de 1832 de la misma Escribanía de Honda.

Mas, del año de 1828 para atrás no hay tradición del lote en referencia, pues si bien Bruna Torres dice que ese lote lo había adquirido su esposo Alejandro Ardila de Felipe Púa por escritura de 20 de julio de 1819 de la Escribanía de Honda, es lo cierto que en dicha escritura únicamente figura el Lote a) de Caimitál, según los linderos de la anterior. Por lo tanto, no es exacto que de la adquisición de Alejandro Ardila hacia atrás se confunda la tradición de los Lotes a) y b) de Caimital.

b) Respecto del lote de Mesa de Las Bobas, la tradición apenas parte, en realidad, de la escritura de 25 de diciembre de 1833 de la Escribanía de Honda, por la cual José María Samper le compró ese lote a Antonio Maldonado. La escritura anterior de 1782 sólo reza que Franco. Josef Maldonado adquirió el Patronato de la Capellanía del "cerro de la Calunga, nominado Bobas". No hay linderos ni ellos pueden deducirse de títulos anteriores.

c) En cuanto al lote de "Quebradas", ni en la constancia del remate hecho por don José María Samper el 30 de junio de 1845, ni en los títulos anteriores presentados, aparece la determinación del terreno. Los únicos linderos son los que figuran en la escritura de 14 de agosto de 1776 de la Escribanía de Mariquita. Allí se dice que Juan de Dios Albarracín le entregó "a los dchos. José Fermín Rodrigz. y Lorenza de la Cruz un pedazo de tierra en el sitio de las Quebradas, q. sus linderos son desde el recodo de la quebrada que llaman de Bernal, entrando en ella la hacda. de Phelipe Mejía hasta el cerro"; pero, como se comprende sin dificultad, se trata aquí de linderos que no cierran ningún perímetro. Tampoco se puede decir que el lote de "Quebradas" tenga algo que ver con la escritura de 1763 de la Escribanía de Honda —venta de Teresa Fernández de Arroyabe a Juan de Dios Albarracín—, pues en dicha escritura solamente aparece deslindado el lote c) de Caimital.

d) Los únicos lotes que presentan la tradición que les asigna la Shell son los Lotes a) y c) de Caimital, pues los linderos que figuran en los títulos anteriores al de adquisición de ellos por don José María Samper se concatenan razonablemente unos con otros, por medio de linderos que permiten deducir que se trata de los mismos terrenos. Debe agregarse, sin embargo, que no se pueden tomar en cuenta como punto de partida de la tradición del Lote a) de Caimital las dos nuevas escrituras aportadas a la Corte por la Shell —la de venta de Manuel Zúñiga a Petrona Benítez en 1730 y la de venta de Josefa y Bárbara Benítez a Pedro de Medina en 1772—, por la circunstancia de que los linderos que figuran en ellas presentan notables diferencias con los del Lote a) de que se trata, y porque no resulta razonable que don Pedro de Medina comprara dos veces el mismo terreno. Si el Lote a) de Caimital lo había comprado Medina a Bartolomé José Pedroza en 1755, por linderos que fueron precisados en la posesión que le dio el Alcalde de Honda en 1758, no se ve por qué había de adquirir de nuevo el mismo terreno en 1772.

Es así como la Corte, de acuerdo con lo sustancial de las observaciones del Ministerio de Minas y Petróleos, que la Shell no ha tratado siquiera de desvirtuar en esta etapa judicial, llega ahora a las siguientes conclusiones:

1º—Por los simples títulos no se puede saber si los lotes de terreno adquiridos por don José María Samper —llamados aquí Lote a) de Caimital, Lote b) de Caimital, Lote c) de Caimital, Lote de Mesa de las Bobas y Lote de Quebradas— corresponden al globo de "La Esmeralda" que aparece por primera vez con los linderos de la escritura número 137 de 26 de enero de 1866 de la Notaría de Honda, o sea si han venido a constituir o integrar el globo de "Caimital" materia del aviso de exploración, cuyos linderos son los mismos de la escritura antes citada. Es más. No estando determinado en ningún título el Lote de "Quebradas", bien puede afirmarse que ni aun sobre el terreno se habría podido establecer que dicho lote hace parte del globo del aviso. No se ha demostrado o acreditado, por consiguiente, la debida determinación o correspondencia entre la finca actual de "Caimital" y los distintos lotes que figuran en escrituras anteriores a la número 137 de 1866 de la Notaría de Honda, con las cuales se pretende comprobar por justa prescripción la propiedad privada del petróleo.

2º—Respecto de la tradición alegada por la Shell, no se les puede dar valor alguno a los títulos en que figuran terrenos indeterminados e indeterminables, a los cuales se ha aludido ya en las reflexiones precedentes.

La propiedad privada del petróleo

Reconoce el señor apoderado de la Shell, doctor Benjamín Acosta Sánchez, que no se ha presentado ningún título expedido directamente por el Estado antes de 1873, para acreditar la propiedad particular del petróleo que pueda haber en la finca

de "Caimital"; pero agrega que, a pesar de eso, existen en el presente negocio situaciones jurídicas especiales que demuestran esa propiedad privada, ya por ministerio de la ley, ya por justa prescripción y explotación económica.

Dice así el señor apoderado de la Compañía en su alegato ante esta Sala:

"Aunque en este expediente no aparece la merced otorgada por la Corona española, o el título originario por el cual esas tierras salieron del patrimonio del Estado, debido a la deficiencia de los archivos públicos, pues en el expediente consta que sí existió la respectiva merced, sin embargo no puede afirmarse que por ese único hecho el subsuelo de la finca "Caimital" es nacional, porque existen situaciones jurídicas especiales que determinan la propiedad particular de ese subsuelo por ministerio de la misma ley, o por justa prescripción y explotación económica".

Con todo, la Corte no habrá de ocuparse de la justa prescripción alegada, por cuanto los terrenos a que se refieren los títulos anteriores a 1866 —o si se quiere, anteriores a 1861— no se sabe si corresponden al globo materia del aviso, como ya se ha visto; es decir que, por la indeterminación de aquellos terrenos en relación con los actuales, resulta inoficioso el estudio de la justa prescripción propuesta, que se funda en tradiciones de dominio y actos de explotación económica cumplidos, en su mayor parte, antes de la década de 1860 a 1870.

Dicho esto, cuál es el otro fundamento que se le asigna a la propiedad privada del petróleo de la finca de "Caimital"?

Considera el señor apoderado de la Shell que teniendo su origen la propiedad particular del petróleo en la legislación de los antiguos Estados Soberanos, dictada a partir de la Constitución de 1858, a esa legislación debe acudirse en el presente caso. Y agrega que la Nación, de acuerdo con las Constituciones de 1858 y de 1863, sólo se reservó las minas de esmeralda y de sal gema, pudiendo disponer los Estados de las demás minas; que el Estado Soberano del Tolima, al adoptar el Código de Fomento de Cundinamarca en 1861 y mantenerlo vigente por leyes posteriores, únicamente se reservó para sí las demás minas de piedras preciosas y las de metales de todas clases, mientras que cualesquiera otras las cedió a los dueños de la superficie del terreno, entre ellas las de petróleo; y que, por cuanto está probado que la finca de "Caimital" figuraba en cabeza de particulares de 1861 en adelante, de ahí se sigue que el correspondiente petróleo pasó a ser de propiedad de esos particulares, en virtud de la expresada cesión.

Sobre este último punto, dice el señor apoderado de la Shell en su alegato:

"En este expediente está plenamente demostrado con los títulos respectivos que ya en el año de 1861, y aun con anterioridad a 1821, estas tierras ya estaban apropiadas, pues pertenecían en 1861 a la sociedad Samper y Compañía y estaban integradas por los lotes llamados Caimital, Mesa de Bobas y Las Quebradas, Las Cruces y Tambor, y en el año de 1821 pertenecían, respectivamente a Alejandro Ardila, Felipe Maldonado y los menores Ocos, y antes habían pertenecido a Pedro Medina, Juan de Dios Albarracín y Juan de Óco.

"He citado además el año de 1821 como época de apropiación particular de esas tierras, ya que si no bastara la demostración referente al año de 1861, entonces quedaría acreditada esa propiedad conforme al artículo 4º de la Ley 200 de 1936, por cuanto se trata de establecer no la propiedad del subsuelo sino únicamente la propiedad territorial superficiaria, y demostrado como está este hecho, entonces tiene aplicación la cesión hecha a favor de los propietarios en 1861 por ministerio de la misma ley, y por consiguiente desde esa época se consolidó la propiedad del suelo y del subsuelo en cabeza de dichos propietarios. Al enajenar éstos y sus sucesores la propiedad de los inmuebles nombrados traspasaron suelo y subsuelo hasta llegar a los actuales propietarios, quienes adquirieron la propiedad tanto en el suelo como en el subsuelo. El Estado no ha readquirido el dominio sobre las minas de que se desprendió en 1858, y por lo tanto los propietarios tienen la plena propiedad del suelo y del subsuelo, con exclusión de cualquier otro derecho, inclusive de la Nación".

Se considera:

Reconoce la Corte que la actual propiedad privada del petróleo tiene su primitiva fuente u origen en la legislación de los antiguos Estados Soberanos, en cuanto éstos cedieron a los dueños del terreno ciertas minas, inclusive las de petróleo, antes de la reserva del Código Fiscal de 1873. Lo que no puede aceptar es el sentido que a esa cesión le da el señor apoderado de la Shell, porque se opone a su natural alcalce y al que le ha dado el mismo legislador en el año de 1936.

No podían ser dueños de un terreno, para los efectos de la cesión hecha por los Estados Soberanos, quienes ostentaban en su favor simples títulos traslaticios entre particulares, si ese terreno

no había salido del dominio de la Nación por cualquier medio legal. Así lo entendió la Corte en el propio fallo de 26 de agosto de 1921 que cita el apoderado de la Shell, en el siguiente aparte:

"Se dice también que bajo el régimen federal la Nación no podía legislar libremente sobre las minas que estuvieran en los terrenos baldíos de su propiedad. Aun en este supuesto, el estudio del artículo 1126 del Código Fiscal nacional en relación con las leyes locales de los Estados, demuestra que no existe conflicto en lo que atañe a las minas distintas de las de piedras preciosas y las de metales, ya que aquéllos reconocieron al dueño del suelo la propiedad de esas minas, y **dueña del suelo era la Nación con respecto a los baldíos no cedidos a particulares por adjudicaciones o por leyes especiales**" (se subraya ahora).

Además, acorde con la anterior interpretación y con la que prevaleció en las encuestas y debates que precedieron a la ley del petróleo —la 37 de 1931— hoy ese punto está definido claramente por el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, que dice:

"Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la presente ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

No sobra agregar, en cuanto a las tradiciones de dominio anteriores al 11 de octubre de 1821, a que se refiere el señor apoderado de la Shell, que de acuerdo con la Ley 200 de 1936 esos títulos no podrían tener ninguna incidencia sobre la propiedad del petróleo, por haberlo dispuesto así el artículo 5º de la misma ley. Y es que al reconocerles valor la Ley 200 de 1936 a los títulos traslaticios de dominio entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821, respecto del Estado, hizo expresamente la salvedad de que esas disposiciones no se aplicarían en lo tocante al subsuelo.

Por lo demás, ni siquiera se ha demostrado que los terrenos de que tratan los títulos anteriores al año de 1821 correspondan al actual globo del aviso, como resulta de precedentes consideraciones.

Y el mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Falla:

Declárase que no es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, de realizar exploraciones de perforación con taladro, en busca de petróleo de propiedad privada, en la finca llamada "Caimital" a que se refiere el aviso dado al Ministerio de Minas y Petróleos el catorce de junio de mil novecientos cuarenta, finca cuyos linderos han quedado descritos en la parte motiva de esta providencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Belisario Agudelo D. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Germán Alvarado. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR PERDIDA DE UNOS DINEROS PERTENECIENTES A UN DEPOSITO JUDICIAL. — NATURALEZA JURIDICA DE ESTE SERVICIO DEL ESTADO.

La facultad que la ley procesal otorga a los jueces para recibir depósitos y consignaciones y para aplicarlos conforme a lo que se resuelva en los respectivos juicios no es una función inherente a la administración de justicia, sino se trata en estos casos de un servicio distinto anexo a ella, que obliga al Estado de acuerdo con la naturaleza de dicho servicio.

En este sentido, los dineros consignados por cuenta de expropiaciones deben entregarse oportunamente por los jueces —o sea por el Estado— a los interesados respectivos. Es ésta una obligación que deriva directamente de la ley, dada la orden o disposición de entrega. De otra parte, si esos fondos desaparecen y el Estado no los puede entregar a sus destinatarios, a consecuencia de hechos ilícitos de sus agentes, es apenas natural que continúe subsistiendo su responsabilidad, ya que esta circunstancia no puede ser motivo de exoneración, sea por aplicación analógica de las normas del Código Civil sobre depósito necesario, sea por razones de simple equidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, once de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Hipólito Parra S., obrando como apoderado del señor José Antonio Melo, promovió el 22 de agosto de 1945 juicio ordinario contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Bogotá, con el objeto de que se hicieran los siguientes pronunciamientos:

Peticiones principales:

"1ª—Que la Nación de Colombia es civilmente responsable de la pérdida o extravío de la suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 466,66), que la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca consignó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, para pagar la zona séptima, en el juicio de expropiación que la citada compañía adelanta contra Abel de J. Daza y otros.

"2ª—Que como consecuencia de la declaración anterior, la Nación de Colombia debe pagar a José Antonio Melo la suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 466.66), valor de la zona séptima antes citada.

Petición subsidiaria

"....Que se declare que la Nación de Colombia esta obligada a consignar en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativa, a cuenta del juicio de expropiación de la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca contra Abel de J. Daza y otros, la suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos, con destino al pago de la zona séptima".

Para fundar sus pretensiones, el demandante adujo estos hechos:

"1º—La Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca inició en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá, juicio de expropiación contra Abel de J. Daza y otros, solicitando la expropiación de varias zonas para el Ferrocarril de Cundinamarca en su prolongación al bajo Magdalena.

"2º—Entre las zonas cuya expropiación se pidió se cuenta la zona séptima, la cual en un principio perteneció a Honorato Cortés y pasó luégo a ser propiedad de José Antonio Melo.

"3º—Con la presentación de la demanda de expropiación, la compañía demandante consignó en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro pesos con ochenta y seis centavos ($ 4.944, 86), para el pago de las zonas cuya expropiación se pidió y entre las cuales se cuenta la zona séptima.

"4º—Por medio del recibo cuya copia aparece al folio séptimo de las pruebas adjuntas a esta demanda, fraudulentamente se sustrajeron del juicio

de expropiación citado la suma de seiscientos cuarenta y nueve pesos con treinta y nueve centavos.

"5º—Descubierta la anterior sustracción de dinero, los jueces primero y segundo civil del Circuito de Facatativá dejaron constancia de ello, como aparece al folio 7º y 7º vuelto de las copias adjuntas a esta demanda.

"6º—Los juzgados primero y segundo civil del Circuito de Facatativá son entidades dependientes de la Nación de Colombia.

"7º—Por petición presentada por el Gerente del Ferrocarril de Cundinamarca y por Hipólito Parra S., como apoderado de José Antonio Melo (folio 8º), se solicitó al Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá la entrega de la suma de $ 466.66, correspondiente al valor de la zona séptima de propiedad de mi poderdante.

"8º—Por auto de fecha 2 de mayo de 1945 dictado en el juicio de expropiación citado, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá decretó el pago a favor de José Antonio Melo de la suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos, correspondiente al valor de la zona séptima.

"9º—En vista de que no había dinero para hacer el pago, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá se abstuvo de hacerlo.

"10.—El Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá no tiene dinero para hacer el pago de la zona séptima, porque como se dijo anteriormente, de este juicio fueron sustraídos dolosa o fraudulentamente $ 649.39".

Contestada la demanda por el señor Fiscal del Tribunal y proseguido el juicio por sus cauces legales, se le puso fin a la primera instancia del negocio por sentencia de diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual se negaron todas las súplicas del libelo.

Encontró el Tribunal, para su decisión absolutoria, que las copias del juicio de expropiación allegadas al proceso eran insuficientes para demostrar el daño o perjuicio alegado por el actor, deduciendo de ahí que no había para que estudiar si se habían dado los demás elementos indispensables para la responsabilidad extracontractual.

Así llegó el negocio a esta superioridad, por apelación de la sentencia de primer grado, concedida al representante del actor.

Y como ya en esta instancia han gozado las partes de todas las oportunidades que les brinda la ley procesal, aprovechándolas el demandante para producir nuevas pruebas y el señor Procurador Delegado en lo Civil para presentar sus alegaciones, se procede ahora a dictar la decisión definitiva que corresponde.

El concepto de la Procuraduría

Considera el señor Procurador Delegado que si de las irregularidades ocurridas en el Juzgado 2º del Circuito en lo Civil de Facatativá, o sea de la pérdida o sustracción indebida de una suma de dinero, correspondiente al juicio de expropiación seguido por la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca contra Abel de J. Daza y otros, se dio aviso a los Jueces en lo Penal de Facatativá el 30 de noviembre de 1939, según constancia traída a estos autos (f. 7 v. del cuaderno número 1), debe procederse a suspender el presente juicio de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 11 del C. de P. P., hasta tanto no se le ponga fin al proceso penal por auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable.

El representante de la Nación da algunas razones sobre la influencia que puede tener en el presente asunto el resultado de la investigación criminal.

Sin embargo, la Corte no habrá de detenerse en este punto de la incidencia del proceso penal sobre el civil, por la circunstancia de que a su juicio la constancia a que se refiere el señor Procurador Delegado no es prueba suficiente de que se iniciara la investigación del hecho delictuoso. En esta constancia solamente se dice, en relación con las irregularidades ocurridas en el Juzgado 2º del Circuito de Facatativá, que al pasar el Alcalde de esta ciudad una visita en noviembre de 1939 y verificar los faltantes, "se dispuso pasar copia del acta correspondiente a la autoridad competente a fin de que se hiciera la investigación respectiva, lo que se cumplió el 30 de los mismos con oficio número 200, dirigido al señor Juez Penal del Circuito (repartimiento)". Dicha constancia puede ser prueba de que se envió la comunicación allí indicada a los jueces penales, pero no de que se iniciara efectivamente la investigación criminal. En estos casos no se puede proceder por simples deducciones, máxime si se tiene en cuenta que cuando se pasó el aviso a los jueces penales ya era posible que la acción estuviera prescrita, pues el hecho delictuoso había ocurrido en septiembre de 1931.

Con lo dicho basta para no acceder a la suspensión pedida por el señor Procurador Delegado en lo Civil, por lo cual se pasa en seguida al estudio de fondo del asunto.

Los hechos comprobados

Consisten las pruebas aportadas a este negocio en copias del juicio de expropiación seguido por la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca contra Abel de J. Daza y otros; en el cheque original que sirvió para la sustracción de fondos en dicho juicio; y en copias de los actos de nombramiento y posesión de quienes desempeñaban el Juzgado 2º del Circuito en lo Civil de Facatativá en la época de aquella sustracción.

Con tales pruebas resultan plenamente acreditados los siguientes hechos:

1º—En el juicio contra Abel de J. Daza y otros, se decretó la expropiación de varias zonas de terreno, entre las cuales quedó incluída la **zona séptima** de propiedad de Honorato Cortés (fs. 4 a 7 del cuaderno número 1).

2º—Para el pago de las zonas expropiadas había consignado el demandante en el Juzgado que venía conociendo del asunto —el 2º del Circuito en lo Civil de Facatativá— la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro pesos con ochenta y seis centavos ($ 4.944,86), según recibo que aparece al folio 4 del cuaderno número 1.

3º—De esta cantidad hubo una sustracción o apropiación indebida de seiscientos cuarenta y nueve pesos con treinta y nueve centavos ($ 649.39) —realizada por medio del cheque visible al folio 4 del cuaderno número 3—, según se desprende de la siguiente constancia:

"Hoy primero de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, fecha en que entrega el Juzgado el doctor Juan Carreño Padilla, Juez saliente, al entrante doctor Carlos Angulo Garavito, se deja la siguiente **constancia:** Este juicio, como puede verse del oficio número 220 (folio 248) fue enviado del Juzgado 2º Civil de este Circuito a este Juzgado (se trata del 1º de Facatativá) con fecha quince de marzo de 1939, con la suma de setecientos nueve pesos cuarenta y un centavos ($ 709.41) moneda corriente.... Por la entidad expropiadora se consignaron para el pago de las zonas expropiadas cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro pesos ochenta y seis centavos ($ 4.944, 86). moneda corriente.... Por el Juzgado 2º del Circuito, hasta la fecha de remisión del juicio, se habían hecho giros por un total de tres mil quinientos ochenta y seis pesos seis centavos ($ 3.586.06) moneda corriente. Sumadas esta última cantidad y la remitida a este Despacho por el Juzgado 2º, dan un total de cuatro mil doscientos noventa y cinco pesos cuarenta y siete centavos ($ 4.295.47) moneda corriente, Aparece, pues, una diferencia de seiscientos cuarenta y nueve pesos treinta y nueve centavos ($ 649.39). moneda legal, entre las sumas consignadas y el saldo y sumas pagadas por el Juzgado, cantidad que se hizo aparecer en el expediente (recibo de fl. 92 v.), como girada a Encarnación Rico y Rosa y Lucía Cerón, personas éstas que no son partes en el juicio, en donde tampoco aparece providencia alguna que ordene la entrega de la suma indicada a dichas personas.... Facatativá, agosto 1º de 1941. El Juez saliente, (Fdo.): Juan Carreno Padilla. El Juez entrante (Fdo.): Carlos Angulo Garavito". La anterior constancia fue dejada por el Juzgado 1º del Circuito en lo Civil de Facatativá, a donde pasó durante algún tiempo el mencionado juicio de expropiación, y puede verse a los folios 7 y vuelto del cuaderno número 1.

4º—En el susodicho juicio de expropiación se reconoció que el señor José Antonio Melo tenía derecho a percibir el valor de la zona séptima expropiada a Honorato Cortés, y se ordenó pagarle la correspondiente suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 466.66), lo que tendría lugar tan pronto se hiciera la reposición de los fondos sustraídos, según providencia del Juzgado 2º del Circuito de Facatativá de dos de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, que dice:

"....En memorial que obra al folio 333, suscrito por el doctor Jorge Páez G., en su calidad de Gerente de la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca S. A., y por el doctor Hipólito Parra como apoderado de José Antonio Melo, el cual fue presentado personalmente, solicitaron a este Despacho que se le entregara al citado Melo la suma de $ 466.66, consignada por la Compañía como valor de la séptima zona expropiada, o la suma que hubiera disponible en el Juzgado hasta concurrencia de la expresada, reservándose el derecho de reclamar ante la autoridad competente el pago de lo que quedara pendiente.

"De autos existe la comprobación de que José Antonio Melo tiene derecho a percibir el valor de la séptima zona, que está comprendida dentro de K. 84 más 340 metros y 84 más 678.50, con una área de 6.670 metros cuadrados, que fue expropiada como de propiedad de Honorato Cortés, según sentencia de fecha catorce de marzo de mil novecientos treinta y uno, y de que la Compañía del Ferrocarril consignó la suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos, para el pago de la mencionada zona.

"De lo dicho anteriormente, y en vista de lo in-

formado por la Secretaría, el Juzgado decreta el pago a favor de José Antonio Melo de la suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 466.66), como valor de la séptima zona expropiada en este juicio. La entrega de esta suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos al señor José Antonio Melo se hará una vez que se haya hecho por quien corresponda la provisión de fondos para el pago". (Folios 10 y v. del cuaderno número 1).

La cuestión de derecho

Dadas las circunstancias especiales de este litigio, no puede entenderse que se trata aquí de un caso de responsabilidad indirecta del Estado por el hecho ilícito del Juez de Facatativá. Si ese hecho sólo impidió al Juzgado entregarle al señor José Antonio Melo la suma que se le había ordenado pagar en el juicio de expropiación, como valor de la zona séptima, su situación como demandante en este proceso no puede ser sino la de un simple acreedor, no la de un perjudicado directo con la sustracción de los dineros consignados por la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca.

Síguese de lo dicho que este pleito no se gobierna por las disposiciones del Título XXXIV del Libro 4º del Código Civil, como lo entendieron el actor y el propio Tribunal **a quo,** sin que ello sea óbice para que se le dé el tratamiento jurídico que le corresponde, con base en los hechos sustanciales de la demanda.

Ciertamente los jueces están facultados por la ley procesal para recibir depósitos y consignaciones, para aplicarlos conforme a lo que se resuelva en los respectivos juicios. En estos casos no se trata, sin embargo, de una función inherente a la administración de justicia, sino de un servicio distinto anexo a ella, que obliga al Estado de acuerdo con la naturaleza de dicho servicio.

En este sentido, los dineros consignados por cuenta de expropiaciones deben entregarse oportunamente por los jueces —o sea por el Estado— a los interesados respectivos. Es ésta una obligación que deriva directamente de la ley, dada la orden o disposición de entrega. De otra parte, si esos fondos desaparecen y el Estado no los puede entregar a sus destinatarios, a consecuencia de hechos ilícitos de sus agentes, es apenas natural que continúe subsistiendo su responsabilidad, ya que esta circunstancia no puede ser motivo de exoneración, sea por aplicación analógica de las normas del Código Civil sobre depósito necesario, sea por razones de simple equidad.

De aquí se concluye que el Estado debe reponer de sus fondos comunes los dineros a que se refiere la demanda del señor José Antonio Melo, ya que está plenamente demostrado que esos dineros fueron indebidamente sustraídos del Juzgado 2º del Circuito en lo Civil de Facatativá, por el hecho ilícito de los propios funcionarios encargados de su manejo. Mas no habrá de ordenarse el pago directo al señor Melo sino la consignación de fondos en dicho Juzgado, porque en el juicio de expropiación debe quedar constancia del pago de la zona séptima expropiada.

Y por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar, **resuelve:**

1º—Niéganse las peticiones principales de la demanda del señor José Antonio Melo.

2º—El Estado colombiano consignará en el Juzgado Segundo del Circuito en lo Civil de Facatativá, por cuenta del juicio de expropiación de la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca contra Abel de J. Daza y otros, la suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 466.66), con el objeto de que con esa suma se pague al señor José Antonio Melo la zona séptima expropiada en dicho juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis Rafael Robles. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES. — CUANDO ES PROCEDENTE LA VIA ORDINARIA Y CUANDO LO ES LA VIA ORDINARIA DE UNICA INSTANCIA

1.—La vía ordinaria de una sola instancia ante la Corte sólo es admisible cuando se trata de controversias que provengan únicamente de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona. No pueden, pues, acumularse dos acciones cuando una de ellas debe ser ventilada por esta vía y la otra requiere un juicio pleno de dos instancias, como la de indemnización de perjuicios por incumplimiento por parte de la Nación respecto de lo dispuesto por la Corte al interpretar un contrato celebrado por aquélla, interpretación hecha en una sentencia.

2.—Según lo establece en forma perentoria el artículo 734 del C. J., el procedimiento del juicio ordinario sólo puede seguirse cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales para ventilar y decidir determinada controversia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, trece de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez)

En relación con la demanda presentada ante esta Sala de la Corte por el doctor Luciano Estrada, en su carácter de apoderado especial del General Jorge Martínez Landínez, el señor Magistrado doctor Alvarado, a quien aquélla le fue repartida el 10 de febrero de 1949, dictó la providencia que a continuación se transcribe:

"Se reconoce al doctor Luciano Estrada como apoderado del General Jorge Martínez Landínez en los términos del poder que tiene exhibido.

"Según las voces del memorial poder, el doctor Estrada tiene personería "para que inicie y siga hasta su terminación un juicio de mayor cuantía contra la Nación para que cumpla la sentencia definitiva, ejecutoriada y registrada proferida por la Corte Suprema de Justicia con fecha treinta de octubre de 1939".

"El señor doctor Estrada en el desempeño de su cometido, le hace a la Corte tres "peticiones fundamentales", a saber:

"1ª—La de pago de honorarios debidos al General Martínez con fundamento en la sentencia aludida.

"2ª—La de efectividad de tal pago mediante dación al contratista de unos terrenos; dación que se dice autorizada por Resolución Ejecutiva de veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta, y

"3ª—La condena a pagar perjuicios.

"Siendo obligación del Juez que recibe la demanda el cerciorarse primeramente de su competencia, el Magistrado del conocimiento anota que ninguna de las acciones propuestas por el doctor Estrada en cumplimiento de su mandato procede en realidad de contrato celebrado con la Nación, sino que se trata con ellas de conseguir el cumplimiento de una sentencia.

"Por tanto la Corte, **como Tribunal de Unica Instancia,** no puede conocer de ese negocio (artículos 2º de la Ley 67 de 1945 y 40 del C. J.).

"Devuélvase la demanda con su adjuntos a quien la promovió.

"Notifíquese. (Fdos.), Germán Alvarado. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario".

Contra el auto transcrito interpuso oportunamente recurso de súplica el señor apoderado del General Martínez L., para ante el resto de los Magistrados de la Sala de Negocios Generales. Dentro de los trámites previstos en el artículo 511 del C. Judicial, sólo presentó alegato el señor apoderado recurrente, sustentando el recurso sobre la base de que esta Sala sí tiene competencia para conocer de la demanda de que se trata. El señor Procurador Delegado en lo Civil, a quien se corrió el respectivo traslado del escrito de súplica, se abstuvo de emitir concepto sobre el particular.

Para resolver, la Sala considera:

Aun cuando por motivos distintos de los que sirven de fundamento al auto materia del recurso que ahora se decide, la Sala suplicada ha llegado a la conclusión de que dicha providencia debe mantenerse en cuanto por ella se declara que la Corte

no puede conocer de la demanda formulada por el señor apoderado del General Jorge Martínez L.

En efecto: en el memorial poder visible al folio 29 de este cuaderno, el demandante faculta a su apoderado doctor Luciano Estrada para que "inicie y siga hasta su terminación el juicio de mayor cuantía contra la Nación para que cumpla la sentencia definitiva, ejecutoriada y registrada, proferida por la Corte Suprema de Justicia con fecha 30 de octubre de 1939, que interpretó el contrato de 22 de diciembre de 1920 que celebré con la Nación, y para que cumpla igualmente la promesa de pago que hizo el Gobierno al mismo contratista por Resolución Ejecutiva número 1181 de 1940, proferida el 23 de octubre del propio, notificada y consentida por el contratista, registrada, protocolizada y publicada en el Diario Oficial y la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de dicho contrato, de la sentencia y de la promesa de pago a que se refiere la Resolución Ejecutiva citada".

En desarrollo del anterior poder, el señor apoderado doctor Estrada manifiesta en el respectivo libelo que éste se dirige contra la Nación, a efecto de que por el trámite del juicio ordinario de mayor cuantía se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"1º—El pago de los honorarios pactados en el contrato celebrado el 22 de diciembre de 1920 por el Gobierno Nacional con el General Jorge Martínez Landínez se ha debido efectuar inmediatamente que éste consintió la Resolución Ejecutiva número 1181 de 1940 (23 de octubre), promesa de paga hecha con fundamento en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 30 de octubre de 1939 que interpretó el contrato.

"2º—El Gobierno Nacional está obligado a hacer la dación en pago al denunciante contratista, de los terrenos de "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo de Cusiana", suelo y subsuelo, con la exclusión del suelo ocupado por caseríos, hatos, haciendas, mejoras existentes al verificarse la entrega judicial el 18 de octubre de 1937, por el Juez del Circuito de Orocué comisionado al efecto por el Tribunal Superior de Bogotá, sin incluir las setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8.142) metros cuadrados que no pertenecen a la Nación en una proporción del cuarenta y cinco por ciento (45%), por los siguientes linderos, como se determinaron en la diligencia de entrega: "En el pueblo de Aguamena desde una loma que llaman "El Arbolito", cogiendo de para abajo la ceja de la serranía por la cumbre hasta dar al nacimiento de la quebrada "Sisigua"; toda esta quebrada abajo hasta su entrada en el río Meta, lindando con tierras de doña Rafaela Daza que tienen el sitio de Tua; río Meta abajo hasta la entrada del río Cuasiana, una legua más abajo de las Bocas, por toda la margen de este río, arriba con todas sus montañas hasta el río Cachiza, línea recta hasta "Los Farallones", cogiendo de para abajo hasta un sitio que llaman "Malpaso", que está en todo el camino del pueblo de Chámeza y dando la vuelta por el lado de arriba con todas sus montañas que las rodean junto con las llamadas "Los Farallones", hasta volverse a encontrar con el sitio de "El Arbolito", en jurisdicción de los municipios de Zapatoza, Chámeza, Maní y Orocué, con excepción de setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8.142) metros cuadrados que habrán de deslindarse con los herederos o representantes legales de Domingo Ortiz quien remató dichas hectáreas el 17 de septiembre de 1759.

"3º—Que como consecuencia de la condenación anterior, se le fije al Gobierno Nacional el término de seis días para que proceda a hacer en favor del General Jorge Martínez Landínez la correspondiente escritura de dación en pago del suelo y el subsuelo de los terrenos de "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo de Cusiana" de conformidad con la autorización obtenida en el artículo 1º de la Ley 128 de 1938, en que fundó la Resolución Ejecutiva número 1181 de 1940 (23 de octubre), debiendo tenerse como requerimiento de notificación de este fallo, con la advertencia de que si no lo hiciere dentro del término que se le fija lo hará la Corte Suprema de Justicia, a su nombre, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 66 de 1945.

"4º—El cumplimiento del contrato de 22 de diciembre de 1920 como se ordena por esta sentencia, implica también la indemnización de perjuicios a que tiene derecho el contratista General Martínez Landínez a que se le paguen por el Gobierno; y la liquidación de estos perjuicios se hará en el juicio previsto por el artículo 553 del Código Judicial".

Los hechos fundamentales de la demanda se exponen así en el libelo:

"1º—El General Jorge Martínez Landínez celebró el contrato de bienes ocultos del Estado con el Gobierno por el órgano del Ministerio de Agricultura y Comercio, que tenía adscritos esos negocios en el año de 1920; llenados todos los requisitos establecidos por el C. F., previa aprobación del Ho-

norable Consejo de Ministros lo aprobó el Gobierno y perfeccionado fue sometido al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, que lo declaró ajustado a la ley;

"2º—El mismo actor y contratista, ejerciendo los poderes que en virtud del contrato se le otorgaron, reivindicó e hizo reincorporar al patrimonio de la Nación un fantástico patrimonio que estaba reconocido como bien privado con título emanado de remate judicial verificado por la audiencia de Santa Fe el año de 1759, que se hizo por determinada cabida y que aparecía con linderos de una aérea (sic) mayor de un millón de hectáreas;

"3º—Recibido el bien denunciado por el contratista, judicialmente, consistente en un latifundio mayor de un millón seiscientas cincuenta y tres mil hectáreas, procedió a entregarlo en la misma diligencia judicial a los representantes oficiales de los distintos despachos del Gobierno cuyas designaciones había requerido oportunamente;

"4º—Todos los gastos de la gestión, incluyendo el recibo de las tierras, el pago de peritos, como el transporte de los empleados del Organo Judicial y de los empleados o funcionarios del orden administrativo designados al efecto para presenciar la entrega, fueron hechos en su totalidad por el mismo contratista, General Martínez Ladíndez;

"5º—Procedía conforme la cláusula 9ª del contrato el pago inmediato de la Nación al contratista, previo el avalúo, y así lo solicitó dicho contratista; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al cual se había adscrito los negocios de esa índole, hizo el reconocimiento pleno de haber cumplido el contratista sus obligaciones contractuales, pero en la misma Resolución pretendió mermarle sus derechos al avalúo de porciones considerables del suelo y de todo el subsuelo de los terrenos en toda el área del bien recuperado. Por esta razón el contratista acudió a la Corte Suprema de Justicia después de reclamar la Resolución a que se hace referencia, una vez que en lugar de reponerla la confirmó en todas sus partes el mismo Ministerio;

"6º—La Corte Suprema de Justicia desató la **litis** o controversia suscitada por la interpretación y cumplimiento del contrato bilateral, por sentencia de fecha 30 de octubre de 1939, registrada previa su ejecutoria; llevada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en doble copia, como le fue exigido. Pero todavía el mismo Ministerio insistió en las tesis vencidas ante la Corte Suprema en juicio ordinario, con la mayor amplitud, teniendo mi poderdante necesidad de reclamar ese nuevo acto ministerial ante el Presidente de la República, quien por el órgano del Ministerio de Minas y Petróleos al cual pasó el estudio y conocimiento de ese negocio, revocó la Resolución reclamada y profirió la Resolución Ejecutiva número 1181 de 1940 (23 de octubre) cuya parte final se copia: "Todo lo anotado está indicando que es más equitativo y conveniente para los intereses de las partes hacer el pago en especie, **pero dejando al denunciante en comunidad con la Nación en todo el globo de tierra de "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo de Cusiana".** Por lo expuesto, el Gobierno, **resuelve:** 1º—Revocar la Resolución número 102 de 1940 (abril 13) procedente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que ha sido objeto del recurso de reposición que se decide por medio de esta providencia; y 2º—Hacer saber al General Jorge Martínez Landínez que el Gobierno resuelve pagarle en especie, cediéndole el cuarenta y cinco por ciento (45%), proindiviso de la propiedad de los terrenos reivindicados por él como mandatario de la Nación, según contrato sobre denuncia de bienes ocultos ya citados. Tales terrenos son los conocidos con el nombre de "Santiago de los Atalayas" y "Pueblo Viejo de Cusiana" situados en Casanare, entre la cordillera y el río Meta, comprendidos dentro de los linderos y perímetro que se expresan en la diligencia de la entrega a la Nación efectuada el 18 de octubre de 1938 (sic) por el Juez del Circuito de Orocué. Este reconocimiento comprende el suelo y el subsuelo de los terrenos expresados con exclusión del suelo en que se hallen mejoras, fundaciones, actos, haciendas y caseríos y de las setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8.142) metros cuadrados que no pertenecen a la Nación"; y notificada esta Resolución Ejecutiva al contratista, como consta en la diligencia original, dijo: "Impuesto firma, manifestando que la consiente";

"7º—Dictada la Resolución Ejecutiva en el mes de octubre de 1940, Resolución que entraña una promesa formal de pago, y que implica únicamente la escritura de dación en pago hecha por el Ministro respectivo, el contratista ha pedido su cumplimiento persistentemente, sin que a la fecha se haya cumplido dicha promesa, desconociéndose la palabra oficial y el cumplimiento debido a la sentencia ejecutariada y registrada del Organo Jurisdiccional;

"8º—El pago ha debido hacerse inmediatamente que se consintió la Resolución Ejecutiva número 1181 de 1940, pues el contrato interpretado por la Corte así lo impone, pero se ha creado un ambiente de nuevo estudio aceptándose la interferencia

de terceros ajenos al contrato bilateral en que no hay otras partes distintas del denunciante y el Gobierno; y a éste no le corresponde estudiar ni resolver si el contratista es deudor de terceros que deben acudir al Organo Jurisdiccional para hacer valer sus derechos y ejecutar las sentencias que éste dicte;

"9º—Son varias las propuestas de compañías petroleras para explorar y explotar varios globos de las tierras de "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo de Cusiana", y mi poderdante ha tenido que oponerse hasta que se le cumplan las prestaciones a cargo de la Nación, logrando congelar toda esa riqueza no pudiendo adjudicarse los contratos de exploración y explotación solicitados al Ministerio de Minas y Petróleos;

"10º—El Gobierno ha estado adjudicando tierras del globo reincorporado al patrimonio de la Nación como bien fiscal en virtud de acciones judiciales, sin atender los reclamos del contratista a quien ofreció hacerlo comunero y de hecho y por derecho lo es, por su imposición, contraviniendo o violando lo dispuesto por el Código Fiscal que prescribe que esta clase de bienes no pueden adjudicarse sino en virtud de remate especial, previa licitación a que puede entrar el contratista como está acordado en el contrato y la ley fiscal".

Ahora bien; de la sola lectura de las peticiones de la demanda y de los hechos en que ella viene apoyada, se concluye que han sido acumuladas indebidamente dos acciones distintas; la del cumplimiento de una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Civil de Unica Instancia, que interpretó el contrato de 22 de diciembre de 1920, celebrado por el Gobierno Nacional con el General Martínez, y la de indemnización de perjuicios que el demandante alega haber sufrido por el incumplimiento de dicha sentencia, complementada por la Resolución Ejecutiva número 1181 de 1940, mediante la cual la Nación adoptó satisfacer en especie la obligación que se le impuso.

Empero, la acción de indemnización de perjuicios, tal como aparece configurada en la demanda, esto es, con base en el pretendido incumplimiento de la Nación respecto de lo que la Corte dispuso al interpretar el referido contrato en su sentencia de 30 de octubre de 1939, entraña un asunto contencioso en que han de ventilarse cuestiones de derecho privado, de aquellas que según el artículo 76, numeral 1º, del C. J., deben dirimirse previo un juicio pleno de dos instancias, la primera de las cuales debe surtirse ante el respectivo tribunal superior de distrito judicial, y la segunda ante esta Sala de la Corte, por apelación o consulta del fallo de primer grado. De consiguiente, no procede la vía ordinaria de una sola instancia, escogida equivocadamente en este caso por el actor, ya que aquella sólo es admisible cuando se trata de controversias que provengan únicamente de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona.

Y si se examina la demanda solamente en cuanto por ella se persigue el cumplimiento de la memorada sentencia de la Corte, en Sala Civil de Unica Instancia, se tiene lo siguiente:

El señor apoderado recurrente hace especial hincapié en la circunstancia de que por tratarse de obtener el cumplimiento de un fallo dictado por la Corte, es aplicable el artículo 550 del C. J. que para tal evento dispone que la ejecución de la sentencia respectiva, sí no se requiere seguir otro juicio, corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia.

En principio, la Sala acepta que el caso de autos, por el aspecto en examen, es uno de aquellos a que se refiere la precitada norma procesal, pero con esta salvedad fundamental: que no es precisamente la vía ordinaria la adecuada para encauzar el respectivo pedimento, ya que según lo establece en forma perentoria el artículo 734 del mismo código, el procedimiento del juicio ordinario sólo puede seguirse cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario. De tal manera que cuando la ley ordena que se observen trámites especiales para ventilar y decidir determinada controversia, resulta improcedente someterla a tramitación distinta, tal como aquí lo pretende el demandante con relación a su pedimento sobre ejecución del fallo a que la demanda se refiere, perdiendo con ello de vista que para ese evento el legislador tiene previsto un procedimiento especial, que no es precisamente el del juicio ordinario.

Síntesis de todo lo hasta aquí expuesto es que la indebida acumulación de acciones de que se resiente la demanda del General Martínez L., y la vía equivocada por la que se ha pretendido encauzarla, imponen ineludiblemente la conclusión adoptada por el señor Magistrado sustanciador, esto es, que la Corte debe declarar que es incompetente para conocer de dicha demanda y ordenar, en consecuencia, que se le devuelva con sus adjuntos a quien la presentó.

Por lo expuesto, la Sala suplicada mantiene el auto de 25 de febrero del año en curso, proferido por el señor Magistrado sustanciador, que ha sido materia del presente recurso de súplica.

Notifíquese y cópiese.

Luis A. Flórez. — Belisario Agudelo D. — Luis Rafael Robles. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

OPOSICIONES A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL, HECHA POR LA "COMPAÑIA DE PETROLEO LA ROSA DE COLOMBIA"

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, catorce de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles)

El Ministerio de Minas y Petróleos, por resolución de diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, admitió la propuesta número 172 de la Compañía de Petróleo La Rosa de Colombia, dirigida a obtener del Gobierno Nacional en contrato de exploración y explotación de petróleos un globo de terreno de una extensión de cuarenta y seis mil setecientas noventa hectáreas (46.790), ubicado en los municipios de Magangué y Sincé, del Departamento de Bolívar, y comprendido por los siguientes linderos:

"El punto arcifinio de referencia lo constituye la colina situada al N. E. de la población de Yatí sobre la cual se encuentran los tanques de la Tropical Oil Company, en la orilla izquierda del río Magdalena, Estos fueron referidos al mojón M. 52, localizado en el patio de la casa del señor Eustorgio Carcamo, en Manguelito, cuyas coordenadas geográficas son: latitud 9° 14' 19" N., longitud 0° 40' 01" W. de Bogotá. El punto de partida A de la alinderación está situado al N. E. de la colina mencionada, en la orilla izquierda del río Magdalena, a una distancia de 4.545 metros del mojón M. 52, siendo el azimut de la línea M. 52-A de 35° 6' 20". De A se sigue aguas arriba, por la orilla izquierda del río Magdalena hasta llegar al vértice E. La recta que une los vértices A y E tiene una longitud de 8.230 metros y un azimut de 185° 40' 00". De E se sigue una recta de 9.334 metros de longitud con un azimut de 207° 00' 00" hasta llegar al vértice B. De B se sigue una recta de 29.052 metros de longitud con un azimut de 297° 00' 00" hasta llegar al vértice C. De C se sigue una recta de 17.000 metros de longitud con un azimut de 27° 00' 00" hasta llegar al vértice D. De D se sigue una recta de 26.058 metros con un azimut de 117° 00' 00" hasta llegar al punto de partida A. Todos los azimuts mencionados se refieren al meridiano verdadero y se cuenta del N. al E. El límite oriental del área descrita está formado en parte por el río Magdalena (Brazo de Loba) desde Yatí en el norte hasta un punto situado aproximadamente al frente de la población de Madrid".

Cumplidas las publicaciones y demás requisitos de que trata el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, se hicieron varias oposiciones a la propuesta en referencia, las cuales dieron origen a la resolución del Ministerio de fecha diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y siete, en que se dispuso enviar varias de ellas a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, para los fines del inciso 4º de la disposición antes mencionada.

Aquí en la Corte se le dio al asunto el trámite sumario que le corresponde, sin que en esta etapa se produjeran nuevas pruebas. Y como ya está vencido el término en que las partes debían presentar su alegatos —término que sólo fue utilizado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, para defender los intereses del Estado, se procede ahora a decidir sobre el mérito de las oposiciones admitidas por el Ministerio de Minas y Petróleos.

Oposición de "G. B. Valera & Ricci"

Tiende esta oposición, formulada por medio de apoderado, a que se reconozca como de propiedad privada el petróleo que se encuentre o pueda encontrarse en las fincas o terrenos denominados "Los Andes" y "La Concepción", que se dice están comprendidos dentro del lote de la propuesta número 172.

Los linderos de esas fincas son:

Finca "Los Andes": Por el norte, con el camino real de Jenequen, que conduce a Camilo Torres y posesiones de Petrona García de Peñarredonda, antes de Ulises García, denominadas "El Carmen"; por el sur, con el camino real de La Ventura que conduce a Barranca y de este lugar al Retiro; por el oeste, con el camino real de La Ventura a Jenequen y posesiones de Marcelino Cárcamo, y por el este, con posesiones de Eustorgio Cárca-

mo, antes de H. de la Parra, Pedro Viloria, Wenceslao Pérez, Ciénaga de Gallinazo y potrero de Eugenio A. Palacio".

Finca "La Concepción": "Por el norte, con el camino real de Magangué que conduce a Buenavista y posesión de Salomón Aduen; por el sur, con posesión de Miguel Chain, antes de José Uparela, camino en medio con propiedad de José Jaime y Cristo Beuino; por el oeste, con posesiones de Francisco Salcedo, Sebastián Aguilera y otros colindantes cuyos nombres no se pueden precisar, y por el este, con posesiones de Desiderio Bohórquez, Agustín Menco, José Vanegas, camino en medio con posesión de Marcelino Cárcamo y huertas de Romualdo Pérez, Julio Díaz, Máximo de Hoyos, Arcadio Romero y con ejidos del pueblo de Jenequén".

Acepta la Corte, para los fines de la oposición, que los expresados terrenos hacen parte del lote de la propuesta de la Compañía de Petróleo La Rosa de Colombia, ya que el Ministerio hasta cierto punto lo reconoce así en su resolución de 18 de abril de 1944, en vista de la información suministrada por la propia compañía proponente.

También admite la Corte que las fincas "Los Andes" y "La Concepción" figuran como de propiedad de la firma opositora, de acuerdo con lo que aparece de la escritura pública número 271 de 28 de marzo de 1933, cuyo registro no ha sido cancelado y continúa vigente, al tenor de los certificados de la Oficina de Registro de Magangué presentados con la oposición. Por este aspecto puede considerarse que 'G. B. Valera & Ricci" han demostrado el interés que les asiste en su demanda.

En estas condiciones, cabe ahora preguntar: ¿cuáles son los títulos que se invocan para demostrar que los terrenos de "Los Andes" y "La Concepción" salieron del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873?; y también: ¿hay la debida correspondencia entre los terrenos a que se refieren los títulos antiguos presentados y los terrenos actuales de la oposición?

El apoderado de "G. B. Valera & Ricci" adujo como títulos emanados del Estado varias mercedes y composiciones de tierras de la época colonial, las cuales aparecen protocolizadas en tres escrituras públicas: la número 155 de 29 de febrero de 1944 de la Notaría de Cartagena, la número 15 de 17 de abril de 1875 de la Notaría de Magangué y otra cuya copia se ha presentado sin número y sin fecha, también de la Notaría de Magangué.

De esos títulos de origen resulta, siguiendo el mismo orden del memorial de oposición:

1º—El 21 de noviembre de 1680 el Cabildo, Justicia y Regimiento de la Ciudad de Cartagena de Indias hizo merced a Esteban Ignacio de Lorca de cuatro caballerías de tierra "lindando con el camino que va a tacasoluma y con las de dho. Cap. Pedro de Viles por la parte del Tetón, según y de la manera y en la parte y lugar que ba declarada en este al dho Estevan Ygnazio de Lorca" (página 25 v. del cuaderno oposición). De estas cuatro caballerías se le dio posesión al expresado Esteban Ignacio de Lorca el 17 de enero de 1682 por don Miguel Ortiz Galindo, Alcalde de la Villa de Tenerife, mediante la siguiente especificación: "En el Sitio de S. Andrés del Lemedero..... que corren de este dho sitio las dos hasta los linderos de las tierras del Cap. Pedro de Vides para avajo y las otras dos corren para arriba asia la Voca del monte por el camino de las Sabanas de Tacasoluma" (f. 26 del mismo cuaderno).

2º—El 24 de marzo de 1725 el Juez Subdelegado de Tierras de Mompós, don Joseph de Mier, expidió título a favor de Cosme González por una caballería de tierra llamada **Juan Arias y Portuguez,** que éste había adquirido en remate. Allí aparecen como linderos de ese pedazo de tierra: "linda de la Boca del monte de Savana nueba corriendo en las Savanas del Río Cauca y sitios que llaman de los Jiménez por el camino Real que va a dar del camino de la Savana y Vuena bista por donde llaman los muertos hasta topar con el arroyo de buena vista y corriendo arroyo abajo hasta un paraje que llaman el palmar en que quedan inclusos dos Rincones de Savana que llaman Juan Arias y el otro el de Portugues". (Folios 34 a 39 del cuaderno oposición).

3º—El 4 de septiembre de 1728 el Juez Subdelegado de Tierras de Mospós, don Joseph de Mier, admitió a composición y despachó título por doce caballerías de tierra a Pedro Rico. Como linderos de ocho de estas caballerías aparecen estos: "empezando desde el Rodeo de Manglar corriendo asia las Savanetas del Valle del Diablo buscando el monte de Costanza y de ay subiendo a buscar las Sabanetas de Soplabollos asta las Savanetas de Juan Gordo y de ay al monte de membrillar a salir a Savana nueba por el monte de Gallinazo y de Savanas nuevas rincón de la Vereda hasta bolber a dho Rodeo del Manglar". De las otras cuatro caballerías se dan los siguientes linderos: "del sitio de Paxaral que lindan por la parte de arriva con tierras de los Indios de Tacaloa y por la de abajo con la aguada viva de las Manguillas-Bonito, lindero de las tierras de Da. Ysavel de Lavarzes

por la frente Siénagas y Playones y por la cola con el Rodeo del manglar a buscar el monte de Costanza". (Folios 39 v. a 46 del cuad. oposición).

4º—En el año de 1706 el Juez Privativo de Tierras de Santa Fe le hizo merced a Antonio Rico de ocho caballerías de tierra que se habían determinado así en la respectiva petición: "tres caballerías de tierra de Savana que son las que llaman Nueva y sus rincones Corral Viejo y Portuguez, sitios y parajes en que abitan y pastan Ganados Bacunos, Caballar y cerduno"; y "cinco caballerías de tierras que confinan con dhas Savanas y corren desde la Boca del monte del Pajaral, Manglar, que corre al arroyo del arenal camino de Costanza, Soplabollos y Zayal" (folios 48 y v. del cuaderno oposición). Como Antonio Rico había comprado a Pedro Rico ocho caballerías de tierra de las doce de que trata el aparte anterior, pidió que se le diera posesión de once caballerías, alegando que entre las de la merced que le había hecho el Juez Privativo de Tierras de Santa Fe estaban comprendidas cinco caballerías de las adquiridas de Pedro Rico. La posesión se le dio a Antonio Rico por el Alcalde de la Villa de Santa Cruz de Mompox el 10 de abril de 1739, con indicación de los siguientes linderos: "que dan principio en el Rodeo de dho Manglar y lindan por el camino que ba para el Paxaral con las del Capn. Pedro Rico y por la frente camino Real de dho Pajaral enmedio que quedó desembarazado para el tráfico de las xentes con las del dho Antonio Ximénez corriendo con este deslinde las de dho Ximénez hasta el arroyo del perucho paso Rl. de el y desde allí adelante, quedando siempre el camino Real desvaratado que sirve de amojonamiento a las que constan de estos autos de dho Anto. Rico, dando principio nuebamente tierras propias de dho Pedro Rico hasta el pase del arroyo de la peña haciendo atraviese el camino Real referido siguiendo hasta el Rincón de Gallinazo siguiendo el lindero de dho Pedro Rico y puestos ya en dho Rincón de Gallinazo en que quedó ynclusa Savana nueba y su monte Juan Arias y demás Rincones pasando a membrillar para Juan Gordo quedando en el camino de dha posesión la llamada y dando bueltas a Soplabollos y arenal Savanetas del Valle del Diablo a topar con dho Manglar dexando en los parajes más públicos Barias Señales de Mojones y (comido) que sirven de trecho a trecho de Norte y Guía de esta posesión" (folio 52 del cuaderno oposición).

5º—El 23 de junio de 1740 don Juan Bautista Vaamonte Tavoada, Juez Privativo de ventas y composiciones, amparó a don Juan Josef de Urquiza en la posesión y goce de seis caballerías de tierra en las Sabanas de Tacasaluma. Tres de esas caballerías de tierra estaban comprendidas por estos linderos: "desde la cabecera de una azequia y seja de monte hasta llegar a topar con el monte que llaman de los Pajaos y desde éste, hasta dar en el que nombran del caimito, corriendo por el camino real, qué sale a sabana grande, i por la orilla de dicho monte por el otro lado, hasta topar con la quebrada o arroyo de Sabana larga (que otros titulan la "Palma del Agua) y desde este arroyo por la orilla hasta topar con la cabecera de la azequia". De las otras tres caballerías se habían dado los linderos que siguen: "habían de empezar a correr desde el arroyo que baja de Sabana larga para las ocho palmas; dos caballerías y media por la parte de abajo buscando para adentro la savana de Sn Luis i el Quadro para arriba acalorando la orilla del arroyo de Sabanalarga, y la otra media caballería..... en el monte de los Pijaos..... hasta el rroyo que llaman de Baptista". Dicha composición de tierras aparece confirmada el 6 de septiembre de 1762 por los señores don Josef de Sobremonte, Marqués de Sobre Monte, Comendador de la Oliva en el Orden de Santiago, Brigadier de los Reales escritos, Gobernador y Comandante General de esta Plaza y Provincia (Cartagena), don Josef Crespo Ortiz, Contador, y don Rafael de Escovar, Tesorero: Oficiales de la Real Hacienda. De esas seis caballerías de tierra se dio después la correspondiente posesión. (Folios 69 v. a 75 del cuaderno oposición).

6º—El 2 de enero de 1638 el Cabildo, Justicia y Regimiento de la Villa de Santiago de Tolú le hizo merced a don Andrés Jiménez de la Fuente de diez caballerías de tierra en los montes que lindan en las Savanas que llaman de Juan Gordo por los linderos que se habían indicado en la petición, así: "Montaña adentro por la una parte corriendo al Hato de Dn. Diego de Carvajal y por la otra a lindar con tierra del Capn. Alonso de Mesa que lindan con las Savanas de oropesa". Esta merced se hizo por el Cabildo de Tolú de acuerdo con autorización que se le había concedido por Cédula Real expedida en Madrid el 17 de diciembre de 1621, incorporada en el correspondiente título (fs. 62 a 63 v. del cuaderno oposición). Como a don Pedro de Arrieta se le habían traspasado siete caballerías de las diez anteriores, le pidió al Alcalde Ordinario de la Villa de San Benito Abad, en 1734, que se le diera posesión y se le midieran las siete caballerías en referencia, como en efecto se hizo. La

medida de las siete caballerías no arroja mayor luz sobre su alinderación.

7º—El 13 de enero de 1742 don Juan Bautista Vaamondte de Tavoada, Juez Privativo de composiciones y ventas de tierras de la Villa de Mompós, admitió a composición y amparó en una caballería de tierra a don Alonso González de Retamoza, por los siguientes linderos: "que había de empezar a correr por una parte con zeja atascosa que nombran Gallinazo hasta el monte del arroyo de Baptista, y desde la Rosa de dicho arroyo hasta el monte del Retiro y por la otra desde la misma zeja, orillando la Ciénaga de Salsipuedes hasta llegar al citado monte del Retiro". De esta caballería de tierra se le dio posesión a don Alonso González de Retamoza por el señor Corregidor del Sitio del Retiro el 24 de octubre de 1749. Después dicha tierra pasó a ser de los vecinos y moradores del sitio de San Sebastián, en común, por virtud de un arreglo o compromiso entre éstos y su titular don Alonso González de Retamoza. (Folios 103 a 113 del cuaderno oposición).

8º—También aparecen en las escrituras de protocolización algunas tradiciones de dominio entre particulares, en relación con parte de las tierras descritas anteriormente, lo mismo que en otras dos escrituras presentadas por la firma opositora. Debe advertirse, sin embargo, que no se ha demostrado ninguna relación entre esas tradiciones de dominio y los títulos actuales de "G. B. Valera & Ricci".

No entiende la Corte, al ocuparse de los títulos de origen, que éstos se expidieran con arreglo a la legislación de la época, con el lleno de todos los requisitos necesarios, pues en la mayor parte de los casos se echa de menos la indispensable confirmación de mercedes y composiciones, como resulta de los requerimientos que figuran en los documentos protocolizados, hechos por don Eusebio Sánchez Pareja, del Consejo de S. M., en 1752.

Lo que ha querido destacar la Corte es la falta de correspondencia entre los terrenos a que esos títulos puedan referirse y los globos materia de la oposición. En efecto, ¿con base en qué podría decirse que los terrenos que figuran en los títulos de origen corresponden a los globos actuales de "Los Andes" y "La Concepción", cuando unos y otros linderos no guardan la más leve semejanza ni se ha demostrado sobre el terreno la debida determinación? Por lo demás, con sobrada razón consideró la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos que los linderos de las mercedes y composiciones relacionadas eran muy imprecisos, ya que así se puede apreciar a su simple lectura en la mayoría de los casos.

En cuanto a la adjudicación de un terreno baldío llamado "San Antonio", que aparece protocolizada por medio de la escritura número 9 de ocho de abril de 1878 de la Notaría de Magangué, no sólo no hay ninguna correspondencia con los globos de la oposición, sino que esa adjudicación fue hecha con posterioridad al 28 de octubre de 1873, por lo cual el petróleo que allí pueda encontrarse es de propiedad nacional.

Por lo tanto, la oposición de "G. B. Valera & Ricci" no puede prosperar.

Oposición de Modesta Arrieta de Cerro y Emiliano, Efraín, Felipe, Emiro, Evaristo y Marco Fidel Cerro Arrieta

El doctor Diógenes Arrieta Arrieta, al formular esta oposición con poder de las personas nombradas, no especifica cuáles son los terrenos actuales de su mandantes, o sobre los cuales tengan algún derecho; en otros términos, no precisa los terrenos que en su concepto deban excluirse del contrato sobre petróleos solicitado del Gobierno Nacional por "La Rosa de Colombia".

En lo pertinente se expresa así el doctor Arrieta Arrieta en su memorial de oposición:

"Dentro del globo de terreno arriba determinado, a que se refiere la propuesta, se encuentran ubicadas ciertas porciones de terreno pertenecientes a mis poderdantes conforme a la titulación que acompaño, siendo los más antiguos de esos títulos cédulas reales que concedieron mercedes de tierra y por el sistema de composición con la corona, como en ellos consta.

"Las porciones de tierra pertenecientes a mis mandantes hacen parte de tres globos de terreno denominados "Las Llanadas", "Buenavista" y "Juan Arias", cuyos linderos son los siguientes:

..."**Las Llanadas.**—Este globo se compone de pastos de sabanas y montes de pan cojer, citas del otro lado de Buenavista, caserío de la jurisdicción de Sincé. Dichas tierras están comprendidas en los siguientes linderos: "Principiando desde el Rodeo del Manglar corriendo hacia las Sabanas del Valle del Diablo buscando el Monte de Constanza, y de ahí subiendo a buscar las Abanetas de Soplabollos hasta las Abanetas de Juan Gordo, y de ahí al monte de Membrillar a salir a Sabananueva por el monte de Gallinazo, y de Sabananueva al Rincón de la Vereda hasta volver a dicho

Rodeo del Manglar con las Sabanas de "Las Llanadas", Sabananueva y sus Rincones".

"**Buenavista.**—"Tomando de los montes de Sabana nueva al arroyo de Buenavista corriendo montaña adentro hasta encontrar las Sabanas de San Luis y Surban colindando con terrenos hoy de los herederos de José Manuel Ucrós, de ahí colindando con los montes de Juan Gordo al monte de Membrillar, siguiendo el curso del arroyo del mismo nombre; de ahí en línea recta a Sabananueva, colindando por toda esta línea con la porción denominada Las Llanadas".

"**Juan Arias.**—"Tomando desde la entrada del monte de Sabananueva aguas abajo al sitio viejo de Los Jiménez a la Cienegueta de Corral Viejo, rectamente al punto conocido con el nombre de Vara de León que está en el camino de Buenavista, aguas abajo, por todo el arroyito de Juan Arias a volver al punto de partida orillando el monte de Gallinazo".

Agrega el apoderado de los opositores que los globos de tierra deslindados salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, dando a entender que dentro de esos globos se encuentran los actuales terrenos de sus mandantes.

No obstante lo dicho, quiere entender la Corte que la oposición de que se trata se circunscribe a los terrenos que aparecen adquiridos por algunos de los opositores, conforme a los siguientes títulos:

Emiliano Cerro Arrieta. Por escritura número 257 de 9 de diciembre de 1928 de la Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de José Manuel Benítez una posesión llamada "Betania", por determinados linderos; y por escritura número 71 de 15 de abril de 1943 de la misma Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de Modesta Arrieta de Cerro una vigésima parte de la sexta parte de los globos "Buenavista", "Las Llanadas" y "Juan Arias", especificados por los linderos descritos anteriormente.

Efraín Cerro Arrieta. Por escritura número 82 de 30 de abril de 1938 de la Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de Emiliano Cerro Arrieta un potrero llamado "Santa Clara", por determinados linderos; por escritura número 111 de 9 de agosto de 1926 de la Notaría del Circuito de Sincé, compró a Esteban Moreno la mitad de una posesión nombrada "Sopla Viento", por determinados linderos; por escritura número 126 de 26 de agosto de 1940 de la Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de Modesta Arrieta de Cerro otra porción de terreno debidamente especificado; por escritura número 36 de 16 de marzo de 1940 de la Notaría del Circuito de Sincé, compró a Juan Francisco Montoya E. una finca por determinados linderos; y por escritura número 122 de 22 de junio de 1941 de la misma Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de Modesta Arrieta de Cerro un terreno por linderos debidamente determinados.

Felipe Antonio Cerro Arrieta. Por escritura número 108 de 24 de julio de 1940 de la Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de Modesta Arrieta de Cerro una porción de terreno por determinados linderos; por escritura número 122 de 26 de agosto de 1940 de la Notaría del Circuito de Sincé, compró también a Modesta Arrieta de Cerro otra porción de terreno debidamente especificada; y por escritura número 161 de 27 de octubre de 1940 de la misma Notaría del Circuito de Sincé, adquirió también de Modesta Arrieta de Cerro otra porción de terreno por determinados linderos.

Evaristo Cerro Arrieta. Por escritura número 197 de 29 de agosto de 1942 de la Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de Modesta Arrieta de Cerro una porción de terreno debidamente especificada.

Marco Fidel Cerro Arrieta. Por escritura número 72 de 5 de marzo de 1944 de la Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de Leandro Cerro R. y de Modesta Arrieta de Cerro una porción de terreno por determinados linderos; y por escritura número 74 de 5 de marzo de 1944 de la misma Notaría del Circuito de Sincé, adquirió de Ramona Aguilera viuda de Guerrero otra porción de tierra debidamente especificada.

Modesta Arrieta de Cerro. Según la hijuela que figura al folio 93 del cuaderno de la oposición, a la expresada señora Arrieta de Cerro se le hicieron las siguientes adjudicaciones, entre otras: "la sexta parte del terreno nombrado "Buenavista"; la sexta parte del potrero "Arenas"; la sexta parte del potrero "Juan Arias", y la sexta parte de la mitad del potrero "Punta Clara". No se sabe a qué juicio de sucesión corresponda dicha hijuela ni allí se dan linderos de los globos adjudicados.

En cuanto al opositor Emiro Cerro Arrieta, entre los títulos presentados no hay ninguno sobre tierras de su propiedad.

Ahora bien: ¿cómo podrá deducirse con seguridad que los actuales terrenos de los opositores hacen parte de los primitivos globos de "Las Llanadas", "Buenavista" y "Juan Arias", a que se refieren los títulos de origen anteriores al 28 de octubre de 1873 y protocolizados por medio de las escrituras número 139 de 25 de febrero de 1944 y número 155 de 29 de febrero del mismo año, ambas de la Notaría Primera del Circuito de Carta-

gena? Para la Corte esa correspondencia no está demostrada, pues los linderos de los terrenos actuales y de los globos que figuran en los títulos coloniales son completamente distintos. La circunstancia de que en algunas de las adquisiciones hechas por los opositores se diga que los terrenos comprados están situados dentro del globo de "Las Llanadas" o dentro del globo de "Buenavista", no puede ser una demostración suficiente de tal hecho, máxime cuando los propios globos de origen adolecen de linderos imprecisos, a juicio de la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos. En estas condiciones, los opositores han debido demostrar sobre el terreno la determinación de los globos de "Las Llanadas", "Buenavista" y "Juan Arias", como también que los terrenos actuales de que aparecen ser dueños están precisamente comprendidos dentro de aquéllos.

Además, en cuanto al globo de "Las Llanadas", debe agregarse que no se obtuvo la debida confirmación de la corespondiente merced, no obstante el requerimiento del Visitador Don Eusebio Sánchez Pareja en 1752, que dice:

"Visitado por el señor Lizdo. Dn. Eusevio Sánchez Pareja del Consejo de su Magd., su Oydor honoraro. de la Rl. auda. de Santo Domo. en la Ysla española Thente, de Govor. y Audtor. de Guerra de la plaza y ciud. de Cartaxa. y est Prova., juez privativo de ventas y composiciones de tierras y de multas y condenaziones por su Magd. Yllmo. Señor Marqs. de la Regalía y se previene al Capn. Antono. Rico poseedor de las tierras aquí contenidas para que él goze de ellas y de las demás conque se halla hasta el número de veinte y seis ocurra dentro del término señalado para las encomiendas a sacar Rl. confirmación de su Magd. conforme a la Ley y bajo su pena según que más largamte. consta de la testimoniada certificación que en dos foxas entregué a la parte del subso dho." (página 79 y v. del cuaderno oposición).

Con lo dicho es bastante para que no pueda prosperar la oposición de que se ha venido hablando, respecto de la cual uno de los opositores ni siquiera ha demostrado el interés que le asista para la gestión.

Oposición de Alfonso y Gonzalo Botero G.

El doctor Aberto Cardona Jaramillo, a nombre de los señores Alfonso y Gonzalo Botero G., formula su oposición a la propuesta de petróleos de la Compañía de Petróleo La Rosa de Colombia fundándose en que sus mandantes son dueños de las haciendas llamadas "Villamaría" y "San José o Tacasoluma", las cuales a su juicio se hallan dentro de terrenos que salieron del dominio nacional antes del 28 de octubre de 1873, para cuya demostración presenta varios títulos de la época colonial protocolizados por medio de escrituras públicas.

Las haciendas de "Villamaría" y "San José o Tacasoluma" se hallan comprendidas por los siguientes linderos:

Villamaría: "Por un lado, con el camino que conduce del corregimiento de Juan Arias al de la Pascuala, distrito de Magangué; por otro lado, con posesiones de los señores Nicanor Turizo, Epifanio Díaz, Ventura Almanza, Quiterio Reales y el camino de Tacamocho hasta la Sabaneta; por otro punto, con fincas de los señores Andrés Correa, Octavio Aguilera, José García, Maximiliano Cabarcas, Blas Cerro y el camino que conduce del corregimiento de Buenavista (B) distrito de San Pedro (B) y Tocamocho, municipio del Carmen de Bolívar".

San José o Tacasoluma: "Por el sur, con el caño del Zarzal y Guamalito; por el oriente, con el caño de El Bosque y posesión de Pedro María Manjarrés; por el oeste, con posesión de Antonio Aguas, hoy Ciénaga del Toro, caño del Totumo y pozo de las Mojarras; y por el norte, camino del Arenal en medio, con posesiones de los señores Ernesto Sampayo, Manuel María Pérez, Sabana de la Punta y Jorge Chajín, hasta llegar al caño del Bosque".

Respecto de la hacienda de "Villamaría", los opositores han demostrado que esa hacienda les pertenece en propiedad, por haberla adquirido por escritura número 959 de 30 de septiembre de 1942 de la Notaría Segunda de Barranquilla, cuyo registro no ha sido al presente cancelado.. Y también han demostrado la tradición perfecta de esa hacienda a partir de la escritura número 19 de 17 de febrero de 1922 de la Notaría de Sincé, por la cual "J. B. Espinosa Hermanos" la vendieron al presbítero Mariano Rodríguez. De aquí para atrás se han presentado varios títulos sobre tradiciones de dominio referentes a terrenos que se dice están dentro de los globos de Buenavista, Las Llanadas y Juan Arias. Y como se han acompañado los títulos coloniales sobre estos globos, parece que se han querido invocar estos títulos como el origen de la actual hacienda de Villamaría, sin que por lo demás se haya establecido ni pueda establecerse la debida correspondencia de las escrituras anteriores a 1922.

En cuanto a la hacienda de "San José o Tacasoluma", también se ha acreditado que la propiedad actual corresponde a los opositores, al tenor de la

escritura número 205 de 17 de junio de 1944 de la Notaría de Magangué, cuyo registro está vigente, según certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos. Con algunas lagunas entre tanto, el título entre particulares más antiguo que se ha presentado es la escritura número 91 de 14 de junio de 1922 de la Notaría de Magangué, por la cual Tiburcio Trebo, Gregorio Sampayo, Pedro Sánchez y Rafael Fabricio Parias vendieron a Santiaga Jiménez un globo de terreno llamado "San José", por linderos un tanto distintos de los de la hacienda actual del mismo nombre. En esa escritura dicen los vendedores que el terreno lo hubieron por ocupación pacífica con cultivos durante varios años.

En este caso parece que se invoca como título de origen el de las Sabanas de Tacasaluma, dada la circunstancia de haberse presentado la escritura de protocolización de ese título.

Mas lo cierto es que no se ha comprobado por los opositores que las actuales haciendas de "Villamaría" y "San José o Tacasaluma" hagan parte de los globos de "Buenavista", "Las Llanadas", "Juan Arias" y "Sabanas de Tacasaluma", lo que no puede deducirse por la simple tradición de aquellas haciendas. Y esto era más de rigor, según se ha dicho en relación con otras oposiciones, por el hecho de que los linderos de los títulos de origen fueron considerados como muy imprecisos por la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos. Sin haberse demostrado sobre el terreno la determinación de los globos a que se refieren los títulos coloniales, y sin haberse establecido en la misma forma que las haciendas de "Villamaría" y "San José de Tacasoluma" están comprendidas en tales globos, la oposición de los señores Boteros no puede prosperar. En estas circunstancias, resultan innecesarias otras consideraciones.

Oposición de Gregoria Cisneros v. de Sampayo, coadyuvada por Eusebia Sampayo

Dice la señora Gregoria Cisneros v. de Sampayo en su memorial de oposición:

"Mi marido señor Tomás José Sampayo, ya fallecido, era comunero proindiviso en los terrenos denominados "Sitios y Sabanas de Tocasaluma", ubicados en jurisdicción del distrito de Magangué, Departamento de Bolívar, por herencia de su finado padre señor Juan de Dios Sampayo Paredes, quien a su vez lo hubo por compra que hizo a las personas que relaciona el título primitivo que adjunto acompaño al presente memorial".

Sin embargo, la opositora no ha acreditado ninguno de los hechos que relaciona: ni la muerte de Tomás José Sampayo, ni su carácter de heredera de éste, ni que su esposo recibiera en herencia los bienes de Juan de Dios Sampayo Paredes, incluyendo su parte en las tierras llamadas "Sitios y Sabanas de Tacasaluma". En otros términos: no ha demostrado que le asista ningún interés para la oposición.

Por lo tanto, ésta no puede prosperar.

Oposición de Pablo Benítez P., Francisco Benítez P., Petronila B. de Posada, Sandiego B. de Sarmiento, Ana B. de García, Concepción Benítez P., María Benítez P., Manuela Benítez P. y Lilia Cavides Benítez

Alegan estos opositores que son dueños de un terreno que hace parte del globo nombrado "Alonso y Cañadas", que salió del dominio del Estado en virtud de títulos de la época colonial. Los linderos de aquel terreno son:

"Por la parte de arriba linda con tierras de Tacamocho hasta llegar al punto nombrado Rodeo Manglar; de este punto hacia abajo a mirar con montes de Constanza y de éste por todo el camino de Canutal que sirve de lindero, con las tierras del señor Alejandro Moyeda, por su frente con ciénagas y playones".

Agregan los opositores que dicho terreno lo hubieron por herencia de su padre Blas Benítez G., pero no han presentado el título que así lo acredite. Tampoco han hecho nada por acreditar que el terreno de que dicen ser dueños esté comprendido dentro del globo a que se refieren los títulos de origen.

Con esto es bastante para que su oposición no pueda prosperar.

Oposición de Marco Antonio Serrano

Versa esta oposición sobre cuatro lotes de terreno, que el interesado determina por los siguientes linderos:

Lote "Sabanalarga" o "La Constancia": "Por el norte, con camino de Barranca a Buenavista, vía Santa Angela; por el oeste, con potrero de Bienvenido Trejo, antes de Miguel Chain; por el este, con predio de Ignacia Navas, Manuel y Clodomiro Campo; y por el sur, con predio del doctor Blas Viñas P.".

Lote "Los Caballos" o "No te aflijas": "Por el norte, con camino real que conduce de Barranca

a Buenavista, vía Santa Angela; por el este, callejón en medio, con predio de Saturnino Carey y Daniel Vecino; por el sur, con predio de Juan Angulo y doctor Blas Viñas P.".

Lote "Caballo Chico" o "Chimborazo": "Por el este, callejón en medio, con predios de Inocencia Cárdenas y Luis Arteaga; por el norte, con potrero de G. B. Valera & Ricci; por el oeste, con potrero de G. B. Valera & Ricci, y por el sur, con el camino real de Barranca a Buenavista, vía Santa Angela".

Lote "Las Niñas": "Por el sur, camino real en medio, con predios de Gerardo Rodríguez e hijos, Ernesto Sampayo, Porfirio Miranda y Eligio Ledesma; por el norte, con los alrededores del pueblo de Piñalito, predios de Joaquín Sampayo y Epifanio Campo y el caño de Jobito; por el este, camino de los ganaderos que se desvía del camino real de Piñalito, con posesión de los Rodríguez, y por el oeste, con predio de Ismael Meza y Crecencio Macías".

El interesado no ha presentado los títulos de propiedad que lo acrediten como dueño de tales terrenos, sino simplemente certificados de la Oficina de Registro de Magangué sobre el particular. No ha establecido tampoco que esos terrenos hagan parte del globo denominado "Sitio y Sabanas de Tacasaluma", cuyo título es el que se ha invocado como demostrativo de que salieron del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

No puede prosperar.

Oposición de Modesto Menco

Alega este opositor que es dueño de un terreno que se halla comprendido dentro de un globo que se le adjudicó a Pedro Rico en la época colonial y acompaña el respectivo título de merced, del cual ya se ha ocupado la Corte en este fallo.

Los linderos del terreno de la oposición son: "Por el norte, con predio de Efraín y Leandro Cerro; por el sur, callejón de por medio, con potrero de Pedro Bacci; por el este, camino a Tacamocho en medio, con predio de Pablo Benítez P., Rafael Cárcamo A. y Andrés Correa, y por el oeste, con predios de Leandro y Efraín Cerro".

El opositor no ha demostrado satisfactoriamente su propiedad actual sobre este terreno, pues no ha presentado el correspondiente título de adquisición creyendo que bastaba un certificado de la Oficina de Registro. Ni ha tratado de establecer siquiera que dicho terreno sea parte del globo a que se refiere el título de origen.

Como en los casos anteriores, esta oposición no puede prosperar.

Oposición de Miguel Chain S.

En esta oposición ni siquiera se determina el terreno a que ella se contrae. El interesado se limita a decir: "Fundamento esta oposición en el hecho de que dentro de la extensión de terreno a que se refiere la solicitud de la Compañía que ya viene mencionada, se encuentran algunos de propiedad de Roberto, Alexander y Miguel Chain S., quien suscribe este memorial, siendo, por lo tanto, legítimo opositor". Por los documentos presentados tampoco se puede saber cuál es el terreno materia de la opisición.

Esto es suficiente para considerarla ineficaz.

Oposición de Pablo Benítez P., Sandiego B. de Sarmiento y Ana B. viuda de García

En esta oposición se invoca como título de origen naterior al 28 de octubre de 1873 el del globo llamado "Las Llanadas", de que tratan las mercedes ya estudiadas en esta providencia. Y se dice que dentro de este globo se halla un lote de terreno de propiedad de los opositores, determinado por los siguientes linderos:

"Por el norte, con Sabanas del Valle del Diablo; por el sur, camino de Alonso de por medio, con predio del señor Estanislao Moreno; por el oriente, Arroyo de Arena y ceja de monte de por medio, con predio de los señores Cándido y Blas Barragán, y por el occidente, ceja de monte de por medio, con potrero nombrado Valle del Diablo, hoy Valle María".

Sin embargo, la propiedad actual de los opositores no se ha establecido debidamente, pues se echa de menos el correspondiente título de adquisición. No basta el certificado de la Oficina de Registro de Magangué como prueba de esa propiedad. Por lo demás, no se ha demostrado que el terreno de la oposición se halle comprendido dentro del globo del título anterior a 1873.

Como en casos semejantes, esta oposición no puede properar.

Oposición de Manuel Torres

Este opositor invoca su carácter de comunero en una caballería de tierra denominada "La Loma", cuyos linderos son los siguientes, según el título de adquisición: "De la boca de Guamalito

aguas abajo por el caño de Tacasaluma hasta el punto en que se encuentran las aguas del arroyo de Bautista con las de dicho caño, abajo de Piñalito: de ahí siguiendo aguas arriba el nombrado arroyo de Bautista hasta cerca de las Sabanetas de Cáceres, y abandonando el arroyo, a dichas Sabanetas; de ellas en línea recta a La Loma; de La Loma a la cienegueta de San Cayetano; de ésta al arroyo de Navarro y siguiendo aguas abajo dicho arroyo hasta su desembocadura en el Caño del Totumo y subiendo por este caño hasta la boca de Guamalito, punto de partida".

Con esta oposición solamente se presentaron tres títulos de dominio entre particulares, el primero de los cuales es la escritura número 14 de 3 de abril de 1886 de la Notaría de Magangué, por la cual Pedro Sampayo vendió a José Manuel Jiménez una caballería de tierra llamada "La Loma", "comenzando la medida en las Sabanas de Cáceres y de allí a La Loma en el punto nombrado el corral Barrayanero". En la expresada escritura de 1886 se lee también: "Que no expresando los títulos antiguos los linderos de la tierra ni las fanegadas que debe contener, éstas serán de cincuenta y los linderos los expresados al principio de esta escritura".

Debe agregarse que el interesado no acreditó la subsistencia del registro de la escritura que lo acredita como condueño.

Por esta razón y por no haberse acompañado ningún título de origen expedido con anterioridad al 28 de octubre de 1873, la oposición de que se trata es ineficaz.

Oposición de Jorge Herazo

Alega este opositor que es condueño de los terrenos de que tratan las escrituras número 135 de 29 de octubre de 1930, número 76 de 26 de noviembre de 1933, número 41 de 7 de marzo de 1926, número 174 de 12 de agosto de 1943, —todas de la Notaría de Sincé— y la diligencia de remate de 1931, llevada a cabo por el Juzgado Civil del Circuito de Sincé. Y para comprobarlo ha presentado los mencionados títulos, junto con un certificado de la Oficina de Registro del Circuito de Sincé, en qué consta que el registro de aquellos instrumentos no ha sido cancelado.

En cambio, no se ha demostrado que los terrenos a que se refieren dichos instrumentos salieran del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873. En este sentido, no se ha presentado siquiera un título anterior a la fecha de la reserva.

Por lo dicho, la oposición de que aquí se trata es ineficaz.

Oposición de Joaquín Herazo M.

Esta oposición versa sobre un terreno adquirido por el señor Joaquín Herazo Meza por medio de la escritura número 170 de 23 de noviembre de 1925 de la Notaría de Sincé, por los siguientes linderos: "por el frente, con huertas de los señores Francisco Hernández y herederos del finado José Meza; por detrás, con posesiones de los señores Esteban, José María y Gilberto Rodríguez; por un lado, con potrero del señor Juan Antonio Benítez, y por otro lado, con huerta de la señora Isabel M. Jiménez v. de Meza".

Se acompañó el título actual de propiedad, con un certificado sobre la subsistencia del registro de dicho título. Mas no se ha traído ninguna prueba sobre el hecho de que el terreno en cuestión saliera del dominio nacional antes del 28 de octubre de 1873.

Esta oposición también es ineficaz.

Oposición de Gilberto Berrío G.

Alega este opositor que es propietario del terreno de que trata la escritura número 132 de 31 de mayo de 1938 de la Notaría de Magangué, agregando que dicho terreno "hace parte integrante de los terrenos denominados "Sitio y Sabanas de Tacasaluma y Juan Gordo", cuya tradición data de 1715". A la oposición se acompañó aquella escritura y otras dos anteriores, la más antigua de las cuales data del año de 1924. También se acompañó un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Magangué, sobre la subsistencia del registro de la escritura número 132. En cambio, no se ha presentado ni hecho valer ningún título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Es ésta otra oposición ineficaz.

Oposición de Andrés Romero Arias

Este opositor alega que es dueño de los terrenos de que tratan las escrituras números 74 de 6 de junio de 1923, 7 de 29 de enero de 1933, 156 de 5 de diciembre de 1935, 146 de 31 de diciembre de 1937 y 228 de 16 de octubre de 1941, todas de la Notaría de Sincé. Fuera de estos títulos y de un certificado del Registrador de Instrumentor Públicos y Privados de Sincé, en que consta que los

respectivos registros no han sido cancelados, no se ha presentado ninguna otra prueba. No se ha acreditado que los terrenos de la oposición salieran del domonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Se trata aquí de otra oposición ineficaz.

Oposición de "Frasca Hermanos" y de "Rita B. viuda de Carcamo e hijos"

Formulan esta opisición los señores Tomás G. Frasca O. y Carmelo Cárcamo B., diciéndose representantes de aquellas sociedades.

Según el memorial de oposición, dentro del lote de la propuesta número 172 están comprendidos los siguientes terrenos, cuyos títulos de origen se remontan a la época colonial:

De la sociedad "Frasca Hermanos": Un terreno alinderado así: "Por el oriente, con camino que conduce de Magangué al caserío de Cortina y con finca de Melquíades Jiménez; por el occidente, con camino que conduce de Yatí a Sabanas; por el norte, con el mismo camino mencionado, y por el sur, con finca de los herederos de Tomás de A. Torres y Melquíades Jiménez". Y otro terreno llamado "El Oriente", comprendido por los siguientes linderos: "Por el norte, arroyo del Bautista en medio, con terrenos de los señores Sampayos; por el sur, con predios de Julio Angel; por el oriente, camino real que conduce de Retiro a Barranca en medio, con predios de Jerónimo Atencia, Andrés Quintero y Miguel Cárcamo, y por el occidente, arroyo del Bautista en medio, con predios de Enrique Sampayo y Gerardo Suárez".

De la sociedad "Rita B. viuda de Cárcamo e hijos": Un terreno llamado "Cuba", determinado por los siguientes linderos: "Por el norte, potrero del señor Pedro Bacci: por el sur, potrero de The South American Gulf Oil Company; por el este, camino real de por medio, con potrero de Rafael Chirolla, y por el oeste, con potrero de Pedro Bacci y Rafael Chirolla".

Los opositores afirman que dichos terrenos están comprendidos dentro de los globos llamados "San Sebastián de Madrid" y "De los Vecinos del Corregimiento de Yatí", cuyos títulos aparecen protocolizados por medio de escrituras que han presentado. También acompañaron a la oposición dos certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Magangué, relacionados con los dueños actuales de los terrenos anteriormente deslindados.

En cambio, no se han traído a los autos los propios títulos de propiedad de los opositores, ni se ha establecido en forma alguna que los terrenos de la oposición correspondan a los que figuran en los títulos anteriores al 28 de octubre de 1873, como el correspondiente al globo de "San Sebastián de Madrid". Por lo demás, ni siquiera se ha demostrado la existencia de la sociedad a cuyo nombre se ha formulado la oposición, por lo cual ni aun era procedente su admisión por el Ministerio.

Se trata, pues, de una oposición ineficaz.

Oposición de Carmelo Cárcamo, a nombre de "Rita viuda de Cárcamo e hijos", y de Rita Benavides viuda de Cárcamo, a nombre de sus hijos Teófilo, Humberto y Jesusita Cárcamo Benavides

Esta oposición versa sobre un terreno alinderado así: "Por el norte, con potrero que fue de José de la Paz Guerrero, hoy de Demetrio Cure; por el este, con potrero de Marceliano Arrieta; por el sur, con la carretera nacional Magangué-Montería en medio, con potrero de Miguel Mejía, y por el oeste, con potrero de David Dajer y José Navarro".

Aquí caben las mismas observaciones que en el caso de la oposición anteriormente estudiada. No se han presentado los títulos de propiedad de los opositores, sino únicamente un certificado de la Oficina de Registro de Magangué. Tampoco se ha demostrado la existencia de la sociedad "Rita B. viuda de Cárcamo e hijos", ni los requisitos necesarios para la representación de los menores. Por este aspecto ni siquiera ha debido admitirse por el Ministerio.

De otra parte, no hay prueba alguna de que los terrenos de la oposición correspondan al de los títulos de la merced concedida a Pedro Rico en la época colonial, sobre la cual se ha ocupado ya la Corte.

Es ésta otra oposición ineficaz.

Oposición de Antonio Manjarrés

Alega este opositor que es dueño de un terreno comprado al señor Justiniano Cárcamo por escritura número 87 de 21 de abril de 1936 de la Notaría de Magangué, acompañada a su memorial junto con un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de ese Circuito, en que consta que está vigente el registro de tal escritura.

A esto se reducen todos los documentos presentados con la oposición. No se ha presentado ni he-

cho valer ningún título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Por este solo hecho la oposición es ineficaz.

Oposiciones de José Benito Méndez, de José Manuel Gordillo Ramírez y de Rafael E. Quintero

Con estas tres oposiciones solamente se presentaron sendos certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Magangué, conforme a los cuales parece que cada oposición comprende los siguientes terrenos:

La del señor Méndez, un lote de terreno determinado así: "Por la parte de arriba con terreno de propiedad de Ignacio Tapia; por la parte de abajo, con posesión que es o fue de Manuel María Torres; por el frente, con Sabanas de Juan Arias, y por la parte de atrás, con el camino que conduce a Buenavista de por medio, con predio de Carlos Tapia".

La del señor Gordillo Ramírez, un lote de terreno deslindado como sigue: "Por el norte, con posesión del señor Emeterio Castillo y señora Juana Jiménez; por el sur, camino de "Guartinaja"; por el occidente, con posesión del señor Gabriel Bejarano y camino que conduce a Cortina y a Yatí, y por el oriente, camino en medio que conduce a Cascajal, con predios de los señores Federico Camera y Santos Lambraño".

Y la del señor Quintero, un terreno alinderado así: "Por el este, con predio de Ismael Díaz Granados; por el oeste, camino real en medio, con predio de Daniel de Hoyos; por el sur, con el mismo predio de Ismael Díaz Granados V., y por el norte, camino real que conduce a Yatí en medio, con predios de los señores Benedicto y Manuel Cáez".

La circunstancia de no haberse presentado pruebas distintas de los certificados de registro aludidos, indican que las oposiciones dichas carecen de todo fundamento.

Oposición de Felipe María Merlano, administrador de una hacienda de los señores Alfonso y Gonzalo Botero G.

Esta oposición es propiamente la misma ya estudiada de los señores Alfonso y Gonzalo Botero, relacionada con las haciendas llamadas "Villamaría" y "San José". Por lo demás, el opositor no tiene personería para representar a los dueños de esas haciendas.

No puede tener ninguna eficacia esta oposición.

Oposiciones varias

Por razón de ser muy semejantes, se agrupan ahora las nueve oposiciones siguientes: la de Gustavo Reyes, la de Luis Meza M., la de Ernesto de la Parra H., la de Isacc de Fex y Carlos Arrieta M., la de Jorge L. Maya, la de Berta H. de Díaz Granados, la de Gilberto Lobo, la de Juana Trespalacios Santodomingo y la de Rafael Cárcano A.

Respecto de estas oposiciones no se sabe cuál es el terreno actual de los interesados, pues en los respectivos memoriales no aparece ninguna determinación ni ésta puede sacarse de los certificados de registro presentados, única prueba acompañada con cada oposición. En estos casos se trata de gestiones carentes de toda seriedad, como en muchos otros estudiados anteriormente.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que son infundadas todas las oposiciones de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia, oposiciones formuladas a la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 172 de la Compañía de Petróleo La Rosa de Colombia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis A. Flórez. — Belisario Agudelo D. — Luis Rafael Robles. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta. Secretario.

INDICE

PAGS.

SALA PLENA

Exequibilidad de los artículos 5º y 7º de la Ley 160 de 1936. — Se declaran exequibles los artículos mencionados, y se abstiene la Corte de decidir de la acusación contra los artículos 26 y 28 de la Ley 37 de 1931, por sustracción de materia, y de la acusación contra el artículo 72 del Decreto 1270 de 1937, por no ser de su competencia. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 1

Exequibilidad del proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" (1949) — Se declara exequible el proyecto objetado y se ordena enviar el expediente al Excmo. Sr. Presidente de la República para los efectos de la sanción. — Magistrado ponente, doctor Belisario Agudelo D. 5

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis A. Flórez 14

Salvamento de voto del Magistrado doctor Alvaro Leal Morales 16

Salvamento de voto del Magistrado doctor Domingo Sarasty M. 19

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Silva Rebolledo 27

Salvamento de voto del Magistrado doctor Eleuterio Serna R. 32

Salvamento de voto del Magistrado doctor Angel Martín Vásquez 39

SALA DE CASACION CIVIL

Casación. — La violación de normas legales probatorias no incide en este recurso. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido por Lucrecia Forero Franco contra José Vicente Niño sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme. — Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales 48

Acción de nulidad de un testamento. — Naturaleza jurídica y elementos esenciales del mismo. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Francisco Barrera contra Ana Francisca Osorio y otros y en su lugar se declaran nulas las cláusulas tercera y quinta del testamento otorgado ante Notario en la población de Armenia (Antioquia), por el señor Félix Barrera Acosta, con fecha diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y tres. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 51

Acción de reforma del testamento y de exclusión de unos bienes del inventario. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por Ceferina Pérez de Hortúa y otros, contra los herederos de Rosendo Hortúa. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 55

Acción de pertenencia por prescripción extraordinaria. — Valor del relato de los bienes de una sucesión, hecho por el apoderado de los interesados. — Reconocimiento de documentos privados. — Interpretación del artículo 981 del C. C. — En el juicio originado por la oposición hecha por el Municipio del Zárzal a la solicitud de declaración de pertenencia de un inmueble formulada por Francisco de la Cruz Motoa, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 59

PAGS.

Acción de pago de honorarios profesionales y de indemnización de perjuicios. — Cláusula penal. — Causal 2ª de casación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por el doctor Gustavo Atuesta contra los herederos de Leocadia Márquez de Santos. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 63

Acción reivindicatoria. Contrato de sociedad.— No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario seguido por Ignacio Paláu Borrero y otros contra Blanca Marina Velásquez de Hammerle, sobre el objeto expresado. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 66

Acción de rendición de cuentas. — Testimonio. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Espíritu López de Martínez contra Matilde y Elisa Martínez sobre nulidad de otro de rendición de cuentas, seguido entre las mismas partes. — Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales ... 71

Testamento cerrado. — La apertura no es parte integrante. — Influencia de la demanda en el juicio. — Interpretación de la demanda. — No se accede a casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio ordinario instaurado por Ramón Raimundo Gómez y otro, contra Vicenta Gómez v. de Quintero, sobre nulidad de un testamento. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 73

Acción de indemnización de perjuicios.— Presunción de culpa. — Cuándo deja de operar esta presunción en tratándose de actividades peligrosas. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, dictado en el juicio ordinario seguido por Lucas María Galán y María v. de Galán contra la Compañía Colombiana de Electricidad S. A. — Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 78

Acción reivindicatoria. — Para la prosperidad de esta acción no se requiere la comprobación por parte del demandante de que el título está vigente. — Inaceptabilidad de la fórmula de declarar infundada la demanda en vez de absolver al demandado. — No se casa el fallo del Tribunal Superior de Cartagena; dictado en el juicio ordinario seguido por María del C. Ríos contra Eugenio L. Pedraza y Celina Guarda. — Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales 83

Acción reivindicatoria del dominio de un predio. — Error de hecho. — Interpretación de la demanda. — Juicios de deslinde. — Excepciones perentorias. — Legitimación en causa. — Causales 1ª y 2ª de casación. — No se accede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, pronunciada en el juicio ordinario seguido por Octaviano Vanegas contra Juana Paula Taborda y Clara, Elena, Edelmira y Emperatriz Cataño. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 86

Alcance de la prohibición contenida en el artículo 494 del C. J. — Reformatio in pejus.— Elementos de la acción reivindicatoria. — Se casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, dictado en el juicio ordinario seguido por Bernardo Estrada y Dolores Uribe de Uribe contra Antonio, Francisco e Ignacio Ospina sobre restitución de un ramal de aguas. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 91

Acción de rendición de cuentas. — Objeto del recurso de casación. — No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de cuentas seguido por Reinaldo Botero contra Jesús M. López, Ricardo Lalinde, Enrique Meyer y Juan de la Cruz López, liquidadores de la sociedad "Farmacia Moderna Antonio Isaza y Cía. S. A." — Magistrado ponente, doctor Arturo Silva Rebolledo 96

Acción reivindicatoria. — Necesidad de que la cosa reivindicada se halle determinada o individualizada como cuerpo cierto en el juicio para que pueda prosperar la acción ejer-

PAGS.

cida. — No se accede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio reivindicatorio seguido por Félix Antonio Otero contra José Eusebio Palacios. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 100

Recurso de hecho. — Cuantía para la procedencia del recurso de casación. — Prosperando el recurso de hecho, se concede el de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por Isabel Gómez v. de Martínez contra la Empresa Eléctrica Industrial del Quindío, representada por el señor Emiliano Laserna. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 103

Recurso de hecho. — Casos en que la Corte actúa como Tribunal de segunda Instancia en materia civil. — Cuándo es procedente el recurso de casación. — No prospera el recurso de hecho de la parte actora en el juicio ordinario seguido por Emma Guzmán v. de Bonilla y otros contra Esteban Guzmán y otros, contra la providencia en que el Tribunal Superior de Ibagué no repuso el auto que daba por no interpuesto el recurso de casación y denegó la apelación pedida en subsidio. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 105

Acción de pertenencia de un inmueble por adquisición por prescripción extraordinaria.— Causal primera de casación. — Error de hecho y error de derecho.— La Sala no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario instaurado por Rosa A. Beltrán contra Enrique Beltrán. — Magistrado ponente, doctor Arturo Silva Rebolledo 107

Recurso de hecho. — Cuál es la cuantía que debe tenerse en cuenta para decidir de la procedencia de un recurso de casación. — Prospera el recurso de hecho interpuesto por la parte demandada en el juicio reivindicatorio seguido por María Luisa Gironza contra Eusebio Caicedo, y en consecuencia se ordena al Tribunal Superior de Cali que proceda al tenor de lo dispuesto por el artículo 524 del C. J., a fin de resolver sobre la procedencia del recurso de casación contra la sentencia de segundo grado. — Magistrado ponente, doctor, Pedro Castillo Pineda 110

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza; Alvaro Leal Morales y Arturo Silva Rebolledo 113

Acción de declaración de infundada de una oposición a la posesión de una mina. — Posesión regular minera y posesión ordinaria.— Qué debe entenderse por la referencia que a la posesión hace el artículo 23 de la Ley 292 de 1875. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, dictada en el juicio ordinario sobre oposición a la posesión de la mina "San Carlos", iniciado por Eduardo Serna, Enrique Arango, Nepomuceno, Francisco Luis Arbeláez y otros contra Gustavo Camacho, y se declara al opositor Camacho con mejor derecho a la mencionada mina de oro. — Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales 115

Acción reivindicatoria de unas islas.—La modificación de los detalles de que se valieron las personas que redactaron unos linderos de una finca o de un predio para precisar la línea de aquellos, no modifica esta línea ni cambia el dominio de la finca o fundo.— La condenación al pago de los frutos de la cosa reivindicada es resultado obligado de la prosperidad de la acción reivindicatoria. — En el juicio ordinario seguido por Ignacio, Crescencio, Luis E. y Gustavo Polanía C. y otro contra Rafael y Bonifacio Bermúdez y Alipio y Segundo Gaitán sobre reivindicación de unas islas, la Sala casa la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Ibagué y confirma, haciéndole algunas adiciones, la pronunciada por el Juzgado de primera instancia. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 119

Acción de indemnización de perjuicios. — Responsabilidad civil extracontractual por el hecho de otro. — Causal 2ª de casación. — Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio

PAGS.

ordinario seguido por Julio César Santos contra Pedro Vicente Colorado y la sucesión ilíquida de Tulio Suárez. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 127

Acción de nulidad de un testamento cerrado.— Requisitos o formalidades de esta clase de testamento. — Características del instrumento público. — Falsedad material y falsedad intelectual. — No prospera el recurso de casación entablado contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que desató la segunda instancia del juicio ordinario seguido por el doctor Rodrigo Isaza Escobar contra José Joaquín Escobar Hoyos, Enrique, Teresa, Efraín y Jairo Escobar Arango y otros. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 139

SALA DE CASACION PENAL

Delito de abuso de autoridad. — Sus elementos o requisitos para que un acto configure este delito. — Se sobresee definitivamente en favor del doctor Cicerón Angel Ferrer, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, por dos de los cargos que se le imputaron, y se le llama a responder en juicio por un delito previsto en el Libro II, Título III, Capítulo IV del Código Penal, bajo la denominación de "De los abusos de autoridad y otras infracciones". — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 146

Reposición del auto. — Abuso de autoridad.— No prospera la reposición del auto de proceder dictado contra el doctor Cicerón Angel Ferrer. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 154

Recurso de revisión.— Objeto de este recurso extraordinario. — Se niega la revisión del proceso criminal en que fue condenado Luis Francisco Salamanca, por el Tribunal Superior de Pamplona, a la pena principal de doce años de presidio por un delito de robo. Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre 158

Causal 2ª de casación. — Su improcedencia en los procesos en que intervino el Jurado.— Requisitos de la demanda de casación. — No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en que se condenó a Teófilo Pabón a 20 años de presidio por asesinato y robo. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 160

Diferencias sustanciales de la amnistía y el indulto. — La concesión de este último no es óbice para que pueda admitirse y decidirse el recurso de casación. — Se declara admisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares en que se condenó al señor José Philips Rincón a dos años de presidio por el delito de rebelión militar. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 163

Naturaleza jurídica del auto que declara cerrada la investigación. — Nulidades por no haberse notificado en debida forma el auto que señala día y hora para la celebración de la audiencia. — No se accede a casar la sentencia en que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó a Campo Elías Hernández a 8 años de presidio por un delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 165

Abuso de autoridad. — Libertad provisional.— Interpretación del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal sobre concesión de este beneficio a los sindicados pobres. — Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Alberto Rebolledo, Hernando Manotas y Martín E. Acuña, Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, por los cargos a ellos imputados. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 170

Abuso de autoridad.—El error en que un Juez incurra de buena fe al decidir un asunto sometido a su decisión no configura este delito. Se confirma en todas sus partes la providencia en que el Tribunal Superior de Ibagué declaró la cesación del procedimiento iniciado contra el doctor Belisario Salazar S. por los cargos que le imputara Jesús María Rojas. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 175

PAGS.

Delito de lesiones personales. — Cuándo hay lugar a aplicar la pena señalada por el artículo 374 del Código Penal. — No se invalida el fallo en que el Tribunal Superior de Manizales condenó a Eduardo Castro Orozco a un año de presidio por lesiones causadas a Elías Londoño M. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 177

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada 181

Cambio de radicación de un proceso. — Objetivo de esta institución. — Límites de la facultad otorgada por la ley a la Corte de conceptuar acerca del cambio de radicación de un proceso. — Se emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso que por homicidio en cuatro agentes de la Policía Nacional, División Boyacá, se sigue contra Flaminio Malaver y otros, ante el Juzgado Segundo Superior de Tunja. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 182

Prueba de la presanidad en el homicidio.—Nulidades. — Ley favorable. — En el proceso contra Benilda Rodríguez por homicidio en la persona de su esposo, se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que la condenó a quince años de presidio, se declara nulo el procedimiento to desde el auto en que el Juzgado de primera instancia calificó el mérito del sumario, se ordena reponer el procedimiento y se comisiona al Juez 2º Superior de Sta. Rosa de Viterbo para que, previa constitución de la correspondiente fianza, ponga en libertad provisional a la sindicada. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 185

Requisitos de forma y de fondo de la demanda de casación. — No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual se condenó a Efraín Alvarez Restrepo, a nueve años seis meses de presidio, por un delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 192

Veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. — Diferencias entre uno y otro. — La contraevidencia del veredicto no es causal de casación. — Naturaleza jurídica de la acción civil de reparación del daño privado. — Su ejercicio por los particulares en el proceso penal. — Dentro de este proceso no caben los arreglos relativos a la dicha indemnización. — No se accede a invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en que se condenó a Luis Eduardo Libreros Pérez a 8 años y 6 meses de presidio, por un delito de homicidio, y a pagar a los herederos del occiso una indemnización de $ 4.400.00 por perjuicios causados con ocasión del delito. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 195

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Domingo Sarasty M. y Alejandro Camacho Latorre 201

Complemento de voto del Magistrado doctor Francisco Bruno 207

Condena condicional. — Consulta. — Pena que debe tenerse en cuenta para decidir si hay lugar a ella respecto de una sentencia condenatoria.— No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso contra Juan de Dios Hoyos por lesiones personales. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 208

Indefensión e inferioridad de la víctima. — Puede apreciarlas el Juez como circunstancias de mayor peligrosidad aun después de que el jurado las ha descartado como elementos tipificadores de un delito específico. No se invalida el fallo en que el Tribunal Superior de Popayán condenó a Miguel Vicente Mosquera a siete años de presidio por un homicidio preterintencional. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 211

Concurso material de delitos. — Sistema de la acumulación jurídica de penas. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pereira por medio de la cual se condenó a Pedro Ramírez Pérez a sufrir dos años y diez meses de presidio por los delitos de homicidio y lesiones. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 215

PAGS.

Nulidades. — Cuándo hay lugar a la nulidad constitucional por inconsonancia entre el auto de proceder y el cuestionario propuesto al jurado. — Improcedencia de la causal 2ª de casación en los juicios en que interviene el Tribunal de conciencia. — Soberanía de éste en la apreciación de las pruebas. — Reincidencia. — Prueba que debe obrar en el proceso para que pueda computarse. — Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Tunja dictada en el proceso contra Rubén Rincón Parra, por el delito de homicidio, y se condena a éste a once años de presidio. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 218

Circunstancias de mayor peligrosidad y circunstancias constitutivas o agravantes de un delito. — Soberanía del jurado en su apreciación. — No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pereira condenó a Arcesio Triana a 15 años de presidio, por un delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 227

Delito de falsas imputaciones ante las autoridades. — Denuncia. — Se sobresee definitivamente en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Manizales, doctores Octavio Londoño Ruiz, Fabio Ramírez Hoyos, Clímaco Sepúlveda y Pablo Gutiérrez Mejía, por los cargos que les hiciera Carlos Julio Cepeda A. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 231

Delito de prevaricato. — Requisitos que debe poseer un documento para que tenga el carácter de título ejecutivo. — No habiendo existido como delitos los hechos imputados al Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Justo Franco V., se ordena cesar todo procedimiento en su contra. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 235

Abuso de autoridad. — Qué se requiere para que el abandono del cargo configure ese delito. — Se confirma la providencia consultada por el Tribunal Superior de Cartagena, en que se sobresee definitivamente en favor del doctor Carlos E. Colón, Juez 1º Civil del Circuito de la misma ciudad, acusado de abuso de autoridad por abandono del cargo.— Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 241

Impedimentos. — A quién corresponde conocer del de un Magistrado en los tribunales cuya Sala Penal está integrada por más de tres. — El haber dictado auto de proceder como juzgador de primera instancia constituye causal de impedimento para proferir sentencia como fallador de la segunda. — Declárase fundada la recusación propuesta contra el doctor Jairo Villa Vieira, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso contra Luis Germán Martínez Zuluaga por homicidio. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 242

Causal 3ª de casación. — Cuándo hay desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder. — Diferencias existentes entre una y otra de estas providencias. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual se impuso a Pedro Luis Aristizábal una condena condicional de trece meses quince días de presidio por unas lesiones personales. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 245

Cambio de radicación de un proceso penal. — Se conceptúa desfavorablemente sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta ante el Juzgado 2º Superior de Buga, por el delito de homicidio, contra Jaime Mejía Cardona. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 249

Delito de falsedad. — Atribuciones del jurado. Necesidad de que la sentencia se dicte en consonancia con el veredicto. — Requisitos o elementos del delito de falsedad en documentos privados. — En el proceso seguido por falsedad en documentos públicos contra Luis José Novoa Ortiz, se invalida la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, y se absuelve al sindicado de los cargos formulados en el auto de proceder. — Magistrado ponente, doctor 251

Riña imprevista. — Indefensión de la víctima. Aprovechamiento o abuso de este estado. —

PAGS.

Apreciación de pruebas por el jurado. — No se accede a casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en que se condenó a Obdulio Espinosa a 7 años de presidio por un delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 258

Cambio de radicación de un proceso penal. — Se conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso adelantado en el Distrito Judicial de Cali contra Alfonso Mejía, Hernando Tascón y otros, por estafa y otros delitos (choferes piratas). — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 262

La errada apreciación de pruebas es materia de la causal 2ª de casación. — Nulidades. — Error en cuanto a la época en que se cometió el delito y error en cuanto al nombre del ofendido. — Estos errores deben estar plenamente demostrados para que funden la declaración de nulidad. — Fundamentos de la competencia para conocer de un proceso. — Prueba del cuerpo del delito de homicidio. — No se casa la sentencia en que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo impuso a Juan de Dios Vargas Bernal la pena de quince años de presidio, por un delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 266

Colisión de competencias. — Delitos de estafa y de abuso de confianza. — Elementos del primero. — Se declara que es el Juzgado Superior de Pereira, y no el de Manizales, el competente para conocer del proceso iniciado contra Alfredo Hernández y otros, por el delito de abuso de confianza. — Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre 272

Cuestionarios al jurado. — Naturaleza jurídica de la providencia que declara el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.— Notificación de la misma providencia.— Nulidades. — Características formales de la sentencia. — No se accede a casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, por la cual se condenó a Carlos González o Sánchez a ocho años de presidio por un delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 278

PAGS.

Legítima defensa del honor. — Interpretación del principio "in dubio pro reo". — Riña y provocación. — Riña imprevista. — Prueba necesaria para poder rechazar un testimonio por parentesco del declarante. — No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso contra Manuel Hernández Ospina, por lesiones personales.— Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 282

Competencia del jurado. — La falta de firma de un miembro del mismo en el acta de audiencia pública no produce la nulidad de dicha acta. — No se accede a casar la sentencia en que el Tribunal Superior de Santa Marta condenó a Manuel Guerrero a quince años tres meses de presidio por un delito de homicidio agravado. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 286

Nulidades. — Por error relativo a la denominación jurídica del delito. — No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Pereira condenó a presidio a Manuel Morales Morales por un delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre 290

Ira e intenso dolor. — Interpretación del artículo 28 del C. P. — No se accede a casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de la cual se condenó a Edmundo Macías Valenzuela a nueve años de presidio, por el delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 294

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Nulidades. — Notificaciones. — En el juicio ordinario seguido ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo por Francisco Mejía y otros contra la Nación, sobre oposiciones a la propuesta de contrato del Instituto de Fomento Industrial para explorar y explotar hierro en el Municipio de La Paz, Boyacá, se declara nulo todo lo actuado, por falta de citación o emplazamiento de quie-

PAGS.

nes han debido ser llamados al juicio.— Magistrado ponente, doctor Luis A. Flórez 303

Aviso de exploración y explotación de petróleos. — Se declara infundado el aviso dado por la Compañía de Petróleos Shell de Colombia en relación con una finca llamada "Caimital". — No se reconoce como de propiedad privada el petróleo que se halle en las tierras comprendidas por el referido aviso. — Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles 306

Acción de responsabilidad por pérdida de unos dineros pertenecientes a un depósito judicial. — Naturaleza jurídica de este servicio del Estado. — En el juicio ordinario seguido por José Antonio Melo contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Bogotá, se ordena consignar en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, una suma de pesos destinada a pagar al actor una zona de terreno expropiada. — Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles 313

PAGS.

Acumulación de acciones. — Cuándo es procedente la vía ordinaria y cuándo lo es la vía ordinaria de única instancia. — Se mantiene el auto suplicado en virtud del cual se negó la competencia de la Corte para conocer en única instancia de la demanda formulada contra la Nación por el General Jorge Martínez L., sobre cumplimiento de una sentencia. — Magistrado ponente, doctor Luis A. Flórez 317

Oposiciones a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, hecha por la "Compañía de Petróleo La Rosa de Colombia". — Se declaran infundadas las oposiciones formuladas a la propuesta presentada por la Compañía de Petróleos La Rosa de Colombia, para explorar y explotar petróleos en un globo de terreno ubicado en jurisdicción de los Municipios de Magangué y Sincé, Departamento de Bolívar. — Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles 321

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS «MUNDO AL DIA»
CALLE 14, No. 13-56 — TELEFONO 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono No. 14-325, y será atendido inmediatamente

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

TOMO LXVI - BOGOTA, COLOMBIA. - JULIO Y AGOSTO DE 1949 - NUMEROS 2075 - 2076

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION REIVINDICATORIA. — NECESIDAD DE QUE EL PREDIO REIVINDICADO ESTE INDIVIDUALIZADO EN LA DEMANDA PARA QUE PUEDA PROSPERAR LA ACCION

1.—Como lo dijo la Corte en sentencia de la Sala de Casación Civil de 31 de mayo de 1949: "Entre las condiciones indispensables para la procedencia de la acción reivindicatoria, contenidas en su definición legal, está la de que se trate de una cosa singular, esto es, determinada o individualizada como cuerpo cierto. Este requisito, tratándose de inmuebles y especialmente de predios rurales, no puede satisfacerse sino con la descripción de sus límites, esto es, con el señalamiento del término o línea que los separe de las demás heredades, y que a la vez que los diferencia de los otros fundos, sirve para precisar objetivamente, demarcando su perímetro sobre la tierra, la extensión del derecho real de dominio, como es necesario para que pueda hacerse efectivo con el uso de las acciones legales que lo tutelan porque sólo así será posible que el dueño sepa qué es lo que puede hacer respetar y qué es lo que los demás deben respetar. Esta la razón esencial de la exigencia de la singularización de las cosas cuya restitución se busca con la acción de dominio, hecha sin ninguna ambigüedad en la demanda, cosa que no puede lograrse, tratándose de fundos, como se dijo, sino con la fijación de sus límites, según la norma general de la ley, como se ve, entre otros, de los artículos 222 del Código de Procedimiento Civil, que condiciona en general las demandas sobre cosa raíz con la especificación de los linderos, y los artículos 2594 y 2663 del C. C. y 15 de la Ley 40 de 1932, que imponen la delimitación como la manera legal de singularizar los bienes inmuebles".

2.—El precepto del artículo 42 de la Ley 57 de 1887, modificado hoy según el texto del artículo 2º de la Ley 38 de 1945, sólo tiene sentido y aplicabilidad partiendo de la exactitud de la demanda respecto de la cosa sobre cuyo dominio se litigue; la dicha norma exige: "el nombre de la propiedad inmueble, su situación y linderos", porque sólo mediante el registro de esos particulares puede quedar fuera del comercio una determinada finca, con exclusión de otra cualquiera, y como la orden judicial que tal artículo contempla ha de librarse es "en el mismo auto en que acepta la demanda", síguese que es en el libelo, y no en otra cualquiera de las actas procesales, en la que ha de contenerse la descripción completa del inmueble respectivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Afirmando ser dueño del inmueble denominado "El Placer" Félix Antonio Otero propuso contra Inocencio Dimaté acción reivindicatoria ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá para que el demandado le restituya una porción de la prenombrada finca, de la cual es poseedor.

El Juzgado del conocimiento, en fallo fechado el veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, solucionó el pleito en forma desfavorable para el demandante, decisión que apelada por éste, fue plenamente confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia proferida el primero de julio de mil novecientos cuarenta y cinco; de ella recurrió en casación Félix Antonio Otero.

Las sentencias que cerraron los dos grados del procedimiento coinciden, como se advirtió ya, en su parte decisoria y también en los motivos que las sostienen; resumidos éstos se reducen a que "de la demanda no puede deducirse en forma precisa qué parte de la finca "El Placer", es la que debe restituir el demandado", y a que en el material probatorio tampoco se destaca inconfundiblemente la identidad del fundo de cuya reivindicación se trata, circunstancias estas que a ojos del Tribunal quebrantan los elementos axiológicos de la acción de dominio, estorbando su prosperidad.

Para sustentar ante la Corte el recurso de casación el demandante invoca la causal primera porque, según él, el fallo acusado, en primer lugar quebrantó lo dispuesto en los artículos 946, 947, 948, 950 y 952 en relación con el 952 del Código Civil y el artículo 222 del Código Judicial"; como fundamento del cargo se alega que en sentir del recurrente "el Tribunal no podrá pretender que para pedir la restitución de la finca que el propietario tiene en otra extensión, sea preciso primero deslindar judicialmente con el detentador la porción o globo de tierra que ocupe indebidamente, porque sólo así se puede decir en una demanda cuáles son los linderos que en forma concreta y obligatoria determinen la parte de la finca cuya restitución se le pida a un demandado".

Se considera:

El recurrente omite en su demanda de casación la obligada referencia al medio por el cual la sentencia de que se trata haya quebrantado la ley; huelga recordar en este caso las modalidades tantas veces repetidas por la Sala que distinguen e individualizan como fenómenos autónomos las diversas maneras como pueden transgredirse los preceptos sustanciales y su presentación y tratamiento en los ámbitos rigurosos del recurso de casación; la sola ausencia de vía adecuada para cotejar el fallo con la ley, excusaría mayores raciocinios por parte de la Corte para concluir la inefica. cia del cargo.

Pero desde otro punto de vista se observa que son aplicables a este caso las reflexiones que la Sala consignó en sentencia fechada el treinta y uno de mayo último y proferida en el juicio que el mismo demandante promovió contra José Eusebio Palacios, en la cual se dijo:

"Entre las condiciones indispensables para la procedencia de la acción reivindicatoria, contenidas en su definición legal, está la de que se trate de una cosa singular, esto es, determinada o individualizada como cuerpo cierto. Este requisito, tratándose de inmuebles y especialmente de predios rurales, no puede satisfacerse sino con la descripción de sus límites, esto es, con el señalamiento del término o línea que los separe de las demás heredades, y que a la vez que los diferencia de los otros fundos, sirve para precisar objetivamente, demarcando su perímetro sobre la tierra, la extensión del derecho real de dominio, como es necesario para que pueda hacerse efectivo con el uso de las acciones legales que lo tutelan, porque sólo así será posible que el dueño sepa qué es lo que puede hacer respetar y qué es lo que los demás deben respetar. Esta la razón esencial de la exigencia de la singularización de las cosas cuya restitución se busca con la acción de dominio, hecha sin ninguna ambigüedad en la demanda, cosa que no puede lograrse, tratándose de fundos, como se dijo, sino con la fijación de sus límites, según la norma general de la ley, como se ve, entre otros, de los artículos 222 del Código de Procedimiento Civil, que condiciona en general las demandas sobre cosa raíz con la especificación de los linderos, y los artículos 2594 y 2663 del C. C. y 15 de la Ley 40 de 1932, que imponen la delimitación como la manera legal de singularizar los bienes inmuebles. Y como lo tiene también establecido en doctrina uniforme y reiterada esta Sala de Casación Civil, que en caso análogo al de hoy dijo: "La determinación de la finca raíz que se reivindica no puede hacerse sino por el señalamiento de sus linderos; y cuando ella hace parte de un globo mayor de tierra cuyos linderos se expresan, no basta decir que la primera está comprendida dentro de los límites de la segunda, sino que es preciso determinarla señalándole delimitación especial. (G. J. Tomo XXXI, página 54).

No basta para rectificar estas nociones la obser-

vación del recurrente sobre necesidad de un deslinde judicial previo para satisfacer la exigencia de singularizar la cosa materia de una acción de dominio, como quiera que el propio demandante alega que el inmueble litigioso fue cabalmente identificado dentro de los lapsos probatorios de las instancias sin que fuera menester diligencia alguna de apeo; si fue posible el reconocimiento indudable del predio **in limine litis,** también pudo serlo antes de proponer la demanda en orden a que ésta no se refiriera a cuerpo cierto, dudoso, indeterminado, sujeto en su completa singularización a eventos probatorios de posibles ocurrencia y eficacia, y por tanto base impropia para establecer la debida y cabal correspondencia entre las súplicas y hechos de la demanda, por una parte, y la sentencia de reivindicación, por la otra.

No sobra añadir que el precepto del artículo 42 de la Ley 57 de 1887, modificado hoy según el texto del artículo 2º de la Ley 38 de 1945, sólo tiene sentido y aplicabilidad partiendo de la exactitud de la demanda respecto de la cosa sobre cuyo dominio se litigue; la dicha norma exige "el nombre de la propiedad inmueble, su situación y linderos", porque sólo mediante el registro de esos particulares puede quedar fuera del comercio una determinada finca, con exclusión de otra cualquiera, y como la orden judicial que tal artículo contempla ha de librarse "en el mismo auto en que acepta la demanda", síguese que es en el libelo, y no en otra cualquiera de las actas procesales, en la que ha de contenerse la descripción completa del inmueble respectivo.

Se hace esta referencia al derecho positivo sin perder de vista que, aún sin mandamientos expresos, la doctrina procesal llegaría a la misma conclusión por fuerza de las elementales nociones que informan la estrecha vinculación entre la **causa petendi,** el material probatorio y la sentencia, las cuales rechazan la posibilidad de que las pruebas rueden sobre hechos y circunstancias extrañas a la demanda, y que en el fallo se declare algo que no fue original y exclusivamente parte del tema sometido a la declaración jurisdiccional.

Lo dicho basta, para patentizar lo infundado del cargo en estudio, cuyo fracaso conlleva el de los demás propuestos, cuyo examen sobra ante la permanencia del fallo recurrido sobre la base de la falta de certeza acerca del fundo materia de la reivindicación.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurida o sea la que en este juicio dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día primero de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas. — Pero Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.



PRESCRIPCION ADQUISITIVA. — REQUISITOS DE LA ORDINARIA Y DE LA EXTRAORDINARIA Y DIFERENCIAS ENTRE UNA Y OTRA

La prescripción con que se adquiere el dominio de las cosas se divide en ordinaria y extraordinaria. El Código Civil sienta reglas o principios generales aplicables a las dos clases de prescripción y especiales para cada una de ellas. Entre las primeras pueden citarse las siguientes: tanto la ordinaria como la extraordinaria constituyen un modo originario de adquirir; por medio de ambas se puede ganar el dominio de las cosas corporales raíces o muebles y los otros derechos que no están especialmente exceptuados; en ambas se requiere, además, que se trate de cosas prescriptibles; que se hubiere ejercido la posesión de éstas y que esa posesión haya sido ininterrumpida durante cierto tiempo.

Fuera de esas reglas comunes a toda prescripción, la ordinaria necesita la concurrencia de los siguientes requisitos especiales: posesión regular y transcurso de tres años para los muebles y de diez para los inmuebles.

Y como la posesión regular es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, la prescripción en cuestión requiere además: 1º—La existencia de justo título, ya sea constitutivo o traslaticio de dominio, y siendo uno de esta última especie, es necesaria también la tradición de la cosa, la que, cuando se trata de inmuebles, sólo se realiza plenamente con el registro del título y con la entrega material de la cosa, por lo cual, en materia de esta clase de bienes, para la prescripción ordinaria es de rigor la concurrencia de la posesión inscrita y de la material; y 2º—La existencia de la buena fe, que por lo general se presume, aunque apenas concurra en el momento de adquirir la posesión.

En cambio, para ganar el dominio de las cosas por medio de la prescripción extraordinaria, se requiere simplemente la posesión material ininterrumpida por espacio de treinta años, los que, a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936, han quedado reducidos a veinte. En ese modo de adquirir no es necesario título alguno y se presume de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; pero la existencia de un título de mera tenencia hace presumir mala fe y no da lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1ª—Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años (o veinte) se haya reconocido expresa o tácitamente su domonio por el que alega la prescripción, y

2ª—Que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

De lo dicho se desprende que entre esas dos clases de prescripción cabe hacer, entre otras, las siguientes distinciones:

1ª—La ordinaria requiere la existencia de un título constitutivo o traslaticio de dominio y que ese título sea justo, y para la extraordinaria no es necesario título alguno;

2ª—La primera exige buena fe, y ésta se presume legalmente, lo que significa que admite prueba en contrario; en la segunda esa buena fe se presume de derecho, lo que quiere decir que no admite prueba en contrario, salvo en el caso excepcional de que ya se habló.

3ª—En la ordinaria, cuando se trata de inmuebles y el título que se invoca es traslaticio de domonio, se exige la concurrencia en cabeza de quien la alega, de la posesión inscrita y de la material por el término legal, y en la extraordinaria basta sólo la posesión material durante el lapso de treinta años.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio diez y ocho (18) de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes:

1º—Por Escritura Pública número 297 de 11 de octubre de 1891, corrida ante el Notario 2º del Circuito de Soatá, José María y Rafael Pinto V., vendieron a Segundo Pinto V. la finca denominada "Las Tapias", alinderada como en ese instrumento se describe.

2º—El 11 de agosto de 1894, Segundo Pinto y Eloísa Gil contrajeron matrimonio eclesiástico;

3º—Consta en la Escritura Pública número 244 de 1º de agosto de 1907, otorgada en la citada Notaría, que Segundo Pinto dio en venta a Ana Rosa Cáceres, la mencionada hacienda "Las Tapias"; y mediante la Escritura Pública número 99 de febrero de 1933, de la Notaría 1ª del Circuito de Soatá, la segunda vendió al primero de los nombrados el mismo inmueble.

4º—El 5 de octubre de 1923 falleció la señora Eloísa Gil de Pinto V.

5º—Por medio de la Escritura Pública número 508 de 12 de octubre de 1923 de la Notaría 2ª de Soatá, Segundo Pinto y Ana Rosa Cáceres declararon inexistentes, rotas, nulas y de ningún valor ni efecto legal, las ya citadas escrituras números 244 y 99, en virtud de haber sido simulados, ficticios o de confianza los contratos que en ellas se hicieron constar; por no haber tenido el primero intención de vender y desprenderse del dominio, propiedad o posesión de los bienes, ni la segunda la de adquirirlos ni de pagar precio alguno; ni ánimo de negociar ni de llevar a efecto las cláusulas contenidas en dichos instrumentos sobre transferencia y adquisición del dominio, hasta el punto que "el señor Pinto ha tenido, tiene, y usufructúa y maneja, posee y conserva las fincas sin que la señora Cáceres haya tenido participación alguna como dueña, pues nunca lo ha sido".

6º—Según consta en la Escritura Pública número 76 de 18 de febrero de 1924, de la Notaría Segunda de Soatá, que está debidamente registrada, Segundo Pinto dio en venta la hacienda "Las Tapias" a Luis S. Pinto, a la sazón casado con Ana Silva Buitrago, y le hizo entrega material del inmueble;

7º—En el juicio mortuorio de Eloísa Gil de Pinto, protocolizado ante el Notario 1º de Soatá el 30 de diciembre de 1937, se adjudicó a Eudocia Gil de Pinto Valderrama una cuota de $ 6.745.25 en relación con un avalúo de $ 60.000.00 en la hacienda "Las Tapias", y una vez fallecida la segunda de aquéllas, en su sucesión se le adjudicó la citada cuota, a título de heredero y como cesionario de los derechos herenciales de otros, a Alberto Pinto Gil.

El pleito

Apoyado en la mayor parte de esos antecedentes y afirmando que el demandado tiene la posesión material del inmueble desde el mes de febrero de 1924, Alberto Pinto Gil propuso ante el Juez Civil del Circuito de Soatá juicio ordinario contra Luis S. Pinto y Ana Silva Buitrago para que en sentencia definitiva se declare que aquél es dueño del derecho o cuota proindiviso en la hacienda "Las Tapias", a que se hizo referencia en el punto 7º de los antecedentes relatados; se condene a los demandados a la restitución de esa cuota, junto con sus frutos, como poseedores de mala fe, y al pago de las costas del juicio.

Adminitida la demanda, los demandados la contestaron oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas y proponiendo las excepciones de simulación de los contratos recogidos en las Escrituras números 244 de 1907 y 99 de 1923, ya citadas, y las de prescripción ordinaria y extraordinaria adquisitiva y extintiva del derecho que se reclama. Tramitado el juicio, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 19 de septiembre de 1944, por medio de la cual declaró probada la excepción perentoria de prescripción extraordinaria y en consecuencia absolvió a los demandados de los cargos que les formularon, sin costas.

Por virtud del recurso de apelación concedido a ambas partes conoció del negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el que, al término de la tramitación correspondiente, dictó la sentencia de 27 de septiembre de 1946, en la que reformó la apelada en cuanto declaró probada la referida excepción de prescripción y la adicionó en el sentido de reconocer además como demostrada la de simulación que alegó la parte demandada.

En la motivación de ese fallo principia el sentenciador haciendo el recuento de las pruebas aportadas al debate por los litigantes y deteniéndose en una exposición doctrinaria sobre la naturaleza del fenómeno jurídico de la simulación, sobre la prueba requerida para su demostración, ya se trate de partes contratantes o de terceros, y sobre el alcance o efectos de la misma en relación con aquéllos o éstos; transcribe después en su parte pertinente el dicho de numerosos testigos y luégo sostiene, apoyándose en esa prueba y haciendo referencia a la excepción de simulación alegada,

que un conjunto de indicios la demuestra plenamente. A este respecto dice lo siguiente:

"Aquí contrató don Segundo Pinto con una pariente de su cónyuge, quien habitualmente vivía en su misma casa. La señorita Cáceres no tenía bienes de fortuna suficientes para satisfacer un contrato como el que pactó. Los bienes enajenados por un acaudalado hombre de negocios, como don Segundo Pinto, fueron todos los que tenía, y ello lo hizo por una exigua cantidad, si se atiende a los diferentes avalúos comerciales que obran en el expediente, sobre todo en lo tocante a la hacienda de "Las Tapias". El contrato de venta de sus inmuebles hecho por don Segundo Pinto a la señorita Cáceres no tuvo ejecución de ninguna especie, ni en la forma más remota: ya se ha visto del texto de todas las declaraciones transcritas que de mil novecientos siete a mil novecientos veintitrés el señor Pinto siguió con la absoluta posesión de la hacienda de "Las Tapias", ejercitando sobre ella diversos actos de dominio, sin que la señorita Cáceres tuviera al respecto en ningún momento la más indiferente intervención".

Pasando por último al estudio de la prescripción extraordinaria alegada por el reo y declarada en su favor por la sentencia de primera instancia, encontró probado con el numeroso grupo de testigos que cita que Segundo Pinto fue quien de manera absoluta o exclusiva poseyó materialmente la hacienda "Las Tapias" desde 1891 hasta 1924, época en que la enajenó y entregó al demandado Luis S. Pinto y que es éste, quien a partir de la última fecha, ha venido en posesión material del mismo inmueble. De allí y tomando en cuenta lo que al respecto estatuyen los artículos 778 y 2521 del Código Civil, concluyó que, agregando la posesión del demandado a la del antecesor Segundo Pinto, se tenía un período de tiempo de posesión material ininterrumpida muy superior a treinta años, que son los requeridos para que se consume la prescripción extraordinaria.

La parte demandante ha recurrido en casación, y en la demanda que oportunamente ha presentado propone contra la sentencia tres cargos, basados todos en la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial. El primero de ellos lo endereza en contra de los considerandos del Tribunal que lo llevaron a declarar probada la excepción de simulación; el segundo, contra los que le sirvieron para dar por demostrada la de prescripción extraordinaria, y el tercero, contra todo el fallo por no haber decretado favorablemente la acción reivindicatoria incoada.

Habiendo servido de fundamentación a la decisión absolutoria de primera instancia el reconocimiento que se hizo de estar probada la excepción de prescripción extraordinaria incoada por el demandado, y constituyendo también esta misma circunstancia uno de los fundamentos en que descansa la resolución confirmatoria de segundo grado, que es objeto del recurso, resulta como lo más lógico empezar el estudio de los cargos por el que se contrae al aludido soporte de la sentencia acusada.

En esa acusación, dice, en resumen, el recurrente:

Que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas relativas a la prescripción extraordinaria alegada como excepción por el demandado, al no considerar las Escrituras Públicas números 244 de agosto de 1907 y 99 de febrero de 1923, en las cuales consta que la hacienda "Las Tapias" salió del patrimonio particular de Segundo Pinto para pasar al de la señorita Cáceres y que luégo volvió a propiedad de la sociedad conyugal Pinto Gil por la venta que hizo aquélla durante la existencia del matrimonio; que esos dos títulos escriturarios se interponen entre las escrituras de 1891 y de 1924, tomadas por el Tribunal para sumar posesiones, cosa que no podía hacerse por no existir continuidad o unión jurídica entre ellas. Insistiendo a este respecto agrega:

"Si el señor Pinto ejerció la posesión de la hacienda después de haberla transferido en 1907, este ejercicio que iba creando un posible derecho adquisitivo de dominio por prescripción, lo ejecutaba como representante de la sociedad conyugal, aun sin decirlo, por ministerio de la ley, y de todas maneras queda interrumpida la continuidad jurídica, la unión jurídica de posesiones, porque había un título que señalaba a otro como el dueño del inmueble; esta posesión para la sociedad conyugal recibió su confirmación en 1923 por medio de la Escritura número 99, y luégo continuó esa posesión en la sociedad conyugal ilíquida representada por el señor Pinto y los herederos de la señora Eloísa, cónyuge desaparecido. La posesión del demandado doctor Pinto, que es posesión de sociedad conyugal, es aislada, independiente, emana del instrumento 76 de 1924, no forma unión jurídica con los títulos de sus antecesores, porque su tradente vendía cosa ajena, cosa que pertenecía a la sociedad conyugal que él no representaba. En estas condiciones no puede sumar su posesión a las anteriores. Tampoco había posesión

regular porque "en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la presunción de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude u otro vicio en el acto o contrato" dice el artículo 768 y agrega que el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. Que el doctor Pinto conocía esa presunción jurídica se encargó de probarlo plenamente al acompañar los conceptos que pidió a distinguidos abogados de Bogotá antes de otorgar la Escritura 76, sólo que no se hizo la donación sino la venta, pero el vicio subsistía en cualquier forma.... El Honorable Tribunal cometió el error de hecho evidente al apreciar el instrumento público 76 de 1924 ya citado, porque estando el inmueble de Las Tapias en el haber de la sociedad conyugal y no habiéndose liquidado esa sociedad, el señor Segundo Pinto vendía cosa ajena porque obraba a nombre propio; en estas condiciones es evidente, clarísimo, que no había continuidad, unión jurídica en las posesiones para que pudiera sumarlas para la prescripción extraordinaria. Este error de hecho evidente condujo al sentenciador a violar los artículos 778 y 2521 ya transcritos por errónea interpretación y a fallar contra los derechos de mi poderdante".

Se considera:

Ante todo conviene recordar algunas nociones elementales que gobiernan la materia a que el cargo se contrae.

La prescripción con que se adquiere el dominio de las cosas se divide en ordinaria y extraordinaria. El Código Civil sienta reglas o principios generales aplicables a las dos clases de prescripción y especiales para cada una de ellas. Entre las primeras pueden citarse las siguientes: tanto la ordinaria como la extraordinaria constituyen un modo originario de adquirir; por medio de ambas se puede ganar el dominio de las cosas corporales raíces o muebles y los otros derechos que no están especialmente exceptuados; en ambas se requiere, además, que se trate de cosas prescriptibles; que se hubiere ejercido la posesión de éstas y que esa posesión haya sido ininterrumpida durante cierto tiempo.

Fuera de esas reglas comunes a toda prescripción, la ordinaria necesita la concurrencia de los siguientes requisitos especiales: posesión regular y transcurso de tres años para los muebles y de diez para los inmuebles.

Y como la posesión regular es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, la prescripción en cuestión requiere además: 1º—La existencia de justo título, ya sea constitutivo o traslaticio de dominio y siendo uno de esta última especie es necesaria también la tradición de la cosa, la que cuando se trata de inmuebles sólo se realiza plenamente con el registro del título y con la entrega material de la cosa, por lo cual en materia de esta clase de bienes para la prescripción ordinaria es de rigor la concurrencia de la posesión inscrita y de la material; y 2º—La existencia de la buena fe, que por lo general se presume, aunque apenas concurra en el momento de adquirir la posesión.

En cambio, para ganar el dominio de las cosas por medio de la prescripción extraordinaria se requiere simplemente la posesión material ininterrumpida por espacio de treinta años, los que a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936 han quedado reducidos a veinte. En ese modo de adquirir no es necesario título alguno y se presume de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; pero la existencia de un título de mera tenencia, hace presumir mala fe, y no da lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1ª—Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años (o veinte) se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción, y

2ª—Que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

De lo dicho se desprende que entre esas dos clases de prescripción cabe hacer, entre otras, las siguientes distinciones:

1ª—La ordinaria requiere la existencia de un título constitutivo o traslaticio de dominio y que ese título sea justo, y para la extraordinaria no es necesario título alguno;

2ª—La primera exige buena fe y ésta se presume legalmente, lo que significa que admite prueba en contrario; en la segunda esa buena fe se presume de derecho, lo que quiere decir, que no admite prueba en contrario, salvo en el caso excepcional de que ya se habló.

3ª—En la ordinaria, cuando se trata de inmuebles y el título que se invoca es traslaticio de dominio, se exige la concurrencia en cabeza de quien la alega de la posesión inscrita y de la material por el término legal, y en la extraordinaria, basta sólo la posesión material durante el lapso de treinta años.

En el caso de autos el demandado alegó como

excepción la prescripción extraordinaria y el Tribunal la declaró demostrada, por considerar que la copiosa prueba testimonial traída al proceso acredita plenamente una posesión material no interrumpida por parte del reo sobre la finca "Las Tapias", por un lapso mayor de treinta años hasta la fecha en que se hizo la notificación de la demanda. Para llegar a este resultado sumó la posesión del demandado, comenzada en el año de 1924, con la venta y entrega que se le hizo del inmueble, con la de su tradente Segundo Pinto, que inició la suya en el año de 1891 y se mantuvo en ella hasta cuando se verificó la mencionada entrega.

El recurrente considera que esas dos posesiones legalmente no podían sumarse, por estar interrumpidas, por cuanto entre ellas median las Escrituras Públicas citadas en el punto tercero de los antecedentes, que no fueron consideradas por el sentenciador, y las cuales acreditan que la posesión la tuvieron Ana Rosa Cáceres, desde el año de 1907 hasta el de 1923 y de éste en adelante la sociedad conyugal Pinto Gil y los herederos de la cónyuge Eloísa Gil de Pinto, una vez ocurrido el fallecimiento de ésta.

Ante esa alegación caben las siguientes observaciones demostrativas de su ineficacia:

a) Todo poseedor tiene derecho de añadir a la suya la posesión de su antecesor, siempre que lo suceda a título ..... o singular, (artículos 2521 y 778 del C. C.). Y si probado está como lo admitió el Tribunal y resulta superabundantemente establecido con las numerosas y acordes declaraciones de testigos traídas al proceso, que Segundo Pinto poseía materialmente la finca cuando la entregó y vendió al demandado, actual poseedor de ella, a él cuando menos se le transmitió el derecho que su antecesor tenía para ganarla por prescripción, y así legítimamente podía invocar en su favor la posesión que a éste le correspondía para agregarla con tal fin, a la que por sí ejerce.

b) Es un hecho fuera de toda discusión que Segundo Pinto comenzó a poseer el mencionado inmueble a nombre propio, y la continuación de ese orden de cosas se presume, por virtud de lo establecido en el inciso 1º del artículo 780 del C. C.

Esta presunción legal no la desvirtúan los títulos a que se refiere el recurrente por el conjunto de razones que en seguida se expresan:

1ª—Porque la aludida prueba testimonial demuestra que a pesar de dichos instrumentos Segundo Pinto conservó el inmueble en su poder y fue quien siempre ejerció en forma exclusiva y en nombre propio actos de señor y dueño sobre el mismo, tales como trabajarlo personalmente; usufructuar pastos y cosechas; arrendar parcelas y percibir para sí los arrendamientos, e inclusive ejecutar actos dispositivos, como vender a otras personas pequeños lotes de la hacienda;

2ª—Porque si lo que pretende sostener el recurrente es que por virtud de los contratos contenidos en esos instrumentos, Segundo Pinto perdió, al otorgarlos, el ánimo de dueño y por consiguiente, la posesión material, uno de cuyos dos elementos es ese ánimo, entonces procede observar que el contrato de que da cuenta la Escritura Pública 244 de 11 de agosto de 1907, fue invalidado por el mutuo consentimiento de los otorgantes, como lo permite el artículo 1602 del Código Civil, y según consta en el instrumento público número 508 de 12 de octubre de 1923, citado en el punto 5º de los antecedentes de este fallo, por no haber tenido nunca los otorgantes —conforme allí lo expresaron— el propósito de vender ni de comprar. Atendiendo a esa voluntaria destrucción del contrato; a las causas que la determinaron, y a las circunstancias apuntadas en el aparte precedente puede llegarse a la conclusión de que las cosas volvieron entre los contratantes al estado que tenían antes del contrato; que el inmueble en referencia no salió en realidad del patrimonio de Segundo Pinto y que por consiguiente el ánimo de señor y dueño con que él ejecutaba actos posesorios en el mismo bien no le faltó en momento alguno.

El contrato contenido en la Escritura número 99, también citada en el punto tercero de los antecedentes, fue de igual modo resiliado por los otorgantes; pero si bien es cierto que la resiliación de un contrato no produce efectos contra terceros en cuyo favor se hubieren constituído o derivado derechos de aquél mientras estuvo vigente y que la sociedad conyugal Pinto Gil, por encontrarse ya disuelta, por muerte de la cónyuge, cuando fue acordada la resiliación, tiene con respecto a ésta la condición de tercero, no es menos evidente que esa situación, producida por ministerio de la ley, no se opone ni es incompatible con el ánimo de señor y dueño con que, por razón de lo dicho arriba, Segundo Pinto ejecutaba actos posesorios, en nombre propio, sobre el mencionado inmueble. La circunstancia de que exista en cabeza de una persona derecho al dominio, en todo o en parte, de una cosa, no excluye el hecho de que otra persona tenga por sí y para sí la posesión material de la misma cosa.

Entonces, como la venta y entrega que Segundo Pinto le hizo al demandado Luis S. Pinto, le transfirió a éste todos los derechos y ventajas que tenía sobre el inmueble, entre los cuales cuando menos están el derecho de apropiarse la posesión material que le asistía y el consiguiente derecho de ganar por prescripción extraordinaria el dominio (artículos 752 y 753 del C. C.), y como esas dos posesiones de Segundo Pinto y Luis Pinto han sido sucesivas; son ambas materiales; podían sumarse, y se han mantenido ininterrumpidamente por espacio mayor de treinta años (artículos 778, 2521, 2522 y 2531 del C. C.), el derecho que del contrato contenido en la Escritura número 99 de febrero de 1923, pudiera haberse derivado para la cónyuge o sus herederos, prescribió en favor del demandado, por haber ganado éste por ese modo la integridad del derecho de dominio sobre el inmueble en referencia;

c) Por último, la argumentación del recurrente de que si Segundo Pinto poseía y prescribía lo hacía en favor o para la sociedad conyugal y no para sí, es igualmente inválida en fuerza de las precedentes razones y porque, además, en casos como el de autos, la posesión se mantiene en cabeza del cónyuge que la inició antes del matrimonio y los derechos o ventajas que para efectos de la prescripción de aquélla se derivan, benefician exclusivamente a dicho cónyuge, con prescindencia de la sociedad conyugal. Así se desprende del numeral 1º del artículo 1792 del C. Civil que expresamente estatuye "que no pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o tramitación con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella".

Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo.

Ahora, manteniéndose, como se mantienen en pie las conclusiones que llevaron al sentenciador a declarar probada la excepción de prescripción extraordinaria incoada por el demandado, el tercer cargo que formula el recurrente sobre violación de disposiciones sustantivas referentes a la acción reivindicatoria denegada, no puede prosperar, pues faltando o habiéndose extinguido el pretendido dominio del actor, no es viable, por ese sólo motivo, la acción. Y por fuerza de aquella misma circunstancia resulta superfluo e inútil el estudio del cargo sobre simulación, porque cualquiera que fuera la conclusión que al respecto hubiere de llegarse, no habría lugar a la casación del fallo acusado, por mantenerse en todo caso en firme uno de los fundamentos que le sirven de soporte.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veinte y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa en el presente negocio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario.

REVISION POR LA VIA ORDINARIA DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES PROFERIDA EN JUICIO EJECUTIVO. — DIFERENCIA ENTRE INEXISTENCIA Y NULIDAD

1.—Repetidamente la Sala de Casación Civil de la Corte ha reconocido en sus fallos la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta; pero no ha dejado de observar, cuando quiera que ha sido procedente, que para la inexistencia no ofrece nuestro sistema procedimental un camino peculiar y distinto, por lo cual es inoficioso, al menos prácticamente, insistir sobre la diferencia entre estos dos fenómenos jurídicos. De otro lado, de un acto o contrato puede decirse que no existe cuando ha prosperado en sentencia judicial el cargo de su simulación, entre otras razones porque antes de esa decisión lo que se ve es ese acto o contrato tal como aparece, sin que pueda A PRIORI, darse por infirmado.

2.—De acuerdo con la Ley 46 de 1923, en su artículo 26, "todo instrumento negociable se presume que ha sido expedido en consideración a un valor". Para infirmarlo es preciso que esta presunción se destruya. Así lo indican los artículos siguientes de aquella ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario de Simeón Castañeda contra Manuel Antonio Peláez Pineda, cuyos antecedentes y finalidad son:

Castañeda firmó y aceptó el 30 de junio de 1939 una letra de cambio por $ 5.000.00 a ciento ochenta días fecha a favor de Peláez, quien con ese recaudo lo ejecutó en el Juzgado del Circuito de Sevilla. Aquél excepcionó de inexistencia de la obligación por simulación, y el incidente quedó decidido en su contra en el Tribunal el 26 de abril de 1945; y entonces entabló contra Peláez, invocando el artículo 1030 del C. J., el presente juicio ordinario para que se invalide esa sentencia de excepciones y se declare probada la antedicha. Sustanciada la primera instancia en el Juzgado Civil del Circuito de Buga, se falló allí el 25 de junio de 1946 negando lo demandado y condenando en costas al actor. A virtud de apelación de éste, se tramitó la segunda instancia que cerró el Tribunal confirmando ese fallo, sin costas, en el de 5 de noviembre de 1947, que es el hoy recurrido.

Ambas sentencias de instancia se fundan en la falta de pruebas, así: la del Juez, porque no se adujeron ningunas, y la del Tribunal, porque las aducidas ante él son sólo declaraciones de testigos, prueba inadmisible, dada la cuantía, de conformidad con el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 y el 1767 del C. C.

El recurrente acusa de violación de ese artículo 91, junto con el 703 del C. J., por una parte, y por otra, del artículo 1524 del C. Civil, razonando en suma, de esta manera: el artículo 91 se refiere a obligaciones existentes; de suerte que el Tribunal yerra al aplicarlo cuando lo que se invoca como excepción es la inexistencia de la obligación de que se trata, caso en el cual no habiendo ese estorbo para dar entrada a la prueba de testigos, debe ésta estimarse en todo su valor, y aquí ella acredita plenamente, por la pluralidad, uniformidad y fundamentación de las declaraciones, que Castañeda firmó esa letra sin haber negocio alguno ni relación contractual entre Peláez y él, sin deberle nada, y únicamente presionado por Peláez y los amigos suyos que lo acompañaron, confabulados todos para infundirle grave temor de perder sus bienes perseguido por el Fisco, encarcelado como a la sazón se hallaba, acusado por circulador de moneda falsa. Le hicieron creer que, fingiéndose deudor de Peláez y armándolo de un instrumento ejecutivo como esa letra, éste aparentaría perseguirlo y le embargaría sus bienes y así evitarían que se los rematasen por obra del proceso criminal. La consecuencial carencia de causa explica la acusación relativa al artículo 1524.

La demanda de casación se detiene principalmente en distinguir entre nulidad absoluta e in-

existencia, así como entre las simulaciones absoluta y relativa, para llegar a la conclusión de que, no habiendo habido en realidad nada entre Castañeda y Peláez que invistiera verdaderamente a éste de la calidad de acreedor de aquél, debe reconocerse este hecho decisivo y su obligada consecuencia de faltar la acción misma o, en otras palabras, de estar probada la excepción.

Se considera:

En la obra **Instituciones de Derecho Civil** del Profesor Ruggiero se lee: "Ante todo conviene advertir que en esta materia, de suyo ardua, las dificultades aumentan por la variedad de las expresiones empleadas por los autores y la distinta significación que cada uno atribuye a los términos; se habla de nulidad, de inexistencia jurídica, de ineficacia, de invalidez, de impugnabilidad, de anulabilidad, de nulidad absoluta o relativa, etc. Forzada resulta toda tentativa de contraponer la ineficacia a la invalidez, queriendo ver en la primera un concepto más amplio que en la segunda o simplemente un concepto diverso. Es también inoportuno hablar de inexistencia de acto, entendiéndose inexistencia jurídica, ya que no puede negarse que el negocio exista como hecho, aunque imperfectamente formado y carente de algún elemento esencial, pues el acto llamado inexistente es una entidad jurídica que el ordenamiento toma en cuenta y que, por tanto, produce efectos jurídicos, si bien éstos no sean los propios del acto válidamente realizado".

Ya Josserand en su obra **Cours de Droit Civil Positif Francais** había dicho: "El acto inexistente es, al menos, un acto abortado; es, en verdad, algo más que la nada. De ahí que de él puedan surgir ciertos efectos jurídicos a título excepcional".

Y en esta misma obra a propósito de lo antedicho sobre terminología, dice: "....porque en semejante materia la jurisprudencia es incierta, flotante y a veces hasta caótica; carece de precisión en su lenguaje, porque le falta nitidez en el pensamiento, y la doctrina, a pesar de todos sus esfuerzos no ha logrado, hay que reconocerlo, poner orden en los elementos esparcidos y dispares sobre los cuales ha de ejercer su facultad de clasificación y coordinación".

Repetidamente, en fallos que por innecesarios no se citan detalladamente, esta Sala ha reconocido la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta; pero no ha dejado de observar, cuando quiera que ha sido procedente, que para la inexistencia no ofrece nuestro sistema procedimental un camino peculiar y distinto, por lo cual es inoficioso, al menos prácticamente, insistir sobre la diferencia entre estos dos fenómenos jurídicos. De otro lado, de un acto o contrato puede decirse que no existe cuando ha prosperado en sentencia judicial el cargo de su simulación, entre otras razones porque antes de esa decisión lo que se ve es ese acto o contrato tal como aparece, sin que pueda **a priori** darse por infirmado. Así lo entendió el mismo Castañeda cuando excepcionó de "inexistencia de la obligación por simulación".

De acuerdo con la Ley 46 de 1923, en su artículo 26, "todo instrumento negociable se presume que ha sido expedido en consideración a un valor". Para infirmarlo es preciso que esta presunción se destruya. Así lo indican los artículos siguientes de aquella ley. Sin confundir los puntos de vista material y legal, tiene que reconocerse, sin embargo, que existe una letra de cambio girada y aceptada por Castañeda a favor de Peláez y que para llegar a la conclusión de que tras de esta apariencia no hay nada o que ese instrumento es mera apariencia, es indispensable la declaración de su simulación. Y para esta declaración, que es lo solicitado al excepcionar y lo que se demandó en el presente juicio, fue y es indispensable una prueba o conjunto de pruebas capaces de contrarrestar el antedicho valor presunto, como sería, por ejemplo, la confesión de Peláez que aquí brilla por su ausencia. Antes bien él y sus abogados han sostenido la verdad de lo que esa letra de suyo y desde luego acredita.

Ante la prohibición del citado artículo 91, no es dado al juzgador aceptar la prueba testimonial, no habiendo, de otro lado, ni siquiera el principio de prueba por escrito que conforme al artículo 93 de la misma ley 153 le diese entrada, ni siendo el caso del inciso final de esta disposición.

El comentador Brugi en su obra **Instituciones de Derecho Civil** dice: "La simulación consiste en una declaración en desacuerdo deliberado con la voluntad, encaminada a dar lugar a la simple apariencia de un negocio jurídico bilateral o a ocultar dentro del negocio aparente otro realmente querido". Para él la simulación absoluta es apariencia, nada más, de un negocio, y la relativa es "ocultación de un negocio bajo la forma externa de otro". En esto estriba su diferencia que califica de fundamental.

Sobre esta base, agrega: "Un negocio jurídico afecto de simulación absoluta, no existe; carece de los requisitos propios del contrato; le falta,

como observan también los intérpretes del Derecho francés, la causa".

"El legislador sólo podría sentar como precepto general la inexistencia de cualquier acto afecto de simulación absoluta y admitir la validez del que está oculto en el interior del acto aparente, salvo el derecho de impugnación de aquéllos en cuyo fraude se concluyó....".

El razonamiento del recurrente adolece de petición de principio, pues toma como base o punto de partida la inexistencia, enfrentada al instrumento negociable aducido como recaudo ejecutivo no está declarada, ni puede darse por declarada sin estarlo, ni puede declararse sin pruebas. Y sin pruebas resulta esa pretensión, siendo así que no se ha presentado sino la testimonial, y ésta es legalmente inadmisible. Habiendo el Tribunal hallado así el problema, no puede decirse que quebrantara las disposiciones legales que obedeció.

Aunque lo dicho basta para que el recurso no prospere, no sobra anotar que quedaría fuera de lugar detenerse la Sala en los motivos a que Castañeda atribuye lo que califica de fingimiento, que fueron el insano propósito de burlar la ley y esquivar sus posibles sanciones. Además, no es materia del recurso ni necesario para su solución considerar si a Castañeda le era dado excepcionar como lo ha hecho, a despecho del precepto, suma de moral y de equidad, **nemo auditur propiam turpitudinem alegans.**

No es tampoco de averiguarse el por qué de su falta de precaución al no preconstituir prueba escrita de que la letra era fingida, acerca de lo cual por lo menos sugiere dudas el que su abogado en memorial de solicitud de pruebas al recordar que al mismo tiempo que esa letra se firmó una de Peláez a favor de Castañeda por $ 3.000.00, expone la operación como encaminada a pagar Castañeda con los dos mil pesos de diferencia su defensa en el proceso penal. Sea de ello lo que fuere, el caso es que no prosperan los cargos formulados contra el fallo recurido que al aplicar debidamente el citado artículo 91, no podía menos de confirmar el de primera instancia, ya que lo único aducido por el ejecutado excepcionante contra la letra por $ 5.000.00 que sirvió de recaudo es la prueba testimonial.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — **Pedro Castillo Pineda.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Alvaro Leal Morales.** — **Hernán Salamanca.** — **Arturo Silva Rebolledo.** — **Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto ocho (8) de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda)

El relato que a grandes rasgos en seguida se hace de este asunto pone de presente la manifiesta improcedencia del recurso de hecho que por medio del anterior escrito sustenta el doctor Carlos Adolfo González.

En las diligencias de ejecución de la sentencia definitiva proferida en el juicio ordinario que se surtió entre Beatriz Pacheco de Van Meek contra Isabel Rodríguez de Albarracín, la demandada y posteriormente sus representantes ejercitaron el derecho que confiere el artículo 1971 del C. Civil, y el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, que conocía de esas diligencias de ejecución, decretó favorablemente el pedimento que a ese respecto se formuló.

Apelado ese auto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Unitaria, lo confirmó por medio de la providencia de 30 de septiembre de 1947, de la cual pidió reposición el doctor González, la que le fue denegada en proveído de 28 de mayo último, dictado también por el Magistrado que conocía del asunto.

De esa providencia solicitó nueva reposición el mismo abogado, la que corrió igual suerte que la anterior, pues le fue negada en auto de 7 de junio postrero.

En escrito del mismo mes, el doctor González interpuso recurso de casación contra las citadas resoluciones de 28 de mayo y de 7 de junio, el cual no le fue concedido por reputarse improcedente.

Del auto de 17 de junio en que tal cosa se resolvió solicitó el doctor González que fuera repuesto o que en subsidio se le expidieran las copias de rigor para recurrir de hecho ante la Corte. Estas le fueron expedidas por no haberse accedido a la reposición.

El precedente relato destaca por sí solo la improcedencia del recurso pues las resoluciones judiciales sujetas a casación conforme al numeral 1º del Artículo 519 del C. Judicial, las constituyen únicamente las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores, en Sala Plural, en los juicios ordinarios cuya cuantía alcance por lo menos a tres mil pesos ($ 3.000.00), y la providencia de que aquí se trata no tiene el carácter de sentencia definitiva de acuerdo con lo estatuído en el numeral 1º del artículo 466 ibídem, ni fue proferida en juicio ordinario sino en las diligencias de ejecución de la sentencia, ni fue dictada por el Tribunal en Sala Plural, sino en Sala Unitaria.

Por lo expuesto, no se admite el recurso de hecho en referencia.

Dése cuenta al inferior. Notifíquese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

DOLO Y CULPA EN MATERIA CIVIL. — INFLUENCIA DE LA DEMANDA EN LA SENTENCIA. — INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 2356 DEL CODIGO CIVIL AL CASO DE DOLO. — INAPLICABILIDAD POR LOS JUECES ORDINARIOS DEL ARTICULO 21 DE LA LEY 200 DE 1936 (LEY DE TIERRAS)

1.—Las voces utilizadas por la ley (artículo 63 del C. C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye, pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.

De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas: el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 del C. C.), ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual, salvo la condenación del pretérito (artículo 1522 del C. C.), acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad, y agrava la posición del deudor aún enfrente de eventos imprevisibles (artículo 1616 del C. C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual y en varios casos de responsabilidad extracontractual, de que es ejemplo el artículo 2356 del C. C.; las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignarle diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604 del C. C.).

Tanto el dolo como la culpa generan la responsabilidad civil en el campo extracontractual y en el de la formación y la ejecución de los contratos, pero sin que sea dable confundirlos, atribuirles consecuencias indiferentes, o tutelar el uno por normas aplicables a la otra, o viceversa.

2.—Si, según las palabras del libelo, el litigio se trabó en torno de una maliciosa maniobra, es obvio que el Tribunal discurriera sobre ese tema, y, al no encontrarla demostrada, absolviera a los demandados.

3.—El artículo 2356 del C. C., no es aplicable al dolo.

4.—Es claro que el abuso del derecho a que concretamente alude el demandante, al igual que el enriquecimiento sin causa y el fraude a la ley, perturbadores de la buena fe que ha de presidir todo comercio jurídico general acciones y sanciones en el radio sujeto a la jurisdicción civil ordinaria; la acción de IN REM VERSO, los institutos que se utilizan para resarcir a la víctima del ejercicio abusivo del derecho, la nulidad que caracteriza a las figuras elusivas de las prohibiciones legales, son ejemplos elocuentes de ello; pero el Juez ordinario no puede prevalerse del artículo 21 de la Ley de Tierras (Ley 200 de 1936) para libertarse de la tarifa probatoria, ni para decidir los litigios enfrente sólo de su conciencia, pretextando que se trata de casos en que los fenómenos aludidos han estorbado la operancia normal de los preceptos legales o deformado la realidad de las situaciones jurídicas.

5.—Las operaciones intelectuales del juzgador de instancia para encontrar o no sostenida la ocurrencia de un hecho en presunciones JURIS TANTUM no son susceptibles de revisión por la Corte en casación, mediante la vía de errores de hecho o de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales)

Octavio Sánchez demandó ante el Juzgado quinto Civil del Circuito de Medellín a la Unión de Productores de Leche S. A., representada por su Gerente José M. Isaza, a Belisario Agudelo y a Alfredo Vallejo, ex-gerente y ex-administrador de

la sociedad, respectivamente, para que solidariamente se condenen al pago de los perjuicios materiales y morales que le causara una maniobra de los dichos empleados de la compañía, destinada a crear la apariencia de que Sánchez hurtaba efectos de aquélla, con el ánimo de hacer intervenir a las autoridades penales, destituírlo de su empleo, y a pretexto del artificial delito arrebatarle el pago de sus prestaciones sociales pues las leyes vigentes a la sazón privaban al trabajador de auxilio de cesantía en caso de justificado despido.

Tal la síntesis de la extensa relación de los hechos a través de la cual se refieren en la demanda las circunstancias en que se forjó y que constituyeron la celada tendida al demandante, su detención y su despido, el sobreseimiento definitivo dictado luégo a su favor, y la conducta de Agudelo y Vallejo en el trámite del sumario, y en el reclamo que el actor formuló a propósito de sus prestaciones ya dichas.

El Juez de la causa la desató en sentencia fechada el cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, absolutoria para los demandados, y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en fallo del veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, se puso fin a la segunda instancia del juicio originada en la apelación que Sánchez interpuso contra lo decidido en el primer grado del procedimiento.

El mismo actor ha recurrido en casación ante la Corte para que se infirme la sentencia confirmatoria, y al examen del dicho recurso se procede.

El Tribunal desechó las alegaciones de Sánchez sobre temeridad de la denuncia contra él formulada por cuanto la copia de ésta no se trajo a los autos; dijo así a este respecto: "Cuando una persona procede a denunciar la verificación de un hecho penalmente, bien puede expresar que obra por informaciones que le han suministrado otras, por conocimiento directo, con apoyo en indicios, que no sabe quien sea el responsable, que considera que son varios, o que determinada persona lo ha cometido. Sus manifestaciones ante la autoridad respectiva revisten marcada importancia, porque en ellas cabe apreciar si la conducta del denunciante ha sido injusta por estar inspirada en torcidos móviles, reveladores del propósito notorio de lesionar a otro, porque sepa que ese "otro" no es responsable, o que lo es otra persona, o que en realidad no se haya cometido un delito. Nadie niega, a menos que se quiera desconocer la realidad de las cosas, que es de frecuente ocurrencia la presentación de denuncias de resultados negativos al finalizar las investigaciones a que dan lugar; y sin embargo de obrar, quienes las formulan, con recta intención y notoria prudencia. Lo anterior lleva a inferir que no se dispone de algo de notoria significación para deducir la responsabilidad del doctor Agudelo. Siendo la base inmediata de la acción incoada el haber denunciado la correspondiente copia, pues es elemental saber que al respecto no favorece al último ninguna presunción legal".

Desde otro punto de vista el Tribunal no halló pruebas de intención dolosa en la de los hechos incoados por Sánchez como constitutivos de la trama urdida contra él, según lo afirma; el siguiente aparte del fallo recurrido condensa su motivación sobre el particular: "Esos hechos no dan por sí mismos apoyo para pretender que la conducta de la parte demandada haya sido viciada de intención dolosa, como se sugiere en la motivación de la demanda, puesto que solamente revelan la intención clara de que se procedió con prudente cautela a fin de lograr el esclarecimiento de algo que perjudicaba los intereses de la sociedad demandada; que se cumplieron actos tendientes a que no se malograra la investigación de la sustracción de madera de que fue informado el Gerente, los que no contradicen ninguna norma ética y son armónicos con la diligencia común de las personas en el cuidado de los intereses propios y de los ajenos que les hayan sido confiados. Es falto de apoyo sentar la tesis de que la parte demandada debió observar una conducta absolutamente pasiva, pues a tal cosa equivaldría calificar de manera diferente los actos referidos".

La parte recurrente invoca para la casación del fallo diferentes razones, a saber: la violación de diversos preceptos, consecuencial a un error de hecho en la apreciación de lá demanda; la del artículo 2341 del C. C. por haber restringido su alcance; y la de los artículos 2343, 44, 49 y 56 del C. C., 34 de la Ley 57 de 1887 y 21 de la Ley 200 de 1936, como efecto de diversos errores de hecho y de derecho en la estimación probatoria.

En cuanto al yerro acerca de la demanda afirma el actor que el Tribunal llegó al fallo absolutorio porque erradamente consideró como base exclusiva de la acción una denuncia criminal propuesta por los demandados cuya demostración no se trajo a los autos; en realidad la sentencia acusada no sigue ese único fundamento como quiera que el Tribunal no sólo se detiene sobre el indicado extremo sino que se extiende a propósito de la maniobra imputada por Octavio Sánchez a los de-

mandados para concluir que los actos de éstos señalados como constitutivos de aquélla "solamente revelan la intención clara de que se procedía con prudente cautela a fin de lograr el esclarecimiento de algo que perjudicaba los intereses de la sociedad demandada". Precisamente los demás cargos que contra la sentencia recurrida se presentan versan sobre otros fundamentos suyos, de tal suerte que el mismo acusador contradice su aserto sobre la base exclusiva de la decisión absolutoria.

Basta esto para descartar el error de hecho de que se duele el recurrente en la apreciación de la demanda, y los cargos que sobre él se formulan; en cuanto a los demás la Sala tiene en cuenta:

El hecho segundo del libelo descriptivo de la actividad inicial de los demandados que el recurrente indica como fuente del derecho indemnizatorio de que se considera titular, dice textualmente:

"2º—Gerente y administrador, en ese entonces para evitarle a la compañía pago de prestaciones sociales, maquinaron contra mí un supuesto delito de hurto de unas maderas. En efecto Vallejo y Agudelo, marcaron con lápiz rojo once puntas de tablas de las que quedaban en la carpintería que funcionaba en el mismo local que ocupaba la empresa y a cargo del obrero de ésta, señor Luis Alvarez, carpintero a quien le cobró odiosidad el Gerente por haber tenido que quejarse ante la Oficina General del Trabajo por incumplimiento por parte de la Gerencia de las leyes sociales".

Sin que sean menester muchos esfuerzos de interpretación se concluye que la ilicitud del hecho atribuído al Gerente y al Administrador de la Unión de Productores de Leche, con denuncia o sin ella, es indudablemente de naturaleza dolosa como quiera que radica en la maquinación de un ardid en orden a privar injustamente a Sánchez de ciertas prestaciones laborales, a costa de su buena reputación.

Las voces utilizadas por la ley (artículo 63 del C. C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye, pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.

De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 del C. C.), ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual, salvo la condonación del pretérito (artículo 1522 del C. C.), acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad, y agrava la posición del deudor aún enfrente de eventos imprevisibles (artículo 1616 del C. C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual y en varios casos de responsabilidad extracontractual, de que es ejemplo el artículo 2356 del C. C., las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignarle diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604 del C. C.), y, por último, no agrava la posición del deudor sino ante lo que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 del C. C.).

Tanto el dolo como la culpa generan la responsabilidad civil en el campo extracontractual y en el de la formación y la ejecución de los contratos, pero sin que sea dable confundirlos, atribuírles consecuencias indiferentes, o tutelar el uno por normas aplicables sólo a la otra, o viceversa.

En el caso de autos el Tribunal no limitó el precepto del artículo 2341 del C. C. al dolo excluyendo su aplicabilidad a los casos de culpa, como lo afirma el recurrente; apenas se atuvo al texto de la demanda en el cual, según se vio, aparece concreta e indudablemente la imputación a los demandados del hecho doloso que se deja determinado; si, según las palabras del libelo, el litigio se trabó en torno de una maliciosa maniobra, es obvio que el Tribunal discurriera sobre ese tema, y, al no encontrarla demostrada, absolviera a los demandados.

Las primordiales distinciones vistas sirven para ubicar con exactitud la materia de la controversia, y para desechar sin más los cargos relativos a los artículos 2341 del C. C., como quiera que el Tribunal no restringió su alcance, 2356 ibídem por ser inaplicable al dolo, y 34 de la Ley 57 de 1887, porque el sentenciador, como ya se vio, tuvo en cuenta las características dolosas del hecho generador de la responsabilidad, sin mezclar con ellas, como sí lo hace el recurrente, las estructurales de la culpa.

No más afortunado es el cargo relativo al artículo 21 de la Ley 200 de 1936, reguladora del régimen de tierras; el dicho estatuto pretendió liberar a la jurisdicción especial creada por sus preceptos de la tarifa probatoria a la cual contrapuso el sistema que denominó de "persuación racional";

dentro de ese criterio dotó a los funcionarios del dicho ramo de la singular potestad de imponer sin trabas legales, en cada conflicto territorial sujeto a su competencia, lo que ellos estimaran más acorde con la equidad.

Es claro que el abuso del derecho a que concretamente alude el demandante, al igual que el enriquecimiento sin causa y el fraude a la ley, perturbadores de la buena fe que ha de presidir todo comercio jurídico, generan acciones y sanciones en el radio sujeto a la jurisdicción civil ordinaria; la acción de **in rem verso,** los institutos que se utilizan para resarcir a la víctima del ejercicio abusivo del derecho, la nulidad que caracteriza a las figuras elusivas de las prohibiciones legales, son ejemplos elocuentes de ello; pero el juez ordinario no puede prevalerse del artículo 21 de la Ley de Tierras para libertarse de la tarifa probatoria, ni para decidir los litigios enfrente sólo de su conciencia, pretextando que se trata de casos en que los fenómenos aludidos han estorbado la operancia normal de los preceptos legales o deformado la realidad de las situaciones jurídicas.

En cuanto al quebranto de los artículos 2343, 2344 y 2349 del C. C., se observa:

Todos estos mandamientos gobiernan la responsabilidad del agente o de un tercero a quien los actos de aquél generan obligaciones, a base de un factor común: la ocurrencia del hecho culposo o intencional; en el caso de autos descartado el primero por el planteamiento del litigio en su demanda inicial, resta sólo como posible fuente indemnizatoria el segundo.

Sobre ese particular el Tribunal adelantó un cuidadoso examen de las pruebas, al cual contrapone el recurrente el suyo para deducir los errores que encuentre en la sentencia; pero basta reparar en que tanto ésta, como su impugnador, recogen todo el material probatorio para deducir, la primera, que de él no fluye ciertamente la intención de dañar, y, el segundo, que no sólo es posible sino necesario concluírla.

No contiene el informativo, ni el demandante lo afirma, prueba que concretamente acredite en los demandados la torcida intención que se les atribuye, ni se está, en consecuencia, ante elementos de convicción evidentemente desestimados, o cuya valoración sea contraria a la ley; el Tribunal formó sus inferencias sobre la totalidad del acervo probatorio, y también así, aunque enfocándolo desde su personal punto de vista, presenta el recurrente sus acusaciones; la encontrada prueba testimonial aportada por los litigantes, la significación de sus actos o de sus omisiones demostrados, son el tema probatorio del fallo y de su acusador. Basta esta realidad para que sea baldío el cargo, como quiera que las operaciones intelectuales del juzgador de instancia para encontrar o no sostenida la ocurrencia de un hecho en presunciones **juris tantum** no son susceptibles de revisión por esta Sala, mediante la vía de errores de hecho o de derecho.

En casación, ha dicho la Corte entre otras numerosísimas oportunidades, "no puede reputarse error que, determinando consiguiente quebranto de disposiciones sustantivas, produzca la infirmación de la sentencia de los Tribunales, el hecho de que estos no hayan encontrado fuerza suficiente para convencerlos en un indicio o conjunto de indicios sobre los cuales el recurrente manifieste que sí lo han convencido. Así lo ha expresado esta Sala en diversos fallos, agregando que el ataque por apreciación de la prueba indicial no puede prosperar sino en cuanto se haya dado por probado un indicio, que no lo está, o pasándose por alto uno cuya estimación impondría conclusiones distintas de las deducidas por el Tribunal sobre el tema respectivo, o que con este resultado se haya tenido por no probado un indicio a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado a la lógica por no haber entre los indicios o su conjunto, de un lado, y, de otro, las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar a aquéllos con éstas". (Casación, 7 de diciembre de 1943, G. J. No. 2001, página 342).

Como la transgresión legal de que viene tratándose la hace depender quien la alega de errores que, por lo dicho, carecen de entidad en este recurso extraordinario, el cargo en examen tampoco puede prosperar.

Teniendo en cuenta las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio el día veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA. — PARA QUE ESTA ACCION PROSPERE ES NECESARIO QUE EN EL JUICIO SE ACREDITE QUE LA FINCA REIVINDICADA ES LA MISMA A QUE SE REFIEREN LOS TITULOS

Sabido es, y hasta sobra ponerlo de presente, que bien puede alguien demostrar ser dueño de cierto inmueble y nada adelanta en su empeño de reivindicarlo si no demuestra que lo ocupado por el poseedor a quien señala como reo es lo mismo que aquello o es parte de aquello. Salta a la vista que con los títulos de una finca no puede reivindicarse otra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto diez de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado Unico del Circuito Civil de Santa Marta cursó en primera instancia y se sentenció el 24 de septiembre de 1945 el juicio ordinario de reivindicación de José María Leiva contra José Galera Simón sobre dos porciones de terreno que el libelo puntualiza y señala como enclavados dentro de la hacienda de Minca, propiedad del actor, quien apeló de ese fallo por haber negado sus súplicas. El Tribunal Superior, sustanciada la segunda instancia, confirmó ese fallo en el de 14 de mayo de 1948, contra el cual interpuso el apoderado de Leiva el recurso de casación que, después de recibir su tramitación legal, hoy se decide.

Juzgado y Tribunal fundan su negativa, según sus propias palabras, en que falta la identificación de la cosa materia del pleito, y ambos derivan esa falta de no estar precisada la alindación de la hacienda en forma de estimar acreditado que dentro de sus límites se hallan los dos globos de tierra discutidos.

Varios cargos formula el recurrente dentro del motivo primero del artículo 520 del C. J. Para estudiarlos procede la Sala en el orden lógico a que la autoriza el artículo 537 de esa obra.

En primer lugar, dada su trascendencia, figura el de violación de los artículos 946, 950 y 952 del C. C. por interpretación errónea y también por falta de aplicación, debida a error en la apreciación de las pruebas.

Estima el recurrente que estando demostrada la singularidad de los globos de tierra materia del litigio y su posesión por el demandado, confesada por éste al contestar la demanda, el Tribunal debió aplicar esas disposiciones y decretar la reivindicación pedida, toda vez que el demandante demostró con su título de propiedad su dominio sobre la hacienda de que esos globos hacen parte, y que hubo error, tanto al desconocer esa confesión del demandado y el dominio del demandante, cuanto al equivocar lo que es objeto de la controversia, porque siendo de éste los dos globos aludidos y estando ellos debidamente precisados, se llenan las exigencias legales y se quebrantan esas disposiciones al pronunciar el fallo negativo a pretexto de no estar identificada la hacienda toda, cual si ella fuera lo disputado.

Se considera:

El fundamento de esa negativa no está en que el Tribunal incurriera en tal confusión, sino simple y categóricamente, como se ve leyendo su fallo, en que el demandante Leiva, si bien ha demostrado ser dueño de Minca, no comprobó que dentro de los términos de esta hacienda se hallan los globos en litigio. No es, pues, que el Tribunal haya tomado como objeto de éste toda la hacienda, sino que, reconociendo que esos globos se demandan sobre la base de que están dentro de ella halla que no se ha comprobado este hecho decisivo.

En otras palabras: Leiva acredita que compró la hacienda en 1892; pero no que dentro de sus límites se hallen los dos lotes. Así, pues, lo que en rigor de verdad ha faltado, dentro de los elementos que configuran la acción reivindicatoria es el primero de ellos, o sea, el dominio del actor. Sabido es, y hasta sobra ponerlo de presente, que bien puede alguien demostrar ser dueño de cierto inmueble y nada adelanta en su empeño de reivindicarlo si no demuestra que lo ocupado por el aquello o es parte de aquello. Salta a la vista que con los títulos de una finca no puede reivindicar- poseedor a quien señala como reo es lo mismo que

se otra. Esta es la identidad a que el Tribunal se refiere. No ha exigido que se identifique a Minca cual si fuera lo pretendido en el pleito, sino simplemente que se demuestre que en ella están enclavados o de ella hacen parte o dentro de sus linderos se encuentran los globos ocupados por el demandado. Eso es todo.

Vistas así las cosas, que es como el Tribunal las contempla, no puede prosperar el cargo.

En segundo lugar, acusa el recurrente porque se desestimaron las pruebas con las cuales en su sentir se estableció lo atinente al reclamo antedicho, al extremo de que si el Tribunal las hubiera apreciado y dádoles su valor legal, no habría echado menos la demostración de que el título del demandante sobre Minca abarca los globos demandados.

Esas pruebas consisten en la escritura de compra hecha por Leiva el 23 de mayo de 1892, las declaraciones de los testigos presentados por él, con las cuales dice acreditar aquel hecho básico, o sea, el de que los globos de tierra se hallan dentro de los linderos de Minca, y a mayor abundamiento sentencia judicial en que triunfó en juicio posesorio como dueño de esos lotes, la que implica que uno de los autores del dominio invocado por Galera como comprador de estos globos era mero tenedor que había reconocido el dominio de Leiva recibiéndole en arrendamiento.

El Tribunal no deja de estudiar ninguno de estos elementos probatorios; pero al analizarlos no los encuentra suficientes. No niega que Leiva comprara las dilatadas tierras a que se refiere su escritura pública. Sólo que la encuentra inhábil para saber la extensión y la realidad de los linderos. Respecto de los testigos, encuentra deficientes sus afirmaciones, no en sí mismas, que son categóricas, sino en las razones de su dicho. Encuentra también que hay declaraciones de testigos en contrario y que, si los unos aseveran que los globos de tierra están dentro de la alinderación de Minca, los otros aseveran que están dentro de la extensión baldía que queda a continuación de esa hacienda. No es admisible la acusación por la apreciación de esta prueba, ya que el artículo 702 del C. J. da al juzgador o, mejor dicho, le impone el deber de examinar las varias exposiciones contradictorias para deducir lo que halle procedente "conforme a los principios generales de sana crítica".

Galera funda su exposición, no sólo en que los terrenos disputados no están dentro de Minca, sino también en que los adquirió por compras que acredita con las escrituras de 20 de octubre de 1939, a Campo Elías Villabona, y de 25 de octubre de 1940, a Pedro Gómez, e invoca también su calidad de cultivador a lo largo de más de cinco años ejercida sobre terrenos baldíos.

La prueba de que Leiva venció a Gómez en juicio posesorio en que se consideró a éste como arrendatario de aquél, no dejó de analizarla el Tribunal, a quien le fue suficiente para rechazarla como apoyo de las actuales pretensiones de Leiva, la circunstancia de que no hay igualdad de alindación entre lo vendido por Gómez a Galera y lo que fue objeto de ese arrendamiento y juicio posesorio entre Gómez y Leiva.

No se justifica, pues, el cargo de error en la apreciación de estas pruebas.

Tampoco se justifica el cargo consistente en que la sentencia que se pronuncie en el juicio de deslinde en curso entre la Nación y Leiva para precisar la línea de colindancia entre Minca y los baldíos adyacentes, no puede perjudicar sino a quienes son parte en esa causa. Y no prospera tampoco este cargo, porque el Tribunal no razona sobre la base a que acaba de aludirse, sino simplemente trae a cuento la existencia de esa controversia de deslinde como mero detalle que corrobora su concepto de que no es precisa la alindación de esa hacienda.

El recurrente reconoce en su demanda de casación que la acción no se ha acogido, no porque se desconozca que el demandante "sea dueño del inmueble ya presentado como título de la acción de dominio, sino porque se dice que no ha acreditado con la prueba pericial que los dos bienes o lotes de terreno objeto de la misma están contenidos dentro de la dicha propiedad".

Sin embargo de esta declaración, insiste en esa misma pieza en que la acción no se ha acogido por no haberse identificado la hacienda. Ya se vio lo que ocurre en este particular. Además, el Tribunal no reclama como indispensable un experticio, sino, aunque insistiendo en la eficacia y conveniencia de esta prueba, por la falta de comprobación, por ese u otros medios legales, de que los terrenos disputados están dentro del suelo de Minca que aun conserva el actor, acerca de lo cual es de advertirse que él ha vendido por porciones.

No habiéndose desconocido la fuerza probatoria ni los varios restantes efectos legales de la escritura citada de 23 de mayo de 1892, no prospera el cargo de violación de los artículos 740, 745, 749, 752, 753, 756 y 759 del C. C.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de

Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Arturo Silva Rebolledo. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UNOS CONTRATOS Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS. — VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS DE DOCUMENTOS PUBLICOS

1.—El Tribunal admitió el cumplimiento de la obligación principal, para cuya ejecución se demanda al Municipio, con fundamento en varias y numerosas pruebas de diversa índole que así lo establecían a su juicio. El recurrente sostiene que determinadas pruebas fueron erróneamente apreciadas por el Tribunal, aisladamente consideradas; pero, como se observó ya, la certeza sobre este punto fundamental nació para el sentenciador, no propiamente de una u otra prueba separada, sino del conjunto de ellas. Basta sólo advertir que el demandante no formuló crítica a todas ellas, y que de consiguiente, aún aceptando la Sala su tesis, no podría entrar a casar la providencia recurrida, por cuanto ella se sustenta también en elementos probatorios cuya apreciación no ha sido atacada por el recurrente.

2.—De acuerdo con lo indicado en el artículo 632 del C. J., las copias de los documentos públicos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, hacen plena fe acerca de su contenido.

3.—No hallando la Sala justificado el error de hecho ni el de derecho en la apreciación de la prueba, no puede entrar a estudiar si fueron o no violadas las disposiciones legales sustantivas de cuyo quebrantamiento se queja el actor en el recurso que se decide.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Silva Rebolledo)

En el Juzgado Civil del Circuito de Honda, intentó Ricardo Galvis contra el Municipio de Mariquita, la acción de cumplimiento de los contratos celebrados por las partes mediante escritura pública número 711 de 27 de septiembre de 1925, otorgadas ambas en Honda, y también las consecuenciales relativas a indemnizaciones por daños y perjuicios.

Antecedentes

1º—El actor y su hermana Lila Galvis (a la que él subroga en el pleito como cesionaria de su interés especial) reconocieron, por medio de apoderado, por el primero de los citados contratos, la propiedad del Municipio, "para el uso público", de las zonas de terreno que allí se determinan, que incluyen la manzana "C 3" y las vías de la Urbanización Municipal proyectada por el ingeniero Hutching, y el Municipio, en cambio, aceptó el dominio de Lila Galvis (en él subrogado por el demandante hoy), sobre el resto del terreno deslindado en la escritura número 5 de 4 de enero de 1912, como también la propiedad de Ricardo Galvis en el solar llamado "El Sesteadero". Con estos mutuos reconocimientos transigieron las partes un juicio de reivindicación adelantado por el Distrito contra Eliseo Galvis, de quien son causahabientes el actor y su citada hermana.

2º—En el segundo de los mencionados contratos se estipuló:

a) La vigencia del anterior, en cuanto no quede modificado por éste;

b) La cesión en favor del Municipio de los lotes de terreno 1, 3, 5 y 7 de la manzana "B 3", y número 5 de la manzana "A 3", por las dimensiones indicadas en el plano oficial; y de las zonas para vías que hubieren de abrirse conforme al plano entre las calles 1ª y 5ª, quedando convenida de antemano por las partes la recíproca cesión de las fajas de terreno que la adaptación de los terrenos al plano requiera.

c) La obligación para el Distrito de hacer la inmediata demarcación y trazo de las calles y carreras que afectaren, de acuerdo con el citado plano, los terrenos de los Galvis, en uno u otro contrato comprendidos, a fin de precisar sobre el terreno la exacta ubicación de las manzanas T 4, M 4, E 4, U 3, K 3, V 3, L 3, M 3 y W 3, excepción hecha del solar número 1 de la manzana K 3, que

no pertenece al Municipio, y de los lotes números 2, 4, 6 y 8 de la manzana B 3 y número 6 de la manzana A 3, trazados en dicho plano y que son de propiedad de los Galvis;

d) El reconocimiento o aceptación del Municipio de la modificación de linderos que resultare necesario efectuar en los terrenos anexos de propiedad de los Galvis, ubicados dentro de la población antigua, para cuadrarlos o ajustarlos en la parte limítrofe a las dimensiones del plano de la nueva población;

f) La obligación del Distrito de pagar a los Galvis ochocientos pesos ($ 800.00), más intereses, por indemnización de lotes, manzanas y zonas de terrenos cedidos a su favor, y de perjuicios que hubieren éstos sufrido por la anterior ocupación del Municipio;

g) La exoneración a los Galvis de las costas judiciales y de las obligaciones como rematadores de tres solares del Municipio, y

h) La obligación para todos de desistir de la litis pendiente.

La demanda principal de fecha 30 de septiembre de 1941, fue contestada el 24 de octubre siguiente, por el Personero del Municipio demandado, quien alegó el cumplimiento de todas las obligaciones nacidas de los expresados contratos.

Fallo de primera instancia

El Juez de primera instancia en sentencia de 12 de julio de 1944, desató la controversia, absteniéndose de hacer las declaraciones impetradas, por estimar, en general, insuficientes las pruebas de los hechos fundamentales de la demanda, como quiera que ni la del contrato de 1925 había sido presentada en forma. No juzgó empero temeraria la actitud del actor y le absolvió de las costas.

Decisión acusada

El Tribunal de Ibagué, en decisión de 18 de marzo de 1946, confirmó la absolutoria de primera instancia y condenó al demandante al pago de las expensas de la segunda etapa del proceso.

El sentenciador consideró, primeramente, que estaban demostrados los dos referidos contratos celebrados entre las partes con arreglo a las leyes; en segundo lugar, que el contrato solemnizado en 1925 subrogaba o reemplazaba el primero en cuanto a las obligaciones del Distrito, merced al fenómeno jurídico de la novación; y por último, que el acta de que se hablará adelante y el conjunto de pruebas producidas, demuestran palmariamente que la entidad municipal cumplió a cabalidad y a su debido tiempo con las obligaciones demandadas, o más propiamente, con la de trazar y amojonar los aludidos terrenos, obligación ésta última a que se contrae principalmente la demanda, habida consideración de su texto y del tenor de su aclaración, según también el fallo recurrido. Los dos primeros extremos se hallan sustraídos al presente examen, por no haber sido materia de la acusación que se estudia, según se verá al hacer el resumen de los cargos, que concreta y exclusivamente versan sobre el último o tercero, y con referencia sólo a la apreciación de la prueba, que, por haberse hecho erróneamente, según el demandante, condujo al quebrantamiento de normas sustantivas de carácter civil.

Como consecuencia de lo anterior, en el examen de la sentencia acusada, la Sala habrá de concretarse al análisis de la prueba efectuado por el Tribunal, y en particular a aquellos elementos que son objeto de la crítica del actor, antes de decidir si hay o no lugar de acometer la investigación de las violaciones de las normas sustantivas de que se queja el recurrente Galvis.

Señalada importancia tiene entre las pruebas la copia del acta de la Junta Municipal de Hacienda, distinguida con el número 24 de 24 de octubre de 1925, que fue expedida y autorizada por el Secretario de la Alcaldía, que lo era también de esa Junta, y que se halla debidamente protocolizada.

Consta de ella que esa Junta cumplió con la obligación demandada sobre trazado y amojonamiento de linderos con intervención del propio Galvis, quien en la diligencia actuó en su nombre y también como apoderado que era de su citada hermana.

El Tribunal, con fundamento en lo previsto en el artículo 632 del Código Judicial, y quizás también por aplicación del inciso del artículo 633 ibídem, atribuye a esta prueba pleno mérito probatorio no sin dejar de analizar todos los elementos de convicción que en una u otra diligencia se produjeron, muchos de los cuales son considerados en la sentencia como complementos de aquella acta, definitiva al parecer del fallador. En efecto, concede el fallo mérito bastante también a las siguientes pruebas:

a) Los numerosos testimonios, como los de Antonio Talero, César Torres, María N..... y José Varón, testigos unos de la ejecución del contrato y vecinos otros de los terrenos en que esa diligencia fue practicada (v. sentencia, folio 78, infra);

b) El haber sido resuelto en contra de Galvis el incidente por él promovido sobre falsedad del acta mencionada, dentro del presente juicio (folio 80, supra);

c) La declaración del demandante en las posiciones que hubo de absolver en el término probatorio de la primera instancia. Allí "niega Galvis haber firmado el acta número 24" y "en forma evasiva que desde luego lo perjudica", dice ni constarle que se hubiera practicado la diligencia correspondiente, sin dejar de reconocer en forma expresa que sí fueron invitados a la diligencia él y su hermana Lila por el señor Belarmino León como presidente de la Junta Municipal de Hacienda de Mariquita (respuesta a la 9ª pregunta)" (v. fallo, folio 80, párrafo 1º);

d) La inspección ocular que en asocio de peritos llevó a efecto el Tribunal sentenciador sobre el terreno de la litis y sobre los libros y papeles del Municipio, a pedido de ambas partes. Mediante ella "se constató que del libro de actas de la Junta Municipal de Hacienda, correspondiente al año de 1925.... aparece que de las 28 actas sentadas durante el año, no fueron halladas, una parte de la número 21, ni las números 22, 23, 24 y 25....; que el Libro de Actas de 1925 demuestra.... que las actas que faltan fueron sustraídas o arrancadas; que el acta número 20 está firmada por Belarmino León como Alcalde, por Mario A. Restrepo como Personero, por Aníbal Machado como Tesorero y por Francisco A. Vargas como Secretario; que la que debió marcarse con el número 25 está firmada por los mismos señores en su calidad ya dicha, excepción hecha del Personero, quien no firmó; que Ricardo Galvis aparece suscribiendo actas de la Junta.... del mes de diciembre de 1926, en su calidad de Personero Municipal; que en acta número 10 de fecha 18 de junio de 1926, suscrita también por Ricardo Galvis como Personero, como se tratara de resolver un memorial de Antonio María Talero, relacionado con unas mejoras que éste tenía en las manzanas entregadas por el Municipio a Lila y Ricardo Galvis, a fin de que se les reconociera su valor, Ricardo se excusó de intervenir y dictaminar, por tener interés en los negocios. Que en tal virtud, los demás miembros de la Junta Municipal de Hacienda, entraron a resolver lo convenido y teniendo a la vista el acta número 24 de 24 de octubre de 1925, en la cual consta la entrega material y posesión de todos los lotes relatados en dicha acta, decidieron no considerar la solicitud del doctor Talero, por no haber presentado título alguno que lo acreditara, ya como arrendatario, o ya como poseedor de buena fe".

Con todo no se limitó el Tribunal al examen de las pruebas anteriores, sino que a mayor abundamiento hizo el siguiente comentario:

"Fuera de los hechos y circunstancias anotadas en la antes citada diligencia de inspección ocular, el Tribunal encuentra que de los demás elementos probatorios allegados por las partes al proceso, en ambas instancias, se desprenden muchos otros hechos y circunstancias, que unidos concurren a establecer de modo indudable el cumplimiento por parte del Municipio demandado de sus obligaciones.... en la forma y términos detallados en el acta número 24 de 24 de octubre de 1925".

El sentenciador acepta como demostrado el hecho de que funcionarios municipales como Aníbal Machao, Francisco Vargas G., Belarmino León y Maximiliano Olaya, quienes aparecen suscribiendo la mencionada acta, estaban entonces en ejercicio de los cargos de Tesorero, Secretario de la Alcaldía y de la Junta, de Alcalde-Presidente de la misma Junta y de Personero Municipal respectivamente; hecho éste que indudablemente refuerza el mérito probatorio del acta expresada. También acepta el fallador que el señor Milton García A., quien suscribió la copia del Acta tantas veces citada, ejerció realmente el cargo de Secretario de la Alcaldía y de la Junta al tiempo de su expedición, según copia y certificación traídas a los autos.

También consideró el Tribunal las declaraciones de Francisco Vargas y Aníbal Machao, Secretario de la Alcaldía y de la Junta de Hacienda, el primero, y Tesorero Municipal, el segundo, quienes en el proceso afirmaron haber presenciado el 24 de octubre de 1925 la diligencia de que trata el acta aludida, en la forma y términos referidos en ella, y aseguraron que Ricardo Galvis, en su propio nombre y como apoderado de su hermana Lila, suscribió la correspondiente constancia, agregando el testigo Vargas "que él como Secretario de la Junta levantó y confeccionó el acta número 24; que tanto Vargas como Ricardo Galvis y los señores Belarmino León y Maximiliano Olaya y Aníbal Machao, los tres respectivamente Alcalde, Personero y Tesorero Municipal de Mariquita, suscribieron dicha acta, de la cual Vargas expidió, como Secretario, una copia al señor Ricardo Galvis.

No deja tampoco el Tribunal de apreciar las declaraciones de Elías Lozano, César Torres, Juan de Dios Justinico, Celso Torres, Gregorio Celis, Bruno Ceballos, Félix Ceballos, Obdulia Cardona

P., Clemente Ospina, Hipólito Velásquez, Jesús Pardo, Julio C. Ortiz, Deogracias Vera, Wenceslao Ariza Enciso y Luis Barnouin, quienes declararon que en 1912 no existían en el "Pasatiempo" mejoras ni cultivos sino malezas; que el Municipio cubrió, delimitó, trazó y amojonó varias veces las calles y carreras relacionadas en los contratos celebrados con los Galvis conforme al plano oficial de Hutchings; a lo cual agrega el testigo Barnouin que él en varias ocasiones y especialmente el 16 de abril de 1938, efectuó por cuenta y orden del Municipio una demarcación y amojonamiento de esa clase en tales terrenos. El testigo Torres añade que presenció la mencionada diligencia de 24 de octubre de 1925, confirmando que el demandante Galvis asistió al lugar y actuó en la diligencia.

Tampoco pasó por alto el sentenciador estas otras declaraciones:

La de Francisco Flórez, quien como Personero en el año de 1938 hizo protocolizar la mencionada copia que afirma tomó del original el propio Secretario, y atestigua que conoció el acta y asegura que eran auténticas las firmas puestas en ella;

La de Jorge Mayne, quien dice que como Concejal de Mariquita en 1925, asistió a varias sesiones en que se trató de la transacción con los Galvis; que ésta se efectuó y aprobó en acuerdo del Concejo, haciendo constar que por tal arreglo se habían hecho las correspondientes entregas de zonas, en diligencia a la que asistió Galvis, quien firmó el acta correspondiente;

Las exposiciones de los propios peritos ingenieros que intervinieron en la inspección ocular efectuada en primera instancia, y quienes encontraron vestigios de dos trabajos de urbanización en el terreno de la litis, constituídos por mojones antiguos de cemento ubicados en dicho terreno, en las esquinas de las manzanas, y otras huellas, como desmontes, calles en servicio, etc., sensiblemente ajustado todo al citado plano, como está explicado en la discriminación técnica que hacen....

Igualmente el fallador tuvo consideración "que los peritos que intervinieron en la vista ocular llevada a cabo en el término probatorio de la segunda instancia, a petición del actor, también encontraron en el terreno en litigio, calles, carreras y manzanas demarcadas, y, es más, en algunas partes mojones de concreto y una red de tubería del acueducto municipal por la carrera 7ª".

En resumen, en concepto del Tribunal, "de los elementos probatorios enumerados sí se desprende el cumplimiento por parte de la entidad demandada de las obligaciones que contrajo por el contrato contenido en la escritura pública número 711 de 27 de septiembre de 1925", e innecesario es entrar en el estudio de las demás pruebas que el demandante Galvis adujo, encaminadas a la comprobación de hechos determinativos de perjuicios compensatorios derivados de la infracción del contrato por la parte demandada, consistentes en contratos de arrendamiento de solares, escrituras públicas contentivas de contratos de compraventa y permuta de solares, antecedentes de las negociaciones, declaraciones de testigos, certificados, consultas, etc., etc.".

Agregó, para terminar el Tribunal, lo siguiente:

"De igual manera el Tribunal considera innecesario analizar otras pruebas allegadas por la parte demandada, consistentes en un contrato de permuta que por escritura pública registrada llevó a término Ricardo Galvis, como personero municipal de Mariquita, con el señor Pedro García, en documentos oficiales relativos a actuaciones del mismo Galvis como tal Personero, en certificados expedidos por varias autoridades en relación con la existencia de sumarios contra el demandante, por diversos delitos comunes, en declaraciones de testigos encaminadas a demostrar la intervención de Galvis en negocios incorrectos y la amistad íntima del mismo con Pablo Suárez y Carlos Samuel Posada O., cuando éste desempeñó el cargo de Personero Municipal de Mariquita en los años de 1938 y 1939, de cuya oficina no salía Galvis, por lo cual Posada O., era criticado en el pueblo debido a la existencia de pleitos entre el Municipio y los Galvis....".

Demanda de casación

El actor Galvis, en libelo de fecha 9 de noviembre de 1946, solicita se case la sentencia de segunda instancia y se provea consiguientemente de conformidad con las súplicas del libelo inicial.

Invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del C. J., para acusar la sentencia del Tribunal por violación de la ley proveniente de errónea apreciación de una prueba determinada (el acta número 24 de 24 de octubre de 1925 de la Junta Municipal de Hacienda del Municipio), por lo cual el fallador incurrió según el demandante, en "error de derecho y error de hecho que aparece de manifiesto en los autos".

Inicialmente considera el actor, que "la prueba erróneamente interpretada es el acta de 24 de octubre de 1925, distinguida con el número 24 por

cuanto el Tribunal estimó que existía sin haber existido, y dio el valor de documento auténtico y de plena prueba a lo que se afirma por la parte demandada que es copia del acta original". Y señala como violados los artículos 630 y 633 del C. J., 1757, 1758 y 1759 del C. C. "Por la violación de estas normas de carácter probatorio, aunque también de carácter sustantivo", asevera, además, que fueron violados también el artículo 1546 del C. C., por no haber sido aplicado y los artículos 1602, 1603, 1608, 1613, 1618, 1619, 1620 y 1622 del C. C., que tampoco fueron según él aplicados ni tenidos en cuenta siquiera.

Primer cargo: error de hecho

Afirma el recurrente para sustentar el cargo anterior, que "si es cierto que la protocolización fue hecha, ni se protocolizó, como ha debido hacerse, el acta original, ni el acta original existe". Hace en seguida la distinción entre un documento original y su copia. Agrega que está demostrado y aceptado que el acta original no existe, como quiera que el libro respectivo está destruído en la parte correspondiente. Añade que el sentenciador, en consecuencia, consideró como existente una prueba que no existe en la realidad, para dejar así configurado este aspecto de la acusación. Y advierte luego: "No importan al respecto los indicios, conjeturas o suposiciones, sobre si se escribió o no esa acta, si fue o no sustraída, etc., porque eso ni quita ni agrega nada al hecho principal, esencial y básico: la existencia original del acta....

Al desarrollar la exposición que se resume, manifiesta el actor:

"Pero no es sólo esto, sino que surge otro error manifiesto de hecho, a saber: en la copia que se dice tomada del original del acta 24, aparece el señor Ricardo Galvis actuando como apoderado de su hermana Lila. Ahora bien, no se ha demostrado que don Ricardo fuera apoderado, ni tuviera por tanto poder de su hermana Lila, y no obstante que esto se alegó, el Tribunal incurrió en el error manifiesto de hecho de considerar a don Ricardo como apoderado y mandatario de su hermana Lila, y por este aspecto, como el mandato no se presume, violó además de los artículos ya expresados los artículos 2142, 2147, 2149, 2556 del C. C.".

"En el camino que siguió el Tribunal de Ibagué, como quien sigue una pendiente, continúa, llegó a otro error manifiesto de hecho, error que brilla en los autos. Este error es el siguiente: No obstante lo que dice la copia protocolizada, tomada, según se afirma de un original que no existe, no obstante que en esa célebre y apócrifa acta se dice que se entregaron los terrenos y se delimitaron de acuerdo con la cláusula c) de la escritura de 1925, es lo cierto que ni se entregaron ni se delimitaron los terrenos ni se amojonaron". "Por último —según la acusación—, incurrió el sentenciador en un nuevo error manifiesto de hecho", al no tener en cuenta lo que él mismo observó en la inspección ocular practicada en segunda instancia, en los terrenos materia de la delimitación, del amojonamiento y de la urbanización". El Tribunal no encontró que estuviera hecha ni siquiera la delimitación, ni mucho menos el amojonamiento, ni muchísimo menos que estuvieran siquiera puestas las bases de la urbanización en esos terrenos, que los encontró embarzalados y apenas notó, como notaron los peritos, algunos vestigios de amojonamiento; pero esos vestigios no pueden ser la prueba ni demuestran que se hubiera cumplido en su totalidad por parte del Municipio con la obligación de la cláusula c) del contrato de 1925".

Error de derecho

Dejando atrás la **cuestión de hecho**, se extiende la acusación también al **error de derecho** en la apreciación de las siguientes pruebas:

El acta referida, de 24 de octubre de 1925, en relación con la cual, según la demanda, fueron quebrantados los artículos 630, 633, 637, 652 del C. J., y violado directamente el artículo 1546 del C. C., por inaplicación al caso, y los contenidos en los números 1602, 1603, 1610, 1618, 1620 y 1622 del mismo código también, lo mismo que los artículos 1757 y 1758 ibídem, por aplicación indebida como por aplicación errónea. En este error de derecho, relativo a la valoración legal del acta citada, incurrió el fallador —según la demanda— por cuanto confundió el mérito de una simple copia con la del original del documento, y por cuanto consideró que la protocolización daba a ese instrumento el valor de plena prueba de que carecía, desestimando así, entre otros, el precepto del artículo 2606 del C. C., y porque olvidó también que tal acta constituía un simple documento privado, sujeto a reconocimiento para alcanzar pleno valor.

Igualmente erró en derecho el Tribunal —sigue la demanda de casación— al juzgar convenientemente reforzado el valor del acta, con la demostración traída a los autos de que las personas que

según la copia suscribieron originalmente, tuvieron realmente el carácter de funcionarios o empleados municipales que allí se les atribuye; lo que es equivocado, en sentir del actor, desde luego que la demostración de las funciones públicas que a la sazón desempeñaron tales empleados, no hace lógicamente deducir que realmente hubieran intervenido en el acto, ni que éste se hubiera positivamente realizado. "Esto no quiere decir —insinúa— que el acta se hubiera suscrito, ni que Ricardo y Lila Galvis la hubieran firmado, ni que se hubieran entregado los terrenos, ni menos que se hubieran delimitado ni amojonado.

Consideraciones

Habiéndose agotado ya la tramitación legal del recurso, la Sala, avocada a solucionarlo, procede a dictar la sentencia, previas las siguientes consideraciones relacionadas con la acusación:

Primer cargo: error de hecho

De la atenta lectura de la sentencia acusada se desprende que el Tribunal dedujo el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Municipio demandado, de un conjunto de elementos que con acierto enlazó a tal efecto, no obstante haber manifestado, al menos en principio, que la referida acta cuya copia se halla protocolizada, hacía plena prueba de su contenido y demostraba por tanto la solución de los compromisos del Distrito.

Realmente no se limitó el sentenciador al simple examen de la copia del acta protocolizada, sino que minuciosamente estudió el abundante acervo probatorio, como ya se vio, para aceptar, primeramente, que esa copia expedida y autorizada por el Secretario de la Alcaldía y de la Junta de Hacienda, encargado de la guarda del archivo, copia que había sido debidamente incorporada al protocolo notarial con las formalidades legales, acreditaba por lo menos que sí existió el original, cuya destrucción habíase establecido en forma incuestionable por medio de la prueba de inspección ocular, asociada a la pericial, a la testimonial y a la indiciaria (C. J., artículo 632, inciso del artículo 633); y para concluir, en segundo término, que las demás pruebas producidas en el juicio, como las posiciones absueltas por el actor, las copias de nombramientos, las declaraciones de testigos, varios de éstos funcionarios que intervinieron directamente en el asunto, así como las inspecciones oculares realizadas sobre el terreno y en los Archivos Municipales y también en cierta forma, los indicios que parecen desdecir del comportamiento de Galvis en este negocio, forman todas, conjuntamente consideradas, la plena convicción de que el Distrito de Mariquita cumplió efectivamente con las obligaciones demandadas.

Si bien niega Galvis haber sido apoderado de su hermana Lila, como aparece en la copia del acta mencionada, de 24 de octubre de 1925, ocurre que en la copia de la escritura número 285 de 14 de noviembre de 1922, de la Notaría de Honda (anexo), agregada a los autos debida y oportunamente, y que fue considerada por el sentenciador, aparece la misma Lila Galvis reconociendo expresa y públicamente a su hermano el demandante como a su mandatario general, como puede verse al folio 37 del cuaderno de pruebas número 9. No es pues, evidente que se haya incurrido en error de hecho a este respecto.

Ya se advirtió que el Tribunal admitió el cumplimiento de la obligación principal, para cuya ejecución se demanda al Municipio, con fundamento en varias y numerosas pruebas de diversa índole que así lo establecían a su juicio. El recurrente sostiene que determinadas pruebas fueron erróneamente apreciadas por el Tribunal, aisladamente consideradas; pero, como se observó ya, la certeza sobre este punto fundamental nació para el sentenciador, no propiamente de una u otra prueba separada, sino del conjunto de ellas. Basta sólo advertir aquí que el demandante no formuló crítica a todas ellas, y que de consiguiente, aún aceptando la Sala su tesis, no podría entrar a casar la providencia recurida, por cuanto ella se sustenta también en elementos probatorios cuya apreciación no ha sido atacada por el recurrente.

Ciertamente, como lo manifiesta el actor, en la inspección ocular efectuada en segunda instancia, no se constató directamente que el Distrito hubiese cumplido con sus obligaciones de delimitar y amojonar las zonas, sino que simplemente se observó la existencia de huellas inequívocas para el Tribunal de trabajos y obras realizadas a tal fin. Ya se sugirió que el fallador de segundo grado no basó en esta sola prueba su convicción. Conviene recordar aquí que Galvis confesó haber sido citado a tal diligencia de deslinde y amojonamiento y que ingenieros y empleados municipales han declarado sobre la ejecución de tales labores; y de este conjunto probatorio y no sólo de aquella diligencia, dedujo el Tribunal su convencimiento.

Segundo cargo: error de derecho

De acuerdo con lo indicado en el artículo 632 del C. J., las copias de los documentos públicos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, hacen plena fe acerca de su contenido. Esta disposición es del todo aplicable a la copia del Acta número 24 de octubre 24 de 1925, que tiene indiscutiblemente carácter de instrumento público, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. El artículo 633 del Código Judicial dice que "cuando un funcionario autoriza un instrumento público del cual no existe copia original en su oficina, deja una copia para que, llegado el caso, se practiquen cotejos, si alguna de las partes lo pide", y prevee en su inciso que "Si por cualquier causa no se halla la copia, se examinan los documentos y antecedentes tenidos en cuenta para expedirla, a fin de establecer su exactitud; y si tampoco aparecen esos antecedentes, el Juez estima el mérito probatorio del instrumento en forma o modo que consulte mejor los principios generales sobre prueba o sea más conforme a la equidad.

Realmente el Tribunal de Ibagué, con base en la facultad que le confiere el inciso transcrito, por no hallar para su examen directo el original del acta mencionada, ni la totalidad de sus antecedentes, estudió y valoró la copia protocolizada, en un todo de acuerdo con los principios generales de la ciencia de las Pruebas y sin contrariar en modo alguno los dictados de la Justicia.

Al analizar este segundo cargo cabe reproducir lo que ya se dijo en el estudio del primero sobre la manera como el Tribunal formó su convicción sobre cumplimiento por el Municipio, convicción que no fue basada simplemente en la copia del acta citada, sino también en varias otras pruebas complementarias, que guardan entre sí muy estrecha armonía.

El Tribunal consideró, primero, que la falsedad de la copia del acta no se había establecido ni podido establecer dentro del debate especial promovido por Galvis al efecto; segundo, que se había constatado la sustracción o pérdida del original de modo directo; tercero, que el propio demandante confesaba cuando menos que sí había sido citado a la diligencia respectiva; cuarto, que los funcionarios que según la misma copia habían intervenido en esa diligencia, realmente ejercían a la sazón los cargos indicados; quinto, que varios de ellos, lo mismo que otras personas, declararon sobre la ejecución del contrato; y sexto, que existen además indicios complementarios de toda esta prueba, de suyo suficiente; y se vio así el caso de juzgar plenamente demostrados los descargos de la entidad municipal, al tiempo de resolver el pleito en la segunda instancia.

Por las razones anteriores se rechaza también el segundo y último cargo que se funda en error de derecho en la valoración de la prueba.

No hallando la Sala justificado el error de hecho ni el de derecho en la apreciación de la prueba, no puede entrar a estudiar si fueron o no violadas las disposiciones legales sustantivas de cuyo quebrantamiento se queja el actor en el recurso que se decide. El inciso 2º del numeral 1º del artículo 520 del C. J., se expresa así: "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, **demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.** (Ha subrayado la Corte).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 18 de marzo de 1946.

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda— Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca–Arturo Silva Rebolledo—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppdad.

CONTRATOS—EL INCUMPLIMIENTO DE SOLEMNIDADES NO CAMBIA EL CONTRATO CELEBRADO

El incumplimiento de las prescripciones legales sobre solemnidades que han de llenarse con ocasión de tal o cual contrato no puede ser demostración de que no es ese contrato el que las partes han querido celebrar. Así, por ejemplo, no haberse otorgado escritura pública en el presente caso es algo muy lejano de motivo para entender que no es mercantil una sociedad encaminada a negociar en transportes y en la adquisición y venta de madera, actos de comercio ambos ante el artículo 20 del C. de Co.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pasto cursó la primera instancia del juicio ordinario de Manuel Coral P. contra Laercio Lagarda, cerrada allí el 14 de mayo de 1946 con fallo que declaró improcedente la acción. Apelado por el demandante, el Tribunal lo confirmó, previa la tramitación del caso, en el de 1º de octubre de ese año, contra el cual Coral interpuso el recurso de casación que hoy se decide.

Coral y Lagarda pactaron lo que reza el documento privado suscrito por ellos el 6 de noviembre de 1942, que se resume así: Comienzan por declarar que han celebrado un contrato de sociedad comercial y que Coral vende a éste el vehículo automoviliario llamado Federal, que estiman en mil pesos, a cuya reparación y conservación atenderán los dos por igual; lo manejarán ambos, de preferencia Lagarda; lo destinan a transportes en general y en especial el de maderas para venderlas en mercados del país. Las utilidades las partirán por mitad.

Advierten que Lagarda queda debiendo $ 200.00 del valor del vehículo, los que pagará a Coral tan pronto como le sea posible. Estipulan una multa de $ 100.00 a cargo de aquel de los dos que falte a sus obligaciones (cuad. 2º fl. 85). Lagarda manejó el vehículo hasta que se dañó y esto lo atribuye Coral a culpa de aquél. El negocio de maderas se hizo bajo la administración directa de Lagarda, según afirma Coral, agregando que aquél no le ha pagado su cuota de utilidades.

Sobre estas bases la demanda formula estos múltiples pedimentos: 1º Que se declare resuelto el contrato de sociedad, que en esta súplica califica de civil colectiva. 2º En subsidio, que se declare resuelta la sociedad **comercial** constituída por medio de su referido documento. 3º Condena a Lagarda a pagar al actor los $ 200.00 saldo del precio del vehículo y los $ 100.00 de la multa. En esta súplica, como se ve, fija en $ 200.00 aquel saldo. 4º En esta súplica pide condena a cargo de Lagarda a pagar $ 300.00 como cifra de ese mismo saldo. 5º En subsidio de la petición anterior, que se condene a Lagarda a pagar los perjuicios que haya causado a la sociedad por la cesación del servicio del carro y su inutilización para tal servicio. 6º Condena a Lagarda a entregar al liquidador las varias sumas indicadas en este punto como recibidas por él durante su administración del negocio de transportes y del de adquisición y venta de madera. 7º Igual pago al liquidador de las cantidades que dice Coral haber suministrado para elementos y reparaciones del carro. 8º Que el saldo se reparta entre los dos a prorrata de los valores que cada uno haya introducido al haber social. 9º Condena en costas a cargo del demandado. 10º Orden a éste de entregar el carro, los papeles y todos los elementos del negocio y nombramiento por el Juez de Liquidador, a quien se señalará plazo para su tarea.

Ni Juzgado ni Tribunal encontraron sociedad qué liquidar, en vista de las probanzas y de la forma como la demanda se planteó, por varias razones entre las cuales culmina la falta de la escritura pública requerida por el artículo 465 del Código de Comercio, indispensable por tratarse

de actos que son de comercio al tenor del artículo 20 de la misma obra. Observan ambas sentencias de instancia que, así las cosas, no puede procederse, cual si efectivamente se hubiera constituído y existiera una sociedad que fuera la sujeta materia de la declaración de resolución y del decreto de liquidación. Y como todos los demás pedimentos requieren la existencia de tal sociedad, que es su base, estiman improcedente lo demandado, no sin insinuar que si ha habido una asociación o cuentas en participación o una sociedad de hecho y en verdad Lagarda administró y recibió, lo procedente sería un juicio de cuentas.

El recurrente acusa en primer lugar de violación del citado artículo 465 por aplicación indebida, pues en su concepto no se trata de sociedad mercantil, porque el documento expresamente declara que deben entenderse insertadas las disposiciones de la ley civil y porque si Coral y Lagarda hubieran querido formar una sociedad comercial, habrían llenado los requisitos necesarios, en vez de limitarse al documento. Además, dice, hay una compraventa de cosa cuyo precio quedó pendiente, y, de otro lado, reparar y conservar un vehículo no es acto de comercio. Razona también sobre las reglas de interpretación de los contratos que obligan a que ninguna cláusula quede sin efecto y todas se interpreten armónicamente y como mejor convenga al contrato en su totalidad. De estas reflexiones deduce el cargo de quebranto de los artículos 1602, 1603, 1618, 1620, 1621 y 1622, por una parte y 2079, 2081 y 2085 desde donde dice "las otras son sociedades civiles", todos del Código Civil.

Se considera:

Apenas habrá para qué decir que el el incumplimiento de las prescripciones legales sobre solemnidades que han de llenarse con ocasión de tal o cual contrato, no puede ser demostración de que no es ese contrato el que las partes han querido celebrar. Así, por ejemplo, no haberse otorgado escritura pública en el presente caso es algo muy lejano de motivo para entender que no es mercantil una sociedad encaminada a negociar en transportes y en la adquisición y venta de madera, actos de comercio ambos ante el artículo 20 citado atrás. Si los actuales litigantes entendieron algo contrario o distinto su error no puede prevalecer sobre esta terminante disposición legal. Aunque el recurrente se refiere tan sólo a los transportes, es de advertirse que otro tanto sucede legalmente también sobre el negocio de adquisición y venta de madera, como ya se dijo al citar el artículo 20 mencionado.

Pudiera decirse que de estas consideraciones escapa el pago del saldo del precio del vehículo; pero esta distinción entre sociedad y compraventa, que sería sencilla y aun obligada en su caso, no cabe hacerla aquí, porque todo indica que, como lo observaron Juez y Tribunal, esa obligación de Lagarda corresponde a su aporte como socio; de suerte que tal prestación tiene que mirarse a la luz de lo antedicho sobre sociedad. El mismo documento que habla de venta, expresa que ésta la hace Coral a la sociedad, y lo pactado en él sobre reparaciones del vehículo así lo persuade, sobre todo al tomarse en cuenta, como no puede menos de hacerlo el sentenciador, lo acreditado por otros medios probatorios, como son las posiciones pedidas por Lagarda antes del juicio y traídas a éste por Coral como prueba y las que pidió a Lagarda dentro de este juicio (cuad. 2º, fl. 80 y ss.), diligencias cuyas fechas son, en su orden, 13 de junio de 1945 y 20 de febrero de 1946. Allí se ve, no sólo por las respuestas de Lagarda, sino por las afirmaciones de Coral contenidas en sus interrogatorios, que los $ 500 señalados como valor de la mitad proindiviso del vehículo los aplicaría Lagarda en primer término a dichas reparaciones y que sólo que quedara saldo lo daría a Coral en dinero. A mayor abundamiento se recuerda que la confesión de Lagarda debe apreciarse como manda el artículo 609 del C. J.

Lo dicho indica por qué no prospera ninguno de los cargos formulados en casación.

Como de la súplica sobre condena en costas hace capítulo especial el recurrente, es de advertirse que, no prosperando ninguno de los pedimentos en el Juzgado ni en el Tribunal, no cabía legalmente esa condena a cargo de su contraparte. Se recuerda que tal condena corresponde al sentenciador de instancia con la libertad de apreciación para denegarla o hacerla que corresponde a lo dispuesto en los artículos 574 y 575 del C. J.

De ahí que la Corte no estime casable un fallo tan sólo porque esa condena se haya proferido o denegado por el Tribunal y que ella no se vea en el caso de pronunciarla o denegarla sino cuando, infirmando el fallo recurrido, entra a pronunciar

ya como fallador de instancia, el que ha de reemplazarlo. Claro es que lo dicho no se refiere a la condenación en costas que corresponde a las del recurso mismo cuando no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el primero de octubre de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinsetrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

APRECIACION DE DICTAMENES PERICIALES

A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.); pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el últimamente practicado por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aun en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos si llega a estimar que carecen de debida fundamentación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto veinte y nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Pedro J. Osorio e Inés González de Osorio demandaron por la vía ordinaria a Eduardo Ortiz para que mediante sentencia definitiva se declare rescindido, por causa de lesión enorme, el contrato contenido en la escritura pública número 561 de 13 de agosto de 1941, corrida en la Notaría 2ª del Circuito de Ibagué, por medio de la cual los demandantes vendieron al demandado el inmueble que en ese instrumento se particulariza y para que se hicieran otras declaraciones consecuenciales.

Tramitado el juicio con la oposición del demandado, el Juez del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de Armenia, lo decidió en sentencia de 23 de octubre de 1946, absolviendo a aquel de los cargos que se le formularon, sin costas. El Tribunal Superior de Pereira que conoció del recurso de apelación que contra esa providencia interpuso el apoderado de los demandantes, la confirmó por la de diez y siete de julio del siguiente año.

Para fundamentar esa decisión el Tribunal expresó que la acción rescisoria por lesión enorme se concede al vendedor, conforme al artículo 1947 del C. Civil, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende y que en el caso de autos, debiéndose acoger el dictamen pericial practicado en la primera instancia por estar mejor fundamentado que el que se llevó a cabo ante el Tribunal, no se acreditó aquella circunstancia decisiva, desde luego que el valor asignado en el primero de esos experticios al inmueble materia del litigio en la época de la venta, no alcanzó al doble de la cantidad que por el mismo recibieron los vendedores.

Para acoger el dictamen de primera instancia y desechar el de segunda, el Tribunal, estimó que aquél se asienta "en conclusiones racionales y lógicas de gran valor probatorio", pues los peritos atendieron a las circunstancias comerciales que por el año de 1941 influían en los negocios, a los avalúos verificados en los juicios seguidos por el Banco Agrícola Hipotecario contra Ricardo Guzmán Ch. y Pedro J. Osorio, y el estado de la casa, que presentaba por aquel entonces serios deterioros que exigían reparaciones inmediatas de gran consideración"; que para el avalúo tomaron en bloque tanto la edificación como el solar en que está construída, sin discriminarlos por separado como lo hicieron los peritos que actuaron en el de segunda instancia; que además éstos, para fijar el precio de la propiedad en el tiempo del contrato, tuvieron en cuenta su estado actual y no el que hubiera tenido por aquella época.

El apoderado de los demandantes interpuso el recurso de casación que sustentado y debidamente tramitado, hoy se decide.

El recurrente acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y en el cargo que a este respecto formula, compendiándolo, dice lo siguiente:

Que conforme a lo estatuído en el artículo 718 del C. Judicial, sobre un mismo punto puede pedirse el dictamen de peritos una vez en cada instancia; que habiendo ocurrido así en este pleito y siendo el de segunda instancia uniforme, expli-

cado y debidamente fundado y estando además, respaldado con los elementos probatorios que cita, constituye plena prueba que el Tribunal no podía desechar sin cometer grave error e incurrir en violación del citado texto legal y del contenido en el artículo 721 ibídem.

En seguida hace una crítica de las razones en que el Tribunal se apoyó para desestimar ese experticio, las que encuentra desacertadas y sin respaldo alguno probatorio, y juzga, por el contrario, que se está en presencia de un dictamen explicado y debidamente fundado; luego examina el practicado en primera instancia y lo halla equivocado y sin base en los elementos de juicio del proceso. Afirma que el Tribunal al desatender aquél y fallar el pleito con base en éste, incurrió en los errores de hecho y de derecho a que alude y quebrantó en consecuencia los artículos 721, 723 del C. Judicial, y por no haberlos aplicado, los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. Civil.

Se considera:

A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.); pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el últimamente practicado por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aun en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos si llega a estimar que carece de debida fundamentación. Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, "en los artículos 721 y 722 del Código Judicial no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre calidades y requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien los reconoce o niega, para aceptar o negar la fuerza probatoria al dictamen de peritos". (Casación, 9 de mayo de 1938, G. J. Nº 1935, pág. 422).

Y en sentencia de 30 de abril de 1942, se dijo: "El dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado, y esta es condición que aprecia libremente el juzgador y que el superior no puede variar sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o manifiesto en los autos". (G. J. Nº 1984, página 391).

En el caso de autos el Tribunal al acoger el dictamen pericial producido en la primera instancia con el lleno de las formalidades legales y decidir el pleito de conformidad con él, no ha incurrido en error de hecho evidente o sea que aparezca de manifiesto en el proceso, por lo cual la Corte en casación no puede variar la apreciación de aquél sobre el particular. Y se dice que no se configura error de aquella magnitud y calidad por las razones que a continuación se enuncian:

a) El experticio en referencia aparece ampliamente explicado y fundamentado;

b) Todos y cada uno de los soportes o antecedentes en que se apoyan las conclusiones de los expertos están debidamente comprobados en el expediente;

c) Entre esos antecedentes es oportuno citar los siguientes que decisivamente inducen a considerar como serio y acertado el dictamen pericial: que en el juicio especial de venta de bienes hipotecados seguido por el Banco Agrícola contra Ricardo Guzmán fue pericialmente avaluado el inmueble a que se contrae este pleito en la suma de $ 3.000.00, según diligencia de 12 de mayo de 1935 y rematado por el expresado Banco en pública subasta por la misma cantidad; por escritura pública número 250 de 18 de marzo de 1936, el Banco Agrícola vendió a Pedro J. Osorio el mismo inmueble por $ 3.500.00 y en el juicio especial de venta de bienes hipotecados que siguió el Banco contra Osorio se avaluó por medio de peritos el mencionado bien raíz en la cantidad de $ 4.800.00, según diligencia de 7 de marzo de 1941, realizada cinco meses antes de efectuarse la venta cuya rescisión se pide;

d) Finalmente, los peritos tomaron en cuenta para determinar el valor del inmueble tanto el cánon de arrendamiento máximo por el mismo producido en el año de 1941, época de la venta,

como el estado de deterioro y abandono en que para ese mismo entonces se encontraba.

En cambio, el Tribunal le anota al peritaje de segunda instancia una falla que considera como esencial y que la Sala reputa de igual modo, cual es la de que como se desprende de sus términos los peritos fijaron el precio de la finca en el momento del contrato tomando en cuenta el buen estado de la misma en la época en que se practicó la diligencia y no el que tenía cuando se realizó la venta, y entre los dos hay profunda diferencia, pues está superabundantemente probado en el expediente que cuando la venta se efectuó la casa se hallaba "en pésimo estado y en notorio abandono".

Además, en último extremo cabría observar que en el proceso obran pruebas que respaldan ya total, ya parcialmente las bases y conclusiones de ambos dictámenes y en esa situación no es dable configurar un error de hecho evidente o manifiesto en la determinación del Tribunal al acoger como mejor fundamentado el de primera instancia y decidir el pleito de conformidad con lo que de él resulta.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y siete de julio de mil novecientos cuarenta y siete proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO—REQUISITOS PARA QUE TENGA EXISTENCIA DICHO CONTRATO DE PROMESA

La promesa de contrato debe constituír por sí misma una convención sustantiva y acabada como otra cualquiera; y comoquiera que su objeto es el contrato prometido, debe éste, de antemano, quedar plenamente definido.

Si, pues, en un contrato de promesa de arrendamiento se omitió señalar el cánon del mismo, sin indicarse tampoco la manera de señalarlo, dejando este señalamiento al futuro acuerdo de las mismas partes, sin otro límite que los términos de la justicia y la equidad, el contrato de promesa no existirá, y las ofertas hechas podrán engendrar solamente deberes de carácter natural y obligaciones morales, pero no compromisos civiles, cuyo cumplimiento pueda ser judicialmente exigido, toda vez que en el contrato de arrendamiento el cánon es elemento esencial y base insustituíble del contrato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

Francisco y Eduardo Valenzuela de la Torre, representados por sus mandatarios, y Rosa Vega de Valenzuela, en su propio nombre, dirigieron a "Hijos de G. Richard" la carta siguiente:

"Bogotá, junio 18 de 1939.

Señores Hijos de G. Richard.

La ciudad.

Estimados señores y amigos:

Tenemos el gusto de confirmar a ustedes, por escrito, el arreglo verbal que sobre promesa de un contrato de arrendamiento celebramos antes de ayer, ustedes en su propio nombre y nosotros como representantes de los señores Francisco y Eduardo Valenzuela de la Torre y de la señora Rosa Vega de Valenzuela. Ese arreglo consiste en lo siguiente:

1º Los señores Valenzuela se comprometen a dar a ustedes en arrendamiento, en los términos y condiciones que se expresarán en los ordinales siguientes, **la planta baja** del edificio que se proponen construír en un lote de su propiedad, situado en la esquina nordeste de la carrera 7ª con la Avenida Jiménez de Quesada de esta ciudad, el cual tiene una cabida aproximada de quinientas veintidós varas cuadradas con mil ochocientos setenta centésimos de vara cuadrada (522.1870 v. c.), y está comprendido dentro de estos linderos: por el Norte, con el Hotel Granada; por el Sur con la Avenida Jiménez de Quesada; por el Oriente, con propiedades del Hotel Granada y de los señores Jimenos; y por el Occidente, con la carrera 7ª.

2º En caso de que los señores Valenzuelas, en uso de un derecho de opción que tienen ante el Municipio de Bogotá para reservarse la propiedad de todo el sótano actualmente existente en el subsuelo de la finca marcada hoy con los números 14-60—14-72 de la carrera 7ª de esta ciudad (de la cual hace parte el mencionado lote en el ordinal anterior), decidan conservar dicha propiedad, los señores Valenzuelas prometen también a ustedes darles en arrendamiento aquella parte de dicho sótano que no quedare incluída en contrato similar al presente, que se halla en curso de conversaciones con los propietarios del Hotel Granada. Si, por una u otra razón, la totalidad del sótano en referencia fuera dado en arrendamiento a los propietarios del Hotel Granada, la presente cláusula no tendrá valor alguno. Esta segunda promesa de arrendamiento queda también sujeta a las condiciones que se expresan en los ordinales siguientes:

3º La cosa que debe ser objeto del arrendamiento (incluyendo en ella una parte o la totalidad del sótano de que trata el ordinal precedente, o prescindiendo del mismo, según fuere el caso) será determinada por ustedes, en forma precisa, dentro de los ocho (8) días siguientes a aquel en que quien represente los derechos de los señores Valenzuelas en Bogotá les presente el plano definitivo del edificio que está para cons-

truírse, con las necesarias aprobaciones de los dueños constructores y del Municipio de Bogotá.

4º El plazo del arrendamiento será de cinco (5) años, los cuales comenzarán a contarse a partir del día en que, concluída la construcción de aquella parte del edificio que los señores Valenzuelas prometen dar en arrendamiento, se haga a ustedes entrega material de la misma.

5º El precio del arrendamiento será fijado de común acuerdo entre ustedes y los señores Valenzuelas, dentro de los términos de justicia y perfecta equidad que siempre ha gobernado las relaciones contractuales entre unos y otros, en el curso del mes siguiente a aquel en que ustedes hayan precisado la cosa que debe ser objeto del arrendamiento, según lo expresado en el ordinal 3º de las presentes estipulaciones. Este precio o canon de arrendamiento será fijado en moneda legal colombiana, pero podrá establecerse su variación cada diez y ocho meses, sobre la base de las oscilaciones del cambio por dólares en la ciudad de Bogotá. En este caso, sin embargo, se fijará un límite **mínimo** del canon de arrendamiento, en moneda legal colombiana.

6º Ustedes tendrán facultad de subarrendar una parte de la cosa arrendada, pero previa autorización especial y escrita de los señores Valenzuelas.

7º Una vez que hayan sido determinados la cosa prometida en arrendamiento y el precio o canon del mismo, según lo establecido en los ordinales 3º y 5º precedentes, el contrato de promesa de arrendamiento a que se refiere la presente carta será elevado a escritura pública, con las solas adiciones y modificaciones que las dos partes, obrando de común acuerdo, consideren conveniente introducirle.

Enviamos a ustedes la presente por duplicado. En prueba de su conformidad con lo que en ella expresamos, les rogamos el favor de devolvernos uno de los ejemplares, con la nota correspondiente.

Sin otro particular por el momento, somos de ustedes atentos servidores y affmos. amigos.

(Fdos.) Rosa V. de Valenzuela, Francisco Valenzuela de la Torre, Eduardo Valenzuela de la Torre".

Con posterioridad a la fecha de la carta transcrita, por escritura número 89 de 15 de enero de 1941 otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, que se halla debidamente registrada, los Valenzuela de la Torre y la viuda de Valenzuela enajenaron en favor del Municipio de Bogotá, a título de venta, la totalidad del lote de terreno en parte del cual se habían propuesto los vendedores levantar el edificio a cuya planta baja se refería aquella carta.

Adviértese que por Decreto número 270 de 14 de agosto de 1936 la Alcaldía de Bogotá había declarado de utilidad pública el inmueble, como "indispensable para la ampliación de la Avenida Jiménez de Quesada" y encargado al Personeró Municipal para adelantar el consiguiente juicio de expropiación, de no lograr su adquisición oportuna mediante arreglo amigable con los propietarios; y que con anterioridad a la fecha de la mencionada carta, conocían dicha situación de la finca tanto los propietarios como los señores Richard, ya que unos y otros, en atención a ella, habían intervenido en conversaciones con los representantes del Distrito referentes a la compraventa de la misma y de las mejoras que reclamaban los segundos.

Consumada la negociación por el Municipio, el once de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (1942), considerando los Richard que los Valenzuela de la Torre y la señora viuda de Valenzuela, no sólo habían incumplido la promesa de arriendo, sino que habíanse voluntariamente colocado en situación de no poderla cumplir en el futuro, incoaron contra ellos la consiguiente acción de perjuicios por incumplimiento de lo prometido, acumulada a otra sobre pago de mejoras que no es del caso dilucidar aquí.

El Juez Primero Civil del Circuito sustanció la primera instancia, y aceptando en sentencia de 29 de enero de 1944 la legalidad de la promesa y el hecho de su incumplimiento por los demandados, condenó a éstos a cubrir los daños que se justipreciarían por separado y al pago de las costas de la primera etapa del juicio.

La decisión acusada

Inconformes los demandados con lo resuelto en primer grado, apelaron del fallo ante el Tribunal de Bogotá, el que después de tramitar la segunda instancia, revocó en su sentencia "por injurídica" la de primera y absolvió a los demandados de los cargos condenando al propio tiempo a los actores en las expensas de todo lo actuado. El fallo del Tribunal es del 7 de septiembre de 1945.

En síntesis, fueron estas las razones básicas de la segunda sentencia:

1ª En la promesa no se determinó el contrato en la forma exigida por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Efectivamente en la citada carta se lee: a) "Una vez que hayan sido determinados la cosa prometida en arrendamiento y el precio o canon del mismo...., el contrato de promesa de arrendamiento... será elevado a escritura pública..."; b) "El precio del arrendamiento será fijado de común acuerdo entre ustedes y los señores Valenzuelas, dentro de los términos de justicia y perfecta equidad que siempre han gobernado las relaciones contractuales entre unos y otros, en el curso del mes siguiente a aquel en que ustedes hayan precisado la cosa que debe ser objeto del arrendamiento, según lo expresado en el Ordinal 3º de las presentes estipulaciones". (C. C. 1864, 1865, 1976).

2ª No existiría la promesa mientras no fuere otorgada la escritura pública allí prevista por las partes en ejercicio del derecho que a éstas asiste de "indicar las solemnidades indispensables para que se perfeccionen los contratos...".

3ª El objeto del contrato constituía una parte del edificio que proyectaban construír los demandados; y por tanto no era actual sino futura la cosa materia del arriendo prometido y de consiguiente la posible obligación a cargo de los demandados se entendía bajo la condición suspensiva de la existencia futura del edificio. (C. C. 1869).

4ª Para los Valenzuelas fue forzosa la venta al Municipio, no obstante la forma amigable en que aparece celebrada; pues pendía sobre el inmueble el Decreto de expropiación dictado por la Alcaldía, y, por ende, en caso de ser el precontrato válido, podría considerarse que una fuerza mayor determinó a los promitentes a colocarse en imposibilidad ineludible de cumplirlo. (Ley 95 de 1890, art. 1º).

Consideró además el Tribunal que no podía admitir la mencionada carta como prueba por prohibírselo las disposiciones legales sobre papel sellado y Timbre Nacional, ya que está extendida en papel común al que no se han adherido los correspondientes timbres (Ley 20 de 1923, art. 6º, numeral 12; Decreto Legislativo número 92 de 1932, artículo 6º, y Reglamentario número 1969 de 1932, artículo 13).

E igualmente juzgó inadmisibles los testimonios producidos a instancia de la parte demandante como prueba complementaria de la documental, por doble motivo: a) Por tratarse de obligación cuya cuantía excede de quinientos pesos ($ 500) m. cte. (Ley 153 de 1887, artículo 91), y b) Porque siendo inexistente la llamada promesa —que constituye simple policitación— no puede ser demostrada por medio alguno.

En suma negó el Tribunal la existencia legal de la promesa y su eficacia jurídica, por no haberse determinado en ella el contrato prometido en la forma requerida por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

El recurso de casación

Contra el fallo de segunda instancia interpuso la parte demandante el recurso de casación que, previos los trámites de rigor, en esta sentencia se decide.

Varios cargos formula el recurrente en su demanda de 16 de mayo de 1946. Es el capital el de "apreciación errónea de la prueba de promesa de contrato", que necesariamente debe relacionarse con el de infracción del precepto contenido en el artículo 89 de la citada Ley 153 de 1887, que, entre otros, estima quebrantado, aplicado indebidamente y erróneamente interpretado.

Debe estudiarse preferentemente este cargo fundamental.

Examen del cargo

Dice el recurrente en resumen: "Erró el Tribunal al interpretar la carta, al considerar que la promesa que contiene carece de bases esenciales, desconociendo así la clara intención de los contratantes y contrariando el tenor mismo de lo escrito, camino por el cual incurrió en la violación, entre otros preceptos, del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 en lo pertinente, por aplicación indebida e interpretación errónea.

Se considera:

Entre los requisitos esenciales para la eficacia de una promesa de contrato se halla el exigido por la Regla cuarta (4ª) del artículo 89 de la Ley 153 de 1887: "Que se determine de tal suerte el contrato que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". Como ya se anotó, en la citada carta se dejó el señalamiento del precio al futuro acuerdo de las mismas partes; sin otro límite que los términos de la justicia y equidad.

Según las normas de los artículos 1864 y siguientes, en armonía con la del artículo 1976 del

C. C., el precio debe ser determinado por los contratantes por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen, o someterse al arbitrio de un tercero que haya de señalarlo. Mas en caso alguno puede ser dejado al ulterior acuerdo de las mismas partes. "La promesa de contrato —ha dicho la Corte— debe constituír por sí misma una convención, sustantiva y acabada como otra cualquiera" (Casación de 9 de abril de 1937. G. J. número 1920, página 724); y comoquiera que su objeto es el contrato prometido, debe éste, de antemano, quedar plenamente definido.

El canon en el arrendamiento, como el precio en la venta, son elementos esenciales y bases insustituíbles por tanto del contrato, y el no ser ellos nítidamente precisados o precisables con arreglo a las normas legales, es tan grave e irremediable como la falta de determinación del objeto mismo de uno u otro contrato. En esta clase de relaciones jurídicas dobles, el canon o precio equivale al objeto y es objeto mismo del contrato para el arrendador o vendedor.

El contrato se define como el concurso de voluntades sobre una o más prestaciones jurídicas. La prestación a que es obligado el comprador o el inquilino, es la del pago del precio o del canon, y si éste no se ha determinado o sometido a la determinación de un extraño, no se han ligado las partes, no se ha ajustado válidamente la convención, no han nacido vínculos jurídicos.

Tal es indiscutiblemente el caso de la "promesa" que se estudia, que, al menos, en lo pertinente, interpretó fielmente el Tribunal en la sentencia acusada.

De esta suerte, las ofertas hechas por los señores Valenzuela de la Torre y viuda de Valenzuela, en la carta que se deja transcrita, puede engendrar solamente deberes de carácter natural y obligaciones morales si se quiere, pero no compromisos civiles, cuyo cumplimiento pueda ser judicialmente exigido. Se rechaza por tanto el cargo estudiado.

Desechado este cargo por compartir la Sala la interpretación del sentenciador sobre la cláusula de la carta mencionada y por aceptar la razón fundamental que sustenta la decisión acusada, que no podría ser revocada de prosperar ninguno de los otros ataques del recurrente, está fuera de lugar el análisis de los demás puntos de la demanda, y siguiendo en esto su práctica constante, se abstiene de considerarlos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, el 7 de septiembre de 1945.

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de origen.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.



REQUISITOS PARA QUE SE OPERE LA SUBROGACION DE UN BIEN RAIZ PROPIO DE UNO DE LOS CONYUGES POR OTRO BIEN RAIZ, ESTANDO VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL

1.—En tratándose del contrato de compraventa o de permuta de bienes raíces, para que se verifique el fenómeno de la subrogación (artículo 1789), es necesario que con el precio de la venta de un inmueble propio de uno de los cónyuges, se haya comprado otro bien raíz, o que se permute el bien de uno de ellos por otro, y que tanto en la escritura de venta, como en la de compra o de permuta, se exprese el ánimo de subrogar. Es evidente que lo importante es la expresión de tal ánimo, sin que sea necesario el empleo de términos especiales.

2.—Cuando el inmueble propio de uno de los cónyuges se enajena con las solemnidades legales, el precio obtenido, como mueble que es, pasa a ser de propiedad de la sociedad conyugal, con cargo de restitución al respectivo cónyuge (artículo 1781, 2); pero, si no se quiere llegar a ese resultado, se puede verificar la operación denominada subrogación, en virtud de la cual puede adquirirse otro inmueble que reemplace al enajenado en el patrimonio exclusivo del cónyuge enajenante.

Para que esta operación se efectúe, es necesario:

a) O que el un inmueble se haya permutado por el otro;

b) O que, vendido el uno durante la sociedad conyugal, se haya comprado con su precio el otro; y

c) Que en la escritura de permuta, en el primer caso, o en las de venta y compra, en el segundo, se exprese el ánimo de subrogar (artículo 1781, 1º y 1789 C. C.). La subrogación, en el fondo, no es sino el cambio de una propiedad por otra.

3.—No está sujeta a casación la sentencia erróneamente motivada en derecho, cuando su parte dispositiva se conforma con él, pero en tal caso la Corte se limita a corregir la motivación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín y por libelo de fecha veintiseis de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, compareció la señora María Luisa Villa de Jiménez, en demanda civil ordinaria, contra el Banco Hipotecario de Bogotá y otros.

Afirma la demandante, que siendo dueña de un inmueble, que hubo por subrogación, al permutarlo por otro que adquirió por herencia de su padre y que aportó al matrimonio con su esposo, señor Guillermo Jiménez, le fue rematado por el Banco Hipotecario de Bogotá, en acción real originada en cierta cantidad de dinero que quedó a deber al efectuar el contrato de permuta de que se ha hablado, y que habiéndose seguido el juicio de hipoteca, exclusivamente contra su marido, no obstante haber entrado en vigencia la ley 28 de 1932, que le dio capacidad suficiente para comparecer en juicio y defender sus propios intereses, no se le oyó, ni tuvo como parte en tal litigio, en que se perseguía un bien de su exclusiva propiedad. Que la falta de notificación a la única obligación, da lugar a la nulidad del juicio especial de venta de la cosa hipotecada, por medio del cual se le desposeyó de su propiedad, consistente en una casa de habitación situada en la ciudad de Medellín, con su lote correspondiente, que tiene una extensión de ochocientas varas cuadradas, determinado todo por los linderos que allí se citan, y en consecuencia pide se declare que es de su propiedad el memorado bien, debiéndose ordenar su entrega a la demandante, la cancelación de ciertos instrumentos públicos originados en el remate efectuado por el Banco y ventas posteriores y el pago de los frutos naturales y civiles.

La acción se enderezó contra el Banco acreedor, que fue el adquirente del inmueble en el hipotecario de que se ha hablado, así como contra quienes lo hubieron con posterioridad, de manos de éste.

Sentencia de primera instancia

Los demandados, en el carácter de adquirentes posteriores del inmueble, por compra hecha al aludido Banco, se limitaron a denunciar a éste el pleito, y la institución en referencia, dejó transcurrir, sin darle contestación, el traslado que le fue corrido de la demanda base del juicio.

Por decisión de fecha ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el quinto del Circuito de Medellín, puso término a la primera instancia, absolviendo a todos los demandados de los cargos contra ellos propuestos.

La sentencia recurrida

En desacuerdo con este proveído, la demandante interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín a donde fueron remitidos los autos. Allí el proceso tuvo la tramitación legal pertinente y por sentencia de once de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, se confirmó en todas sus partes la apelada.

Hace el Tribunal un detenido estudio de los hechos, deja constancia de que al permutarse el inmueble, de propiedad exclusiva de la mujer, por otro situado en la misma ciudad de Medellín, la sociedad conyugal se hizo cargo de una obligación hipotecaria, por determinada suma, que pesaba sobre la finca recibida, que dio origen a la acción propuesta. Que no habiéndose cubierto la deuda, el acreedor entabló la acción de venta de la cosa gravada, dirigiendo la demanda (junio de mil novecientos treinta y dos) contra el marido, en su propio nombre y como representante de su esposa, apersonándose aquél exclusivamente en el proceso, que feneció con la adjudicación al Banco acreedor, del bien pignorado que garantizaba su acreencia.

Considera que la cuestión jurídica planteada, es la de determinar la legalidad de la representación procesal que asumió el marido, en relación con su esposa, habida consideración de que, a partir del primero de enero de mil novecientos treinta y tres, la mujer adquirió capacidad legal suficiente para comparecer en juicio y administrar sus bienes.

Dice la providencia que se revisa:

"De acuerdo con los artículos 20 y 23 de la ley 153 de 1887, todo cambio en materia de derecho y obligaciones anexas a un estado civil se rige por la nueva ley, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto", como lo expresa textualmente el primero de los citados preceptos.

"De este principio se desprende la tesis de que los derechos adquiridos por terceras personas al respecto de obligaciones que surgieron a la vida bajo el sistema anterior a la ley 28 de 1932, no pueden ser afectados por éstas y deben realizarse válidamente por los procedimientos de la organización legal existente antes de la citada ley 28.

"En tal sistema el marido tenía la representación legal de la mujer, y el derecho a exigir el ejercicio de esa representación, en el proceso dirigido a realizar obligaciones contraídas antes de la reforma, se protege por los aludidos preceptos de la ley 153 de 1887, máxime cuando la acción fue incoada antes de que entrara en vigencia el nuevo estatuto sobre régimen patrimonial en el matrimonio. Toda actuación dentro de esos principios es, por tanto, de legalidad evidente".

Cita como pertinente al caso que estudia, el fallo de esta Sala de 10 de julio de 1941 (GACETA JUDICIAL, tomo LI, página 799), pero advirtiendo que allí "se trataba de un bien social, en tanto que en éste se refiere a inmuebles de propiedad de uno de los cónyuges...".

Agrega luego que un nuevo argumento adverso a la tesis del apelante, es el que se desprende de la ley 68 de 1946, interpretativa de la 28 de 1932.

Finalmente expresa: "...la sociedad conyugal no se reducirá en el sistema del Código Civil, a los derechos patrimoniales de los cónyuges, sino también a la administración de los bienes de la sociedad y de cada uno de sus integrantes, y a la representación, ante terceros, de la sociedad y de la mujer. (Artículos 1086 y 1087 del C. C.). No dejó, pues, el marido, de ser el representante de la mujer para las deudas sociales, en cuanto a la parte que a ella interesaba, ni de las obligaciones contraídas, bajo su organización, por la mujer, ni de ésta en cuanto a deudas anteriores al nuevo régimen, como lo sostienen los abogados de la actora".

Luego continúa:

"Las nulidades y declaraciones propuestas por la señora Villa de Jiménez se apoyan en la demanda exclusivamente en su concepto de que no estuvo legalmente representada en el juicio especial hipotecario que culminó con el remate del inmueble que adquirió mediante la escritura número 505, de fecha y procedencia citadas. Ya se señaló el criterio del Tribunal basado en argumentaciones jurídicas que igualmente se han dado, que conducen a la desestimación de la demanda. Y como en ese sentido se resolvió en primera instancia, debe mantenerse ese fallo".

El recurso de casación

En desacuerdo con la decisión del Tribunal, la señora Villa de Jiménez interpuso recurso de casación, que tramitado en forma legal pasa a decidirse.

En la demanda en que lo formaliza, alega que, considerando que el Tribunal tuvo por demostrados los hechos que fundamentan su acción, ya que aceptó que se había operado con la permuta con el señor Soto, según los términos de la escritura número 505, la subrogación del bien propio de la mujer por el adquirido en tal instrumento, la acusación del fallo se contrae exclusivamente a violación de ley sustantiva de ciertos preceptos que señala, a saber:

I. — De los artículos 20 y 23 de la ley 153 de 1887, porque es jurídicamente cierto —dice— que la nueva ley no podía afectar actos y contratos anteriores, pero que tal no es el alcance de la acción propuesta, ya que no se demandó la nulidad de la hipoteca constituída válidamente, por el solo hecho de haber adquirido la mujer posteriormente plena capacidad civil y procesal; que se pidió la nulidad de actos cumplidos dentro de un juicio después de haber entrado en vigencia la ley 28 de 1932, que dio a la mujer personería suficiente para litigar.

Que no se discute la validez de los contratos consumados bajo el régimen del Código Civil; se demanda, dice, la nulidad del juicio hipotecario "por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a comparecer en la litis (artículo 448, C. J.), más claro, vigente la ley 28 de 1932, cesó la representación legal de la mujer por el marido, y, por lo tanto, la señora Villa de Jiménez fue condenada sin haber sido oída". Que de acuerdo con el artículo 23 citado, la capacidad de la mujer para administrar sus bienes, se rige inmediatamente por la ley posterior, que por ello no eran de aplicación al caso los artículos 1806 y 1807 del C. C., derogados por la ley 28 de 1932, disposiciones que infringió el Tribunal por indebida aplicación.

II. — Que también se violó, por la misma causa, el artículo 5º de la ley 28 de 1932, que le dio capacidad jurídica a la mujer casada para comparecer libremente en juicio. Que esta facultad trae para el acreedor la obligación de demandarla directa y personalmente, so pena de nulidad de lo actuado. Que el marido dejó de ser el representante legal de su mujer, a partir de la vigencia del nuevo estatuto. Que la situación jurídica de la mujer es igual a la que pudiera presentarse a un menor, asistido en el pleito por su curador, al llegar a la mayoría de edad.

III. — Viola, añade, por indebida aplicación, el artículo 1º de la ley 68 de 1946, por cuanto no habiendo entrado al patrimonio de la sociedad conyugal, a virtud de lo prescrito en los artículos 1782 y 1783 del C. C., el bien adquirido por herencia de la mujer y el subrogado a éste, por el hecho de la permuta, no son pertinentes al problema planteado, los artículos 1806 y 1807, ya indicados.

Manifiesta que en autos aparecen, tanto la cartilla de adjudicación de un inmueble a la mujer en la sucesión de su padre, como la escritura de permuta, que prueban la adquisición para la demandante del bien que luego remató el Banco sin su audiencia. Que tratándose, pues, de un bien propio de la esposa, no es aplicable la disposición aclaratoria de la ley 68, expedida para resolver situaciones referentes a bienes sociales que existían en el patrimonio conyugal antes de la vigencia de la memorada ley 28.

Advierte que se trata de un inmueble, vinculado exclusivamente a la cónyuge, con carácter de bien propio, del cual era ella única poseedora cuando se inició la acción hipotecaria. Que habiendo cesado la representación legal de la mujer, por el marido, a partir del primero de enero de mil novecientos treinta y tres, ha debido ser citada al juicio, produciéndose, entre tanto, por ministerio de la ley, la suspensión de términos prevista en el numeral 4º del artículo 370 del C. J., y como por otro lado, la aludida señora no fue emplazada y el marido siguió actuando como su representante, sin serlo, se produjo en el proceso una doble causal de nulidad, por usurpación de jurisdicción, al adelantarse un pleito suspen-

dido **ipso jure**, y por ilegitimidad de personería del demandado.

Termina su alegación, pidiendo la infirmación del fallo.

Se considera:

Como es fácil observar, el Tribunal para llegar en el fallo que se revisa a la absolución de los demandados, parte del supuesto de que en el contrato de permuta que se consignó en la escritura número 505 de la Notaría 2ª de la ciudad de Medellín, de fecha 14 de febrero de 1929, por medio del cual Guillermo Jiménez Acosta y María Luisa Villa de Jiménez, cónyuges entre sí, celebraron un contrato con José María Soto A., se operó el fenómeno de la subrogación a virtud del cual la finca adquirida en tal instrumento con un gravamen hipotecario a favor del Banco de Bogotá, (sic) vino a sustituír o reemplazar el inmueble propio de la señora Villa de Jiménez, haciéndose cargo la sociedad conyugal de cubrir la deuda que se garantizaba con el aludido inmueble.

La demanda propuesta por el Banco Hipotecario de Bogotá encaminada a obtener la venta del bien pignorado para satisfacer la obligación, fue dirigida por el acreedor, contra don Guillermo Jiménez Acosta, quien dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante en la época en que se celebró el contrato y se inició el pleito, era el único responsable, respecto de terceros, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, personales de la mujer, o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido, o nacidas de contratos celebrados de consuno por los dos cónyuges. (Artículo 1796, números 2 y 3, 1807, 1834, del C. C.). También allí se dijo que la demanda se proponía contra el mismo Jiménez como representante de su mujer.

Dice textualmente el respectivo libelo: "...demando ante usted por la vía especial que regula el Título 42, Libro II del C. J., al señor Guillermo Jiménez A., mayor de edad, vecino de este municipio, en su propio nombre y como representante de su esposa María Luisa Villa de J..."

Planteado el problema en los términos en que lo hizo el juzgador, es decir, que en la acción hipotecaria el señor Jiménez obraba en nombre de la sociedad conyugal y como representante legal de su esposa, poseedora inscrita del bien pignorado para el pago, por haberse subrogado éste a otro de propiedad exclusiva de la aludida señora, se observa una falta de lógica en la sentencia que se revisa, ya que entendidas las cosas a la manera en que las aceptó y miró el Tribunal, ha debido condenarse a los demandados en los términos propuestos, porque el primero de enero de mil novecientos treinta y tres, en que por ministerio de la ley entró a regir el nuevo estatuto sobre la mujer casada, ley 28 de 1932, a partir de esa fecha, la mujer adquirió capacidad legal suficiente para comparecer en juicio, su marido dejó de ser su representante legal y por consiguiente al tenor del artículo 370, inciso 2º, del C. J., ha debido suspenderse el procedimiento y como no lo fue, la actuación posterior a partir de la capacidad legal de la mujer para comparecer en juicio, sería nula, por ilegitimidad de personería en el marido para actuar en el pleito en su nombre.

Si los hechos en la forma aceptada por el Tribunal y que sostiene el recurrente, hubieran tenido tal contenido, la solución del presente litigio no sería otra que la casación del fallo, ya que a partir de enero de 1933 existía ilegitimidad de personería en el marido de la señora Villa de Jiménez para actuar por ella en el hipotecario del Banco.

Mas, examinando los hechos y en especial los que se desprenden del contrato que recoge la escritura número 505 base de la acción hipotecaria que terminó con el remate por parte del Banco Hipotecario de Bogotá del bien que garantizaba su acreencia, se encuentra que no se operó el fenómeno de la subrogación alegado. Que el bien rematado no era de la exclusiva propiedad de la mujer sino de la sociedad conyugal. No siendo tampoco ella poseedora inscrita en el momento de proponerse el juicio. A esta conclusión llega la Sala por las siguientes razones:

a) Consta que la licencia judicial concedida a los esposos Jiménez Villa, de acuerdo con el antiguo régimen del Código Civil, para disponer del bien raíz de la mujer, lo fue simplemente para vender o hipotecar por necesidad y utilidad demostrada. No fue, pues, condición de aquella licencia como en muchos casos se expresó entonces, la adquisición de otro inmueble para subrogar el que iba a ser materia de enajenación.

b) Todos los términos de la escritura de permuta, o sea de la número 505, conducen a afirmar que la sociedad conyugal Jiménez-Villa, fue quien adquirió el inmueble obtenido en cambio por el que pertenecía a la mujer. En tal instrumento se dice que Soto transfiere a los cónyuges el derecho de dominio sobre el bien en cuestión; que hace entrega de él a los mismos; que la deu-

da de quince mil pesos ($ 15.000) que sobre él pesa, queda a su cargo.

c) Es cierto que en el aparte undécimo de tal instrumento se dice que, "en cuanto este contrato implica una adquisición por parte de la cónyuge, ella obra con autorización expresa de su marido, que se la concedió ante mí (el Notario), de lo cual doy fe". Tal expresión era la forma empleada en el antiguo régimen patrimonial en el matrimonio cuando la mujer intervenía en contratos, ya para comprar, vender, etc. El artículo 182 del C. C., hoy derogado por la ley 28, decía: "La mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, etc." El bien adquirido por la mujer durante la sociedad conyugal, con autorización general o especial del marido entraba al haber común. "El haber de la sociedad conyugal se compone...":

5.—De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso". A menos que se haya operado el fenómeno de la subrogación de que trata el artículo 1789 del C. C.

d) En tratándose del contrato de compraventa o de permuta de bienes raíces, para que se verifique el fenómeno de la subrogación (artículo 1789, C. C.), es necesario que con el precio de la venta de un inmueble propio de uno de los cónyuges, se haya comprado otro bien raíz, o que se permute el bien de uno de ellos por otro, **y que tanto en la escritura de venta, como en la de compra o de permuta, se exprese el ánimo de subrogar.** Es evidente que lo importante, es la expresión de tal ánimo, sin que sea necesario el empleo de términos especiales; mas, de la escritura de permuta, o sea, de la número 505, no aparece tal manifestación, ni expresa ni tácitamente. Por el contrario, el ánimo de que la adquisición fuera para la sociedad conyugal, se deduce como ya se vio, de que ambos cónyuges comparecieron en sus propios nombres, al otorgamiento de la escritura: el vendedor dice transferir a los cónyuges, entregarles a los mismos, etc.; "ambos cónyuges se hacen cargo del gravamen hipotecario que pesa sobre el inmueble". Si se tratara de reemplazar el bien dado en permuta de propiedad de la mujer, por el que se recibió en cambio, hubiera bastado la presencia de la mujer en el acto y la autorización marital y no indicar que ambos adquieren, que ambos se obligan, etc.

e) Hay también una razón de orden práctico para desentrañar lo que se propusieron los contratantes: no estando obligados los esposos Villa-Jiménez a adquirir para la mujer otro inmueble según los términos de la licencia judicial de que se ha hablado y quedando a deber una fuerte suma, equivalente más o menos al 50% del valor de lo recibido en permuta, era lo prudente quedar en libertad para gravar lo adquirido, para venderlo, etc., en caso de no serles posible cumplir con los compromisos tomados a cargo por la sociedad conyugal Jiménez-Villa.

f) Cuando un inmueble propio de uno de los cónyuges se enajena con las solemnidades legales, el precio obtenido, como mueble que es, pasa a ser de propiedad de la sociedad conyugal, con cargo de restitución al respectivo cónyuge (artículo 1781, 2); pero, si no se quiere llegar a ese resultado, se puede verificar la operación denominada subrogación, en virtud de la cual puede adquirirse otro inmueble que reemplace al enajenado en el patrimonio exclusivo del cónyuge enajenante.

Para que esta operación se efectúe, es necesario:

a) O que el un inmueble se haya permutado por el otro;

b) O que, vendido el uno durante la sociedad conyugal, se haya comprado con su precio el otro; y

c) Que en la escritura de permuta, en el primer caso, o en las de venta y compra, en el segundo, se exprese el ánimo de subrogar. (Artículo 1781, 1º, y 1789, C. C.). La subrogación, en el fondo, no es sino el cambio de una propiedad por otra.

En el presente caso no se expresó en la escritura de permuta el ánimo de subrogar. Se declara que no se han violado las disposiciones señaladas ni que hubo indebida aplicación de la ley 68 de 1946.

Llegándose, pues, aun cuando por razones distintas de las expresadas por el Tribunal a la conclusión por él deducida en el presente litigio en que se absolvió a los demandados de los cargos propuestos, la Corte no alteró esta solución, mas declara, sin embargo, por razón de la rectificación de los fundamentos de la sentencia, que no hay lugar a costas.

No está sujeta a casación la sentencia erróneamente motivada en derecho, cuando su parte dispositiva se conforma con él, pero en tal caso la Corte se limita a corregir la motivación. (Véase GACETA JUDICIAL, Tomo 46, pág. 21).

Sentencia

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha once de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO.—REQUISITOS PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

Una demanda de casación limitada a acusar por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo del numeral primero del artículo 520 del C. J., el de violación de ley sustantiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Primero del Circuito de Pasto, por medio de apoderado, propuso la señora Rosario Torres de Córdoba, vecina del Municipio de Tangua, demanda civil ordinaria contra Temístocles Insuasti, de la misma vecindad, para que se declare simulado el contrato consignado en la escritura número mil cuatrocientos treinta de nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, de la Notaría Segunda de Pasto, y la nulidad absoluta del mismo. Pide, además, que se ordene la cancelación de tal instrumento; subsidiariamente demanda la rescisión del contrato por lesión enorme, y en ambos eventos, por las costas del juicio.

Manifiesta la demandante, que hubo la finca materia del contrato cuya simulación demanda, por herencia del R. P. Delfín Torres, S. O., según partición protocolizada por medio de la escritura pública número 371 de enero de 1933, de la misma Notaría Segunda de Pasto. Que mediante un arreglo provisional con los demás condueños, se le entregó una zona del lote de terreno poseído en comunidad; que engañada por el señor Insuasti, se vio precisada a hacerle escritura simulada del bien en cuestión, no existiendo de su parte intención de vender, ni en el otro de comprar. Que lo transferido por instrumento público, tenía para la fecha de la venta, un valor de siete mil pesos ($ 7.000), habiéndose señalado un precio muy inferior, que da lugar a la acción por lesión enorme. Que el supuesto comprador no le entregó el precio de lo vendido por ser ficticia la venta y porque carecía de medios para ello.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento falló el litigio declarando improcedente la demanda y en consecuencia, absolviendo al demandado de los cargos formulados en el respectivo libelo, sentencia que en tiempo fue apelada.

La providencia recurrida

Al hacer el juzgador de segundo grado, el examen de la cuestión debatida, encuentra que la acción principal se encamina a obtener la declaración de simulación del contrato de compraventa realizado entre la señora Torres de Córdoba y el señor Insuasti. Observa que tratándose de una acción de tal naturaleza, seguida entre los mismos contratantes para desvirtuar lo consignado por ellos en instrumento público, ha debido presentarse una prueba de igual categoría y fuerza que destruya la plena fe que merece aquélla, tal como el pacto literal o contra escritura que han debido otorgar las partes, la confesión del demandado o un principio de prueba por escrito, complementado con prueba testimonial o indiciaria, elementos de convicción que echa de menos. Además, dice que no se demostró que hubiera existido por parte de la vendedora, imposibilidad física o moral para proveerse de la contra escritura o principio de prueba requerido.

En cuanto a la acción de "rescisión de la venta por lesión enorme", dice la sentencia que en la escritura de enajenación, a la vez que se dice traspasar el derecho, cuota o porción que la tradente posee en la finca de "Tapalquer", se entrega al comprador la posesión de un lote en tal comunidad, a virtud de una partición amigable, cuya acta no se exhibió, ni consta el número de

comuneros que integran el indiviso.

En desacuerdo con el proveído del Tribunal, la demandante recurrió en casación.

En la Corte, el negocio ha tenido la tramitación necesaria y siendo la oportunidad legal, se pasa a decidir.

Las causales de casación

El señor apoderado de la recurrente formula ante la Sala, una demanda carente de los requisitos indispensables para ser tenida en cuenta. Se trata de un libelo, propio para un alegato de instancia, en que se propone un nuevo examen de la cuestión probatoria, olvidándose de que el recurso de esta índole es esencialmente formulista, y que es deber del recurrente acusar por uno o algunos de los motivos taxativamente señalados en el artículo 520 del C. J.

Dice que, con relación a la prueba de la acción principal, la sentencia impugnada se basa en el principio de la "restricción de la prueba testimonial sobre la simulación", por haberse planteado el debate entre los mismos contratantes; que a pesar de eso, la sentencia habló de los casos de excepción a tal principio, cuando existe imposibilidad física o moral para allegar una prueba de tal naturaleza y que sin embargo, no apreció la prueba testimonial encaminada a establecerla. "Para nuestro modo de ver —agrega— no es suficiente que el juzgador hubiese conocido el camino probatorio excepcional y lo hubiese declarado, sino que, con base en la técnica jurídica, en la justicia y en la equidad y aun en sentido puramente humano, lo hubiese aplicado, ya que por otra parte, así lo exigía la naturaleza de los hechos debatidos".

Se extiende luego en amplias consideraciones sobre la imposibilidad moral y física en que estuvo su cliente para proveerse de la contraescritura por ser una campesina analfabeta, estar obligada como persona que residía en su predio, a regresar con premura a él.

Critica luego la sentencia, porque a su entender, pasó por alto la prueba indicial. Termina esta parte de su acusación, afirmando que existía "armonía en la prueba testimonial", en cuanto a que unos testigos expresaron que en el momento de la venta, la Torres les dijo que hacía el traspaso de su predio a Insuasti, para que éste se lo hiciera a su vez a su hijo, en tanto que otro testigo afirma que la venta se hizo a Insuasti para su hijo.

En las diversas alegaciones, comentarios o reparos que hace al examen y apreciación de las pruebas, hecho por el Tribunal, que considera erróneo, omitió expresar el recurrente los motivos de casación pertinentes en que se apoya para pedir la infirmación del fallo y la cita de las disposiciones violadas o indebidamente aplicadas.

Se considera:

Como ya se ha dicho en repetidos fallos por esta Sala, el recurso de casación no equivale a una tercera instancia; por lo tanto, a la Corte, como Tribunal de Casación, no le corresponde hacer un nuevo estudio de las pruebas y contrapruebas del litigio, para deducir la verdad de los hechos constatados, que es la misión exclusiva de los sentenciadores de instancia.

En casación no se estudian las pruebas, sino para deducir error de hecho manifiesto, o de derecho, cometido por el Tribunal en su apreciación, como medio conducente para deducir violación de ley sustantiva, y en presencia de cada caso concreto.

En innumerables fallos, ha dicho la Corte que la errónea apreciación de pruebas judiciales, no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual pueda llegarse al motivo, que es la violación de ley sustantiva, cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria; es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la disposición o disposiciones sustantivas que se consideren infringidas. (Casación, septiembre 10 de 1942. G. J. Tomo 54-bis, pág. 71, 2ª).

Una demanda de casación limitada a acusar por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo del numeral primero del artículo 520, el de violación de ley sustantiva.

El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones: a—el error y su demostración; b—la consiguiente violación de ley sustantiva, detallada como manda el artículo 531 del C. J.; c—incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia.

El señor representante de la recurrente, como ya se vio, limitó su acusación a expresar que ha debido tenerse en cuenta en el examen de la prueba con que se intentó demostrar la simula-

ción, que no era posible aun cuando se trataba de una acción de tal naturaleza, promovida por la contratante vendedora, contra su comprador, acompañar la prueba escrita, o contra escritura, en que las partes hubieran consignado su verdadero propósito al efectuar el contrato que se dice simulado, o la confesión del demandado al respecto, o el principio de prueba por escrito que pudiera ser complementado con prueba testimonial, porque existió imposibilidad física y moral para proveerse de la prueba pertinente.

Alega que se hizo caso omiso de lo establecido por medio de indicios, tales como haber continuado la vendedora en posesión de lo vendido y usufructuando su propiedad, y el ser el comprador persona de muy pocos medios de fortuna.

Por último, ataca la apreciación de los testimonios con que se quiso demostrar la simulación.

Al concretar cada uno de tales reparos, omite absolutamente señalar el precepto o preceptos infringidos y la forma en que lo fueran. Es decir, por el recurrente se designa la prueba mal apreciada, o que no fue tenida en cuenta por el fallador, pero se abstuvo de citar o mencionar la disposición legal sustantiva que configura su derecho y que dejó de aplicarse, o se aplicó indebidamente, al no tener en cuenta las pruebas que se dicen mal apreciadas, o no apreciadas como era debido en su concepto; por consiguiente, la Sala carece de término de comparación entre lo resuelto por el juzgador como consecuencia de tal examen de pruebas y lo que expresa o consigna la ley que configura el derecho del recurrente y que fue violada. Se dejó, pues, de señalar concretamente, cuál es la disposición o disposiciones que el recurrente estima quebrantadas.

Se ha llegado aun a sostener que lo esencial es la cita del artículo o artículos violados, aun cuando el concepto al citarlos, no coincida en toda su extensión con el precepto indicado, y esto porque el principio básico de la casación, unificación de la jurisprudencia nacional, obliga a la Corte a estudiar el texto o textos que la demanda señala como violados por la sentencia, por mal interpretados, mal aplicados, o dejados de aplicar por ésta. (GACETA JUDICIAL, Tomo 49, página 499).

Lo mismo cabe decir en relación con el reparo hecho a la decisión del Tribunal con respecto a la acción subsidiaria por lesión enorme, donde tampoco se señalaron las disposiciones infringidas, ni se concretó qué error se cometió al apreciar la prueba testimonial y pericial, si de hecho, o de derecho, ni en qué consistió la indebida estimación, a más de no haber señalado el precepto sustantivo violado.

Se declaran, pues, inadmisibles los cargos propuestos.

Sentencia

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, de fecha veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Manuel José Vargas — **Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza** — **Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca**—**Arturo Silva Rebolledo.**—**Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

NULIDADES. — DEFENSA Y ASISTENCIA DE LOS MENORES DE VEINTIUN AÑOS QUE SEAN PROCESADOS EN PROCESO PENAL

La intervención del apoderado, del representante legal, o del curador ad-litem, dentro del proceso penal, la consagra la ley con la finalidad exclusiva de completar la capacidad jurídica del menor y para que los actos realizados dentro del proceso tengan plena validez, pero la realización de toda actuación judicial no se subordina a la presencia física de dichos representantes, en el sentido de que si éstos no asisten el acto no se realice.

El espíritu de la ley no es éste, porque la notificación de las providencias judiciales conlleva necesariamente la citación de dichos representantes. Pero si éstos no concurren, el acto se verifica, sin que ello implique nulidad alguna, porque las nulidades que puedan alegarse por un menor de edad son las mismas que consagran los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, o aquellas que pueden deducirse del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Es cierto que las nulidades se establecen en favor del procesado, pero también, es evidente que no todas las irregularidades que se presentan dentro de un proceso penal son hechos con poder suficiente para anular el proceso: las nulidades son taxativas y se hallan previamente erigidas por la ley. Cuando ellas son absolutas afectan el contenido sustancial del juicio y éste no puede subsanarse sino corrigiendo previamente el error, pero cuando ellas son relativas, la misma ley consagra los medios de subsanarlas y no pueden alegarse con posterioridad a los hechos que le imprimen validez al proceso, porque los resultados del juicio no pueden quedar al capricho de las partes interesadas en las consecuencias o resultados del mismo.

La ley no hace ninguna clasificación de las nulidades en el sentido de consagrar unas para los sujetos de mayor edad, y otras para los mayores de diez y ocho años y menores de veintiún años, lo que quiere decir que ellas pueden alegarse en la misma forma y dentro de los mismos términos establecidos por la ley. Fuera de esos casos, el derecho para demandar nulidades y las causas en que pueden fundarse, no tienen razón de ser, por hallarse excluídas de los preceptos que las consagran.

Las tesis que hoy se sustentan sobre interpretación del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la representación de los menores de veintiún años y mayores de diez y ocho, es en cierto modo opuesta a la expresada en fallo de julio nueve de mil novecientos cuarenta y seis, pero la Corte estima que en ese fallo primó un criterio demasiado civilista en cuanto a la representación de los incapaces dentro del juicio, y es evidente que en tratándose de juicios civiles donde se discuten derechos reales sobre dominio, debe ser de aplicación estricta, no así dentro del juicio penal, donde, propiamente, no se debaten estos intereses, sino únicamente cuestiones referentes a la asistencia o representación del menor en el proceso penal y si en derecho civil el menor cuando no se halla presente el padre, o el tutor o curador, "ni se espere de pronto su venida" tiene derecho a nombrar un curador (artículo 242 del C. J.) o a que el Juez lo designe; con mayor razón, esa facultad del Juez o del menor, para el nombramiento de curador ad-litem o de apoderado defensor, debe aplicarse dentro del proceso penal.

Lo interesante es que el menor esté asistido por un representante legal, pero dedu-

cir nulidades por el solo hecho de que el apoderado no fue designado por el representante legal o por el curador ad-litem, sería extremar el rigor de la ley y sacrificar el aspecto sustancial del precepto al contenido material del mismo. Las irregularidades que se cometan o puedan cometerse en la designación de apoderado o defensor no son vicios constitutivos de nulidad. Otra cosa sería si el menor careciere en absoluto de una persona que lleve su personería para su defensa. En este caso, como así lo ha reconocido la Corte, sí prospera la nulidad deducida del principio constitucional del artículo 26 por ausencia de un defensor que asuma la personería del menor.

No existe ninguna incompatibilidad legal en el hecho de que el representante legal o el curador ad-litem asuma a la vez el carácter de apoderado o defensor del menor, cuando reúne las condiciones de ser abogado, pues, lo uno, se da para completar la capacidad del menor, como sujeto activo de la infracción de la ley penal, y lo otro, para que en virtud de su preparación, conocimiento y versación en las disciplinas del derecho preste sus servicios profesionales en defensa de los intereses del procesado, y el ejercicio de estas funciones no es incompatible, ni la ley lo ha consagrado como motivo de nulidad procedimental o constitucional.

La designación de apoderado al tenor del artículo 104 de la ley procedimental debe hacerla el respectivo representante del menor en las condiciones y para los casos en que a ello hubiere lugar, como ya se expresó, pero el nombramiento de defensor se rige por la norma del artículo 432 del mismo Código. Es verdad que tanto el apoderado como el defensor realizan o cumplen funciones idénticas en el proceso penal; pero su nombramiento debe hacerse con sujeción estricta a los términos de la ley.

La designación de apoderado y defensor se rige por normas distintas dentro del proceso penal, y esta diferencia no obedece a un juego caprichoso en las denominaciones de apoderado y defensor, sino a la separación fundamental establecida en el proceso penal en sus diferentes fases de sumario y juicio; en el primero, se realizan todas las diligencias conducentes para deducir o no la imputabilidad; en el segundo, se controvierten las pruebas que afirman o niegan los cargos formulados en el auto de proceder, para deducir la correspondiente responsabilidad. La sentencia, bien sea condenatoria o absolutoria, será el reflejo exacto de los hechos sobre los cuales versó el debate judicial.

El cargo de defensor se vincula directamente a la existencia de un auto de proceder; el de apoderado a la simple investigación. La designación del primero, depende del procesado, y cuando éste se niega, lo hace directamente el Juez (art. 432); la designación del segundo, cuando se trata de dar cumplimiento a la primera parte del artículo 104, la hace el sindicado o el Juez ante la negativa de aquél, y cuando se trata de aplicar la segunda parte de la disposición citada, hace la designación el representante del menor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Jaime Mejía Cardona fue condenado a la pena principal de cinco años de presidio, como responsable de un delito de robo de unas llantas de propiedad de Miguel Antonio Cobo.

La sentencia lleva fecha diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, y emana del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

El defensor del procesado interpuso recurso de casación, y en el término legal formuló la correspondiente demanda, y como se hallan cumplidos los trámites propios del recurso, se procede a su estudio.

Demanda

Se impugna la sentencia por la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Dice el recurrente que el Tribunal violó el contenido de la norma del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, ora, porque siendo el procesado menor de edad, en la instrucción del sumario no estuvo asistido de un curador **ad-litem,** para que concurriera a todas las diligencias judiciales que se entendieran con el menor; ya también, porque durante el juicio el defensor del procesado fue nombrado directamente por el Juez y no por el representante del menor, según lo dispone el mencionado artículo.

Los motivos los concreta así:

Primero.—"Mejía Cardona era menor de edad; en todas las diligencias judiciales debió darse aplicación estricta al contenido del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, y en la notificación del auto de proceder debió observarse dicho mandato".

"Antes de esa notificación se llevaron a cabo con mi defendido numerosas diligencias judiciales sin que estuviera asistido por su representante legal o por un curador. Entre ellas están las siguientes: a) Diligencia de reconocimiento en rueda de presos (fs. 106 v., 107 y 11, 1º cuad.); b) Declaración indagatoria (fs. 115 ibídem); c) Careo entre el coprocesado Rafael Gómez Cabal (f. 134 ib.). Careo con el coprocesado Carlos Franco Aristizábal (f. 134 v. ib.); d) La audiencia de la primera instancia".

En todas estas diligencias el procesado, siendo menor de edad, no estuvo asistido por su representante legal.

Segundo.—Con posterioridad al auto de proceder, el defensor del recurrente desempeñó dos cargos: primero, el de curador **ad-litem;** y segundo, el de defensor del procesado. Pero este nombramiento lo hizo directamente el Juez, siendo evidente que, de conformidad con el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, dicho nombramiento debe provenir del representante del menor.

"En consecuencia, con los términos del precepto legal, son **dos** las personas que deben asistir al reo menor en todas las diligencias: su representante legal o, en su defecto, un curador, y el apoderado cuyo nombramiento debe emanar de dicho representante; a menos que el representante o el curador sea abogado y quiera llevar las obligaciones de defensor; empero, en ningún caso el nombramiento de apoderado puede emanar del Juez, que fue lo que aconteció aquí. Por lo cual estimo que en la actuación siguiente al llamamiento a juicio la personería de mi defendido ha estado incompleta, y por ello está también, al igual de aquella otra, afectada de nulidad".

Se considera:

El artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, establece las garantías procesales a que tiene derecho el menor de veintiún años y mayor de diez y ocho, derechos que se pueden ejercitar como sistemas de defensa, bien sea dentro del sumario o en el curso del juicio.

En cuanto al nombramiento de apoderado, la ley no es bien clara sobre el particular, pues el artículo comentado en su primer inciso dice que "si el procesado no quiere o no puede nombrar apoderado, el funcionario de instrucción se lo nombrará de oficio" es decir, que dicho nombramiento puede hacerlo el Juez cuando el procesado menor de edad no quiere designarlo, pues delega —en esta forma— ese derecho en favor del funcionario de instrucción.

En cambio, el inciso segundo parece contradecir la afirmación anterior, al establecer que al menor de veintiún años que carezca de representación legal se le nombrará un curador **ad litem,** para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor, sin perjuicio del nombramiento de apoderado a que tiene derecho, "el cual será designado por el respectivo representante del menor".

Estima la Sala que el pensamiento del legislador, en relación con el nombramiento de apoderado a que hace referencia la primera parte del artículo 104, sólo tiene efecto y debe aplicarse en los casos en que el procesado sea **aprehendido o llamado a rendir indagatoria.** A partir de estos dos actos fundamentales, y cuando el funcionario de instrucción o el juez de la causa tienen conocimiento de la menor edad del sindicado por la manifestación que éste haga, debe darse cumplimiento a lo dispuesto por el inciso segundo de la disposición comentada, en relación con la asistencia de su representante legal, cuando éste no lo tiene, o sea difícil su comparesencia al proceso, esto es, debe nombrarse el curador **ad litem** para que lo represente en las diligencias judiciales.

Esta es la interpretación que más concuerda con las disposiciones relativas a la instrucción del sumario, porque de conformidad con lo dispuesto por el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, la indagatoria se debe llevar a efecto dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que se huviere verificado la captura o comparecencia del procesado; en estos casos y en los contemplados por el artículo 357 sería difícil la

asistencia del **representante legal del menor** para llevar a efecto esta diligencia si los funcionarios de instrucción por mandato legal estuvieran obligados a esperar la presencia del representante legal para cumplir el mandato de la ley.

La ley sólo consagra una excepción al principio general del artículo 104 en lo relativo a la indagatoria, cuando dice que si el sindicado resultare menor de **diez y ocho años** se le nombrará un curador, quien jurado el cargo, presenciará la declaración (artículo 349 del C. de P. P.). Pero este derecho es para el procesado menor de diez y ocho años, pero no para aquellos procesados menores de veintiún años y mayores de diez y ocho años, ya que las infracciones cometidas por los primeros, escapan al control de la jurisdicción penal ordinaria, para ser reprimidas por la legislación de menores (Ley 83 de 1946).

En cambio, para los menores de veintiún años y mayores de diez y ocho, el nombramiento de apoderado —en relación con la indagatoria— se rige por lo dispuesto en la primera parte del artículo 104, toda vez que el procedimiento en orden al descubrimiento de la verdad material de los hechos investigados, debe hacerse de conformidad con las reglas del Código de Procedimiento Penal.

De no ser así, las normas del artículo 357 en lo relativo a la recepción de la indagatoria, no podrían cumplirse por ausencia del representante legal o del curador **ad litem**; y la ley, en ningún caso, puede subordinar el cumplimiento de estos actos urgentes, a la asistencia o presencia de un representante legal o de un curador **ad litem**, siendo por otra parte evidente que el menor se halla asistido para tales actos por un apoderado legalmente constituído.

La intervención del apoderado, del representante legal, o del curador **ad litem**, dentro del proceso penal, la consagra la ley con la finalidad exclusiva de completar la capacidad jurídica del menor y para que los actos realizados dentro del proceso tengan plena validez, pero la realización de toda actuación judicial no se subordina a la presencia física de dichos representantes, en el sentido de que si estos no asisten el acto no se realice.

El espíritu de la ley no es éste, porque la notificación de las providencias judiciales conlleva necesariamente la citación de dichos representantes. Pero si éstos no concurren, el acto se verifica, sin que ello implique nulidad alguna, porque las nulidades que pueden alegarse por un menor de edad son las mismas que consagran los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, o aquellas que pueden deducirse del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Es cierto que las nulidades se establecen en favor del procesado, pero también, es evidente que no todas las irregularidades que se presentan dentro de un proceso penal son hechos con poder suficiente para anular el proceso: las nulidades son taxativas y se hallan previamente erigidas por la ley. Cuando ellas son absolutas afectan el contenido sustancial del juicio y éste no puede subsanarse sino corrigiendo previamente el error, pero cuando ellas son relativas, la misma ley consagra los medios de subsanarlas y no pueden alegarse con posterioridad a los hechos que le imprimen validez al proceso, porque los resultados del juicio no pueden quedar al capricho de las partes interesadas en las consecuencias o resultados del mismo.

La ley no hace ninguna clasificación de las nulidades en el sentido de consagrar unas para los sujetos de mayor edad, y otras para los mayores de diez y ocho años y menores de veintiún años, lo que quiere decir que ellas pueden alegarse en la misma forma y dentro de los mismos términos establecidos por la ley. Fuera de esos casos, el derecho para demandar nulidades y las causas en que pueden fundarse, no tienen razón de ser, por hallarse excluídas de los preceptos que las consagran.

Dentro del proceso no se estableció la menor edad de Mejía Cardona. Se tuvo en cuenta la manifestación que él hizo en su indagatoria, pero esa afirmación fue contradicha posteriormente por el mismo procesado en memorial de julio 2 de 1946, cuando pidió que el funcionario del conocimiento se declarara impedido, y entonces dijo ser mayor de edad.

"Pero aún admitiendo que Mejía Cardona fuera menor, —dice la Procuraduría— la nulidad alegada no prospera".

"La referente al sumario, porque las nulidades que pueden afectarlo son reducidísimas y excepcionales y se refieren previamente a la incompetencia de jurisdicción de quien instruye el proceso y a la ilegitimidad del querellante, cuando el asunto es de aquellos que no pueden iniciarse de oficio. En los demás casos, las nulidades del sumario sólo pueden presentarse en determinados actos o diligencias, y entonces no hay necesidad de auto especial para declarar el vicio, sino que tales actos, irregularmente realizados, se consideran inexistentes, sin que ello invalide la subsiguiente actuación (artículo 202 del C. de P. P.)".

Las nulidades provenientes de la incompetencia de jurisdicción, y de ilegitimidad de personería en el querellante cuando el asunto es de aquellos en que no puede procederse de oficio, son aquellas que la doctrina y la jurisprudencia denomina absolutas porque atacan los fundamentos esenciales del proceso. No pueden subsanarse por intervención de actos o hechos posteriores a aquel que las origina, y, cuando se está en presencia de una de ellas, es deber del funcionario reconocerlas y como consecuencia declararlas. Estas son, por regla general, las únicas nulidades que pueden presentarse en el sumario; toda otra omisión, será constitutiva de una irregularidad pero no de nulidad.

Cuando la ley exija con sanción de nulidad la concurrencia de formalidades especiales en determinados actos y dichas formalidades no se observan o no se cumplen, el acto o diligencia será inexistente pero no nulo, como sucede por ejemplo, cuando un testimonio no se recibe de conformidad con lo dispuesto por el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal; en este evento el acto no tiene valor alguno y el funcionario no debe ni puede apreciarlo, lo considera como si no se hubiera verificado; para ello no es necesario declaración expresa del funcionario (artículo 202 del C. de P. P.), porque una cosa es la inexistencia del acto y otra muy distinta la nulidad en el primero, la ley considera que el acto no se verificó y por consiguiente, no produce efecto alguno; en el segundo, el acto existe pero es nulo, por esto, es necesario que proceda su declaración.

En estas condiciones, los hechos que se alegan como nulidades no tienen valor suficiente para que la Corte invalide el proceso, ora, porque la ley no los erige como causales de nulidad, ya también, porque dentro del sumario no pueden presentarse otras nulidades que la de incompetencia de jurisdicción y la de ilegitimidad de personería del querellante cuando el negocio es de aquellos en que no puede procederse de oficio, y como los motivos en que se funda la nulidad invocada, no corresponden a ninguno de estos dos hechos fundamentales, el fallo no puede invalidarse.

Las tesis que hoy se sustentan sobre interpretación del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la representación de los menores de veintiún años y mayores de diez y ocho, es en cierto modo opuesta a la expresada en fallo de julio nueve de mil novecientos cuarenta y seis, pero la Corte estima que en ese fallo primó un criterio demasiado civilista en cuanto a la representación de los incapaces dentro del juicio, y es evidente que en tratándose de juicios civiles donde se discuten derechos reales sobre dominio, debe ser de aplicación estricta, no así dentro del juicio penal, donde, propiamente, no se debaten estos intereses, sino únicamente cuestiones referentes a la asistencia o representación del menor en el proceso penal, y si en derecho civil el menor cuando no se halla presente el padre, o el tutor o curador, "no se espera de pronto su venida" tiene derecho a nombrar un curador (artículo 242 del C. J.) o a que el Juez lo designe, con mayor razón esa facultad del Juez o del menor, para el nombramiento de curador **ad litem,** o de apoderado o defensor, debe aplicarse dentro del proceso penal.

Lo interesante es que el menor esté asistido por un representante legal, pero deducir nulidades por el solo hecho de que el apoderado no fue designado por el representante legal o por el curador **ad litem,** sería extremar el rigor de la ley y sacrificar el aspecto sustancial del precepto al contenido material del mismo. Las irregularidades que se cometan o puedan cometer en la designación de apoderado o defensor no son vicios constitutivos de nulidad. Otra cosa sería si el menor careciere en absoluto de una persona que lleve su personería para su defensa; en este caso, como así lo ha reconocido la Corte, sí prospera la nulidad deducida del principio constitucional del artículo 26 por ausencia de un defensor que asuma la personería del menor.

Segundo motivo

Se dice que el juicio es nulo, porque el nombramiento de defensor no lo hizo el representante legal o en su defecto el curador del menor, sino el juez de la causa, por lo cual, las actuaciones posteriores al auto de proceder carecen de validez por falta de personería suficiente del sujeto activo de la infracción penal.

Se replica:

Dictado el auto de proceder, Mejía Cardona se presentó al Juzgado y manifestó que ignoraba la residencia actual de su representante legal, por lo cual el Juzgado nombró como curador **ad litem** al doctor Américo Abadía Mosquera, para que lo asistiera en todas las diligencias judiciales, quien tomó posesión del cargo con fecha nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Posteriormente con fecha siete (7) de julio del mismo año, se notificó a Jaime Mejía Cardona, en presencia de su curador **ad litem** el auto de

proceder, y en ese acto el procesado manifestó que designaba como su defensor al doctor Américo Abadía, quien intervino en el juicio en su doble carácter de curador **ad litem** y de defensor del procesado.

"En esta forma, —dice la Procuraduría— no se violó el artículo 104 del Código de Procedimiento, pues Mejía Cardona, por ignorarse la residencia de su madre, fue representado por el doctor Abadía y defendido por éste. Esa dualidad de funciones bien podía asumirla dicho doctor por ser abogado inscrito".

"Al notificársele al menor el auto de proceder delante de su representante legal, se entendía que el requerimiento de nombrar defensor también se lo hacía en esa calidad.... Si es verdad que el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal dice que el defensor debe nombrarlo "el respectivo representante del menor", hay que entender que cuando éste no lo nombra, habrá de designarlo el Juez según el principio general del artículo 432 del mismo código (sentencia de 11 de febrero de 1948)".

No existe ninguna incompatibilidad legal en el hecho de que el representante legal o el curador **ad litem** asuma a la vez el carácter de apoderado o defensor del menor, cuando reúnen las condiciones de ser abogado, pues, lo uno, se da para completar la capacidad del menor como sujeto activo de la infracción de la ley penal, y lo otro, para que en virtud de su preparación, conocimiento y versación en las disciplinas del derecho preste sus servicios profesionales en defensa de los intereses del procesado, y el ejercicio de estas funciones no es incompatible, ni la ley lo ha consagrado como motivo de nulidad procedimental o constitucional.

La designación de apoderado al tenor del artículo 104 de la ley procedimental debe hacerla el respectivo representante del menor en las condiciones y para los casos en que a ello hubiere lugar como ya se expresó, pero el nombramiento de defensor se rige por la norma del artículo 432 del mismo código. Es verdad que tanto el apoderado como el defensor realizan o cumplen funciones idénticas en el proceso penal; pero su nombramiento debe hacerse con sujeción estricta a los términos de la ley.

La designación de apoderado y defensor se rige por normas distintas dentro del proceso penal, y esta diferencia no obedece a un juego caprichoso en las denominaciones de apoderado y defensor, sino a la separación fundamental establecida en el proceso penal en sus diferentes fases de sumario y juicio; en el primero, se realizan todas las diligencias conducentes para deducir o no la imputabilidad; en el segundo, se controvierten las pruebas que afirman o niegan los cargos formulados en el auto de proceder para deducir la correspondiente responsabilidad. La sentencia, bien sea condenatoria o absolutoria será el reflejo exacto de los hechos sobre los cuales versó el debate judicial.

El cargo de defensor se vincula directamente a la existencia de un auto de proceder, el de apoderado a la simple investigación. La designación del primero, depende del procesado y cuando éste se niega lo hace directamente el Juez (artículo 432), la designación del segundo, cuando se trata de dar cumplimiento a la primera parte del artículo 104, la hace el sindicado o el juez ante la negativa de aquél, y cuando se trata de aplicar la segunda parte de la disposición citada, hace la designación el representante del menor.

La ley para efectos de la imputación penal en el sumario, o para la responsabilidad en el juicio —se repite— no hace ninguna distinción especial entre procesado menor de edad y mayor de edad. Por consiguiente, si ambos son sujetos capaces de cometer una infracción penal, las normas que rigen para el nombramiento de defensor dentro del juicio penal, deben aplicarse estrictamente, y como la designación de defensor la hizo el procesado de conformidad con el artículo 432, el nombramiento hecho por el Juez de la causa, no está viciado de nulidad.

Por este motivo la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 17 de junio de 1948, por el cual se condena a Jaime Mejía Cardona a la pena principal de cinco (5) años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

CAUSALES 1ª Y 7ª DE CASACION. — FACULTADES DEL JURADO EN LA APRECIACION Y CALIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEL DELITO Y DE LA RESPONSABILIDAD. — IRA O INTENSO DOLOR. — QUE SE REQUIERE PARA QUE SEAN TENIDOS COMO CONSTITUTIVOS DE LA CIRCUNSTANCIA DEL ARTICULO 28 DEL C. P. EN LOS JUICIOS POR JURADO

1.—La calificación y apreciación de las circunstancias modificadoras del delito y de la responsabilidad —de acuerdo con la doctrina y la ley— competen exclusivamente al Jurado en los procesos de competencia de los Jueces Superiores, de modo que si aquél no las reconoce en su integridad, los Jueces —al fallar—, no pueden substituírlo en su función de completar los elementos que las integran, lo que significa que la facultad de interpretación del veredicto está condicionada a la extensión de poderes del Jurado, a menos que aquél sea claramente contrario a los datos mismos del proceso (artículos 480, 537 y 554, C. P. P.).

En este orden de ideas, si la condición esencial para que el estado de ira o de intenso dolor constituya la circunstancia del artículo 28 del Código Penal, es la provocación simultáneamente grave e injusta, y el Jurado reconoce el estado y omite la provocación grave e injusta o reconoce la una y calla la otra, el Juez no puede suplir la condición total o parcialmente, y en ese caso, el estado de ira o dolor adquiere el carácter de circunstancia de menor peligrosidad, cuya calificación y apreciación —conforme al artículo 499 del de Procedimiento Penal— incumbe a los Jueces de Derecho.

2.—De un mismo delito cometido por dos, en coparticipación, no puede predicarse —evidentemente— que el uno haya actuado en estado de ira e intenso dolor, y el otro en estado de legítima defensa de su copartícipe, es decir, que el mismo hecho no sea delito para el uno y lo sea —en cambio— para el otro, cuando el motivo, el modo de ejecución, el fin son los mismos, porque ello envuelve una clara contradicción, sobre lo cual —expuesto así en forma general— no hay discrepancia.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno)

Vistos

Pedro José Rodas, de cuarenta y siete años en la época del delito, agricultor de profesión y casado, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, que le impuso la pena de ocho años y ocho días de presidio por el homicidio en Pedro Luis Uribe, cometido la tarde del cinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el sitio de "Palenque", Corregimiento de Sabaneta, Municipio de Envigado.

Formuló la demanda, en su carácter de apoderado del recurrente, el doctor Campo Elías Aguirre, quien impugnó la sentencia por estas dos razones que, en su orden, corresponden a las causales séptima y primera: porque fue dictada sobre un veredicto evidentemente contradictorio y porque es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

La Sala analiza y decide este recurso con vista —únicamente— en las copias de las sentencias de primero y segundo grado, de conformidad con las siguientes normas de los Códigos de Procedimiento Penal y Civil vigentes y del Decreto Legislativo 04134 del año pasado, relativas a la reconstrucción de los procesos penales, especialmente a los perdidos en los sucesos del nueve de abril del año pasado, entre ellos el presente:

a) Los artículos 162 y 251 del primero de aquéllos códigos y 632 del segundo, sobre el valor de los documentos públicos o auténticos expedidos por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones;

b) El artículo 8º del Decreto 04134, según el cual las copias formalmente expedidas y autorizadas

por los Secretarios, tomadas de los copiadores de que trata el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, hacen plena prueba respecto a las providencias correspondientes";

c) El artículo 15 del mismo decreto, que establece la presunción de derecho de que la copia de la sentencia de primera o de segunda instancia presupone la existencia del sumario y del juicio a que ellas se refieren, lo mismo que la de las pruebas en las cuales se fundaron, y

d) El artículo 18 del mismo decreto, según el cual "la copia de la sentencia de segunda instancia es suficiente para ventilar el recurso de casación".

Como premisas de la decisión que haya de adoptarse, se resumen en seguida los hechos que dieron nacimiento a este proceso, así como los actos, decisiones y providencias que se relacionan con el recurso.

II — El proceso contra los Rodas

Según las versiones extractadas de los testimonios, indagatorias y demás actuaciones, y acogidas en los fallos, Pedro José Rodas y Pedro Luis Uribe habían tenido algunas diferencias por causa de linderos de sus predios, en cuyo arreglo el primero reconoció al segundo la propiedad de la parte de terreno que aquél ocupaba y que, parece, era la causa de tales diferencias; sin embargo, el cinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno, Uribe atacó a Rodas (Pedro) porque lo sorprendió arrancando yerbas en el terreno de propiedad de Uribe según el convenio antes celebrado; posteriormente y de acuerdo con las mismas versiones, Pedro José Rodas y su hijo Raúl Rodas dispararon sus armas contra Uribe, quien murió en el acto por causa de la herida que le afectó la región pectoral derecha.

En el proceso que el Juez 3º Superior de Medellín les siguió se adoptaron las siguientes decisiones:

a) La del jurado, según la cual Pedro José Rodas sí es responsable de la muerte de Pedro Luis Uribe "en estado de ira e intenso dolor y sin que conste concurso criminoso", y también Raúl Rodas, pero "en defensa de la vida de su padre y sin concurso criminoso";

b) La sentencia de primer grado, en la que se impuso a Pedro José Rodas —con aplicación de los artículos 37 (6º), 38 (1º, 3º y 11) y 362 del Código Penal— la pena de ocho años y ocho días de presidio y se absolvió a Raúl Rodas, y

c) La sentencia de segundo grado, que confirmó la de primer grado en cuanto a Pedro José Rodas, y declaró extinguida —por causa de muerte— la acción penal contra Raúl Rodas, previa revocatoria de la absolución.

III — La demanda

El demandante invocó —como ya se dijo— las causales primera y séptima, cuyos fundamentos se resumen en seguida.

El Tribunal aplicó indebidamente la ley penal —afirma— y en consecuencia, la violó, por estas razones: 1ª—Porque dio al estado de ira e intenso dolor reconocido por el jurado, carácter de circunstancia de menor peligrosidad y no el de la circunstancia modificadora del artículo 28; 2ª—Porque si dispararon sus armas, Pedro José y Raúl Rodas y fue sólo una la herida mortal y no se sabe cuál de ellos fue el autor del disparo que causó la muerte, no se aplicó el artículo 385; y, finalmente, porque la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 6º del artículo 37 que se le atribuyó, carece de base en el proceso.

La objeción de que el veredicto es evidentemente contradictorio, la apoya en el análisis comparativo de las respuestas del jurado al cuestionario, especialmente en relación con las circunstancias en que Pedro José y Raúl Rodas cometieron el delito: en estado de ira e intenso dolor el primero, y en defensa de la vida de su padre el segundo. El demandante halla una evidente contradicción entre las contestaciones, las cuales —afirma— "son incompatibles frente a la lógica común, y más lo son ante el criterio jurídico". "Cuando el jurado —razona el demandante— justificó el hecho atribuído a Raúl Rodas, en virtud de que tuvo necesidad de defender la vida de su padre, ello no significa otra cosa que la de haberse hallado Pedro José en la misma necesidad de defender legítimamente su persona. De suerte que —termina el demandante— el estado de ira e intenso dolor del veredicto del fol. 297 (para Pedro José Rodas) no puede conciliarse con el veredicto del fol. 298 (para Raúl Rodas)".

El Procurador Delegado, en su respuesta a la demanda, rebate las objeciones a la sentencia, menos la relativa a la circunstancia de mayor peligrosidad (comprendida en la causal primera), que considera no imputable al procesado, por cuyo motivo pide se case la sentencia en el sentido de reducir la pena a ocho años de presidio.

IIII — Estudio del recurso

Separadamente y en su orden numérico, a continuación se estudian las causales de casación alegadas.

a) Violación de la ley penal

La concretó el demandante —como ya se expuso— en que el Tribunal interpretó el estado de ira e intenso dolor reconocido por el jurado como la circunstancia del artículo 28 (3º) y no como la del artículo 28, en que no aplicó el artículo 385 estando acreditada la complicidad correlativa, y en que se le cargó una circunstancia de mayor peligrosidad no comprobada en el proceso.

Examinadas en cuanto a la entidad competente para calificarlas y apreciarlas, en cuanto a su interpretación y en cuanto a su existencia legal en este proceso, se llega a la conclusión de que no ha habido indebida aplicación de la ley penal, lo que se explica en seguida.

La calificación y apreciación de las circunstancias modificadoras del delito y de la responsabilidad —de acuerdo con la doctrina y la ley— competen exclusivamente al jurado en los procesos de competencia de los Jueces Superiores, de modo que si aquél no las reconoce en su integridad, los jueces —al fallar— no pueden substituírlo en su función de completar los elementos que las integran, lo que significa que la facultad de interpretación del veredicto está condicionada a la extensión de poderes de jurado, a menos que aquél sea claramente contrario a los datos mismos del proceso (artículos 480, 537 y 554, C. P. P.).

En este orden de ideas, si la condición esencial para que el estado de ira o de intenso dolor constituya la circunstancia del artículo 28 del Código Penal es la provocación simultáneamente grave e injusta, y el jurado reconoce el estado y omite la provocación grave e injusta o reconoce la una y calla la otra, el Juez no puede suplir la condición total o parcialmente, y en ese caso, el estado de ira o dolor adquiere el carácter de circunstancia de menor peligrosidad, cuya calificación y apreciación —conforme al artículo 499 del de Procedimiento Penal— incumbe a los Jueces de Derecho.

El reconocimiento que hizo el jurado del estado de ira e intenso dolor en que Pedro José Rodas dio muerte a Pedro Luis Uribe no implica, por lo tanto, la excusa de la provocación; y menos si, conforme al proceso, ella privativamente partió de Rodas, al penetrar en tierras de Uribe después de un convenio amistoso para que le respetara su propiedad, lo que dio origen a la agresión (a piedra) de Uribe a Rodas, y después a la desproporcionada de éste a aquél, que le causó la muerte.

La complicidad correlativa —lesiones u homicidio en que han tomado parte varias personas y no sea posible determinar su autor— no podía reconocerla el Tribunal, primero porque su calificación definitiva, de acuerdo con la doctrina, corresponde al jurado y no al Juez (quien hipotéticamente puede hacerla y proponerla al Jurado); y segundo, porque descartado por aquél el concurso entre Pedro José Rodas y su hijo Raúl Rodas, desaparece el elemento sustancial de la coparticipación, con tanto mayor razón cuando que Pedro José, según el fallo del Juzgado, afirmó haber sido él quien hizo a Uribe el disparo mortal, lo que destruye el requisito de la imposibilidad de determinación del autor que es, precisamente, elemento esencial de la figura de complicidad alegada.

La circunstancia de mayor peligrosidad, concretada en que el modo de ejecución del delito hizo más difícil la defensa de Uribe, no tiene apoyo en el proceso, como el Procurador Delegado lo reconoce: los Rodas dispararon sus armas contra aquél después de haberlo desafiado públicamente, según las afirmaciones de Ana Bolívar y Manuel González, y si ello fue cierto —como se deduce del fallo de primer grado— los Rodas, mediante el desafío, colocaron a Uribe en la posibilidad de hacer frente al ataque, esto es, de defenderse; desde otro punto de vista, los estados emocionales, como el en que se dice que actuó Pedro José Rodas, crean tan serio y hondo desconcierto en los centros razonadores, que no permiten escoger el momento más oportuno ni el modo más adecuado para que el golpe no falle como acaece a los premeditativos; el modo de ejecución del delito imputado a Rodas, por lo consiguiente, no constituye circunstancia de mayor peligrosidad, y entonces la causal primera prospera y la pena debe reducirse al mínimo.

b) Veredicto contradictorio

De un mismo delito cometido por dos, en coparticipación, no puede predicarse —evidentemente— que el uno haya actuado en estado de ira e intenso dolor, y el otro en estado de legítima defensa de su copartícipe, es decir, que el mismo hecho no sea delito para el uno y lo sea —en cambio—

para el otro, cuando el motivo, el modo de ejecución, el fin, son los mismos, porque ello envuelve una clara contradicción, sobre lo cual —expuesto así en forma general— no hay discrepancia. Cuestión diferente es la de si el veredicto emitido en este proceso tiene el fundamento necesario para deducir esa contradicción entre la respuesta relativa a Pedro José Rodas y la relativa a su hijo Raúl Rodas, es decir, si la defensa que —se dice— el último ejerció, al atacar a Uribe, fue la legítima defensa de la vida de su padre, que justifica el hecho.

La justificación tiene aquí dos fases de examen: la derivada de la ley penal material y la derivada de la ley penal formal; en cuanto a la primera, la defensa, para que se tenga como legítima, requiere la existencia de una violencia actual e injusta, que ponga en peligro inminente la vida, que no pueda repelerse en otra forma, y que entre el ataque y la defensa haya la adecuada proporción; en cuanto a la segunda, que el jurado, con base en el proceso, la haya estructurado expresa y claramente. Ni el jurado la reconoció, ni en el proceso se configuró, lo que brevemente se explica en seguida, de acuerdo con los testimonios e indagatorias transcritos o resumidos en los fallos.

Dos incidentes sucesivos, el uno causa del otro, surgieron el cinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno, entre Pedro José Rodas y Pedro Julio Uribe; el primero, cuando éste agredió a aquél con arma contundente porque estaba arrancando hierbas en el predio de su propiedad que acababa de ser motivo de un arreglo amigable, y el segundo, cuando los Rodas después de injuriar y desafiar a Uribe le dispararon sus armas, sin que la amenaza a machete que refirió Pedro José ante el funcionario instructor como motivo de su delito, se hubiera comprobado en forma alguna; si, pues, la provocación grave e injusta —como se explicó anteriormente pudo ser acreditada, menos lo fue la agresión violenta, actual, injusta, que justifica el contra-ataque a aquélla proporcionado. Esto aclara por qué el Jurado solo reconoció a Raúl Rodas —equivocadamente en concepto de la Sala— la defensa de la vida de su padre como motivo del ataque, pero no la defensa legítima, que es institución jurídica diversa de la simple defensa, y que no podía —por lo tanto— fundar la absolución.

Si doctrinaria y generalmente la legítima defensa y el estado de ira o intenso dolor se excluyen, en el presente caso las respuestas del jurado, en una de las cuales reconoció a Pedro José Rodas el estado de ira e intenso dolor y en la otra a su hijo Raúl Rodas el de simple defensa de la vida de su padre, no son contradictorias entre sí, y no siéndolo, la causal séptima no prospera.

IV — Decisión del recurso

Probada la causal primera, únicamente en cuanto se imputó a Pedro José Rodas una circunstancia de mayor peligrosidad —la del numeral 6º del artículo 37— no acreditada en el proceso, debe casarse la sentencia por tal motivo, y reducirse, por consiguiente, a su mínimo la pena.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual condenó a Pedro José Rodas a la pena de ocho años y ocho días de presidio, por el homicidio en Pedro Luis Uribe, y en su lugar condena al mismo procesado y por el mismo delito a ocho años de la misma pena, y reduce al mismo período de tiempo el de la interdicción de derechos y funciones públicas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jorge Gutiérrez Gómez, Conjuez. — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.



TRANSITO DE LEGISLACIONES EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL. — COMPLICIDAD CORRELATIVA. — CUANDO PUEDE HABER LUGAR A LA OBJECION POR NO HABER EXPRESADO LA SENTENCIA LOS HECHOS PROBADOS

1.—Cometido el delito en el año de 1936, tanto el proceso como la pena estarían subordinadas a las leyes que entonces regían; pero sustituídas éstas en 1938, es decir, antes de dictar fallo definitivo, la ley procesal hubo de aplicarse inmediatamente con las restricciones de la Ley 153 de 1887 (artículo 40), y la penal sólo en cuanto fue más favorable a los procesados, como se hizo. Con sujeción a esta doctrina, el Juez dirigió el juicio y el Tribunal fijó la pena de conformidad con las leyes nuevas, pero ahora el Procurador conceptúa que el recurso se estudia según la ley vigente en la época del delito (118 de 1931), por cuanto la nueva no contiene causales como la de error en la apreciación del cuerpo del delito, informalmente aquí alegada; esta insinuación la acogería la Corte, si el demandante, en vez de la cuantía como elemento del robo, hubiera atacado el fallo por inexistencia del cuerpo del delito, y si, además, se hubiera solicitado, como más favorable, en la demanda. Estando, pues, incluídas las causales invocadas tanto en una ley como en la otra, se procede a su estudio con base en la ley señalada en el recurso.

2.—La complicidad correlativa en procesos con jurado —de acuerdo con la doctrina— requiere, además, de sus elementos esenciales, que la hayan reconocido, el Juez en el auto de proceder y el jurado en el veredicto (éste en todo caso).

3.—La objeción de que en la sentencia no se expresan, en forma clara y terminante, cuáles fueron los hechos probados, fue apenas enunciada, mas no fundada. Esa objeción tiene cabida cuando en la sentencia se omiten hechos fundamentales del proceso, esto es, cuando se guarda silencio respecto a la prueba del delito o de la responsabilidad o se absuelve o se aplican penas o medidas de seguridad, sin que se expongan las razones para absolver o para imponer esta o aquella pena con base en determinada norma de la ley penal; cuando, finalmente, hay tal ambigüedad en el fallo, por imprecisión en lo concerniente al delito, a la responsabilidad o a la pena, que sugiera dudas sobre su fundamento como sobre su ejecución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio cinco de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno)

Vistos

El abogado de Noé Puerto y Tomás Cárdenas, formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa, del cinco de julio del año pasado, que les impuso —con aplicación de los artículos 33, 37 y 363 del estatuto penal hoy vigente— las penas de veinte y diez y ocho años de presidio, respectivamente, como autores del homicidio y robo en la persona y bienes de Rafael Bayona, cometido la noche del nueve al diez de abril de mil novecientos treinta y seis, en su casa de campo de "Los Naranjos", del Municipio de Pesca.

Como punto de partida del examen que ha de hacerse, se resumen en seguida las partes del proceso que tienen conexión con el recurso, entre ellas la narración de los motivos, circunstancias y modalidades del delito, la calificación del jurado y los fallos de instancia.

I — El proceso contra Puerto y Cárdenas

El proceso contra Noé Puerto, Tomás Cárdenas, Luis Fernando Becerra y Samuel Granados tuvo su origen en el asalto que la noche del nueve al diez de abril de mil novecientos treinta y seis (jueves y viernes santos) varios individuos, disfrazados, enmascarados y armados, organizaron y realizaron en la casa de campo de Rafael Bayona, situada en el sitio llamado "Los Naranjos" del Mu-

nicipio de Pesca, cuando aquél, su esposa Julia González, y las personas del servicio doméstico dormían tranquilamente. Escalando muros, irrumpieron en las habitaciones de los esposos Bayona, e intimidándolos con armas y amenazas los obligaron a indicar el baúl donde guardaban el dinero, no sin que alguno de ellos, ante la resistencia que quiso oponer Rafael Bayona, lo agrediera a puñal, causándole casi inmediatamente la muerte, mientras otros rompían el baúl y se apoderaban del dinero allí tenido y que, según los datos, pasaba de la suma de cinco mil pesos. Bayona tenía fama de acaudalado y avaro en la región y, de acuerdo con datos que dio su esposa al funcionario instructor, unos ocho días antes de su muerte había vendido unas cincuenta cargas de trigo, cuarenta novillos gordos, de modo que —según ella— la suma guardada pasaba de cinco mil pesos, y de diez mil según otros, dineros éstos que —como los que recibía en pago de las operaciones que frecuentemente hacía— guardaba en su casa, adverso como era a depositarlos en instituciones de ahorro o bancarias.

Abierto el juicio criminal contra Puerto, Cárdenas y Becerra, y sobreseído Granados en forma definitiva, el Juez, en cuestionarios separados para cada uno de aquéllos, propuso al jurado las dos siguientes cuestiones: primera, si Puerto, Cárdenas y Becerra, son responsables de haber dado muerte, cada uno en concurso de los otros, al señor Rafael Bayona, en la noche del nueve al diez de abril de mil novecientos treinta y seis, dentro de la casa de la víctima, mediante el empleo de arma cortante y punzante que causó los estragos de que da cuenta la diligencia de autopsia (lesiones viscerales esplénicas, hepáticas, pulmonares dobles y cardíacas, se aclara) con premeditación, motivos innobles y bajos y para cometer el delito de robo a que se refiere la cuestión siguiente; y segunda, si los nombrados Puerto, Cárdenas y Becerra son responsables, cada uno en concurso de los otros, del robo de valores por cantidad mayor de cinco mil pesos moneda corriente, (bienes muebles), de propiedad de Rafael Bayona, con las circunstancias de tiempo y lugar ya indicadas, con premeditación y motivos innobles y bajos.

Con base en las respuestas del jurado, afirmativa en cuanto al homicidio pero sin premeditación, y afirmativa en cuanto al robo, para Puerto, Cárdenas y Becerra, y ambas negativas para Granados, se dictaron las siguientes sentencias:

a) La de primer grado, del cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual —con aplicación de los artículos 33, 36, 37, (3º, 6º, 9º y 13), 38 (11), 363 y 404 (1º y 3º), se impuso a Puerto y Becerra la pena de veinte años de presidio y la de diez y ocho años a Cárdenas en atención a la mayor peligrosidad de Becerra, al haber sufrido Puerto condenas anteriores, y a la menor peligrosidad de Cárdenas, y

b) La de segundo grado, del cinco de julio del año pasado, por la cual el Tribunal confirmó en todas sus partes la de primero.

III — La demanda

Los motivos por los cuales se impugna la sentencia y que corresponden a las causales primera, tercera y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, son —en síntesis— los siguientes:

a) Haber aplicado, en cuanto al homicidio el artículo 363 del Código Penal, en vez del artículo 362 en relación con el artículo 385, en atención a que el jurado descartó la circunstancia de la premeditación y en el delito participaron varios, sin que se hubiera sabido quién fuera el autor; y en cuanto al robo, haberle fijado una cuantía mayor de quinientos pesos, que fue la probada;

b) Haber dictado la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado, por cuanto éste, al descartar la premeditación, situó el homicidio en la categoría de intencional, y sin embargo el delito fue sancionado como asesinato, y

c) No haberse expresado claramente en la sentencia cuáles hechos se consideraron probados.

Como conclusión, el demandante pide "se aplique correctamente la ley penal, se descarte, por no estar comprobado, el delito de robo en cuantía de cinco mil pesos o más, se reduzca la sentencia a las proporciones que, según la ley, merezcan los procesados, no por estar demostrado el delito o delitos que se les acusa, sino por el jurado haber dado así su veredicto".

IIII — Estudio del recurso

Cometido el delito en el año de 1936, tanto el proceso como la pena estarían subordinados a las leyes que entonces regían; pero sustituídas éstas en 1938, es decir antes de dictar fallo definitivo, la ley procesal hubo de aplicarse inmediatamente con las restricciones de la Ley 153 de 1887 (artículo 40), y la penal sólo en cuanto fue más favorable a los procesados, como se hizo. Con sujeción a esta doctrina, el Juez dirigió el juicio y el Tribunal

fijó la pena de conformidad con las leyes nuevas, pero ahora el Procurador conceptúa que el recurso se estudia según la ley vigente en la época del delito (118 de 1931), por cuanto la nueva no contiene causales como la de error en la apreciación del cuerpo del delito, informalmente aquí alegada; esta insinuación la acogería la Corte, si el demandante —en vez de la cuantía como elemento del robo— hubiera atacado el fallo por inexistencia del cuerpo del delito, y sí, además, se hubiera solicitado, como más favorable, en la demanda. Estando, pues, incluídas, las causales invocadas tanto en una ley como en la otra, se procede a su estudio con base en la ley señalada en el recurso.

a) Violación de la ley penal

El demandante objeta como fundamento de esta causal, la aplicación del artículo 363 en vez del 362 del Código Penal, la no aplicación del artículo 385 y la aceptación de una suma mayor de cinco mil pesos como cuantía del robo, pero las objeciones son inaceptables por las razones que en seguida se expresan.

Puerto, Cárdenas y Becerra dieron muerte a Rafael Bayona con el propósito —que fue cumplido— de apoderarse del dinero que guardaba en su casa como producto de valiosas transacciones hechas en los días anteriores del asalto. El jurado reconoció la responsabilidad de ambos delitos, el homicidio como medio del robo, y excluyó la premeditación, y los falladores —por causa de su favorabilidad— fijaron la pena de acuerdo con el nuevo Código Penal.

Comprobado el delito de robo, de acuerdo con los artículos 312, 313 y 314 del Código Procesal Penal, y apreciada la prueba según el criterio adoptado mediante el artículo 224, la exclusión de la premeditación anuló ese elemento del homicidio agravado no obstante el reconocimiento de los motivos bajos e innobles; pero si él desapareció, quedó —en cambio— en toda su firmeza otro, aún de mayor gravedad: la ejecución con el fin de preparar, facilitar o consumar el robo. La aplicación del artículo 362 al homicidio cometido para robar, habría constituído, ello sí, una flagrante violación de la ley penal.

La aplicación del artículo 385 no es más defendible. La complicidad correlativa en procesos con jurado —de acuerdo con la doctrina— requiere, además, de sus elementos esenciales, que la hayan reconocido, el Juez en el auto de proceder y el jurado en el veredicto (éste en todo caso), condición que no fue aquí cumplida. La violación de la ley penal, tampoco, pues, se ha realizado.

b) Desacuerdo del veredicto y la sentencia

Examinada esta objeción, frente a la Ley 118 de 1931, prosperaría. Los falladores, en efecto, calificaron de agravado el homicidio cometido en 1936, cuando ese carácter requería, como base, la premeditación, que en este proceso el jurado descartó. Frente a la nueva ley, aquélla es apenas uno de los varios elementos que configuran el homicidio agravado (o asesinato), y su rechazo no desnaturaliza la especie delictuosa si otro u otros elementos propios de su esencia la acompañan, como aquí sucede.

Mas si el recurso se decide de conformidad con la ley vigente en la época del delito, la pena excedería en mucho a la impuesta y, en virtud del principio de que la **reformatio in pejus** no es viable aquí cuando el Ministerio Público no es el recurrente, el recurso no tendría efecto alguno práctico.

Estudiada la causal frente a la nueva ley, no existe el desacuerdo, por cuanto el fallo se subordina a la calificación hecha por el Jurado, y éste, al reconocer el homicidio como delito medio del robo, dio a aquél el carácter de agravado.

c) Falta de expresión de los hechos probados

La objeción de que en la sentencia no se expresan, en forma clara y terminante, cuáles fueron los hechos probados, fue apenas enunciada, mas no fundada. Esa objeción tiene cabida cuando en la sentencia se omiten hechos fundamentales del proceso, esto es, cuando se guarda silencio respecto a la prueba del delito o de la responsabilidad o se absuelve o se aplican penas o medidas de seguridad, sin que se expongan las razones para absolver o para imponer ésta o aquélla pena con base en determinada norma de la ley penal; cuando, finalmente, hay tal ambigüedad en el fallo, por imprecisión en lo concerniente al delito, a la responsabilidad o a la pena, que sugiera dudas sobre su fundamento como sobre su ejecución.

IV — Decisión del recurso

Aplicada la ley penal hoy vigente por ser más favorable y la procesal, no sólo por ser de inmediata aplicación, sino porque en nada modificaría la situación de los procesados (especialmente

en cuanto a la causal tercera), se llega a estas conclusiones:

a) Que, dada la gravedad de los delitos y la peligrosidad de sus autores revelada en las circunstancias que los acompañaron, la ley penal fue rectamente aplicada;

b) Que los fallos se dictaron de conformidad con la calificación que de los hechos efectuó el jurado;

c) Que en la sentencia se determinaron con precisión y claridad los hechos que Juez y Tribunal consideraron probados, y

d) Que, no habiéndose fundado ninguna de las causales invocadas, o que lo que podía considerarse fundada no modifica la situación de los procesados por la imposibilidad de agravarles la pena, no debe casarse la sentencia.

A análogas conclusiones llegó el Procurador Delegado, cuyo importante estudio sobre este recurso, el que siguió la Corte en este fallo, hace inútil ratificar o ampliar las tesis expuestas en su concepto.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa, del cinco de julio del año pasado, por la cual condenó a Noé Puerto y Tomás Cárdenas a las penas de veinte y diez y ocho años de presidio, por los delitos de homicidio y robo cometidos la noche del nueve al diez de abril (jueves a viernes santo) de mil novecientos treinta y seis, en el sitio "Los Naranjos", Municipio de Pesca.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

CAUSALES 2ª Y 7ª DE CASACION. — VEREDICTO CONTRADICTORIO Y VEREDICTO CONTRAEVIDENTE

1.—El declarar el veredicto del jurado contrario a la evidencia de los hechos es atribución que sólo compete a los jueces de instancia, ya que la injusticia del veredicto fue descartada del nuevo Código de Procedimiento Penal como motivo de casación, como se desprende de los artículos 537, 554 y 567 de dicho estatuto, lo mismo que de las discusiones que sufrió el proyecto del Código mencionado en la Comisión de Reformas Penales, y de la ya abundante jurisprudencia de la Corte sobre el particular, cuya conclusión es la de que la causal 2ª de casación no tiene cabida en los juicios en que interviene el jurado.

2.—Para que el veredicto del jurado sea considerado contradictorio, se requiere que en su enunciado exponga dos pensamientos, que por diversos y contraopuestos, su contenido sea igualmente imposible de descifrar porque si se acepta uno, el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del jurado.

En cambio, el veredicto contraevidente, es el que enunciado en forma coordinada, con pensamientos claros y lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo se halla en desacuerdo con la realidad de los hechos procesales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. Bogotá, julio cinco de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre)

Vistos

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en fallo de veintisiete de noviembre del año próximo pasado, condenó a Luis Camacho Rojas, Miguel Carrillo Sarmiento y Cayetano Ortega Esteban a la pena principal —para cada uno— de diez y ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsables del delito de homicidio de que fue víctima Luis María Flórez.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación únicamente el procesado Luis Camacho Rojas. Llenados los trámites de rigor, el señor apoderado del reo, presentó la demanda de casación. El señor Procurador ha rendido su concepto legal, por lo cual, la Sala entra a decidir el recurso.

Demanda

El recurrente invoca como causales de casación la 2ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 2ª: Errada interpretación o apreciación de los hechos

El recurrente al sutentar esta causal revive en casación las tesis que sustentó ante los jueces de instancia y en la audiencia pública, a saber: Que el procesado Camacho Rojas y sus compañeros no fueron los autores del homicidio por el cual se le llamó a responder en juicio, ya que la prueba recogida al principio de la investigación compromete a los hermanos Laguados (Rafael y José de la Cruz); que si en verdad los procesados Camacho Rojas y Carrillo Sarmiento confesaron su participación en el homicidio, ello lo hicieron para salvar a los verdaderos responsables, los Laguados, y entonces sólo debe imputárseles —a los primeros— un simple delito de encubrimiento; y que, finalmente, aún aceptando que Camacho Rojas y demás condenados hubiesen dado muerte a Luis María Flórez, ello lo hicieron en un caso de legítima defensa subjetiva, o al menos, en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

Se considera:

Ciertamente —como lo dice el señor Procurador Delegado— al ser aceptados por la Corte los temas presentados por el recurrente para sustentar la causal 2ª de casación llevarían necesariamente a declarar el veredicto del Jurado contrario a la evidencia de los hechos. Atribución ésta que sólo compete a los jueces de instancia, ya que

la injusticia del veredicto fue descartada del nuevo Código de Procedimiento Penal como motivo de casación. Así se desprende de los artículos 537, 554 y 567 de dicho estatuto, lo mismo que de las discusiones que sufrió el proyecto del código mencionado en la Comisión de Reformas Penales y de la ya abundante jurisprudencia de la Corte sobre el particular, cuya conclusión es la de que la causal 2ª de casación no tiene cabida en los juicios en que interviene el jurado. En consecuencia, dicha causal segunda no prospera.

Causal 7ª: Veredicto evidentemente contradictorio

Funda el recurrente esta causal en los mismos argumentos de la anterior, pues sostiene que ni el Jurado, ni los juzgadores de instancia quisieron admitir las circunstancias favorables alegadas por los procesados en sus confesiones.

"Ese estado netamente subjetivo —dice el recurrente— estimulado por un ambiente tradicional, y por un momento de exaltación colectiva, ese estado, repito **que confesó también mi cliente y que** no ha sido desvirtuado por ninguno de los elementos procesales probatorios, **no fue estimado por el Jurado, ni por el Juzgado ni por el Tribunal.** Y tal desestimación implica un **veredicto contraevidente,** y por tanto un fallo igualmente contraevidente y **casable,** al tenor de la causal séptima alegada".

Se considera:

La causal 7ª de casación se refiere al caso de que la sentencia recurrida "se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio", esto es, como lo dice el Ministerio Público, con base en una decisión del Jurado que sea imposible de apreciar en derecho, porque sus afirmaciones y negaciones simultáneas respecto de un mismo hecho, se destruyen, a tal punto que no puede saberse cuál fue el verdadero pensamiento del tribunal popular, cuál la calificación definitiva que hizo de las cuestiones **sub judice** y cuál la pauta que le fijó al Juez de derecho para el fundamento de su sentencia.

Lo contradictorio —ha dicho la Corte— es lo que se niega a sí mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea considerado contradictorio, se requiere que en su enunciado exponga dos pensamientos, que por diversos y contrapuestos, su contenido sea igualmente imposible de descifrar porque si se acepta uno, el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del Jurado.

En cambio, el veredicto contraevidente, es el que enunciado en forma coordinada, con pensamientos claros y lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo, se halla en desacuerdo con la realidad de los hechos procesales. En tal forma, la decisión del Jurí, aunque uniforme y clara, está viciada de injusticia al expresar una cuestión contraria a la evidencia de los hechos. De tal suerte, que la contraevidencia dice relación a hechos del proceso, respecto de la decisión del Jurado; mientras que en la contradicción no existe esa relación con el proceso y ella se opera únicamente en los términos empleados por el Jurado en su veredicto.

En el caso a estudio, el recurrente pretende sostener que un veredicto absolutamente claro es contradictorio porque no acepta algunas de las tesis debatidas en la instancia. En el fondo ese cargo es el de injusticia o contraevidencia del veredicto.

En el presente caso, al Jurado se le plantearon, en relación con el procesado Camacho Rojas, las siguientes cuestiones:

"Cuestión primera. — El acusado Luis Camacho Rojas es responsable de haber dado muerte, en asocio de otras personas, a Luis María Flórez, por medio de varias heridas que con proyectiles de armas de fuego se le causaron en diversas partes del cuerpo, acontecimiento sucedido en las primeras horas de la noche del once de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el camino que de la hacienda del "Retiro" conduce a la vereda de "Santa Marta", en la comprensión municipal de Matanza y en la ejecución de ese hecho obró el acusado con el propósito de matar?

"Cuestión segunda.—¿El acusado Luis Camacho Rojas, ejecutó el hecho a que se refiere la cuestión primera poniendo a la víctima en circunstancias de indefensión e inferioridad, esto es, con alevosía?"

El Jurado contestó por unanimidad a las dos cuestiones propuestas: "Sí".

En el auto de proceder se le imputó a Camacho Rojas el delito de homicidio con circunstancias de asesinato —"indefensión e inferioridad, esto es, con alevosía".

En la sentencia del Tribunal se hizo un análisis de las pruebas aducidas, de la sustentación jurídica y de hecho del veredicto, de las tesis planteadas a través del proceso, estableciéndose la claridad y armonía del veredicto con los hechos probados en las instancias.

Al tribunal de conciencia se le presentaron cuestiones claras, en las cuales se expresaban todos los elementos del delito de homicidio específicamente agravado por las circunstancias allí expuestas y él simplemente contestó con el monosílabo "Sí". Imposible encontrar contradicción en una simple afirmación.

De consiguiente, los fundamentos presentados por el demandante para sustentar la causal 7ª son inválidos, por lo cual ésta debe también rechazarse.

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 Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de la cual se condenó a Luis Camacho Rojas a la pena principal de diez y ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Luis María Flórez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

DELITO DE LESIONES PERSONALES.—NULIDADES

Los conceptos de perturbación psíquica transitoria y perturbación funcional de un órgano o miembro no son idénticos: el primero, hace referencia propiamente al conjunto de facultades mentales, memoria, entendimiento y voluntad; el segundo, hace referencia a las funciones materiales que prestan los órganos anatómicos de que disfruta la persona humana.

Cuando la lesión produce una perturbación psíquica transitoria, el hecho se sanciona por la disposición del artículo 373 del Código Penal, y cuando el hecho produce una perturbación funcional transitoria cae bajo la sanción del artículo 374 de la misma obra.

Pero la aplicación de estos preceptos no está subordinada por mandato legal a que la perturbación psíquica o la perturbación funcional transitoria "sean de larga duración", sino al hecho básico o fundamental de que la lesión produzca como consecuencia natural una perturbación psíquica o una perturbación funcional transitoria del órgano o miembro. Es claro que cuando la perturbación no va más allá de la incapacidad puede confundirse con ésta, y en este caso, la norma aplicable sería la que rige la naturaleza y consecuencia del hecho mismo. Pero cuando esa perturbación se prolonga más allá de la incapacidad, por interpretación benigna, no puede reemplazarse en la imposición de la sanción una pena con otra, sino que debe darse aplicación estricta a las disposiciones que contemplan los casos de perturbación funcional transitoria o permanente, según el caso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, condenó a Ezequiel Velasco Quintana, a la pena principal de un año de presidio como responsable de un delito de lesiones personales causadas en Heliodoro Pechené.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación, el cual fue sustentado ante la Corte por el defensor del procesado, y como se hallan cumplidos los trámites legales, se procede a su estudio.

Demanda

Se invoca como causales de casación las de los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Dice el recurrente que el proceso está "viciado de varias irregularidades" y en referencia al cargo concreto de la nulidad, lo expresa así:

"A ninguno de los dos ofendidos les fueron practicados los tres reconocimientos de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, ni se les hizo saber que debieran sujetarse a determinados tratamientos. No se tuvo en cuenta que el dictamen de los señores Médicos Legistas relacionado con el último reconocimiento que practicaron en la persona de Heliodoro Pechené, es deficiente, no explica en qué consiste la perturbación funcional, que le quedó al ofendido".

Se considera:

Cuando se trata de un delito de lesiones personales, la prueba pericial —en este caso— reconocimiento del ofendido por los peritos, es indispensable para la demostración del delito en su elemento material, y en él debe determinarse la naturaleza de las lesiones, su extensión, direc-

ción, y demás circunstancias peculiares que las caractericen y los efectos o consecuencias que ellas produzcan.

El dictamen de los peritos, cuando él contiene puntos dudosos o que no están suficientemente claros en sus respectivas conclusiones, puede ser ampliado, explicado o aclarado dentro del proceso. Y este derecho debe ejercerse por las partes hasta el momento en que el negocio se encuentre al despacho del juez de la causa para dictar la respectiva sentencia. Pero cuando no se hace uso del derecho conferido por los artículos 226 y 227 del Código de Procedimiento Penal, la ley le otorga al juez facultad para pedir que se amplíe o aclare en los puntos que ofrezcan duda o confusión en relación con los temas que contiene la misma prueba pericial.

Pero las omisiones provenientes por el no cumplimiento éstricto de las normas contenidas en los artículos 308, 266 y 267 del Código de Procedimiento Penal, no son hechos constitutivos de nulidades, porque la ley procedimental en sus artículos 198 y 199 no las ha erigido como causales de esta naturaleza. Si la prueba pericial sirve en concepto de los juzgadores como elemento probatorio suficiente para demostrar el elemento material del delito de lesiones personales, ella debe ser apreciada de conformidad con las normas que regulan esta clase de pruebas dentro de la respectiva sentencia.

Las dudas que la prueba pericial plantea a las partes, no las puede resolver el juez oficiosamente, ora porque el funcionario no puede saber en un momento dado en qué estriban o se fundan esas dudas, ya también, porque no puede ser depositario del pensamiento de una de las partes Por esto, la ley consagra un derecho a favor de éstas para que se amplíe o complete la prueba pericial, pero cuando no lo ejercen o deliberadamente omiten hacerlo, si el Juez no tiene ninguna duda sobre el particular, no puede pedir que los peritos amplíen o aclaren los puntos que posteriormente pueden ser objeto de dudas para las partes y no para el juzgador.

En los conceptos periciales de 25 de julio y 12 de agosto de 1946, los Médicos Legistas fijaron la incapacidad y las consecuencias de las lesiones, y en orden a esta finalidad, determinaron una incapacidad definitiva de veinte días seguida de una perturbación funcional transitoria de uno a dos meses, pero el hecho de que en ese concepto no se hubiera especificado cuáles eran los tratamientos que la persona lesionada debía observar, no le quita a esa prueba ningún mérito legal; ella sirve —se repite— para la demostración del cuerpo del delito en su elemento material. Y en estas condiciones, la nulidad que se pretende deducir de la disposición del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal no es procedente, o mejor dicho, no existe.

El recurrente no determina en forma expresa en qué consiste la nulidad, para impugnar por este motivo la sentencia recurrida. Porque si el cargo se basa sobre el contenido de la prueba pericial, la causal invocada no sería la cuarta sino la segunda, que es la que hace referencia a la apreciación de los hechos y a su demostración probatoria.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

El demandante argumenta así:

"Los señores Magistrados al dictar la sentencia que hoy acuso, interpretaron o apreciaron erradamente, los hechos ocurridos en casa de Ezequiel Velasco Quintana, el 20 de julio de 1946, con motivo al mal proceder del invitado Heliodoro Pechené; en tal sentencia no se tomaron en cuenta las circunstancias exculpativas que aparecen de bulto en el proceso, a favor de Velasco Quintana".

Y posteriormente afirma que los motivos que sustentan esta causal son los mismos que sirven de fundamento para la causal primera, y entre éstos, se aduce el hecho de que el procesado obró en estado de legítima defensa.

Se replica:

El artículo 531 del Código Judicial, en relación con la demanda de casación es de imperioso cumplimiento, no sólo por el carácter de extraordinario que le asigna la ley al recurso, sino también, porque en el estudio que haga la Corte de la demanda frente a la ley, no puede extenderse y conocer de temas que no le fueron planteados o que se omitieron al sustentar el recurso.

La demanda debe contener un resumen de los hechos que fueron materia de la controversia, y la enunciación de la causal alegada para pedir la infirmación del fallo, determinándose en forma clara y precisa los hechos que fundamentan la causal y las disposiciones legales que el demandante considera violadas.

La sola enunciación de la causal alegada sin su demostración previa equivale a no probarla, porque su demostración no es función que la ley le asigna al fallador sino al demandante; de no ser así, la Sala no sólo asumiría el papel del recurrente para suplir los vacíos en la indicación de los motivos que en la sentencia aparezcan como perjudiciales para el interesado, sino también, con las disposiciones violadas, y ésta es función que la ley le asigna al demandante pero en ningún caso a la Corte.

"En este recurso extraordinario —que en nada se parece a una tercera instancia— dice la Procuraduría— lo que no se sustenta adecuadamente, es como si no existiera".

"Si se omiten aquellas disposiciones o alguna de ellas, o se invoca y analiza una causal que no corresponde al tema suscitado, porque es propio de otro motivo distinto de casación, la consecuencia inexorable es la de que el recurso debe desecharse, aunque las simples aseveraciones del demandante sean verídicas en el fondo.

Como la demanda sólo contiene la enunciación de la causal, su estudio no es procedente, máxime cuando se alega un hecho tan fundamental como es la legítima defensa. En este caso, debió acreditarse cuáles son los hechos y las pruebas que la sustentan, ya que su demostración conlleva, consecuencialmente, a la negación de la responsabilidad.

En consecuencia, la causal alegada no prospera.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

El Tribunal quebrantó la disposición del artículo 374, pues no era la aplicable, sino el artículo 373, ya que la perturbación funcional transitoria que fijaron los médicos se confundió con la incapacidad; la pena impuesta sólo es procedente "cuando la perturbación funcional que afecte el organismo del ofendido sea de larga duración" y cuando los Médicos Legistas determinan en qué consiste la perturbación funcional.

Se violó el artículo 25 del C. Penal, porque el fallador no tuvo en cuenta que "Ezequiel Velasco Quintana estaba obligado, por derecho de conservación de su vida, por derecho de conservación de su integridad personal, a atender a su legítima defensa, ante la violenta agresión inesperada, injusta, y actual de que fue víctima, en su propia casa, de parte de su invitado Heliodoro Pechené".

Se infringieron las disposiciones de los artículos 80 del Código Penal y 663 del Código de Procedimiento Penal porque no se decretó la suspensión de la sentencia.

Y finalmente se violó la ley procedimental porque el fallador no tuvo en cuenta la duda planteada sobre el tema de la verdadera responsabilidad, caso en el cual debió aplicar la norma del artículo 404 "que insinúa resolver toda duda a favor del acusado, acatando aquel principio justísimo de Jurisprudencia Universal que dice: "in dubio, pro reo".

Se contesta:

Los conceptos de perturbación psíquica transitoria y perturbación funcional de un órgano o miembro no son idénticos; el primero, hace referencia propiamente al conjunto de facultades mentales, memoria, entendimiento y voluntad; el segundo, hace referencia a las funciones materiales que prestan los órganos anatómicos de que disfruta la persona humana.

Cuando la lesión produce una perturbación psíquica transitoria, el hecho se sanciona por la disposición del artículo 373 del Código Penal, y cuando el hecho produce una perturbación funcional transitoria cae bajo la sanción del artículo 374 de la misma obra.

Pero la aplicación de estos preceptos no está subordinada por mandato legal a que la perturbación psíquica o la perturbación funcional transitorias "sean de larga duración", sino al hecho básico o fundamental de que la lesión produzca como consecuencia natural una perturbación psíquica o una perturbación funcional transitoria del órgano o miembro. Es claro que cuando la perturbación no va más allá de la incapacidad puede confundirse con ésta, y en este caso, la norma aplicable sería la que rige la naturaleza y consecuencia del hecho mismo. Pero cuando esa perturbación se prolonga más allá de la incapacidad, por interpretación benigna, no puede reemplazarse en la imposición de la sanción una pena con otra, sino que debe darse aplicación estricta a las disposiciones que contemplan los casos de perturbación funcional transitoria o permanente, según el caso.

"La demanda, en este capítulo —dice el Agente del Ministerio Público— se resiente de su vicio general, o sea el de no contener la demostración jurídica de las tesis planteadas.

"El cargo primero se refiere a la estimación de

la prueba pericial, en cuanto a las consecuencias específicas fijadas a la lesión. Pero este punto, como ya se dijo, ha debido tratarlo el demandante en la causal segunda, cosa que omitió.

"Lo relativo a la legítima defensa quedó contestado en el análisis de dicha causal segunda.

"La condena condicional no era procedente concederla, porque la pena aplicada a Velasco fue la de **presidio**, que excluye ese derecho, conforme al artículo 80 del estatuto penal.

"Y, finalmente, dentro del criterio de los juzgadores de instancia no cabía la aplicación del artículo 204 del Código de Procedimiento, porque ellos, lejos de dudar de la responsabilidad del acusado, la dieron por plenamente existente con varios testimonios y con la mismas versiones de los protagonistas de los hechos".

Si el recurso de casación contiene un examen y una crítica contra la sentencia por haberse incurrido en un error en la interpretación de la ley o en la aplicación de la misma, para que prospere la causal es indispensable demostrar en qué consiste ese error, por qué se incurrió en él, y por qué se violaron las disposiciones de la ley sustantiva o procedimental, es decir, que es necesario para que sirva de examen a la Corte, exponer los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico que le permitan hacer un estudio del fallo frente a la ley.

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, por el cual se impuso al procesado Ezequiel Velasco Quintana la pena principal de un año de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre (con salvamento de voto)**—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. Jesús Alfonso Roa,** Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. AGUSTIN GOMEZ PRADA

Con todo respeto por la opinión de mis compañeros de Sala, salvo mi voto en el anterior fallo, en cuanto afirma que la sanción aplicable en caso de lesiones personales que producen perturbación funcional transitoria, es el artículo 374 del Código Penal.

Repitiendo lo dicho en salvamentos anteriores, estimo que si la perturbación transitoria no es grave, no ha de imponerse la pena señalada en el artículo 374, que es de dos a cinco años de presidio, sino la del artículo 372, en el inciso que corresponde a la duración de la perturbación después de la incapacidad para trabajar. Más claro, que si la perturbación no es grave, ha de considerarse como una prolongación de la incapacidad.

No es lo mismo la perturbación funcional que la incapacidad para trabajar, pero la diferencia entre una y otra es más lógica que real y la cuantía y la calidad de las penas marcadas en los artículos 372 y 374 indican que la perturbación transitoria del último precepto es la grave y no la leve. La ley no distingue entre perturbación grave o leve, pero esa cuantía y calidad de las sanciones debe hacer distinguir al juez, porque la ley le ordena adecuar la pena al delincuente según varios factores, uno de los cuales es la gravedad y modalidades del hecho.

El salvamento se refiere, como es obvio, a la parte motiva o doctrinaria, que no a la resolutiva, en la que no discrepo.

Bogotá, 13 de julio de 1949.

Agustín Gómez Prada

CONFESION. — INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION. — CONSONANCIA DE LA SENTENCIA CON EL AUTO DE PROCEDER. — APLICACION DEL ARTICULO 60 DEL C. P. — CASOS EN QUE HAY LUGAR A LA CONVERSION ALLI MISMO SEÑALADA

1.—La confesión en materia penal es el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en hecho de que le sindica. Pero es un error considerarla como una entidad abstracta y absoluta, de valores propios, porque, como toda exposición penal, ha de ser apreciada objetiva y subjetivamente. Objetivamente, por la credibilidad de los hechos mismos sobre los cuales habla el confesante en sus peculiares circunstancias de lugar, tiempo y modo; y subjetivamente, por las condiciones de veracidad que ofrezca el sindicado, ya generales y abstractas, ya concretas y peculiares del proceso y del momento de la recepción de la indagatoria.

Eso y no otra cosa es lo que se quiere significar cuando se afirma que la confesión es indivisible cuando lo favorable que agrega el confesante, a más de ser creíble de suyo, está confirmado por las otras pruebas de un proceso, pues entonces la desconfianza que puede abrigarse sobre la veracidad del sindicado al declarar lo que obra en su favor, desaparece ante otras probanzas, como cuando alguien admite que mató, pero en legítima defensa, o que hirió, pero por provocación grave e injusta de la víctima, como sucede en el caso que se estudia.

Parecidas ideas invoca el señor Procurador, quien concluye su alegato en esta parte diciendo que la confesión calificada no tiene lugar cuando hay plena certidumbre de la responsabilidad del sindicado, en estas o en aquellas condiciones, porque entonces la confesión cede su paso a la fuerza contundente de las pruebas ya completas. "Dicha confesión calificada, por consiguiente, sólo opera en casos de deficiencia probatoria y en situaciones dudosas para la justicia".

2.—Entre el auto de proceder y la sentencia debe haber consonancia, porque el enjuiciamiento es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado y la sentencia no es sino la declaración de responsabilidad o irresponsabilidad por esos cargos.

Cierto es que la jurisprudencia tiene sentada la doctrina de que lo inmodificable del auto de proceder es EL GENERO DEL DELITO expresado en la parte resolutiva de dicha providencia; pero sí puede alegarse que el jurado, que no procede sujeto a tarifa probatoria alguna, puede declarar circunstancias específicas o modificadoras distintas de las consignadas en la parte motiva (artículo 29 de la Ley 4ª de 1943), no puede admitirse que tales circunstancias puedan alterarse en perjuicio del procesado, en los juicios de derecho, esto es, en aquéllos en que el jurado no interviene, cuando en el término de pruebas de la causa no se modifica la situación probatoria en su contra.

El Juez de derecho tiene que apreciar las pruebas sujeto a las pautas que el Código de Procedimiento le señala y, habiendo calificado los hechos en el auto de proceder, obraría en forma arbitraria, y, por lo tanto, injusta, si se apartara en la sentencia de esa calificación sin nuevos elementos de juicio.

Ese es el efecto, precismente, de que la ley ordene al Juez que en el auto en que llama a responder en juicio consigne, en la parte motiva "las circunstancias conocidas" hasta entonces que especifiquen el hecho: que se controviertan en el juicio y se profiera la sentencia según ellas cuando se mantienen inalterables; pero que se desechen y se falle, apartándose de ellas, cuando las pruebas así lo indiquen.

3.—La Corte había sentado la tesis de que la conversión de que habla el artículo 60 del C. P. sólo operaba en el caso de reprimir varios delitos en concurso sancionados con pena de distinta clase, puesto que el mismo código quebranta el mínimo señalado en el artículo 45.

Pero cabe observar a esa doctrina que no es aquél precisamente el caso indicado para que la conversión opere, como que la sanción aplicable entonces es la correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, se entiende que con pena de la misma calidad y además la conversión que en un momento dado aumenta la cantidad al cambiar, por ejemplo, presidio por prisión, permite conceder beneficios como la condena condicional. Ocurrencias en que cabe tener en consideración el citado artículo 60.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, seis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos

El Tribunal Superior de Cali condenó a Luis Carlos Klinger a sufrir la pena principal de dos años de presidio y de multa de doscientos pesos, por el delito de lesiones personales consumado en Eladio Díaz, el 23 de febrero de 1947.

Contra la sentencia, que lleva fecha de 10 de noviembre último, recurrió en casación el señor Fiscal 1º del Tribunal y el señor Procurador ha presentado la demanda ante la Corte, con base en las causales segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

En la mañana del día citado Eladio Díaz se dirigió a la casa de su lavandera a pedir su ropa, pero ella le informó que se la habían robado. Y como Díaz sospechase que sus prendas de vestir habían sido sustraídas por Carlos Klinger, tomó el camino de la casa de éste con el objeto de reclamárselas, lo que hizo, según el procesado y algunas otras pruebas, en términos insultantes, pues lo motejó de ladrón.

Klinger, ofendido por la injuria, sacó un machete y alcanzando a Díaz, que se había retirado, le tiró un machetazo, que le lesionó la mano derecha y le produjo diez días de incapacidad, y le dejó una perturbación funcional permanente en el dedo medio que consiste en que no puede extender dicho dedo.

El Juez de Buenaventura llamó a juicio al sindicado y dejó constancia en la parte motiva de que así había procedido en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, y en la sentencia tuvo en cuenta aquella circunstancia modificadora y, lo condenó a ocho meses de prisión y sesenta y siete pesos de multa.

Pero el Tribunal consideró que el precepto aplicable al caso era el artículo 374, inciso segundo, del Código Penal, dada la perturbación funcional permanente y, además, que no era aceptable la modalidad de la provocación que había reconocido el Juez de primera instancia, y por ello impuso los dos años de presidio y la multa de doscientos pesos, de que habló al principio.

Debe, pues, la Sala estudiar las causales invocadas.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos

Alega el señor Procurador que la sentencia recurrida interpretó erróneamente las exposiciones del ofendido y de las personas que presenciaron parcialmente los sucesos, atribuyéndoles un valor que no tienen y negándoles el que sí tienen. También apreció el fallo, indebidamente, la confesión del acusado, al tomarla como divisible, siendo indivisible, apreciación que llevó al Tribunal a desconocer la ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación.

La sentencia, para desechar la provocación, alude a las declaraciones del ofendido y a las de los testigos Quintiliano Valencia, Sixta Obregón y Efigenia Caicedo Orobio.

Respecto del primero manifiesta que negó "haber ultrajado u ofendido de palabra el honor de Luis Carlos Klinger en el lugar y fecha" de que habla el proceso.

Y en cuanto a los testigos expresa que ninguno "se ha referido siquiera a las ofensas o ultrajes al honor o la persona del procesado, que puedan servir de base para demostrar la existencia de dichas modalidades".

El señor Procurador hace el siguiente análisis de las pruebas:

El ofendido Díaz, en su denuncia criminal afirma:

"Yo me dirigí donde Luis Carlos Klinger, de quien hay malos antecedentes, y le dije, en son de amistad, que me devolviera mi ropa, que yo tenía **fundadas sospechas de que él había tomado, en vista de la indignación que demostró por mis palabras amigables** me volví a buscar la Policía; a las voces de algunas personas que me gritaban volví la

cabeza y vi al citado Klinger que, con machete en mano se me abalanzó, la rapidez con que obró, no me permitió defenderme, recibiendo un machetazo en los dedos de la mano y otra (sic) en el muslo (sic) del brazo izquierdo" (f. 1º, y subraya la Procuraduría).

Anota el Ministerio Público que a. Díaz se le recibió indagatoria por las imputaciones que le hizo el acusado de haberlo ofendido en su honor y haberle tirado una bofetada, cargos que aquél negó (f. 12).

Quintiliano Valencia expone:

"El veintitrés de febrero, en las horas de la mañana, me encontré con Heladio Díaz en la calle y nos fuimos con él para la Playita, estando allá, llegó Luis Carlos Klinger y nos saludó, **en eso yo me entré a la casa de un amigo y ellos se quedaron conversando,** cuando yo salí, ya Heladio Díaz ya se había regresado, cuando en eso oí la voz de una mujer que decía: "Te matan Heladio" y en esto vi a Klinger que le mandó un machetazo en los momentos que Heladio voltió a ver quién era su agresor, me arrimé para tratar de meter paz, pero Klinger trató también de tirarme, pero se contuvo porque yo cogí una tapa de leña para defenderme. Al preguntarle a Klinger qué era lo que le pasaba **manifestó que era que Heladio lo había ofendido,** en esto llegó la Policía y no sé más" (f. 16).

Agrega el Procurador la exposición de Sixta Obregón, que vio cuando llegó Heladio Díaz al sitio en que se hallaba Klinger "y se puso a conversar con él", cuando vio que éste, habiendo entrado, sacó una peinilla y con ella atacó a Díaz (f. 16 v.).

Efigenia Caicedo Orobio declara que en la noche del sábado de que se trata Klinger había entrado a la casa de Sixta Obregón, pues vivía en ella como arrendataria y que, si bien esa noche hubo baile en la casa, "sobre ninguno de los asistentes recayó sospecha de la pérdida de la referida ropa". Niega, eso sí, que le hubiera gritado a Heladio que tuviera cuidado porque lo mataban (folio 19).

En fin, el procesado hace el relato de los acontecimientos en la siguiente forma:

"El día domingo, veintitrés (23) de los corrientes, siendo las doce del día, me levanté de la mesa donde acababa de almorzar y me senté en la puerta de mi casa situada en "El Firme" a fumarme un cigarrillo; en esos momentos se presentó el señor Heladio Díaz a decir "que yo la noche anterior le había robado". Yo le contesté: "Es imposible don Heladio que usted me haga ese cargo". Me levanté del asiento para escucharle mejor y entonces me tiró una bofetada —que no me la logró— al tiempo que me decía que yo "era un ladrón". Una vez de esto, le dije que si tenía probabilidades de que yo le había robado, que se quejara a la Permanencia y pidiera se me hiciera una requisa en mi casa de habitación. Y sin detenerse en sus insultos, me dijo que "yo era un ladrón que vivía de ese destino" y más "que yo tenía una cuadrilla de maleantes que no vivíamos sino de eso". Esto **lo dijo en presencia del señor Inspector de Permanencia de servicio ese día en Pueblonuevo.** Yo le dije que tenía que probarme que yo tenía esa cuadrilla de maleantes y que era cierto que yo vivía de lo ajeno". Ya tan ofendido por todas estas frases inculpadoras e injustas, entré a mi casa, y saqué un machete, con el cual le tiré una sola vez, no sabiendo si lo heriría: al poco le vi chorreando sangre y a continuación se me vinieron encima cuatro individuos más que creo sean de la familia de él y también mujeres, gente a quien no conozco pero sí puedo reconocer viéndolos, me tiraban con palos y lo que podían, pero no lograron ofenderme de hecho o herirme. En estos momentos llegó la Policía y nos condujeron a la Permanencia" (f. 5 v.).

Y no son más los elementos de juicio sobre la responsabilidad de Klinger.

El ofendido en su denuncia criminal reconoce, pues, que le reclamó a Klinger la devolución de su ropa, porque "tenía fundadas sospechas" de que él la había tomado y, además, que Klinger había demostrado "indignación"; hasta el punto de que le pareció oportuno salir en busca de los agentes de la Policía. En el fondo, pues, se halla de acuerdo el denunciante con el procesado.

Es cierto que en su indagatoria negó Díaz haber ofendido a Klinger, pero entonces sí aparece explicable esa negativa, porque en esa diligencia se le hacían cargos y podía creer comprometida —como era obvio— su responsabilidad.

Ahora, de los testimonios de Valencia y de la Obregón, se desprenden tres circunstancias concordantes con las anteriores: que Díaz y Klinger se encontraron y se pusieron a conversar, sin que los declarantes hubieran oído las palabras que cambiaron; que los testigos dejaron a los protagonistas en el sitio; que pasados algunos momentos, vieron cuando Klinger, machete en mano, perseguía a Díaz y cuando descargó el arma contra éste.

No oyeron, pues, los deponentes las injurias que la víctima hizo al victimario, pero sí hablan de

aquellas circunstancias, que en vez de anular la confesión del procesado, la confirman.

Es más, Valencia sí declara algo directamente confirmatorio de los dichos de Klinger, es a saber, que al preguntarle a éste el motivo de su ataque, le contestó que así había obrado porque "Heladio lo había ofendido".

Se considera:

Del anterior análisis se deduce, sin lugar a duda, que el Tribunal le restó a los dichos del ofendido y de los testigos un valor probatorio que sí tienen, en cuanto confirman la confesión del procesado, a la cual consideró como divisible, negándole credulidad en cuanto le era favorable.

La confesión en materia penal es el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en el hecho de que se le sindica. Pero al apreciarla se incurre en el error de considerarla como una entidad abstracta y absoluta, de valores propios, cuando, como toda exposición verbal, ha de ser apreciada objetiva y subjetivamente. Objetivamente, por la credibilidad de los hechos mismos sobre los cuales habla el confesante en sus peculiares circunstancias de lugar, tiempo y modo; y subjetivamente, por las condiciones de veracidad que ofrezca el sindicado, ya generales y abstractas, ya concretas y peculiares del proceso y del momento de la recepción de la indagatoria.

Eso y no otra cosa es lo que se quiere significar cuando se afirma que la confesión es indivisible cuando lo favorable que agrega el confesante, a más de ser creíble de suyo, está confirmado por las otras pruebas de un proceso, pues entonces la desconfianza que puede abrigarse sobre la veracidad del sindicado al declarar lo que obra en su favor, desaparece ante otras probanzas, como cuando alguien admite que mató, pero en legítima defensa, o que hirió, pero por provocación grave e injusta de la víctima, como sucede en el caso que se estudia.

Parecidas ideas invoca el señor Procurador, quien concluye su alegato en esta parte diciendo que la confesión calificada no tiene lugar cuando hay plena certidumbre de la responsabilidad del sindicado, en estas o en aquellas condiciones, porque entonces la confesión cede su paso a la fuerza contundente de las pruebas ya completas. "Dicha confesión calificada, por consiguiente, sólo opera en casos de deficiencia probatoria y en situaciones dudosas para la justicia".

En el proceso la confesión es calificada y debe aceptarse en su integridad, o sea, no sólo en cuanto el procesado declara haber lesionado a Díaz, sino en cuanto afirma haberlo hecho a causa de la provocación grave e injusta de tratarle de ladrón, la que está confirmada por datos circunstanciales de los declarantes atrás citados, y, sobre todo, por el dicho de la víctima.

Resultan, pues, demostrados los elementos de la provocación, según el artículo 28 del Código Penal, de acuerdo con el análisis del Ministerio Público:

"1º—Existencia de una ofensa, representada aquí por la imputación que la víctima le hizo a Klinger de habérsele llevado las ropas, con lo cual sencillamente le imputó un delito contra el patrimonio;

"2º—Esa ofensa fue grave e injusta. Lo primero, porque afecta indudablemente la reputación y el buen nombre del sujeto, mayormente cuando Klinger desempeñaba un puesto en los almacenes del Ferrocarril, como él lo dice en su indagatoria, y, así, el cargo podía traerle una desconfianza de parte de la empresa y hasta su despido. Y lo segundo —injusticia—, porque en autos no consta que Klinger se hubiera sustraído las prendas de vestir para que Díaz tuviera el derecho de reclamárselas. Por el contrario, existe el testimonio de Efigenia Caicedo, según el cual, contra ninguno de los asistentes a la casa donde se perdieron las ropas, entre los cuales figuraba Klinger, recayeron sospechas de ser el autor del hurto;

"3º—La ofensa causó en el acusado un arrebato de cólera, porque, como él lo dice —y en ello es el mejor juez de sus sentimientos—, "yo le tiré a Heladio Díaz fue en mi casa cuando se me acabó la paciencia de oírme insultar sin razón" (f. 6); y

"4º—Klinger reaccionó y atacó a Díaz, hiriéndolo, en estado de cólera, como se desprende del anterior acerto y del poco tiempo que medió entre la ofensa y el delito resultante.

"Al desconocer el Tribunal estos hechos violó el artículo 28 citado y el 255 del Código de Procedimiento Penal".

La causal invocada tiene su consecuencia en la tercera, pues, como en seguida se verá, al desconocer la provocación, el Tribunal introdujo la desarmonía entre la sentencia y el auto de proceder.

Causal tercera: desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder

Alega el recurrente que en el auto de llamamiento a juicio se dejó claramente establecido que el hecho lo había realizado el agente en estado de

ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación y que, sin embargo, la sentencia había desechado esa circunstancia.

Y así sucedió, en efecto, pues en el auto de proceder se dejó escrito lo siguiente:

"No queda duda de que Heladio Díaz provocó en forma injusta a Luis Carlos Klinger con los ultrajes que le hizo al señalarlo como autor de la substracción de la ropa que a aquél se le había perdido cuando estaba en poder de su lavandera. La indignación de Klinger lo llevó a tomar un machete y con él le causó la herida determinada por los médicos legistas. Hirió, pues, en el momento de recibir una ofensa grave a su honor, pero tal defensa pudo haberla limitado a rechazarla castigando a su ofensor por otros medios que hubieran guardado proporción con la ofensa; mas como se excedió en ella, es responsable con el atenuante de haberlo hecho en estado de ira o intenso dolor" (f. 23 del c. 1º).

Pero la sentencia del Tribunal rechazó la provocación, diciendo:

"Se ha permitido la Sala hacer la historia completa del proceso para dejar plenamente establecida, desde ahora, la inexistencia absoluta de las modalidades de ira e intenso dolor invocadas por el procesado en su injurada y desconocidas por la víctima, como ya se dijo, por cuanto que ninguno de los declarantes antes citados se ha referido siquiera a las ofensas o ultrajes al honor a la persona del procesado, que puedan servir de base para demostrar la existencia de dichas modalidades, que fueron reconocidas por el inferior, sin fundamento alguno tanto en el enjuiciamiento, como en la sentencia definitiva" (f. 64).

Se considera:

Entre el auto de proceder y la sentencia debe haber consonancia, porque el enjuiciamiento es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado y la sentencia no es sino la declaración de responsabilidad o irresponsabilidad por esos cargos.

Cierto es que la jurisprudencia tiene sentada la doctrina de que lo inmodificable del auto de proceder es **el género del delito** expresado en la parte resolutiva de dicha providencia; pero si puede alegarse que el jurado que no procede sujeto a tarifa probatoria alguna, puede declarar circunstancias específicas o modificadoras distintas de las consignadas en la parte motiva (artículo 29 de la Ley 4ª de 1943), no puede admitirse que tales circunstancias puedan alterarse en perjuicio del procesado, en los juicios de derecho, esto es, en aquéllos en que el jurado no interviene, cuando en el término de pruebas de la causa no se modifica la situación probatoria en su contra.

El Juez de derecho tiene que apreciar las pruebas sujeto a las pautas que el Código de Procedimiento le señala y, habiendo calificado los hechos en el auto de proceder, obraría en forma arbitraria y, por lo tanto, injusta, si se apartara en la sentencia de esa calificación sin nuevos elementos de juicio.

Ese es el efecto, precisamente, de que la ley ordene al juez que en el auto en que llama a responder en juicio consigne, en la parte motiva "las circunstancias conocidas" hasta entonces que especifiquen el hecho: que se controviertan en el juicio y se profiera la sentencia según ellas cuando se mantienen inalterables; pero que se desechen y se falle, apartándose de ellas, cuando las pruebas así lo indiquen.

Y ese es el caso de Luis Carlos Klinger, concluye la Procuraduría:

"En efecto —dice— el auto de proceder quedó ejecutoriado con la circunstancia modificadora del estado de ira e intenso dolor, por grave e injusta provocación; en el término probatorio del juicio no hubo debate alguno entre las partes; y, finalmente, aquella atenuante específica se ajusta a la realidad procesal. Luego el fallador de segundo grado no ha debido desconocer la excusa de la provocación, y, al hacerlo violó el artículo 26 de la Carta, lo mismo que el 159, numeral 6º, del Código de Procedimiento Penal".

En consecuencia, la causal invocada debe prosperar.

Aceptados los motivos de invalidación del fallo propuestos por la Procuraduría, debe procederse a dictar el que deba reemplazarlo (artículo 570 del C. de P. P., ordinal a).

Debe principiarse por advertir que no procede otorgar la condena condicional, porque el proceso es muy deficiente en cuanto a la prueba de las condiciones que el artículo 80 del Código Penal exige.

Teniendo en cuenta las consecuencias dejadas por la lesión que sufrió Díaz, el artículo aplicable es el 374, inciso segundo, que marca una pena de dos a seis años de presidio y una multa de doscientos a cinco mil pesos.

Como no existen circunstancias comprobadas que demuestren peligrosidad especial de parte de Klinger (artículo 36), la sanción debe aplicarse en el mínimo, o sean dos años de presidio y doscientos pesos de multa, pero reduciéndola a la terce-

ra parte, de conformidad con el artículo 28 del Código Penal.

La operación daría como resultado la pena de ocho meses de presidio, como privativa de la libertad; pero como no puede haber pena de presidio inferior a un año (artículo 45 del C. P.), es necesario hacer la conversión de que habla el artículo 60, y entonces se tiene que la pena aplicable de aquella especie es la de doce meses de prisión.

La Corte había sentado la tesis de que la dicha conversión sólo operaba en el caso de reprimir varios delitos en concurso sancionados con pena de distinta clase, puesto que el mismo código quebranta el mínimo señalado en el artículo 45.

Pero cabe observar a esa doctrina que no es aquél precisamente el caso indicado para que la conversión opere, como que la sanción aplicable entonces es la correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, se entiende que con pena de la misma calidad y, además, la conversión, que en un evento dado aumenta la cantidad al cambiar, por ejemplo, presidio por prisión, permite conceder beneficios como la condena condicional. Ocurrencias en que cabe tener en consideración el citado artículo 60, cuya finalidad se llena en situaciones como la aquí contemplada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo recurrido en cuanto condena a Luis Carlos Klinger a la pena principal de dos años de presidio y doscientos pesos de multa, y en su lugar lo condena a la de doce meses de prisión y sesenta y siete pesos de multa. Queda en firme lo demás, con la salvedad de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar por el mismo tiempo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Domingo Sarasty M.** — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

CAUSALES TERCERA Y CUARTA DE CASACION. — HECHOS QUE DEBEN PROPONERSE AL JURADO. — HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL Y LESIONES. COMPETENCIA DEL JURADO

1.—Los hechos que, para su calificación, deben proponerse al jurado según la Ley 4ª de 1943, son aquél o aquéllos que con las circunstancias que los especifiquen y deducidos del auto de proceder, sean la materia del juicio, y conjuntamente con los hechos la responsabilidad que por ellos así como por el propósito de la ejecución, se imputen al procesado o procesados.

2.—Si una persona hirió solamente con intención de matar pero no mató, se tendrá un homicidio imperfecto, no un delito de lesiones; si hirió sin intención de matar, pero mató, se configurará el ultraintencional, y si solamente lesionó, con esta intención única, el delito será de lesiones. Lesionar, pues, con intención de matar, y producir el resultado propuestó, es ejecutar un homicidio típicamente intencional.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno)

Vistos

El defensor de Luis Eduardo Jiménez Angarita, (de 21 años el día del delito) interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, mediante la cual —con aplicación de los artículos 36, 37 (6º u 8º) y 362 del C. P.— le impuso la pena de doce años de presidio, como responsable del homicidio intencional de que fue víctima Eduardo Mas (o Mass o Max), cometido en el Corregimiento de "Cerro Redondo", del Municipio de Aguachica, la tarde del diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

El recurrente impugna la sentencia por cuanto —según él— el Tribunal la dictó en proceso viciado de nulidad a causa de irregularidades sustanciales en la composición del jurado, y, además, porque, en desacuerdo con el veredicto, condenó por un delito (homicidio) no reconocido por el jurado.

El Procurador Delegado, con las mismas razones que expuso en la casación de Luis Manuel Guerrero contra la sentencia del Tribunal de Santa Marta, afirma que no existe el motivo de nulidad alegado, y en cuanto al desacuerdo entre las decisiones del Tribunal y del jurado advierte que si es cierto que el cuestionario es defectuoso, ello no alcanza a fundar el reconocimiento de un delito de lesiones en vez del homicidio, como el recurrente lo sostiene.

No habiéndose celebrado la audiencia pública, por inasistencia de las partes, en seguida se examina la demanda, previo resumen de la ejecución y modalidades del delito, así como de los actos y providencias que afectan el recurso.

I — El proceso contra Jiménez

Sin que la investigación hubiera podido establecer, en forma clara y precisa, el carácter de las relaciones anteriores entre Jiménez y Mas —dato necesario para una más justa individualización penal— y sin que, por lo mismo, se hubiera demostrado el móvil del delito, tanto el Juez como el Tribunal, en consideración a la calificación que se hizo en el auto de proceder y en el veredicto del jurado, sancionaron el homicidio como intencional, no obstante circunstancias que pudieron haberle dado estructura de agravado.

La tarde del diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, efectivamente, Regino Sánchez y Adriano Mas, de regreso de la casa de Ignacio Cárdenas, donde fueron a firmar un documento, entraron a la de Blanca Cárdenas a tomar agua, a la que posteriormente llegó también Jiménez, quien se acostó en una banca al mismo tiempo que decía que "era una vaina dejarse úno mamar el gallo de otro macho"; momentos después, se levantó, invitó a Adriano Mas y echándole el brazo por el hombro se retiró con él unos tres metros hacia el patio, y sin que aquél se diera cuenta ni hubiera discusión alguna, Jiménez sacó su cuchillo, le lanzó dos golpes, uno

de los cuales, al afectarle el cayado de la aorta, le produjo la muerte, realizado lo cual el homicida se retiró a carrera hacia su casa.

No aceptaron los falladores, por la total y absoluta inexistencia de prueba, la aseveración de Jiménez de que había obrado a causa de la grave injuria que contra su honor y el de su madre le había dirigido Mas y tampoco la del peligro inminente de ser agredido a machete según la actitud amenazante de la víctima; así, en consideración a los datos del proceso se ejecutaron y dictaron, respectivamente, los siguientes actos y providencias:

a) La diligencia del diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y siete en la cual —mediante sorteo— fueron designados para integrar el jurado los señores Francisco Fuentes (posteriormente reemplazado), José Laborde, Plutarco Payares, Manuel Pinto y Januario Ramos, ciudadanos éstos que —mediante acuerdo del Tribunal número 8 de los mismos mes y año— fueron excluídos de las listas del Juzgado 1º Superior, en que Jiménez fue procesado y sentenciado;

b) La cuestión única propuesta al Jurado contestada afirmativamente, si "el acusado Luis Eduardo Jiménez Angarita, es responsable penalmente como autor material de la herida causada con machete, descrita por los peritos en la respectiva diligencia, a Adriano Mass, con intención de darle muerte, según hechos que tuvieron lugar en el Corregimiento de Cerro Redondo, jurisdicción del Municipio de Aguachica, como a las tres de la tarde del diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro";

c) La sentencia del Juez 1º Superior, del quince de abril del año pasado, por la cual —con base en el artículo 362 del Código Penal— condenó a Jiménez a la pena de ocho años de presidio, y

d) La sentencia del Tribunal del veinte de agosto del mismo año, por la cual —con base en los artículos 37 (6º) y 362— se le aumentó la pena a doce años.

III — La demanda

El recurrente —se repite— invocó las causales tercera y cuarta de casación, es decir, el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, y la nulidad del proceso, cuyos fundamentos se resumen en seguida.

En cuanto a la tercera, afirma que como el jurado no dijo que Jiménez hubiera dado muerte a Mass, sino que se limitó a reconocer que lo había herido con ánimo de causarle la muerte y guardó silencio en cuanto a si se la causó o no, nada resolvió en cuanto al homicidio; de lo cual resulta —dice el recurrente— que el acusado ha sido condenado por un hecho no constitutivo de homicidio sino de heridas; no podría condenársele por homicidio —añade— porque el Jurado no ha resuelto que existen los hechos constitutivos de este delito, ni tampoco por el de lesiones personales —termina— porque no ha sido llamado a juicio por éste.

La cuarta la funda en que cuatro de los miembros del Jurado que dieron su veredicto el once de marzo del año pasado, designados —mediante sorteo— el diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, habían dejado de pertenecer a las listas correspondientes al Juzgado en virtud de Acuerdo número 8 del Tribunal del día veintiuno de los mismos mes y año; de modo que —deduce— como el día de la audiencia los señores Laborde Payares, Pinto y Ramos ya no estaban en las listas, no eran ya jurados y por ello debió hacerse un nuevo sorteo, que no se hizo; se incurrió, pues, en la nulidad del artículo 199 (numeral 3º) del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente y como conclusión de la demanda el recurrente pide con base en la causal tercera que, como el jurado apenas reconoció el delito de lesiones con intención de matar y se le llamó a juicio por homicidio, Jiménez debe ser absuelto o con base en la cuarta se anule el proceso, para que se haga nuevo sorteo de jurados, ya que —además— Jiménez fue juzgado contra la garantía del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Como argumento doctrinario, hace referencia a los fallos en que la Corte decidió los recursos de Jesús Luna, Alberto Soler y Marco Tulio Marín contra los de los Tribunales de Santa Marta, Bogotá y Cali, respectivamente.

IIII — Estudio del recurso

Las dos cuestiones que se estudian y resuelven en este fallo —de acuerdo con el pensamiento del recurrente— son estas: primera, si el jurado desintegró el homicidio por el cual se llamó a juicio a Jiménez al reconocer que éste "es responsable penalmente, como autor material de la herida (descrita por los peritos) causada a Adriano Mass, con intención de darle muerte, según hechos que tuvieron lugar "en el sitio, hora y día indicados, es decir, sin la afirmación expresa de que la herida produjo la muerte de aquél; y segunda, si el proceso es nulo porque el día de la

audiencia cuatro de los ciudadanos que componían el Jurado no pertenecían ya a la lista del Juzgado.

a) La desintegración del homicidio

La omisión en el veredicto de que Mass murió por causa de la lesión, sugiere dos hipótesis al recurrente: la desintegración del homicidio, que acarrea la absolución, y la configuración de un simple delito de lesiones que, a pesar de que no fue objeto del enjuiciamiento, sería el sancionable. Ninguna de ellas puede sostenerse, por cuanto —como luego se explica— no se apoyan en una interpretación de conjunto, sino parcial, del veredicto.

Los hechos que, para su calificación, deben proponerse al jurado según la Ley 4ª de 1943, son aquél o aquéllos que, con las circunstancias que los especifiquen y deducidos del auto de proceder, sean la materia del juicio, y conjuntamente con los hechos la responsabilidad que por ellos así como por el propósito de la ejecución, se imputen al procesado o procesados. Todo ello se cumplió aquí.

Al Jurado que juzgó a Jiménez se le interrogó, en un cuestionario único, sobre la responsabilidad penal de aquél como autor material de la herida a Mass descrita por los peritos (es decir, la del cayado de la aorta que éstos consideraron mortal) y sobre la intención de darle muerte; y condicionó esas preguntas a los hechos sucedidos en el sitio, hora y día indicados, hechos que —precisamente— son la agresión inmotivada de Jiménez y la muerte de Mass, plenamente acreditadas en el proceso.

Ninguna interpretación distinta a la dada por el Tribunal puede aceptarse. Si hirió solamente con intención de matar pero no mató, se tendría un homicidio imperfecto, no las lesiones según la demanda; si hirió sin intención de matar pero mató, se configuraría el ultraintencional, y si solamente lesionó, con esta intención única, el delito sería de lesiones. Lesionar, pues, con la intención de matar, y producir el resultado propuesto, como lo confesó el mismo procesado y lo aceptó su defensor, es ejecutar un homicidio típicamente intencional.

La interpretación que del veredicto se hizo en la sentencia es jurídica, de modo que el desacuerdo entre ésta y aquél no existe.

b) La nulidad

Siendo esta objeción idéntica a la que el mismo defensor propuso en la casación de Luis Manuel Guerrero contra la sentencia del mismo Tribunal, basta reproducir las razones que entonces se expusieron para rechazar el recurso, lo que en seguida se hace.

"Lo planteado en esta parte del recurso —dijo la Corte— es una simple cuestión de competencia funcional que la ley procesal vigente ha resuelto en forma clara y expresa. La competencia del jurado se subordina en cuanto a su comienzo, a dos actos sucesivos de los cuales se deriva, respectivamente, la capacidad subjetiva en abstracto y la capacidad subjetiva en concreto o competencia propiamente dicha: primero, a que los nombres de las personas que lo componen (por tener las condiciones legales) estén incluídos en las listas que anualmente forma el Tribunal para el Juzgado Superior respectivo; y segundo, que esas personas se hayan designado en virtud del sorteo verificado en el proceso; en cuanto a su término, la capacidad en abstracto cesa cuando el Tribunal haya excluído de las listas los nombres, y la capacidad en concreto, cuando su función esté cumplida, es decir, cuando realizada la audiencia mediante las normas de su funcionamiento, el jurado —previa la deliberación— haya emitido y firmado el veredicto".

"Pero si la capacidad en abstracto se extingue porque se cancelen de las listas los nombres, ella se prorroga —no obstante esa causa de extinción— a quienes antes de la cancelación fueron ya designados para determinado proceso, prórroga cuyo término es el de la función. No otro es el contenido del artículo 520, según el cual "los jurados ya sorteados deberán desempeñar el cargo aunque se haya vencido el término para el cual hubieren sido designados", y que, además, precisa el alcance del artículo 199 (3º), según el cual la nulidad se circunscribe a designar a quienes, en el momento del sorteo, no pertenezcan a la lista de jurados".

"Estas razones quitan todo valor a la objeción del recurrente, ya que si cuando se celebró la audiencia aquéllos no figuraban en la lista del Juzgado, sí cuando fueron designados, y en ese caso —según la doctrina expuesta— la competencia para emitir el veredicto no había caducado".

"Las doctrinas de la Corte de 1932 y 1943, finalmente, ahora aducidas por el recurrente en apoyo de la nulidad, no son aquí aplicables, como lo de-

clara el Procurador, por cuanto ellas fueron acogidas en virtud de la legislación procesal hoy derogada, pero que, en la época del proceso contra Luna y Soler, se hallaban vigentes".

La causal de nulidad alegada no prospera, por lo tanto.

IV — Fallo de la Corte

El anterior estudio lleva a afirmar lo siguiente: que el jurado calificó el homicidio imputado a Jiménez, como intencional; pero el Tribunal, al aplicar la ley conforme al veredicto, no incurrió en el desacuerdo que el demandante le atribuye, y que la tacha de nulidad consistente en que el Jurado emitió su veredicto cuando ya sus miembros no pertenecían a las listas del Juzgado, no es legal.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre d la República y por autoridad de la ley, y de acue do con el Procurador Delegado en lo Penal, N CASA la sentencia del Tribunal Superior de Sa ta Marta, del veinte (20) de agosto del año pas do, por la cual condenó a Luis Eduardo Jiméne a la pena de doce (12) años de presidio por el d lito de homicidio en Eduardo Mas (o Mass o Ma cometido la tarde del diez y nueve (19) de d ciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, e el Corregimiento de "Cerro Redondo", Municip de Aguachica.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Góm Prada.** — **Domingo Sarasty M.** — **Jesús Alfon Roa,** Secretario.

PARTE CIVIL. — EL EJERCICIO DEL PODER POR PARTE DE SU APODERADO O MANDATARIO NO ESTA SUJETO A LOS REQUISITOS PREVIOS SEÑALADOS EN EL ARTICULO 108 DEL C. DE P. P.

Desde el momento en que el interesado en la indemnización de perjuicios civiles confiere poder para reclamarlos; cuando ese poder es aceptado y se presenta a la respectiva autoridad para su reconocimiento y éste se lleva a efecto por medio de una providencia en que se hace la declaratoria o reconocimiento de la personería, se fija la situación jurídica de la parte civil, en relación con las consecuencias del proceso.

El vínculo de parte civil en relación con las personas que intervienen en el proceso penal, no nace de la actuación cumplida con posterioridad al reconocimiento del poder, porque la circunstancia de que el demandante no haga uso de las atribuciones conferidas en el poder, no le quita el carácter de parte civil que le asigna la ley.

El Juzgado reconoció al doctor Zarama como apoderado de la parte civil y en el respectivo poder se encuentra la aceptación del mandato; si bien es verdad que no hay constancia de que el apoderado se hubiera posesionado del cargo, también es evidente, que para el ejercicio del poder no es necesaria la posesión del abogado de la parte civil; esa posesión al tenor de lo dispuesto por los artículos 107 y 108, y demás disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal, es necesaria e indispensable, cuando se trata del apoderado que se constituye o que puede constituirse en el sumario, y para el defensor que se nombra o puede nombrarse de oficio en el curso del juicio.

La ley no exige la posesión del cargo de apoderado para el ejercicio de la acción civil, pues, este mandato se rige por las disposiciones del Código Judicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, y en la reglamentación de esa institución procesal, a ningún apoderado se le exige la correspondiente posesión para desempeñar o ejercer el respectivo poder. La circunstancia de no intervenir con posterioridad a la providencia por la cual se lo reconoce como apoderado de la parte civil, no es motivo legal para no declarar el impedimento ya que la ley no subordina la causal de impedimento del numeral 4º del artículo 73 a la condición previa de una actuación del apoderado de la parte civil.

La designación de apoderado de la parte civil, no es una facultad que la ley le otorga al funcionario de instrucción o juez de la causa, como sí lo es el nombramiento de apoderado o defensor para el sumario y el juicio; lo primero, es un derecho consagrado por la ley en favor de la persona ofendida por el delito, hace referencia directa a la acción civil y el nombramiento de apoderado para tal fin se rige por las disposiciones del Código Judicial; lo segundo, es una facultad otorgada por la ley en favor del sujeto pasivo de la infracción, para cuyo caso su nombramiento se rige especialmente por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal; su aceptación es forzosa y la posesión se lleva a efecto para que en virtud del juramento prestado cumpla con los deberes que le incumben de asistir al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley y lo represente en todos los demás actos del proceso.

Esperar a que la parte civil actúe dentro de las diligencias procesales, es retardar la calificación de un impedimento, que —posteriormente— debe hacerse con perjuicio de los intereses de la administración de justicia. La aceptación de un poder para representar a la parte civil supone un estudio detenido del proceso y un arreglo previo de honorarios, y dentro de estas circunstancias, es presumible que el apoderado emita su opinión en relación con los intereses a él confiados, y es natural, que, en estas condiciones subsiste siempre un impedimento, que puede ser alegado bien sea por la persona impedida o por el procesado o su defensor o apo-

derado en cualquier momento del juicio, y para evitar estas posibles dilaciones dentro de la administración de justicia, cuando se tiene conocimiento de un impedimento de esta naturaleza, lo más práctico, lo más acorde con los intereses de la justicia, es el reconocimiento de dicho impedimento.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos

En providencia de veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, el doctor Guillermo Zarama se declaró impedido para conocer del proceso adelantado contra Eduardo Ramírez por un delito de homicidio.

Invoca como causal de impedimento la del numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, o sea, la de haber intervenido en dicho proceso como apoderado de la parte civil.

Auto del Tribunal

En auto de 31 de mayo de 1949, el Tribunal al considerar los motivos alegados por el Magistrado impedido, hizo las siguientes afirmaciones:

"Verificada la circunstancia que invoca el doctor Zarama V., que a fojas 11 del cuaderno segundo aparece un memorial suscrito por José Diógenes Betancourt, constituyéndolo como apoderado para el ejercicio de la acción civil, en el proceso que se adelanta contra Eduardo Ramírez, como responsable del homicidio perpetrado en la persona del que fue Carlos H. Betancourt, hijo del poderdante".

"Presentado dicho memorial el 3 de noviembre de 1947, en el que aparece la firma del doctor Zarama V. aceptando el poder, el señor Juez 1º Superior lo reconoció como apoderado de la parte civil, y dispuso que se lo citara para darle la correspondiente posesión, acto que no se llevó a cabo, siendo de advertir que en ninguna otra forma actuó el doctor Zarama en desempeño de su misión de apoderado, cargo en el cual fue sustituído meses más tarde por el doctor José Antonio Cabrera, a petición del ya nombrado José Diógenes Betancourt.

"En estas condiciones, se viene a la conclusión cierta y definitiva de que el señor Magistrado doctor Zarama V. no asumió el carácter de apoderado de la parte civil, por falta de posesión del cargo y de toda actuación en el proceso a que se refiere este proveído".

"Con respecto a lo primero, es decir a la posesión, cabe recordar que el Tribunal ha sostenido la doctrina de que en los procesos penales, los apoderados, aunque sólo fueran de la parte civil, están en la obligación de sujetarse a la formalidad prevista por el artículo 108 del C. de P. P., aunque la posesión no tuviere otro objeto que el de poner a salvo la reserva del sumario.

"Por lo que se refiere a la actuación, es del caso considerar que la sola designación de apoderado no vincula al nombrado con el poderdante, y que faltando la comprobación del ejercicio del poder o de que el abogado ha dado consejo al interesado, aquél no está impedido para actuar como Juez o Magistrado, según la tesis expuesta por la Excma. Corte Suprema de Justicia en providencia de 24 de abril del año de 1944".

Se considera:

Desde el momento en que el interesado en la indemnización de perjuicios civiles confiere poder para reclamarlos; cuando ese poder es aceptado y se presenta a la respectiva autoridad para su reconocimiento y éste se lleva a efecto por medio de una providencia en que se hace la declaratoria o reconocimiento de la personería, se fija la situación jurídica de la parte civil, en relación con las consecuencias del proceso.

El vínculo de parte civil en relación con las personas que intervienen en el proceso penal, no nace de la actuación cumplida con posterioridad al reconocimiento del poder, porque la circunstancia de que el demandante no haga uso de las atribuciones conferidas en el poder, no le quita el carácter de parte civil que le asigna la ley.

El Juzgado reconoció al doctor Zarama como apoderado de la parte civil y en el respectivo poder se encuentra la aceptación del mandato; si bien es verdad que no hay constancia de que el apoderado se hubiera posesionado del cargo, también es evidente, que para el ejercicio del poder no es necesaria la posesión del abogado de la parte civil; esa posesión al tenor de lo dispuesto por los artículos 107 y 108, y demás disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal, es necesaria e indispensable, cuando se trata del apoderado que se constituye o que puede constituírse en el sumario, y para el defensor que se nombra o puede nombrarse de oficio en el curso del juicio.

La ley no exige la posesión del cargo de apoderado para el ejercicio de la acción civil, pues, este mandato se rige por las disposiciones del Código Judicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, y en la reglamentación de esa institución procesal, a ningún apoderado se le exige la correspondiente posesión para desempeñar o ejercer el respectivo poder. La circunstancia de no intervenir con posterioridad a la providencia por la cual se lo reconoce como apoderado de la parte civil, no es motivo legal para no declarar el impedimento ya que la ley no subordina la causal de impedimento del numeral 4º del artículo 73 a la condición previa de una actuación del apoderado de la parte civil.

La designación de apoderado de la parte civil, no es una facultad que la ley le otorga al funcionario de instrucción o juez de la causa, como sí lo es el nombramiento de apoderado o defensor para el sumario y el juicio; lo primero, es un derecho consagrado por la ley en favor de la persona ofendida por el delito, hace referencia directa a la acción civil y el nombramiento de apoderado para tal fin se rige por las disposiciones del Código Judicial, lo segundo, es una facultad otorgada por la ley en favor del sujeto pasivo de la infracción, para cuyo caso su nombramiento se rige especialmente por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, su aceptación es forzosa y la posesión se lleva a efecto para que en virtud del juramento prestado cumpla con los deberes que le incumben de asistir al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley y lo represente en todos los demás actos del proceso.

Esperar a que la parte civil actúe dentro de las diligencias procesales, es retardar la calificación de un impedimento, que —posteriormente— debe hacerse con perjuicio de los intereses de la administración de justicia. La aceptación de un poder para representar a la parte civil supone un estudio detenido del proceso y un arreglo previo de honorarios, y dentro de estas circunstancias, es presumible que el apoderado emita su opinión en relación con los intereses a él confiados, y es natural que, en estas condiciones subsiste siempre un impedimento, que puede ser alegado bien sea por la persona impedida o por el procesado o su defensor o apoderado en cualquier momento del juicio, y para evitar estas posibles dilaciones dentro de la administración de justicia, cuando se tiene conocimiento de un impedimento de esta naturaleza, lo más práctico, lo más acorde con los intereses de la justicia, es el reconocimiento de dicho impedimento.

Observaciones

Es bueno advertir para evitar posteriores dilaciones en este proceso, lo siguiente:

a) El auto de proceder lleva fecha 2 de abril de 1949, el mismo día se notificó esa providencia al procesado Eduardo Ramírez, quien manifestó que nombraba como su defensor al doctor Ernesto Vela Angulo.

b) No hay constancia de que el doctor Vela Angulo hubiera sido reconocido como defensor, y que en tal virtud se hubiera posesionado (artículo 432 del C. de P. P.).

c) No hay constancia de que al defensor se le hubiera notificado el auto de proceder (artículo 170 del C. de P. P.).

d) A pesar de estos vicios fundamentales que pueden dar origen a una causal de nulidad (artículo 198, numeral 3º), el doctor Vela Angulo, solicitó la excarcelación del procesado, la cual le fue concedida, siendo evidente que no era parte en el proceso penal.

e) El Tribunal no tuvo en cuenta estas omisiones que afectan al proceso, y sin tener competencia para conocer del negocio, se formuló y calificó un impedimento. Se dice que no tenía competencia, porque la apelación del auto de proceder no podía concederse mientras dicho auto no estuviera legalmente notificado, por consiguiente la jurisdicción del negocio no estaba suspendida.

Estas irregularidades revelan un descuido lamentable de parte de los funcionarios que han intervenido en las diligencias anteriormente anotadas.

Pero como en la calificación de un impedimento el superior resuelve de plano sobre la legalidad o ilegalidad de la causal (artículo 74 del C. de P. P.); por este motivo, el punto relativo a competencia del inferior no influye en la calificación del impedimento, porque si el Superior tuviera que estudiar esos temas, indudablemente, la solución de este negocio sería distinta a la que hoy se adopta.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara FUNDADO el impedimento manifestado por el doctor Guillermo Zarama V., y lo declara separado para conocer de este negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y CESACION DEL PROCEDIMIENTO. — DIFERENCIAS ENTRE UNA Y OTRA PROVIDENCIA

La providencia dictada por el Juzgado Segundo Superior no es constitutiva de delito, porque las apreciaciones que haga un funcionario en relación con la prueba allegada al proceso, no está sujeta o subordinada al criterio o concepto que de ella tenga el inferior. Es precisamente para garantizar los derechos de las partes, por lo que la ley ha establecido el principio de los recursos en relación con los autos que dicte el funcionario investigador, o el juez de la causa. Si esas providencias fueren inmodificables, o si en cuanto a los hechos y valoración de las pruebas tendientes a demostrarlos no fuese posible apreciarlos de otra manera, los recursos de apelación y consulta no tendrían razón de ser, ya que el superior que conoce del proceso, no podría modificar lo resuelto por el inferior, porque el criterio del inferior sería inmodificable y absoluto, y desaparecerían — en esta forma— los fines para los cuales se instituyeron los recursos y las instancias dentro de los procesos penales.

La circunstancia de que el superior no comparta las razones o motivos que sirven de fundamento a una providencia dictada por un funcionario inmediatamente inferior, no es un hecho constitutivo de delito, porque en la interpretación de los textos legales, la ley confiere amplia facultad al juzgador para apreciar los hechos y valorar las pruebas. Bien puede suceder que el inferior hubiera interpretado erróneamente los hechos, o le hubiera dado a la prueba un valor que no tenía, y que al ser examinados por un funcionario distinto a aquél que dictó la primera providencia encuentre que hubo equivocación o mala apreciación; entonces, el deber del superior frente a la ley, es el de corregir esos errores para cumplir con una de las finalidades primordiales del recurso, sin que esa facultad de apreciación cuando se halla respaldada en las constancias procesales, pueda originar un acto constitutivo de delito.

La naturaleza especial de la sentencia que se pronuncia de acuerdo con la norma del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, impide al superior que la revisa por consulta reemplazarla por un auto de sobreseimiento definitivo o temporal.

..La providencia que se dicta no puede revocar la respectiva sentencia: se confirma, si ner otro alcance que el de confirmar o retanto los hechos como los fundamentos de derecho en que se apoya están de acuerdo con los requisitos exigidos por el artículo 153, y se revoca, cuando las diligencias procesales demuestran que esas circunstancias no se han probado plenamente, para que se adelante o prosiga la investigación.

No puede dictarse auto de sobreseimiento definitivo para reemplazar la sentencia dictada de acuerdo con el artículo 153, porque, en ese caso, se pretermitiría una instancia y se usurparía jurisdicción. Se usurparía jurisdicción, porque la Corte no es la entidad que debe calificar el proceso en primera instancia, sino en segunda, y se pretermitiría una instancia, porque al dictarse el auto de sobreseimiento definitivo, las partes interesadas en el proceso, no podrían interponer recurso de apelación en relación con el auto de sobreseimiento definitivo dictado por la Corte, y como esta facultad, la de calificar en primera instancia el mérito de unas diligencias seguidas contra los jueces o fiscales es de competencia de los Tribunales, la Sala no podría dictar auto de sobreseimiento definitivo pretermitiendo los trámites procesales.

Es evidente que hay casos en que los motivos que fundan la sentencia del artículo 153 son los mismos de los numerales 1º y 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, y que cuando se halla clausurada la investigación, por regla general, es más procedente dictar auto de sobreseimiento definitivo, pero el superior, al revisar por consulta, no puede revocar la sentencia del inferior para reemplazarla por un auto de so-

breseimiento definitivo por no tener facultad legal para ello. Lo más práctico y lo que más consulta la lógica jurídica, en estos casos, es confirmar dicha providencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos

En providencia de 24 de febrero del presente año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué hizo la siguiente afirmación:

Declara que los doctores Jesús María Guzmán Quiroga y Francisco Restrepo Echandía, al emitir, el segundo, concepto sobre la excarcelación pedida por Irene Rondón y al proferir, el primero, el auto de veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y siete, por el cual revocó el de la detención de la Rondón, y decretó su libertad incondicional inmediata, no han cometido delito alguno, y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento criminal contra ellos.

Esta declaración se hizo con base en lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y como se hallan cumplidos los trámites procesales, se procede a revisar dicha providencia en virtud del recurso de consulta.

Hechos

Ricardo Bárcenas comisionó a Pablo Emilio Villarraga para que se trasladara de la ciudad de Ibagué a Girardot con el fin de que entregara una carta cerrada a José Joaquín Muñoz. En dicha carta se adjuntaron tres cheques, uno a favor de Juan Durán por la suma de un mil doscientos pesos moneda corriente, y dos con destino al señor Abel Barrero, por las cantidades de seiscientos pesos cada uno.

Villarraga no cumplió el mandato y dispuso dolosamente de esos cheques; invirtió el dinero en compras de varios artículos, hechos que se realizaron en compañía de Irene Rondón. Villarraga confesó ser el autor de los hechos imputados, pero dijo no tener ninguna participación en ellos su concubina Irene Rondón.

Adelantada la correspondiente investigación el Juez Segundo Penal del Circuito doctor Pedro J. Castillo dictó auto de detención contra Villarraga e Irene Rondón; al primero, por haber confesado los hechos, y a la segunda, por el delito de encubrimiento, pues ésta, dijo el Juzgado, obró a sabiendas de que los cheques eran de mala procedencia.

Pero el Juzgado Segundo Superior a petición de su Fiscal, revocó dicha providencia en cuanto a la detención de la Rondón "por no aparecer" el indicio grave ni la declaración a que se refiere el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal.

Denuncia

Esta providencia en sentir del doctor Pedro J. Castillo es constitutiva de un delito, porque esa libertad se decretó "violando claras disposiciones legales, entre ellas, el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal" y también, porque el Juez Superior y el Fiscal —según dice el denunciante— hicieron la manifestación de que la detención dictada por el Juzgado 2º Penal del Circuito era ilegal y arbitraria.

De ahí que el doctor Pedro J. Castillo —hoy denunciante— en memorial de 6 de marzo de 1947 dirigido al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, pidiera se adelantara la correspondiente investigación, con el fin de que se averigüe la responsabilidad en que hubieren incurrido los funcionarios mencionados, por haber dictado el auto por el cual se revocó la detención de Irene Rondón y se la puso en libertad.

Elementos probatorios

Al sumario se allegaron copia de las actuaciones cumplidas en el proceso adelantado contra Pablo Emilio Villarraga, y, principalmente los autos de fecha 1º de octubre de 1946 por el cual se ordenó la detención de los sindicados, y el de 25 de enero de 1947 por el que se revoca la orden de detención en relación con Irene Rondón, y la vista fiscal del Juzgado Segundo Superior del doctor Restrepo Echandía.

Se recibieron algunas pruebas testimoniales, y la declaración indagatoria de los sindicados en relación con los cargos imputados en el memorial denuncia. También se allegaron los documentos pertinentes para demostrar la calidad de funcionarios de la Rama Jurisdiccional que tenían los doctores Guzmán y Restrepo Echandía, el primero como Juez Segundo Superior, y el segundo como Fiscal de dicho Juzgado.

Se considera:

La providencia dictada por el Juzgado Segundo Superior no es constitutiva de delito, porque las apreciaciones que haga un funcionario en relación con la prueba allegada al proceso, no están sujetas o subordinadas al criterio o concepto que de ella tenga el inferior. Es precisamente para garantizar los derechos de las partes, por lo que la ley ha establecido el principio de los recursos en relación con los autos que dicte el funcionario inmodificables, o si en cuanto a los hechos y valoración de las pruebas tendientes a demostrarlos no fuese posible apreciarlos de otra vestigador, o el juez de la causa. Si esas providenmanera, los recursos de apelación y consulta no tendrían razón de ser, ya que el superior que conoce del proceso, no podría modificar lo resuelto por el inferior, porque el criterio del inferior sería inmodificable y absoluto, y desaparecerían —en esta forma— los fines para los cuales se instituyeron los recursos y las instancias dentro de los procesos penales.

La circunstancia de que el superior no comparta las razones o motivos que sirven de fundamento a una providencia dictada por un funcionario inmediatamente inferior, no es un hecho constitutivo de delito, porque en la interpretación de los textos legales, la ley confiere amplia facultad al juzgador para apreciar los hechos y valorar las pruebas. Bien puede suceder que el inferior hubiera interpretado erróneamente los hechos, o le hubiera dado a la prueba un valor que no tenía, y que al ser examinados por un funcionario distinto a aquel que dictó la primera providencia encuentre que hubo equivocación o mala apreciación; entonces, el deber del superior frente a la ley, es el de corregir esos errores para cumplir con una de las finalidades primordiales del recurso, sin que esa facultad de apreciación cuando se halla respaldada en las constancias procesales, pueda originar un acto constitutivo de delito.

"Pero aún, aceptando que la providencia del Juez doctor Guzmán fuera arbitraria —dice el Agente del Ministerio Público—, ella no alcanzaría a constituir el delito definido por el artículo 171 del estauto penal, ya que el acto se consumó en beneficio de una persona —Irene Rondón— y no en contra de ella o de una propiedad, como lo exige la norma mencionada para que la conducta del funcionario o empleado sea punible.

Por otra parte, el Fiscal no podía cometer dicha infracción, en virtud de que su labor se redujo a dar una simple opinión o concepto sobre la solicitud de libertad presentada por la Rondón.

En tal virtud, el pretendido abuso de que se sindica a los doctores Guzmán Quiroga y Restrepo Echandía, no tiene existencia jurídica".

En la providencia que se revisa, el Tribunal dio aplicación a la norma del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en lugar del artículo 437 de la misma obra, que era el pertinente por haberse cerrado la investigación.

La sentencia del artículo 153, por regla general, puede dictarse en cualquier estado del proceso previa vista **favorable** del Agente del Ministerio Público. Esta sentencia finaliza el proceso cuando se presenta una de las circunstancias previstas en la disposición que se analiza, e impide actuaciones judiciales que no tienen razón de ser porque los hechos denunciados han perdido la virtualidad de poderse configurar como delitos.

El sobreseimiento definitivo no puede dictarse, sino cuando se halla completa la investigación, y la etapa sumarial ha sido clausurada mediante el auto de cierre de la misma. En este caso, la providencia que debe dictarse, no es propiamente la sentencia del artículo 153 sino la providencia que ordena el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, por ser esta la disposición especial que prevalece sobre la norma o regla general del artículo 153.

La naturaleza especial de la sentencia que se pronuncia de acuerdo con la norma del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, impide al superior que la revisa por consulta reemplazarla por un auto de sobreseimiento definitivo o temporal.

La providencia que se dicta no puede tener otro alcance que el de confirmar o revocar la respectiva sentencia: se confirma, si tanto los hechos como los fundamentos de derecho en que se apoyan están de acuerdo con los requisitos exigidos por el art. 153, y se revoca, cuando las diligencias procesales demuestran que esas circunstancias no se han probado plenamente, para que se adelante o prosiga la investigación.

No puede dictarse auto de sobreseimiento definitivo para reemplazar la sentencia dictada de acuerdo con el artículo 153, porque, en ese caso, se pretermitiría una instancia y se usurparía jurisdicción. Se usurparía jurisdicción, porque la Corte no es la entidad que debe calificar el proceso en primera instancia sino en segunda, y se pretermitiría una instancia, porque al dictarse el auto de sobreseimiento definitivo, las partes interesadas en el proceso no podrían interponer recurso de apelación en relación con el auto de sobresei-

miento definitivo dictado por la Corte, y como esta facultad, la de calificar en primera instancia el mérito de unas diligencias seguidas contra los jueces o fiscales es de competencia de los Tribunales, la Sala no podría dictar auto de sobreseimiento definitivo pretermitiendo los trámites procesales.

Es evidente que hay casos en que los motivos que fundan la sentencia del artículo 153 son los mismos de los numerales 1º y 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, y que cuando se halla clausurada la investigación, por regla general, es más procedente dictar auto de sobreseimiento definitivo, pero el superior, al revisar por consulta, no puede revocar la sentencia del inferior para reemplazarla por un auto de sobreseimiento definitivo por no tener facultad legal para ello, Lo más práctico y lo que más consulta la lógica jurídica, en estos casos, es confirmar dicha providencia.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia de fecha veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION, POR NO REUNIR LA DEMANDA LOS REQUISITOS LEGALES.—CUALES SON ESTOS.—QUE SE REQUIERE QUE CONTENGA AQUELLA PARA QUE LA CORTE PUEDA CONSIDERAR LA OBJECION FUNDADA EN LA CAUSAL 2ª

La objeción, con base en la causal segunda de casación, requiere —para que pueda ser considerada por la Corte— lo siguiente en referencia a las condiciones establecidas por el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil para la demanda de casación, disposición aplicable en materia procesal penal:

a) Que se hayan señalado y precisado los hechos que —según el recurrente— se apreciaron e interpretaron equivocadamente;

b) Que se haya explicado en qué consistió la equivocación en que, al apreciarlos o interpretarlos, incurrió el Tribunal, o mejor, cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuyó en la sentencia, o cuál el que, teniéndolo, les fue negado, y, finalmente,

c) Que se hayan expresado los fundamentos jurídicos de la objeción, como también las normas legales que el Tribunal infringió mediante la errada apreciación de los hechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio once de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Luis Alfonso Ocampo formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del veintiseis de octubre del año pasado, por la cual —con base en los artículos 374 (2º) y 385 del estatuto penal— le impuso la pena de un año de presidio por el delito de lesiones personales en Horacio Sánchez, cometido la tarde del veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

El recurrente, en un corto escrito que carece de la forma y contenido de una demanda de casación, asevera que según la indagatoria y el testimonio de Néstor Londoño, Ocampo agredió a Sánchez en el caso de defensa subjetiva (por miedo al herido) o en ímpetu de ira por éste provocada, y que por lo tanto Ocampo debe ser absuelto si se acepta la eximente (artículo 25) o reducírsele la pena si la excusa (artículo 28).

A) El delito

La tarde del veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, Horacio Sánchez estaba sentado, tomando y departiendo con algunas personas, en la cantina "Puerto Armenia", establecida en el sitio "El Descanso" (Neira). Al llegar allí Luis Alfonso Ocampo, Sánchez se levantó a hacerle el reclamo de por qué no le habrían permitido participar en el baile celebrado en su casa, en "Los Zaínos", sitio donde vivía o vive Ocampo, y dirigió expresiones contra los zaineros tales como yuqueros, arracacheros y otras contra la dignidad de ellos y de sus madres.

Ocampo (en lo cual están de acuerdo todos los testigos), le lanzó a Sánchez un bofetón, que lo hizo retroceder, pues que estaba embriagado; ambos desenvainaron sus armas, primero Sánchez según unos, y Ocampo, según otros, empeñándose ambos en una contienda a machete, cuyo primer golpe se atribuyó a Ocampo por algunos, y en la cual fue Sánchez el único lesionado.

B) La demanda

La demanda de casación —de conformidad con el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil aquí aplicable— debe contener lo siguiente:

a) Resumen de los hechos materia de la controversia, es decir, de aquellos en cuya apreciación Tribunal y recurrente discrepan;

b) Determinación de la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo, así como sus fundamentos, en forma clara y precisa, y

c) Referencia a los textos legales que se estimen o consideren violados.

La demanda aquí presentada no contiene tales cuestiones. El demandante se limitó, como ya se expuso, a hacer teóricamente las afirmaciones que en seguida se transcriben:

a) Que "el acusado desde un principio, desde que fue interrogado en declaración injurada (sic) ha sostenido con buen juicio y con todo fundamento en las pruebas traídas a la investigación, que fue víctima de un ataque violento por parte de Horacio Sánchez, a quien temía y temió, el día del acontecimiento";

b) Que "aunque no hubiese sido herido por él, sí pensó que así lo haría, dada su capacidad para la pelea y su actitud verdaderamente resuelta, cuando sin motivo alguno sacó su peinilla y con ella amenazó definitivamente al señor Ocampo, tanto como para éste temer con justicia que sería víctima de su ofensa gratuita";

c) Que esto "quiere decir que su defendido obró en el caso de la defensa subjetiva", "con mayor razón cuanto que Alfonso Ocampo está corroborado en su manifestación, que debe ser creída, por el testimonio de Néstor Londoño, testigo que presenció todas las manifestaciones del señor Sánchez, agresivas en todo caso, y suficientes para que un hombre de la índole humilde, y timorato por sobre todo, como el acusado, reaccionara en la forma en que lo hizo";

d) Que "así la sentencia fue violatoria de la disposición arriba apuntada (artículo 567 C. P. P.), en su numeral segundo, pues por errada interpretación o apreciación de los hechos en la sentencia recurrida se les atribuyó un valor probatorio que no tienen negándoles el verdadero valor a los hechos, que no es otro que el que apuntan las pruebas suministradas durante la investigación y que determinan, legal y jurídicamente, el fenómeno de la legítima defensa, siendo aplicable entonces el artículo 25 del Código Penal";

e) Que "si no fuere posible convenir en la defensa autorizada por Ocampo, entonces cabría la aplicación del artículo 28 del Código, ya que el mismo Tribunal en su providencia se expresa así: "Sin duda alguna, su reacción no deja de haber sido en un ímpetu de ira ante las provocaciones del ofendido", y entonces es de aplicación lo dispuesto por el artículo 204 del Código de Procedimiento", y

f) Que "por las razones expuestas, demanda la sentencia del Tribunal Superior dictada contra Alfonso Ocampo, para que sea infirmada y en su lugar dicte la necesaria absolviendo al enjuiciado de todos los cargos formulados en el auto de proceder, o al menos para que en subsidio, sea condenado a la pena de ocho meses de presidio, por haber infringido el artículo 28 del Código Penal".

C) Concepto del Procurador

El Procurador Delegado, después de referirse a la demanda y a las tesis enunciadas en ella (legítima defensa subjetiva o la provocación) expone lo siguiente:

"Pero es lo cierto que el demandante descuidó analizar, pormenorizadamente, los elementos jurídicos de las figuras antes mencionadas, y su procedencia frente a las pruebas del proceso.

"Además —continúa— el Tribunal analizó clara y detalladamente por qué era inadmisible la legítima defensa insinuada por el defensor, y éste, en casación, no ha combatido en forma alguna esas razones del juzgador.

"En tales circunstancias — añade — no existe una verdadera demanda, y la Corte carece de atribución para estudiar oficiosamente, los temas simplemente enunciados, pero no demostrados.

"Por eso —termina— la Procuraduría pide con todo respeto a la H. Corte, que no case el fallo recurrido del Tribunal Superior de Manizales".

D) Decisión de la Corte

La objeción, con base en la causal segunda invocada, requiere —para que pueda ser considerada por la Corte— lo siguiente, en referencia a las condiciones establecidas por el artículo 531 ya resumido:

a) Que se hayan señalado y precisado los hechos que —según el recurrente— se apreciaron e interpretaron equivocadamente;

b) Que se haya explicado en qué consistió la equivocación en que, al apreciarlos o interpretarlos, incurrió el Tribunal, o mejor, cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuyó en la sentencia, o cuál el que, teniéndolo, les fue negado, y finalmente,

c) Que se hayan expresado los fundamentos jurídicos de la objeción, como también las normas legales que el Tribunal infringió mediante la errada apreciación de los hechos.

Competía al recurrente, pues, hacer un estudio crítico de los testimonios de las personas que presenciaron el choque entre Sánchez y Ocampo, con el propósito de comprobar, como el recurrente cree que lo está, que Sánchez provocó grave

e injustamente a Ocampo hasta el extremo de crearle el ímpetu de ira que lo llevó a la agresión, o que las condiciones personales de Sánchez (superioridad, agresividad, peligrosidad), bastaban a dar nacimiento en el espíritu tímido de Ocampo (si lo es) esa emoción de terror invencible suficiente a justificar la agresión.

Pero el recurrente, en vez de acreditar, con base en las pruebas, la peligrosidad de Sánchez y la timidez de Ocampo y sus repercusiones en el encuentro del veintidós de diciembre en apoyo de la tesis de la legítima defensa subjetiva o de la provocación grave e injusta, se limitó a razonar que si Néstor Londoño "corroboró" la circunstancia eximente (miedo) alegada por Ocampo y no se reconoció, el Tribunal apreció equivocadamente los hechos.

En el supuesto de que hubiere demanda y fuere el caso de estudiarla, no prosperaría. El recurrente, en efecto, quiso fundar su hipótesis en la declaración del testigo Londoño que favorecía al infractor, con exclusión de otras (las de Abel Santa, Javier Obando, Francisco Antonio de la Pava, Antonio Soto), que —sin haber sido tachadas —destruyen la posibilidad de la legítima defensa y de la provocación, pues si fue cierto que Sánchez, con sus reclamos y frases más o menos injuriosas (algunas) dio lugar a que Ocampo lo abofeteara, e inmediatamente a que éste desenvainara su arma primero según algunos testigos o Sánchez según otros, y se iniciara la riña reconocida por el Tribunal, no aparece ninguno de los factores esenciales de la eximente ni de la excusa.

No habiendo, pues, demanda, y no teniendo atribuciones la Corte para estudiar temas apenas enunciados —como lo sugiere el Procurador— lo legal es declarar desierto el recurso en vez de invalidar el fallo.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, declara desierto el recurso contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, por la cual condenó a Luis Alfonso Ocampo por el delito de lesiones en Horacio Sánchez cometido la tarde del veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, en el sitio de "Cerro Redondo", Municipio de Neira.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

CAUSAL TERCERA DE CASACION—HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Debe observarse, ante todo, que el Juez no interrogó si Vigoya era responsable de haber causado la muerte de Rojas con este propósito, sino si Vigoya era responsable de lesiones que él ha causado, cosa absolutamente distinta de aquélla. En la primera hipótesis, el cuestionario hubiera configurado un homicidio intencional, cosa que no hizo, y en la segunda, es decir, en la que adoptó el Juez, se configuró el homicidio preterintencional. Y por tanto, cuando el Jurado contestó por mayoría "Sí es responsable pero sin intención de matar" no agregó ningún elemento que no se le hubiera preguntado en el cuestionario.

Por consiguiente, cuando el Juez y el Tribunal, en atención a que el Jurado afirmó la responsabilidad por las lesiones en la misma forma que presentaba el cuestionario, situó a Vigoya en el caso del que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro, que contempla el artículo 365 del Código Penal, le impuso acertadamente la sanción prevista en dicha disposición en concordancia con la del artículo 28 del mismo Código, que prevé la provocación reconocida por el Jurado.

....

Esta tesis, en este caso especial, no implica en modo alguno rectificación absoluta de la doctrina, anteriormente adoptada, de que la negativa del propósito de matar implica desintegración del homicidio y absolución del procesado, por lo tanto, porque en los casos en que ella se acogió, clara y separadamente se interrogó al Jurado sobre el hecho de haber ocasionado la muerte con intención de causarla, lo que no sucedió aquí, en que el Juez propuso, y el Jurado acogió figura distinta de la del homicidio intencional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Marco Tulio Vigoya recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del cinco de febrero del pasado año, por la cual —con aplicación de los artículos 28, 362 y 365 del estatuto penal— fue condenado a la pena de un año y cuatro meses de presidio por el delito de homicidio ultraintencional, cometido en estado de ira o intenso dolor injustamente provocado, en la persona de Milcíades Rojas, la tarde del veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, en la fracción "La Calera", Municipio de Cáqueza.

Como ya se han cumplido las normas legales propias del recurso, la Corte lo decide en este fallo, no sin antes hacer un resumen de los actos y providencias que culminaron en la sentencia recurrida, y de las tesis del Procurador y el demandante.

I. — El delito y el proceso

Según la versión dada por el Tribunal en su sentencia, varios individuos —entre ellos Rubén Mora, Marco Tulio Vigoya, Milcíades Rojas y José Vicente Clavijó— estuvieron en la cantina de Benedicto Herrera, jugando y bebiendo, en el sitio y día ya dichos, hasta las seis y media de la tarde aproximadamente, hora en que salieron hacia sus casas, Vigoya y Mora primero, y Clavijo y Rojas minutos después. Reunidos a poca distancia de la cantina de Herrera, Rojas rechazó, en tono hostil e inamistoso, la invitación que le hizo Mora a seguir tomando, y que originó la contienda en la cual Rojas fue herido por Mora en el abdomen y en el tórax; y como dirigiera a Vigoya frases ofensivas, éste lo atacó por la frente con un palo o bordón, con el que le causó graves contusiones. Rojas murió de peritonitis y meningitis, consecuencia de las lesiones.

Realizada la investigación por el Alcalde del Circuito de Cáqueza y calificado el delito por el Juez 3º Superior de Bogotá, se resumen en seguida los actos y providencias que se consideran en el recurso:

a) Autos de proceder del Juez y el Tribunal,

en los cuales se afirma la responsabilidad de Vigoya como autor del homicidio en Milcíades Rojas, pero con la circunstancia de la provocación grave e injusta de parte de Rojas;

b) La cuestión propuesta al Jurado sobre si Vigoya es responsable de haber causado a Milcíades Rojas con instrumento contundente y movido por un estado de ira causada por grave e injusta provocación, lesiones de naturaleza mortal y capaces por sí solas de producir la muerte, que ocasionaron la congestión y la hemorragia de los vasos sanguíneos meningeos, a consecuencia de los cuales le sobrevino (a Rojas) la muerte.

c) La decisión del jurado según la cual reconoció la responsabilidad "sin intención de matar";

d) La sentencia de primer grado del veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, mediante la cual — interpretando el veredicto como homicidio ultraintencional — y con base en los artículos 28, 362 y 365 del Código Penal, impuso a Vigoya la pena de un año y cuatro meses de presidio;

e) La sentencia de segundo grado, del cinco de febrero del año pasado, que confirmó sin reforma alguna la de primer grado, y

f) Los autos del Tribunal y de la Corte, de los días dos de abril y primero de julio del año pasado, según los cuales se concedió y admitió, respectivamente, el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado.

III. — La demanda y su respuesta

Tres objeciones —dos principales y una subsidiaria— se han hecho a la sentencia, y que corresponden, en su orden, a las causales primera, tercera y segunda de casación.

Las dos principales se concretan a la interpretación de homicidio ultraintencional que el Tribunal dio al veredicto, y que el recurrente considera, ya como violación de la ley penal porque aplicó el artículo 365 en vez de haber absuelto al procesado con base en la inexistencia de propósito de matar declarado por el jurado, ya como violación de la ley procesal porque dictó fallo en oposición al veredicto, que — por haber negado el propósito— funda la absolución por homicidio; la otra objeción se refiere a la errada interpretación de las pruebas relativas a la circunstancia de la riña imprevista, que le fue reconocida al copartícipe Mora y negada a Vigoya.

El Procurador Delegado, como conclusión de su importante estudio sobre las categorías del homicidio (doloso, culposo y ultraintencional), y de los elementos constitutivos de esta última especie, así como de las condiciones que se requieren —según la ley procesal— sea para poder proponerla al jurado, sea para que el Juez interprete sin duda alguna al veredicto como tal, el Procurador Delegado —se repite— considera, de acuerdo con el recurrente, que la negativa del propósito quita al homicidio doloso uno de sus elementos esenciales sin los cuales no tiene existencia, que desaparecida esa figura el Juez no puede crear otra como el ultraintencional, que tiene su dolo específico, y que no puede sancionar sino cuando referida en el enjuiciamiento se propuso al jurado o éste en cualquier forma la individualizó en el veredicto, y que si, como sucedió en este proceso, el Juez falló en forma contraria, estableció el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, y fundada así la causal tercera, debe casarse ésta y absolverse, en consecuencia, al procesado.

IIII. — Estudio del recurso

Partiendo de la tesis de que en los juicios por homicidio la negativa del propósito de matar lleva generalmente a la absolución por carencia del elemento psíquico o moral, el recurrente impugna la sentencia, desde el triple punto de vista de la causal primera, porque se sancionó un delito inexistente (homicidio ultraintencional), de la causal segunda porque en virtud de errada apreciación de los hechos se desconoció la circunstancia de la riña imprevista, y de la causal tercera, porque al interpretar el veredicto como homicidio ultraintencional se falló en desacuerdo con aquél, que negó el propósito de matar.

La Corte examina estas causales, dando preferencia a la tercera, ya que lo que en el fondo se impugna es la mencionada interpretación; las otras, o sea la violación de la ley penal por aplicación indebida del artículo 365, y la interpretación errada de las pruebas en cuanto a la omisión de la circunstancia de la riña imprevista, serán estudiadas posteriormente.

a) Desacuerdo del veredicto y la sentencia

Como lo que en la demanda se objeta —con base en la causal tercera— es la interpretación dada por el Tribunal al veredicto, es indispensable analizarlo en relación con la especie del homicidio ultraintencional reconocida en las sentencias.

Al Jurado le fue propuesta la siguiente cuestión, contestada afirmativamente por la mayoría del Jurado:

"¿El acusado Marco Tulio Vigoya es responsable de haber causado con instrumento contun-

dente y movido por un estado de ira causado por grave e injusta provocación, lesiones de naturaleza mortal y capaces por sí solas de producir la muerte, que ocasionaron la congestión y hemorragia de los vasos sanguíneos meníngeos, a consecuencia de las cuales sobrevino la muerte de Milcíades Rojas, hecho que tuvo ocurrencia en el paraje de "La Calera", jurisdicción municipal de Cáqueza, de este Distrito Judicial, el día veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco?"

Debe observarse, ante todo, que el Juez no interrogó si Vigoya era responsable de haber causado la muerte de Rojas con este propósito, sino si Vigoya era responsable de lesiones que él ha causado, cosa absolutamente distinta de aquélla. En la primera hipótesis, el cuestionario hubiera configurado un homicidio intencional, cosa que no hizo, y en la segunda, es decir, en la que adoptó el Juez, se configuró el homicidio preterintencional. Y por tanto, cuando el Jurado contestó por mayoría "sí es responsable pero sin intención de matar", no agregó ningún elemento que no se le hubiera preguntado en el cuestionario.

Por consiguiente, cuando el Juez y el Tribunal, en atención a que el Jurado afirmó la responsabilidad por las lesiones en la misma forma que presentaba el cuestionario, situó a Vigoya en el caso del que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro, que contempla el artículo 365 del Código Penal, le impuso acertadamente la sanción prevista en dicha disposición en concordancia con la del art. 28 del mismo Código, que prevé la provocación reconocida por el Jurado.

Así; pues, estructurado en sus elementos integrantes y esenciales el homicidio ultraintencional —ya que el Jurado no calificó ninguna de las otras especies de homicidio, como podría haberlo hecho si el proceso le hubiera dado fundamento para ello— la objeción de que la sentencia fue dictada en oposición al veredicto, carece de fuerza legal, y la causal fundada en tal objeción no prospera.

Esta tesis, en este caso especial, no implica en modo alguno rectificación absoluta de la doctrina, anteriormente adoptada, de que la negativa del propósito de matar implica desintegración del homicidio y absolución del procesado, por lo tanto, porque en los casos en que ella se acogió, clara y separadamente se interrogó al Jurado sobre el hecho de haber ocasionado la muerte con intención de causarla, lo que no sucedió aquí, en que el Juez propuso, y el Jurado acogió figura distinta de la del homicidio intencional.

b) Violación de la ley penal

Supone el recurrente —fundado en la hipótesis de que el jurado desintegró el homicidio intencional— que en vez de aplicar el artículo 365 del Código Penal, se ha debido absolver al procesado.

Explicado ya que el Jurado calificó como ultraintencional el homicidio imputado a Vigoya, y que el Juez —por mandato del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal— sólo podría aplicar el artículo 365 mencionado, no es válida la objeción de que éste se aplicó indebidamente.

La causal primera invocada no tiene, por lo dicho, fundamento legal y debe desecharse.

c) Apreciación errada de las pruebas

La objeción de que por causa de una errada apreciación de las pruebas relativas a la riña imprevista no se reconoció a Vigoya esta circunstancia, no es aquí pertinente, puesto que ella es materia de la segunda causal de casación inadmisible en esta clase de procesos. Además, así como Jueces de hecho y de derecho desde un principio le reconocieron la excusa de la provocación, no hicieron lo mismo respecto de la riña que, en cambio, abonaron a Mora.

La causal segunda se desecha, pues, por no ser viable en los juicios por jurado.

IV. — Decisión de la Corte

En consideración, en virtud del estudio anterior, a que el fallo no fue dictado en desacuerdo con el veredicto, a que no se violó la ley penal por indebida aplicación y a que no compete a la Corte decidir cuestiones privativas de los falladores de instancia, el recurso debe declararse infundado.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto del Procurador Delegado, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del cinco de febrero del año pasado, que impuso a Marco Tulio Vigoya la pena de un año y cuatro meses de presidio por el delito de homicidio, en la figura de ultraintencional, cometido en la persona de Milcíades Rojas, en la fracción "La Calera", Municipio de Cáqueza, la tarde del veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Domingo Sarasty M.—Agustín Gómez Prada—Rafael Escallón (Conjuez)—**Jesús Alfonso Roa,** Srio.

CAUSAL 4ª DE CASACION—NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

Los expositores del derecho procesal clásicos y modernos (Carrara, De Marsico, Sabatini, Beling y Goldschmidt), no discrepan en lo sustancial respecto a la índole y contenido del proceso penal moderno, que es —según ellos— controversia entre órganos representativos de interses sociales: el Ministerio Público, del interés de la sanción, y el defensor, del interés de la inocencia, y entre los cuales la paridad de facultades procesales es —además— un corolario derivado del sistema acusatorio acogido en el mixto, predominante en las leyes procesales modernas.

De la índole misma del proceso derivan algunos principios ya incorporados en tales leyes, a saber: el de que la defensa, por ser institución de Derecho Público, es irrenunciable y de obligatorio ejercicio por lo tanto; el de que el Estado debe dictar normas sobre las condiciones que garanticen la idoneidad de los encargados de la defensa; el de que la función de la defensa es cargo de aceptación forzosa y su incumplimiento sancionable disciplinariamente, y, como consecuencia, el de que la falta de defensa de los anteriores, puede inducir a nulidad del proceso.

Todos estos principios fueron acogidos, mediante normas especiales, en la ley constitucional y procesal penal, ya como prohibición (artículo 26 C. N.), ya como mandato (artículos 104, 107, 167, 170, 171, 432 y 433, C. P. P.), ya como sanciones (artículos 198 y 199 ibídem) principios que han informado importantes doctrinas de la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El doctor Manuel A. Almonacid —con base en los artículos 198 (ordinal 4º) y 567 (ordinal 4º), formuló casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual condenó a Luis Ernesto Maldonado a la pena de siete años de presidio, por los delitos de robo y lesiones en las personas de Emiliano Rodríguez y Eustaquia Gómez de Rodríguez, cometidos en la casa de éstos situada en la verada de "Checua" (Nemocón) la noche del veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las razones que expone el defensor de Maldonado son estas, en resumen:

a) La notificación del auto por medio del cual se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen hechos que probar en el juicio, debe hacerse en forma personal al defensor (artículo 171, Código de Procedimiento Penal);

b) Es causal de nulidad no haberse notificado en debida forma dicho auto (artículo 198), y

c) Ese auto, como todos los dictados en primera y segunda instancia le fueron notificados a quien no era defensor de Maldonado y no al que lo era.

A) El proceso

Examinado el proceso en relación con la defensa de Maldonado se observa lo siguiente:

a) El Juez 2º Penal de Zipaquirá, mediante auto de diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y siete, designó al doctor Carlos E. Pinzón como defensor de Luis E. Maldonado y al doctor Aquileo Roa como defensor de Rafael Forero Rodríguez (290 v.);

b) El día quince del siguiente mes tomaron posesión de sus cargos, con la anomalía de que el doctor Roa actuó como defensor de Maldonado y el doctor Pinzón, de Forero Rodríguez, es decir, uno y otro como defensor de persona distinta a la señalada en el auto de designación (293 v.);

c) El doctor Roa, únicamente defensor de Forero (no de Maldonado) fue notificado de todos los autos del juicio pero en el carácter que no tenía, es decir, en el de defensor de Maldonado;

d) Antes de la audiencia, esto es, entre el quince del mes de julio de mil novecientos cuarenta y siete, en que los doctores Roa y Pinzón se posesionaron de sus cargos de defensores para los

cuales no fueron nombrados, y un día del mes de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho en que aquélla se celebró, debió haber sido nombrado y posesionado el doctor Almonacid como defensor de Maldonado, dato éste del que — por causa de la destrucción parcial del expediente el nueve de abril del año pasado— no hay constancia;

e) El doctor Almonacid, en su carácter de único defensor de Maldonado, apenas pudo concurrir a la audiencia (326), actuación ésta registrada en la sentencia de primer grado (385 v.);

f) No obstante que el doctor Pinzón había dejado de ser el defensor de Maldonado, pues que solamente lo era el doctor Almonacid, el Juzgado y el Tribunal siguieron el juicio con el doctor Roa (defensor de Forero Rodríguez), ni siquiera con el doctor Pinzón, con prescindencia de su verdadero defensor, de modo que los autos de obligatoria notificación lo fueron al doctor Roa, extraño a la defensa de Maldonado;

g) Maldonado, por lo expuesto, no tuvo la defensa que le garantiza la ley, en ninguno de los grados del juicio, si se exceptúa la intervención accidental del doctor Almonacid en la audiencia y la interposición del recurso ante la Corte, deliberadamente dirigido a que se anule el proceso para que Maldonado pueda defenderse de los cargos que se le hicieron en el auto de proceder.

B) Examen del recurso

Con base en los anteriores datos, y en relación con la doctrina y la ley, la Corte estudia aquí el motivo del recurso, es decir, si el juzgamiento de Maldonado con la intervención pasiva de un defensor distinto del propio y no obligado —por tanto— a la defensa puede o no fundar la reposición del proceso.

Los expositores del Derecho Procesal clásicos y modernos (Carrara, De Marsico, Sabatini, Beling, y Goldschmidt) no discrepan en lo sustancial respecto a la índole y contenido del proceso penal moderno, que es — según ellos — controversia entre órganos representativos de intereses sociales: el Ministerio Público, del interés de la sanción, y el defensor, del interés de la inocencia, y entre los cuales la paridad de facultades procesales es —además— un corolario derivado del sistema acusatorio acogido en el mixto, predominante en las leyes procesales modernas.

De la índole misma del proceso derivan algunos principios ya incorporados en tales leyes, a saber: el de que la defensa, por ser institución de Derecho Público, es irrenunciable y de obligatorio ejercicio por lo tanto; el de que el Estado debe dictar normas sobre las condiciones que garanticen la idoneidad de los encargados de la defensa; el de que la función de la defensa es cargo de aceptación forzosa y su incumplimiento sancionable disciplinariamente, y, como consecuencia, el de que la falta de defensa de los anteriores, puede inducir a nulidad del proceso.

Todos estos principios fueron acogidos, mediante normas especiales, en la ley constitucional y procesal penal, ya como prohibición (artículo 26, C. N.), ya como mandatos (artículos 104, 107, 167, 170, 171, 432 y 433 C. P. P.) ya como sanciones (artículos 198 y 199 ibídem), principios que han informado importantes doctrinas de la Corte, y que fueron violados en el proceso contra Maldonado y compañeros.

La falta de defensa de Maldonado presenta dos períodos: primero, aquel en que figuró como su defensor el doctor Aquileo Roa, que no lo era, en vez del doctor Carlos E. Pinzón, que fue el nombrado por el Juez; y segundo, aquel en que después de elegido el doctor Almonacid, continuó figurando el doctor Roa. La Corte usa el verbo "figurar", en vez de "actuar", porque el doctor Roa no hizo nada en favor de Maldonado, como tampoco el doctor Pinzón, sin que se les pueda exigir responsabilidad, ya que —como lo dice el Procurador— se trata de una equivocación imputable al Poder Público.

Esta equivocación acarreó, para Maldonado, consecuencias tan graves para él como la de que el auto de proceder, así como el que fija término para que las partes digan si tienen pruebas que pedir en el primer grado, fueron notificados al doctor Roa, que no era su defensor, irregularidad que le impidió presentar las pruebas necesarias al mejoramiento de su posición, y en el segundo grado, cuando el doctor Almonacid ya había actuado en la audiencia, nuevamente se hizo la notificación al doctor Roa, de modo que aquél no pudo actuar, y a Maldonado se le empeoró, en la sentencia, su condición jurídica.

En resumen —dice el Procurador como conclusión de su concepto sobre el recurso— el Tribunal tuvo como defensor de Maldonado al doctor Aquileo Roa, quien carecía de esa calidad, dejando por el contrario, de tener en cuenta al verdadero representante del procesado, que lo era el doctor Manuel Antonio Almonacid. Este error trajo como consecuencia grave que ninguno de

esos dos profesionales actuó en favor de Maldonado, privándolo así, el mismo Poder Público del derecho de defensa.

"Y como este derecho no sólo pertenece al procesado, sino a la sociedad toda y los Jueces deben velar especialmente por su estricto cumplimiento, ello quiere decir que en este juicio se cercenaron las garantías del procesado, con violación del artículo 26 de la Carta. Es decir, que se incurrió en una nulidad sustancial e insubsanable que hace írrito el segundo grado de jurisdicción que se realizó ante el Tribunal".

C) Decisión de la Corte

Fundada como ha sido, por lo expuesto, la causal que se invocó, prospera el recurso, y debe procederse de acuerdo con el artículo 570 (ordinal b) del Código de Procedimiento Penal.

No obstante que, como se ha dicho, en el primer grado del juicio no se hicieron al verdadero defensor de Maldonado las notificaciones que ordena la ley, en perjuicio de aquél, la Corte—como consecuencia del recurso—lo decidirá de conformidad con lo pedido por el Procurador y el demandante, a fin de que en el segundo grado del juicio, Maldonado tenga la oportunidad de defensa que tácitamente se le negó en el primero.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, declara nulo este proceso a partir de la notificación, inclusive, del auto del treinta de junio de 1948 (fol. 1 v. del Cuaderno 3º), a fin de que se reponga el proceso de allí en adelante.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Angel Marín Vásquez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO CRIMINAL

Sin que haya necesidad, en lo más mínimo, de calificar las causas o razones del hecho que se investiga, es bastante para que la Corte rinda concepto favorable al cambio de radicación del proceso, el ambiente político, fundado o infundado, que lo rodea, que es el más desfavorable para la recta administración de justicia. En otros términos, sea cierto o no que el crimen se consumó por móviles políticos, es suficiente para torcer el criterio de los jueces o para que pueda torcerlo, el que se atribuya a tales motivos la realización del homicidio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, quince de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud de cambio de radicación del proceso que en el Juzgado 1º Superior de Cartagena se adelanta contra Eusebio Quiroz, por el delito de homicidio en la persona del doctor Braulio Henao Blanco, con el fin de que se emita el concepto de que habla el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Junto con la constancia de que en la oficina citada cursa el proceso de que se trata, trajo el peticionario copias auténticas de algunas cartas de abogados, las declaraciones de Ramón Gómez Naar, Víctor Carrasquilla, Oscar Pérez y Ramón P. de Hoyos, más algunos ejemplares (nueve) del periódico "El Universal", de la ciudad de Cartagena. De esos comprobantes se desprende que el doctor Braulio Henao Blanco era sujeto que gozaba de gran prestancia social y política, pues había sido concejal, secretario de gobierno del municipio y del departamento, alcalde, candidato a la Cámara de representantes y, cuando perdió la vida, era miembro del directorio liberal del Departamento de Bolívar y profesor de la Universidad de Cartagena.

Por esta causa, su muerte produjo una honda conmoción, que duró más de una semana, y ante su cámara ardiente desfilaron en homenaje numerosas personas, circularon hojas volantes y, como se le consideraba jefe de partido en aquel departamento, se atribuyó el homicidio de que fue víctima a móviles políticos. Así lo declaran los deponentes arriba citados, así se deduce de los relatos del periódico nombrado, y así lo confirma la circunstancia de que varios abogados se excusaron de servir el cargo de defensor del peticionario, alegando que dentro de ese ambiente de apasionamiento político no creían poder desempeñar su cometido en forma eficaz.

Sin que haya necesidad, en lo más mínimo, de calificar las causas o razones del hecho que se investiga, es bastante para que la Corte rinda concepto favorable al cambio de radicación del proceso, el ambiente político fundado o infundado que lo rodea, que es el más desfavorable para la recta administración de justicia. En otros términos, sea cierto o no que el crimen se consumó por móviles políticos, es suficiente para torcer el criterio de los jueces o para que pueda torcerlo, el que se atribuya a tales motivos la realización del homicidio. Y precisamente la ley permite radicar en distrito distinto una causa criminal cuando ello convenga para que no pueda temerse por la parcialidad de los jueces de hecho o de derecho.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso de que se viene hablando.

Cópiese y remítanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL. — EL HECHO DE HABER ACTUADO COMO DEFENSOR UNA PERSONA QUE NO TIENE LICENCIA DE ABOGADO NO ES CAUSAL DE NULIDAD. — CIRCUNS TANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD. — SEVICIA

1.—En parte alguna erige la ley en causal de nulidad o de invalidación procesal la circunstancia de actuar como defensor una persona a quien el Tribunal del Distrito Judicial respectivo haya cancelado su licencia para el ejercicio de la abogacía por no estar titulado en el momento de la cancelación.

2.—Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad exigen, para ser reconocida su existencia en un proceso penal, que haya la debida apreciación de los hechos que las sustentan, pues correspondiéndole, por el mandato expreso de la ley, al Juez de derecho el examen de las mismas, la prueba que las demuestre debe surgir del propio proceso, cosa distinta de lo que ocurre con las circunstancias o elementos estructurales del homicidio que dan a éste fisonomía de asesinato, las cuales pueden ser valoradas o justipreciadas por el Jurado dentro de la amplitud que éste tiene para fallar en conciencia.

3.—La sevicia se predica cuando la consumación de un homicidio presenta ciertos caracteres de crueldad que buscan por parte del victimario prolongar, sin motivo alguno y en forma deliberada, los sufrimientos de la víctima.

4.—Cuando se cataloga el homicidio cometido por el procesado como asesinato por la forma de ejecución que puso en circunstancias de indefensión e inferioridad a la víctima, esta misma consideración imposibilita para computar la circunstancia de mayor peligrosidad con base en el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal, desde luego que se violaría el principio NON BIS IN IDEM si se obrase de esta suerte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El doctor Miguel Ocampo Patiño, defensor del procesado Luis Carlos López Jaramillo (a. Fiebre) en la causa por homicidio en Ricardo Chica, interpuso el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, de fecha seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio de la cual fue condenado el reo a la pena principal de diez y siete años de presidio, con base en el artículo 363 del Código Penal.

López Jaramillo otorgó poder especial al abogado Abelardo Restrepo Vélez para que sustentara el recurso de casación, y así en ejercicio de este mandato formuló la demanda, en la que invoca las causales primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que la Corte estudia en este fallo.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, con razones que posteriormente se habrán de resumir, rechaza la causal cuarta de casación invocada y justifica la causal primera, pidiendo en consecuencia, que se invalide el fallo recurrido y, en su lugar, se condene a Luis Carlos López (a. Fiebre) a la pena principal de diez y seis años de presidio, más las accesorias correspondientes.

Previamente se hará una síntesis de las circunstancias en que el delito fue consumado, de los actos y providencias del proceso que interesen al recurso, y de las tesis expuestas por las partes.

I — El delito

El occiso Ricardo Chica y su familia habitaban un apartamento de una casa en la población de Buenaventura; en la misma casa y en otro apartamento, vivía Luis Carlos López con su familia y entre ellos existían cordiales relaciones de amistad, que vinieron a quebrantarse porque en alguna ocasión Luis Carlos López penetró a la habi-

tación de Chica, en donde la esposa de éste se encontraba sola, e intentó poseerla sexualmente, usando de violencia, recibiendo enérgico rechazo de parte de la señora. En esa ocasión Chica intentó tomar cuentas a López de su proceder, pero la huída de éste lo impidió. Por esa causa surgió la pugna entre las dos familias, hasta el punto de que Chica resolvió cambiar de residencia y a ello se disponía cuando el domingo veinte de abril de mil novecientos cuarenta y uno, llegó Chica a su casa, luego de haber ingerido gran cantidad de alcohol, y se paró en la puerta de su apartamento. De repente y quizá con el propósito de iniciar la provocación, de la habitación de la familia de López salió una mujer y le propinó a Chica un garrotazo, lo que motivó que éste saliera a la calle y tuviera que defenderse del ataque que le hicieran entonces Luis Carlos López, Juan Evencio López, Fulgencio Murillo, Isabel López y Magdalena Jaramillo. El atacado, embriagado como se hallaba, pugnaba por favorecerse de sus enemigos, cuando Murillo, armado de un machete, le causó dos lesiones, hiriéndolo en el antebrazo izquierdo. El agredido trató de huir, pero debido a la lluvia que en esos momentos caía y a su avanzada ebriedad, no pudo conservar el equilibrio, circunstancias éstas que aprovechó Luis Carlos López para asestarle una puñalada en el pecho. Chica herido ya de muerte, intentó ganar la escalera para subir a su casa, pero Elvira Jaramillo saliendo de la habitación de López, le descargó un golpe con instrumento contundente, que lo derribó. Pocos momentos después falleció.

II — El proceso

Correspondió al Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Cali fallar el proceso en primer grado, lo que hizo en sentencia de fecha trece de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, imponiendo al reo Luis Carlos López (a. Fiebre) la pena principal de diez y siete años de presidio y las accesorias correspondientes, dando aplicación al artículo 363 del Código Penal, en virtud de la respuesta dada por el Jurado de conciencia al cuestionario que se le propuso en la vista pública del juicio.

En efecto, a los jueces de hecho se les pidió la absolución del siguiente cuestionario, elaborado por el Juez de la causa de conformidad con los cargos formulados al procesado en el auto de proceder:

"El acusado Luis Carlos López (a. Fiebre), es responsable de haber dado muerte, con intención de causarla, al señor Ricardo Chica, por medio de varias heridas, con arma corto-punzante, una de las cuales lesionó el corazón en su ventrículo izquierdo, determinando la muerte; acto para el cual obró hallándose la víctima en circunstancias de inferioridad e indefensión; hecho que tuvo lugar el día veinte (20) de abril de mil novecientos cuarenta y uno (1941), en Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca?".

El Jurado contestó: "Sí es responsable", aunque dos de los jueces de hecho respondieron también afirmativamente, agregando que sin premeditación, explicación ésta que no quita el carácter de asesinato al homicidio, porque dicha circunstancia no fue materia del debate.

En la segunda instancia, el Tribunal Superior de Cali consideró el fallo del inferior ajustado a la realidad procesal y, en consecuencia, lo confirmó con la sola adición de condenar al reo a la publicación especial de la sentencia y al pago de los perjuicios civiles causados por el delito, cuyo avalúo ascendió a la suma de catorce mil doscientos pesos.

III — La demanda

Dos objeciones hace el demandante a la sentencia del Tribunal, que presentó como fundamento de las causales primera y cuarta de casación, las cuales se estudiarán en el orden lógico acogido por la Procuraduría en su concepto anterior:

a) Causal cuarta: Nulidad del juicio

Dos motivos aduce el demandante para sustentar esta causal.

1º—Que el cuestionario propuesto al Jurado no está de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, ya que en éste se dijo que el acusado había producido la muerte de Ricardo Chica por medio de una herida penetrante del corazón, y en el cuestionario se dice, en cambio, que la muerte fue causada "por medio de varias heridas, causadas con arma corto-punzante".

2º—Que el procesado Luis Carlos López no estuvo asistido en la celebración del juicio por un abogado inscrito, pues la persona que lo defendió, el doctor Luis Carlos Valencia Moreno, no llenaba las condiciones de tal, por habérsele cancelado la licencia que concede el artículo 22 de la Ley 62 de 1928. Al efecto, presenta a la Corte el Acuerdo del Tribunal Superior de Cali, en el que canceló la inscripción del doctor Valencia Moreno por no haber exhibido el título correspondiente.

b) Causal primera: Violación de la ley penal

La demanda afirma sobre este particular lo siguiente:

"Tanto el Juez de primera instancia, como el Tribunal sentenciador incurrieron en el error de confundir las circunstancias de mayor peligrosidad con las constitutivas del asesinato; y basta observar que en las sentencias las confunden y las capitalizan doblemente para agravar la pena que legalmente y en justicia corresponde al procesado.

"La violación de los artículos 37 y 363 del Código Penal es notoria y para tal efecto, basta que la honorable Sala de Casación analice el segundo considerando de la sentencia del Juez Primero Superior de Cali, para que constate con claridad meridiana, cómo se confunden las circunstancias de mayor peligrosidad, con la constitutiva de asesinato contemplada por el ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal".

Hace luégo otras consideraciones sobre inferioridad personal de la víctima y la insensibilidad moral del acusado y termina solicitando que se condene a éste a la pena de once años de presidio.

IV — Concepto del Procurador

El señor Agente del Ministerio Público considera inadmisibles los motivos aducidos en la demanda para sustentar la causal cuarta invocada, pero en cambio, en relación a la causal primera, conceptúa que es aceptable, porque debe tenerse en cuenta una sola circunstancia de mayor peligrosidad (los motivos innobles, no atacados en casación), en vez de los que apreció el Tribunal, "y no apareciendo —dice el colaborador— de otro lado, índices especiales de peligrosidad que compensen la agravante descartada (artículo 36 C. P.), opina el Ministerio Público que la pena impuesta al responsable debe rebajarse en un año".

En consecuencia, la Procuraduría pide que se invalide el fallo recurrido y, en su lugar, se imponga a Luis Carlos López (a. Fiebre), la pena principal de diez y seis años de presidio, en vez de diez y siete a que fue sentenciado por el Tribunal de la instancia.

V — Estudio del recurso
Causal cuarta: Nulidad del juicio

Es indudable que entre el auto de proceder y el cuestionario sometido al Jurado debe existir relación y armonía, por cuanto que el último viene a ser equivalente a una síntesis de la demanda que la justicia hace al procesado sobre la responsabilidad que le competa en un hecho delictuoso. Pero si esto es así, no puede argüirse que los cargos formulados en el auto de proceder no están comprendidos en el cuestionario sometido al Jurado, cuando en aquella providencia se hace alusión explícita y clara a los elementos de juicio que comportan la comprobación de la materialidad del hecho; en cuanto a que las lesiones causadas a la víctima dejaron en ésta las huellas anatómicas de su producción y las consecuencias de las mismas.

En este proceso al ser proferido el auto de vocación a juicio, se dijo de manera expresa que el cuerpo del delito se halla comprobado en el expediente, con la exposición sobre necropsia practicada por peritos competentes. Y como si esto fuera poco, se hizo la transcripción de la mentada diligencia, tomada del propio dictamen de los expertos y que es de este tenor, según el auto respectivo:

Al folio 17 vuelto del expediente, se halla la exposición médico-legal sobre la autopsia practicada al cadáver de la víctima, y que dice:

"En nuestro carácter de peritos forenses, rendimos a usted el informe de la autopsia efectuada en el cadáver del señor Ricardo Chica, así: presenta dicho cadáver, contusiones leves en las regiones siguientes: frontal izquierda, nasal y del mentón. Tiene una herida cortante superificial en el borde interno, tercio inferior, del antebrazo izquierdo, de unos tres centímetros de longitud. Todas las lesiones anteriores son de carácter leve. Pero presenta otra herida penetrante, causada con arma punzo-cortante, a centímetro y medio de la línea mamilar izquierda en el sexto espacio intercostal; esta herida perforó las pleuras, el pericardio y fue a herir el corazón en su ventrículo izquierdo, penetrando de la punta hacia la base, sin pasar a la aurícula del mismo lado, ni herir la pared posterior. Esta herida fue sola la determinante de la muerte de Ricardo Chica".

En el cuestionario, se preguntó al Jurado si Luis Carlos López era responsable de haber dado muerte, con intención de causarla, al señor Ricardo Chica, por medio de varias heridas, con arma corto-punzante, una de las cuales hirió el corazón en su ventrículo izquierdo, determinando la muerte.

No se ve, pues, desarmonía ni falta de relación alguna entre el auto de proceder y el cuestionario al Jurado, como lo pretende la demanda. Por el contrario, muy claro se expresó en ambas diligencias que la muerte de Chica fue consecuencia de

la lesión del corazón, como causa única y determinante de la misma, sin que las demás lesiones, leves en concepto de los expertos, y que fueron reconocidas, como es de usanza y de obligada técnica, en los dictámenes que se rinden para la comprobación del cuerpo material del homicidio, hayan tenido nada que ver con la decisión del Tribunal de conciencia, pues, como lo dice la Procuraduría, la multiplicidad de lesiones a que alude el cuestionario, resulta en este proceso un hecho indiferente al juzgamiento del reo y a su represión como homicida.

Es indudable que la responsabilidad de López está vinculada únicamente a la grave lesión que fue consecuencia directa e inmediata de la muerte de Chica. Las demás heridas reconocidas en el cuerpo de éste al practicar la necropsia, en nada influyeron para dar al delito la fisonomía de homicidio que debía tener, desde luego que la estructura jurídica de tal infracción está comprendida dentro de los siguientes presupuestos: un hecho material; relación de causalidad entre ese hecho y el efecto producido, y propósito de matar. Encontrados tales elementos en un determinado delito de esta especie, la figura jurídica que surge es la del homicidio, no empece al número de lesiones que pueda presentar la víctima, muchas de ellas indiferentes, cuando no tienen la gravedad requerida para producir el deceso, y que únicamente podrían tener consecuencias legales en el caso de que fuesen producidas por distintos agresores o que demostraran en el agente del delito circunstancias específicas de sevicia o ensañamiento, casos distintos al de este proceso, en el que se determinó claramente cuál de las lesiones, por su poder vulnerante y gravedad misma, resultó ser la causa exclusiva productora de la muerte.

El otro motivo que alega la demanda para casar la sentencia por nulidad en el juicio, también carece de contenido en orden a producir el efecto deseado, por cuanto que en parte ninguna la ley erige en causal de invalidación procesal la circunstancia de actuar como defensor una persona a quien el Tribunal del Distrito Judicial respectivo haya cancelado su licencia para el ejercicio de la abogacía por no estar titulado en el momento de la cancelación.

Las leyes que reglamentan el ejercicio de la profesión de abogado, especialmente la surgida con posterioridad al Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 71), o sea el 40 de la nueva codificación de la Carta, es decir la Ley 69 de 1945, que desarrolla dicho mandato constitucional, en parte ninguna sancionan con la nulidad los procesos porque se vulnere el principio de que nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Apenas imponen a los Tribunales el deber de cancelar las matrículas respectivas a los que no estén dentro de las prescripciones de la ley; pero en forma alguna tienen por nulo lo actuado en los procesos por aquellos a quienes se les ha hecho la cancelación de la matrícula para el ejercicio de la abogacía, porque la ley considera que la sola medida disciplinaria impuesta a los Magistrados, los Jueces y los funcionarios, jefes de oficina que acepten cualquier gestión suscrita o patrocinada por quien no puede hacerlo y consistente en multas hasta de doscientos pesos por la primera y segunda vez y con la pérdida del cargo y de las prestaciones que pudieran corresponderles por la tercera vez, sanciones que de oficio o a petición de cualquier persona deberá imponer el respectivo superior, como lo prescribe el artículo 4º de la Ley 69 de 1945, resultan de bastante eficacia para que los propósitos del legislador, en orden a impedir el ejercicio de la abogacía por parte de personas inidóneas intelectual y moralmente para tan delicado cargo, se consideren cumplidos sin que para nada se afecte el proceso mismo en que aquéllos intervienen.

Por lo demás, aunque el demandante acompaña el Acuerdo del Tribunal de Cali que canceló la matrícula del que como defensor actuó en la vista pública en favor del procesado Luis Carlos López, es lo cierto que de las actas mismas de las audiencias respectivas se deduce que quien tal encargo cumplió lo hizo demostrando conocimientos adecuados en derecho y en legislación penal y poniendo en su cometido sumo interés y decidido empeño por lograr atemperar o amenguar la responsabilidad de su defendido.

De manera que hubo en la defensa de López el máximo de capacidad por parte de quien lo asistió como procurador en la vista pública del juicio y en parte alguna los intereses de éste quedaron sin protección, único motivo que podría servir para justificar el vicio de nulidad que se alega, que sólo sería valedero cuando resultaren vulnerados los intereses del procesado en todas aquellas cosas que la ley prescribe como imprescindibles y necesarias para su defensa y cuya inexistencia o inobservancia viciarían el proceso, por falta de garantías constitucionales y legales consagradas para ese fin.

Causal primera: Violación de la ley penal sustantiva

Apoya el libelo esta causal en que el Tribunal sentenciador confundió las circunstancias constitutivas de asesinato con las de mayor peligrosidad, lo que determinó que, al individualizar la pena, se capitalizaran doblemente, agravando así la sanción correspondiente al reo.

Dos fueron, según la sentencia, las circunstancias de mayor peligrosidad computadas contra López: la insensibilidad moral deducida de la ejecución del delito "por haber hundido el puñal en el pecho de la víctima, y, una vez allí, haber revuelto el arma para hacer más nociva y dolorosa la herida, más duro el tránsito de la víctima de la vida a la muerte"; y el haber obrado por motivos innobles (artículo 37, numerales 3º y 6º del C. P.).

Ya que el demandante, como lo anota la Procuraduría, apenas combate la primera circunstancia deducida en la sentencia, pues sobre lo innoble o abyecto del motivo nada dijo en el libelo, la Sala se abstendrá de examinar aquella, y sólo se referirá a la circunstancia derivada del modo de ejecución del homicidio, es decir, a la insensibilidad moral del procesado, que tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador para aplicar la pena correspondiente.

El examen de la circunstancia sexta del artículo 37 del Código Penal conduce a estudiar si el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito han dificultado la defensa del ofendido o demuestran una mayor insensibilidad moral en el delincuente.

En el caso que se contempla en este proceso, será el modo de ejecución del delito el que señalará o demostrará la insensibilidad moral con que obrara López al realizar el homicidio. Es claro que la comprobación de este hecho debe hacerse con los elementos de juicio que son indispensables para su demostración adecuada, toda vez que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad exigen, para ser reconocida su existencia en un proceso penal, que haya la debida apreciación de los hechos que las sustentan, pues correspondiéndole, por el mandato expreso de la ley, al Juez de derecho el examen de las mismas, la prueba que las demuestre debe surgir del propio proceso, cosa distinta de lo que ocurre con las circunstancias o elementos estructurales del homicidio que dan a éste fisonomía de asesinato, las cuales pueden ser valoradas o justipreciadas por el Jurado dentro de la amplitud que éste tiene para fallar en conciencia.

De la prueba testimonial que sirvió al Tribunal para deducir la circunstancia de mayor peligrosidad que se analiza, no puede desprenderse en manera alguna que López exhiba una personalidad delincuente como para justificar la insensibilidad moral que se le toma en cuenta para individualizar la sanción que le corresponde por el delito. Dentro de la escuela positiva es indudable que dicha insensibilidad moral se predica para cierta categoría de delincuentes, como son aquellos por tendencia o por instinto y es claro que el contenido sintomático de los hechos ejecutados es el único criterio que puede orientar en la determinación del grado en que pueda valorarse la circunstancia en estudio, para acreditar si en efecto el procesado tiene las características que distinguen a dichos tipos o que la misma realización del delito oriente en la apreciación de la categoría a que hace referencia la circunstancia en cuestión.

Se dice lo anterior porque los actos externos que actúan en la realización de un hecho criminoso son factores de mucha importancia para comprender la personalidad misma de quien lo realiza y señalar la categoría del delincuente.

De acuerdo con este criterio puede decirse, en primer término, que el procesado López no se revela como un criminal instintivo ni con tendencia marcada hacia el delito. El hecho que cometió no revela en él las características propias de esta clase de delincuentes. Por otra parte, los hechos mismos que surgen del proceso mediante la prueba testimonial que sirve para señalar las distintas ocurrencias en que tuvo lugar el homicidio, no permiten destacar en la ejecución de éste la circunstancia que revele la insensibilidad moral apreciada en la sentencia. Para demostrarlo basta con hacer un análisis de esa prueba, según la cual puede establecerse que el hecho que sirviera al Tribunal para computar la circunstancia sexta de mayor peligrosidad, apenas tiene el apoyo de uno solo de los testigos presenciales del delito, el testimonio de Francisca Tamayo, en contraposición de los que suministran Milagros Venegas, Joaquín Naranjo y Modesto Alvarez.

Talvez el que con mayores detalles relata las incidencias todas del delito, es el testimonio de Joaquín Naranjo. Por eso su transcripción es conveniente en orden a señalar la forma como fue cumplido el homicidio. Dice así este declarante:

"Tan pronto como se acercaron (Chica y López), el de ruana (el procesado, aclara la Sala), le hizo

un tiro con la puñaleta al señor Chica, pero éste logró defenderse, pero con tan mala suerte que, como estaba lloviendo, el piso estaba resbaloso, pues existe greda y además el estado de embriaguez en que se encontraba el señor Chica, hicieron que éste trastabillara, casi cayéndose al suelo y logrando recuperar el equilibrio solamente cuando se apoyó sobre el barranco, apoyo que hizo en la espalda, es decir, quedó dando frente a sus atacantes. Chica quiso pararse bien, afianzándose en sus pies, pues el de la ruana se le abalanzaba en esos momentos, puñaleta en mano, con el fin de continuar su ataque, pero Chica resbaló nuevamente, no logrando equilibrarse y recibiendo, en consecuencia, del sujeto de ruana, una puñalada a la altura del pecho del lado izquierdo. El de ruana, con su mano izquierda, sujetó fuertemente a Chica por el hombro derecho de éste y oprimiéndolo contra el barranco, como para que no se moviera, vi que de nuevo le tiró con esa puñaleta al mismo sitio" (fs. 12).

Esta declaración y las demás citadas con anterioridad, pueden servir para dar al homicidio el carácter de asesinato, porque la forma de ejecución del delito que con tanta nitidez relieva el testimonio transcrito, igual a como lo hacen Vanegas y Alvarez, indudablemente revelan que el homicidio se cumplió en circunstancias de indefensión e inferioridad de la víctima, que fue puesta por la acción del agente en condiciones impropias para su defensa, la que no logró realizar, bien por hechos propios del mismo homicida al consumar la infracción, como por las condiciones objetivas en las que se llevó a cabo el hecho, todas ellas desfavorables para Chica.

Pero de esto a establecer la prueba testimonial, que sirvió de base para responsabilizar al procesado por un delito de homicidio agravado, que también existe en el mismo la circunstancia de mayor peligrosidad que se analiza, hay completa diferencia. Sería computar doblemente los mismos hechos para dar tal carácter a la afirmación, no corroborada por ningún otro declarante, que hace Francisca Tamayo, en el sentido de que el homicida con la mano derecha removía el puñal sobre el pecho de la víctima, ejecutando movimientos que, según la descripción de la testigo, manifiestan un ensañamiento o sevicia totalmente desproporcionado a los propósitos mismos y a las circunstancias en que el delito se cumpliera. El hecho de ser el testimonio de la Tamayo aislado y único, pues carece de corroboración por parte de los que como testigos presenciaron los hechos, no autoriza para deducir de él la circunstancia que tuviera en cuenta el Tribunal al individualizar la pena para agravarla al delincuente, por hecho que no tiene adecuada e idónea comprobación en el proceso.

La sevicia se predica cuando la consumación de un homicidio presenta ciertos caracteres de crueldad que buscan por parte del victimario prolongar, sin motivo alguno y en forma deliberada, los sufrimientos de la víctima. Cuando un delito contra la vida se realiza así, puede decirse que hay por parte del agente criminal una cierta manifestación de sadismo, revelada en la manera de actuar del delincuente, que traduce, sin duda alguna, su insensibilidad moral.

Al catalogar el homicidio cometido por López como asesinato por la forma de ejecución que puso en circunstancias de indefensión e inferioridad a la víctima, esta misma consideración imposibilita para computar la circunstancia de mayor peligrosidad con base en el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal, desde luego que se violaría el principio **non bis in ídem** si se obrase de esta suerte.

No ocurre lo mismo respecto de la otra circunstancia que fue tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador para elevar el mínimo de la sanción imponible al procesado. Se dice ello porque el motivo innoble o bajo que tuvo el homicida, sí encuentra completa demostración en el proceso, desde luego que Chica recibió muerte de manos de López porque éste, con antelación al homicidio, había pretendido por la fuerza poseer carnalmente a la esposa de aquél, lo que no pudo consumar por la llegada oportuna del esposo, hecho éste de gravedad incuestionable que provocó entre ellos profunda enemistad, que culminó con la muerte de Chica.

Basta la enunciación del motivo mediato del homicidio para que se establezca por lo menos una circunstancia de mayor peligrosidad que, de conformidad con la técnica del código, impone al fallador la necesidad de sancionar con pena aumentada del mínimo que señala la ley, cuando resultan circunstancias de menor peligrosidad, como las que también fueron reconocidas en la sentencia, para que el cómputo de la penalidad aplicable al caso se haga de conformidad con este criterio.

Así las cosas, la sanción que insinúa el concepto del señor Procurador Delegado, es decir, diez y seis años de presidio, por el aumento de uno sobre el mínimo que señala el artículo 363, que es el infringido, es la pena que debe aplicarse al delincuente.

Por lo mismo, prospera la causal alegada en

cuanto a la mala aplicación de la ley penal, en lo concerniente a la forma como fueron computadas las circunstancias de mayor peligrosidad al individualizar la sanción correspondiente al procesado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por el cual se condenó a Luis Carlos López (a. Fiebre), a la pena principal de diez y siete años de presidio, como responsable del delito de homicidio en Ricardo Chica y, en su lugar, lo condena a la pena de diez y seis años de la misma pena y a las accesorias de rigor señaladas en la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO CRIMINAL

1.—Cuando en un proceso intervienen factores políticos, hay por lo menos la posibilidad de que la justicia sea interferida por ese criterio, siempre perjudicial para la completa imparcialidad e independencia de los juzgadores, tanto de hecho, como de derecho. Difícil es que los Jueces se sustraigan a tal influjo nocivo, y es entonces cuando la facultad otorgada en el artículo 58 del Código Procesal Penal, como excepción al principio que gobierna la competencia por razón del territorio en donde el delito se consuma, encuentra oportunidad para su eficaz cumplimiento.

2.—Suprimir toda posible parcialidad o falta de independencia en los Jueces, de conciencia o de derecho; quitar todo género de duda o de temor a que la justicia tome caminos extraviados por circunstancias de índole política, o factores perturbadores de la tranquilidad pública, por razones diversas en cada caso discernibles y apreciables gracias a los elementos de juicio que sean aportados para el cambio de radicación del proceso que se pretende, son sin duda alguna las finalidades perseguidas por el legislador al otorgar aquella facultad al Gobierno, con el previo concepto favorable de la Corte. Por ello, al resultar comprobadas en un caso sub-judice, es necesario e imprescindible dar oportunidad a que aquella facultad se cumpla, para que desaparezcan cualesquiera motivos de duda o de temor —fundados o infundados— sobre la rectitud e imparcialidad de los falladores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Para dar cumplimiento al artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el señor Director del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud de cambio de radicación, formulada por el doctor Antonio José Uribe Prada, en su carácter de apoderado legal del sindicado en el proceso que por el delito de homicidio se adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga, contra Luis Antonio Herrera, a fin de que se emita el concepto correspondiente sobre el particular.

El peticionario presenta como fundamento de su solicitud los siguientes hechos:

1º Es defensor del procesado Luis Antonio Herrera en la causa de que antes se ha hablado;

2º El proceso fue abierto en el municipio de Lebrija por el delito de homicidio en la persona de Diego María Uribe y está radicado en el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga;

3º "El homicidio en la persona de Diego María Uribe — dice el defensor — ejecutado por Luis Antonio Herrera, tuvo desde el momento de su ocurrencia un marcado cariz político, consistente en que el occiso injurió a Herrera y lo persiguió cuchillo en mano, hiriéndolo, porque Herrera, quien se encontraba ingiriendo licor gritó varios "vivas al partido conservador". Esta circunstancia dio lugar a que el proceso, desde su iniciación recibiera influjos políticos de carácter aldeano, dándose el caso de que gran parte de las declaraciones recibidas consisten en la afirmación, hecha por hombres y mujeres liberales, de que el procesado tenía preparado el homicidio y estaba buscando su realización desde temprano, con amenazas y provocaciones a las personas liberales";

4º—Que los periódicos de Bucaramanga han comentado los hechos en forma desfavorable al sindicado haciendo incitaciones contra Herrera y su partido;

5º—"Luis Antonio Herrera, hombre de buena conducta y padre de familia, trabajaba modestamente en Lebrija, donde figuraba en juntas directivas de carácter político";

6º—"Cuando ocurrió el homicidio de Uribe ya Herrera había sido objeto de persecuciones políticas en Lebrija. Su familia fue irrespetada, su panadería apedreada y salteada y sus productos desacreditados ante el público por sus enemigos políticos;

7º—"La familia de Luis Antonio Herrera tuvo

que abandonar a Lebrija para radicarse en Bucaramanga, donde con enormes dificultades montó la panadería, sin la ayuda del jefe del hogar que estaba preso;

8º—"En Bucaramanga, en los días siguientes al 9 de abril de 1948, no obstante la circunstancia pasmosa de que nada ocurrió, el pueblo destruyó y asaltó nuevamente la panadería y la residencia de la familia de Luis Antonio Herrera";

9º—"Luis Antonio Herrera ya ha sido perseguido, por motivos políticos y a causa del homicidio de Uribe";

10.—"Dentro de la excepcional agitación partidista de la ciudad, los periódicos han creado un ambiente de franca odiosidad contra Luis Antonio Herrera y su defensa, no siendo raras las amenazas y los insultos anónimos que, por respeto al señor Ministro y a la H. Corte Suprema, no se transcriben.

11.—"Con base en lo anterior, que deja entrever las influencias de orden político en el proceso a que me refiero, hay fundamento suficiente para esperar que la audiencia pública estará anunciada por los periódicos con comentarios desfavorables al procesado y que los debates forenses se habrán de desarrollar dentro de un ambiente sospechoso de coacción, que muy difícilmente podrían superar los jurados, escuchando con serenidad las razones de la defensa;

12.—"Dada la odiosidad que en el pueblo conquistó Luis Antonio Herrera con motivo del homicidio perpetrado en la persona de Diego María Uribe, odiosidad que ya se ha manifestado en dos ocasiones diferentes en Lebrija y en Bucaramanga, mediante ataques tumultuarios, sin fundamento alguno de orden personal, puede colegirse la popularidad de Herrera y la situación desventajosa en que se encuentra su causa en el ambiente de exaltación que hay en la ciudad y que reavivará la audiencia pública".

Para probar los hechos enunciados, el memorialista presenta los documentos siguientes:

a) Copia de varias piezas procesales, expedida por el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga, como son: levantamiento del cadáver de Diego María Uribe; indagatoria de Luis Antonio Herrera y Ernesto Ferreira; concepto fiscal sobre excarcelación, por cierto favorable a ella; auto de libertad provisional, auto de proceder y revocatoria de libertad, auto del Tribunal y salvamento de voto de un Magistralo;

b) Certificado del Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga, sobre radicación del proceso y sobre el carácter de defensor de Herrera de que se halla investido el peticionario, doctor Uribe Prada;

c) Declaraciones sobre los hechos que motivan la solicitud, rendidas ante el señor Juez Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, por los señores Bernardo Plata R., José Manuel Méndez, Esteban Ríos Salazar y Jorge Martínez;

d) Certificado del Juez Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, sobre que los declarantes antes nombrados "son personas de reconocida honorabilidad y prestancia social en esta ciudad";

e) Un ejemplar del periódico de Bucaramanga "El Demócrata", en el cual aparece un artículo de carácter apasionado en que se rememora la trágica muerte de Diego María Uribe a manos de Luis Antonio Herrera, con motivo de su aniversario.

Con las exposiciones juradas de las personas relacionadas en el aparte a) que antecede, se establece con evidencia, que contra Luis Antonio Herrera existe "verdadera odiosidad" en Bucaramanga, promovida con ocasión de los hechos políticos en que perdiera la vida Diego María Uribe, los que se produjeron en un ambiente de represalias, y que —dicen los declarantes— "Dado el ambiente de agitación política actual, la batalla de intrigas, y el hecho evidente de que la pasión política obnubila la conciencia de los hombres y la inclina a mirar en el adversario toda la responsabilidad del delito y en los propios la inocencia, y siendo este caso de ocurrencia tan del ambiente bumangués y estando tan inmediatos los distintos elementos que intervinieron, sí existen motivos suficientes para pensar que no habrá la suficiente imparcialidad y que su defensa le será muy difícil".

Se considera:

Cuando en un proceso intervienen factores políticos hay por lo menos la posibilidad de que la justicia sea interferida por ese criterio, siempre perjudicial para la completa imparcialidad e independencia de los juzgadores, tanto de hecho como de derecho. Difícil es que los Jueces se sustraigan a tal influjo nocivo, y es entonces cuando la facultad otorgada en el artículo 58 del Código Procesal Penal, como excepción al principio que gobierna la competencia por razón del territorio en donde el delito se consuma, encuentra oportunidad para su eficaz cumplimiento.

Imposible desconocer que predominan en el proceso contra Herrera manifestaciones de marcado matiz político y es fácil prever que este sen-

timiento sea susceptible de interferir la recta decisión del caso, no propiamente por los encargados de administrar justicia, cuya honestidad es forzoso presumir, sino por el crudo ambiente de hostilidad que se observa en el proceso, debido a la violenta ardentía política, patente en el lugar donde en la actualidad se juzga sobre la responsabilidad del procesado.

Suprimir toda posible parcialidad o falta de independencia en los Jueces, de conciencia o de derecho; quitar todo género de duda o de temor a que la justicia tome caminos extraviados por circunstancias de índole política, o factores perturbadores de la tranquilidad pública, por razones diversas en cada caso discernibles y apreciables gracias a los elementos de juicio que sean aportados para el cambio de radicación del proceso que se pretende, son sin duda alguna las finalidades perseguidas por el legislador al otorgar aquella facultad al Gobierno, con el previo concepto favorable de la Corte. Por ello, al resultar comprobadas en un caso **sub-judice**, es necesario e imprescindible dar oportunidad a que aquella facultad se cumpla, para que desaparezcan cualesquiera motivos de duda o temor —fundados o infundados— sobre la rectitud e imparcialidad de los falladores.

Establecidas estas circunstancias en el caso del proceso contra Herrera, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación que de él se solicita.

Cópiese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

LAS ACUSACIONES Y DENUNCIAS NOTORIAMENTE TEMERARIAS PUEDEN Y DEBEN SER RECHAZADAS POR LOS FUNCIONARIOS INSTRUCTORES. —EN ESTOS CASOS DEBE PROFERISE UN AUTO INTERLOCUTORIO, PERO NO UNA ORDEN DE CESACION DEL PROCEDIMIENTO. — EL ERROR EN QUE INCURRA HONRADAMENTE UN FUNCIONARIO AL RECHAZAR UNA ACUSACION NO CONFIGURA DELITO

1.—En numerosas ocasiones se ha pronunciado la Corte en el sentido de que las acusaciones notoriamente temerarias pueden y deben ser rechazadas por los funcionarios de instrucción, por varios motivos, entre los cuales cabe destacar el de que entre los principios que informan el procedimiento criminal están el de la justicia y el de la economía procesal, pues no sería justo someter a una persona a las incomodidades físicas y a la tortura moral que la instrucción de un sumario puede traer al sindicado, ni sería técnico malgastar el tiempo en diligencias instructivas que, por razón de la temeridad o futileza de la denuncia, a nada pueden conducir, como no fuera impedir que, durante el tiempo así perdido, el funcionario pueda dedicarse a investigar hechos que, por su gravedad, sí han de ser esclarecidos.

No destruye la tesis anterior, sino que la confirma, la obligación que a los funcionarios imponen los artículos 174 del Código Penal y 10 del de Procedimiento Penal, porque la expresión TENER CONOCIMIENTO, en ambos empleados quiere decir TENER CONCIENCIA, ESTAR CONVENCIDO, SABER; o sea, que tal obligación está sujeta al criterio que el funcionario tenga sobre la ilicitud del hecho de que se trate; tal criterio puede ser errado, porque es propio de hombres errar, pero ello tampoco destruye la tesis expuesta, toda vez que el error puede ser enmendado, y el procedimiento penal prevé la manera de hacer tal enmienda, como en seguida se verá.

Aceptado que cuando la denuncia es temeraria o fútil, puede y debe ser rechazada por el funcionario de instrucción, resta por precisar cuál es la providencia que debe dictarse.

En el caso SUB JUDICE el Juez rechazó la denuncia por medio de un auto interlocutorio, procedimiento criticado por el Tribunal, el que sostuvo la tesis de que ha debido hacerse por medio de la sentencia SUI GENERIS establecida en el artículo 153 del C. de P. P., pero el Juez estuvo acertado por las siguientes razones:

1ª La sentencia del artículo 153 sólo puede dictarse cuando ya hay proceso, lo que se infiere de su mismo contexto: "en cualquier estado del proceso", dice aquella norma, esto es, cuando en virtud de una orden ya se ha iniciado y se ha cumplido alguna de las condiciones exigidas para poder ordenar la cesación del procedimiento;

2ª El asunto criminal sobre el cual recaiga una sentencia del artículo 153 del C. de P. P. no puede removerse una vez ejecutoriada ésta, porque hay cosa juzgada; y ya se dijo que, en tratándose del rechazo de una denuncia considerada inocua o temeraria por el funcionario, existe siempre el peligro de que éste cometa error en la apreciación de la temeridad o futileza de los cargos y, en tal caso, si se dictara dicha sentencia para rechazar el denuncio, el error ya no podría subsanarse después de cumplida la ejecutoria; si, en cambio, la acusación se rechaza por medio de un auto interlocutorio, debidamente motivado, en que se ordene devolverla o archivarla, el asunto puede ser removido posteriormente por el mismo denunciante o por cualquiera otra persona convencida de que el funcionario cometió un error que debe corregirse por alguno de los medios legales, como la solicitud de intervención de una entidad superior en jerarquía al funcionario que se equivocó o del Ministerio Público.

2.—Si la obligación impuesta a los funcio-

narios por los artículos 174 del C. P. y 10 del C. de P. P. está sujeta al criterio que ellos tengán sobre la ilicitud del hecho, ninguna responsabilidad puede deducírsele a quien, honradamente, yerra en la apreciación sobre su legalidad o ilegalidad, pero este criterio del funcionario se halla, a su vez, sujeto a revisión por parte de otro funcionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Corte decide aquí la consulta del auto de sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Barranquilla dictó en favor del doctor José Vicente Amarís Díaz, sindicado del delito de abuso de autoridad, cometido en su condición de Juez 2º del Circuito Penal de dicha ciudad.

Cumplidos los trámites correspondientes a la segunda instancia y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, procede la Corte a estudiar la providencia consultada.

Resultandos:

A) Base de esta investigación fue el denuncio del señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Barranquilla contra los doctores José Vicente Amarís, Arnaldo Maury y Julián Caballero, quienes, desempeñaban, en su orden, los cargos de Juez 2º Penal del Circuito, Juez 3º Municipal y Personero, del nombrado Municipio. El Tribunal adelantó el sumario contra los tres funcionarios acusados y sobreseyó, luégo, definitivamente, en favor de todos; pero este sobreseimiento fue revocado por la Corte y la investigación reabierta; más tarde —el nueve de febrero último— el Tribunal, por medio de la providencia que ahora se estudia, sobreseyó, de nuevo, definitivamente, en favor del doctor José Vicente Amarís y ordenó sacar copias del proceso y enviarlas a los Jueces de Circuito para que resuelvan lo relacionado con los doctores Caballero y Maury, quienes, por no gozar de fuero especial, no pueden ser juzgados en primera instancia por el Tribunal.

B) La veracidad del cargo formulado por el Fiscal del Tribunal fue plenamente establecida en el proceso, según se explica en seguida.

Ante el Juez 3º Penal Municipal de Barranquilla, el señor Jorge Luna presentó el siguiente denuncio:

"Yo, Jorge Luna...., presento denuncio penal en debida forma contra el señor José Rodríguez A., como responsable del delito de abuso de confianza por suma mayor a doscientos pesos. **Hechos:** 1º Soy propietario del establecimiento Manufactura de Productos de Cuero que actúa en esta ciudad, en calle 35 entre carreras 44 y 45. 2º El denunciado es uno de mis operarios, encargado de la labor de carpintería. 3º Como al taller no le conviene tener herramientas propias, porque se las sustraen, el denunciado combino (sic) conmigo en que le proporcionara herramientas suficientes, las cuales me pagaría por contados. 4º Me resolví a proporcionarle herramientas con la expresa condición de que pasarían a propiedad del denunciado una vez que las hubiera pagado totalmente. Y para respaldo de tal obligación, el denunciado debía firmarme vale por la suma respectiva a modo de depósito. 5º El denunciado suscribió vale por $ 417.50 a modo de depósito y a mi favor: vale que, en realidad, no es expresivo de dinero sino de herramientas entregadas con la condición de transmitir la propiedad una vez pagadas totalmente. 6º Cuando menos lo pensé, el denunciado dejó de asistir a mi taller; y por informes que tengo, sé que viajó a Cartagena a trabajar en la Ebanistería San Martín, Callejón Vargas (accesorios de Carmelo Vargas)".

C) El Juez 3º Municipal consideró, al estudiar el denuncio, que estaba "en presencia de una operación de carácter esencialmente comercial; o sea una operación civil a la cual no había dado cumplimiento el denunciado Rodríguez y que para los efectos de su cumplimiento, la investigación debía dirigirse por una acción distinta a la penal", y ordenó pasar el negocio al Personero Municipal para que "indicara el procedimiento a seguir", el que conceptuó que le denuncio debía archivarse, por no ser el caso de abrir investigación, pero el Fiscal 1º del Tribunal, sabedor de estos hechos, intervino, y obtuvo el envío del negocio al Juzgado Penal del Circuito (2º) para que esta entidad resolviera, definitivamente, si debía o no dictarse auto cabeza de proceso. El Juez 2º doctor Amarís, ordenó devolverlo al Juez Municipal, para que se archivara porque, en su concepto, se trataba de "una cuestión estrictamente comercial, y en ningún modo penal".

Esta actuación de los tres funcionarios mencionados, indujo al Fiscal del Tribunal a solicitar la investigación que culminó en la providencia consultada.

Considerando:

A) Tres puntos esenciales deben estudiarse para saber si alguna responsabilidad puede caber al doctor Amarís Díaz por haber dictado el auto que ordenó archivar el denuncio referido; estos puntos son: primero, si un funcionario de instrucción puede rechazar una acusación, es decir, negarse a dictar auto cabeza de proceso, por considerar que ella —la acusación— es inocua o temeraria; segundo, qué procedimiento debe seguirse en el caso anterior, y tercero, si el funcionario comete algún delito en caso de que su concepto sobre la temeridad de la acusación resulte erróneo, aunque haya sido honradamente emitido.

B) En numerosas ocasiones se ha pronunciado la Corte en el sentido de que las acusaciones notoriamente temerarias pueden y deber ser rechazadas por los funcionarios de instrucción, por varios motivos, entre los cuales cabe destacar el de que entre los principios que informan el procedimiento criminal están el de la justicia y el de la economía procesal, pues no sería justo someter a una persona a las incomodidades físicas y a la tortura moral que la instrucción de un sumario puede traer al sindicado, ni sería técnico malgastar el tiempo en diligencias instructivas que, por razón de la temeridad o futileza de la denuncia, a nada pueden conducir, como no fuera impedir que, durante el tiempo así perdido, el funcionario pueda dedicarse a investigar hechos que, por su gravedad, sí han de ser esclarecidos.

No destruye la tesis anterior, sino que la confirma, la obligación que a los funcionarios imponen los artículos 174 del Código Penal y 10 del de Procedimiento Penal, porque la expresión **tener conocimiento,** en ambos empleada, quiere decir **tener conciencia, estar convencido, saber;** o sea, que tal obligación está sujeta al criterio que el funcionario tenga sobre la ilicitud del hecho de que se trate; tal criterio puede ser errado, por que es propio de hombres errar, pero ello tampoco destruye la tesis expuesta, toda vez que el error puede ser enmendado, y el procedimiento penal prevé la manera de hacer tal enmienda, como en seguida se verá.

b) Aceptado que cuando la denuncia es temeraria o fútil, puede y debe ser rechazada por el funcionario de instrucción, resta por precisar cuál es la providencia que debe dictarse.

En el caso **sub judice** el Juez rechazó la denuncia por medio de un auto interlocutorio, procedimiento criticado por el Tribunal, el que sostuvo la tesis de que ha debido hacerse por medio de la sentencia **sui generis** establecida en el artículo 153 del C. de P. P., pero el Juez estuvo acertado por las siguientes razones:

1ª La sentencia del artículo 153 sólo puede dictarse cuando ya hay proceso, lo que se infiere de su mismo contexto: "en cualquier estado del proceso", dice aquella norma, esto es, cuando en virtud de una orden ya se ha iniciado, y se ha cumplido alguna de las condiciones exigidas para poder ordenar la cesación del procedimiento.

2ª El asunto criminal sobre el cual recaiga una sentencia del artículo 153 del C. de P. P., no puede removerse una vez ejecutoriada ésta, porque hay cosa juzgada; y ya se dijo que, en tratándose del rechazo de una denuncia considerada inocua o temeraria por el funcionario, existe siempre el peligro de que éste cometa error en la apreciación de la temeridad o futileza de los cargos y, en tal caso, si se dictara dicha sentencia para rechazar el denuncio, el error ya no podría subsanarse después de cumplida la ejecutoria; si, en cambio, la acusación se rechaza por medio de un auto interlocutorio, debidamente motivado, en que se ordene devolverla o archivarla, el asunto puede ser removido posteriormente por el mismo denunciante o por cualquiera otra persona convencida de que el funcionario cometió un error que debe corregirse por alguno de los medios legales, como la solicitud de intervención de una entidad superior en jerarquía al funcionario que se equivocó o del Ministerio Público.

A) Si la obligación impuesta a los funcionarios por los artículos 174 del C. P. y 10 del C. de P. P. está sujeta al criterio que ellos tengan sobre la ilicitud del hecho, ninguna responsabilidad puede deducírsele a quien, honradamente, yerra en la apreciación sobre su legalidad o ilegalidad, pero este criterio del funcionario se halla, a su vez, en casos como el presente, sujeto a revisión por parte de otro funcionario, y esta apreciación no resulta difícil; si los hechos contenidos en la denuncia no ofrecen duda alguna a quien, por razón de sus funciones y de su capacidad científica, está obligado a conocer los elementos esenciales de los delitos señalados en la ley penal, y la denuncia es rechazada, no se podría decir del funcionario que tal hiciera que obró legalmente, porque no proceder encajaría dentro de lo estatuído por el artículo 174 del Código Penal, pero

si los cargos formulados son de tal naturaleza que, aun para una persona versada en derecho, aparecen ajenos a la ley penal, y el funcionario rechaza la denuncia, no cabe duda de que ha procedido bien, moral y jurídicamente, que, por lo tanto, ninguna responsabilidad penal puede imputársele.

B) Hechas las anteriores consideraciones, resta sólo estudiar si el denuncio rechazado por el doctor Amarís Díaz contenía hechos sobre cuya ilicitud no pudiera caberle a él, como abogado y Juez, la menor duda, o, si, por el contrario, los hechos denunciados no eran realmente ilícitos, o si, al menos, existían motivos suficientes para que por error, fueran considerados ajenos a la ley penal.

El Tribunal consideró que los hechos contenidos en la denuncia, no eran constitutivos de infracción penal, si bien, uno de los Magistrados (doctor José Francisco Angulo) salvó su voto, en consideración a que tales hechos sí podían generar un delito de abuso de confianza.

"El que se apropie en provecho suyo o de un tercero de una cosa mueble ajena —prescribe el artículo 412, C. P.— que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de diez a mil pesos".

Entre el denunciante y el denunciado se había celebrado un contrato de compraventa con pacto de reserva del dominio por parte del denunciante, y el denunciado, antes de adquirir la propiedad de los bienes recibidos, desapareció con ellos, lo que puede configurar el delito de abuso de confianza, puesto que cuando existe pacto de reserva del dominio, no hay título traslaticio mientras el pago no se efectúe (artículos 750 del C. C. y 1º de la ley 45 de 1930); de manera que si, en rigor de derecho no tenía aún ese título, hubo apropiación indebida de cosa mueble ajena con abuso de la confianza del dueño; en otras palabras, si las herramientas no habían salido aún del dominio del denunciante, aunque el denunciado estuviera en posesión de ellas, y si este último se las apropió en su provecho, los elementos del delito señalado en el artículo 412 del C. P. se hallaban al menos formalmente reunidos, y, por tanto, la denuncia merecía ser acogida, para que en el curso de la investigación se estableciera si realmente el delito se había cometido.

Pero si vistas así las cosas, parecen claras, algo distinto pudo ocurrir —y ocurrió— cuando fueron analizadas por el Juez doctor Amarís, primero, y por el Tribunal, después, porque algunos motivos podían inducir a la conclusión de que los hechos denunciados se referían a cuestiones netamente civiles, entre los cuales la frecuencia con que, entre nosotros, bajo la apariencia de ciertos pactos anexos al contrato de compraventa, como los de reserva del dominio y retroventa, se celebran otros de diversa clase, y el hecho de que en nuestras disposiciones exista una, tomada de la Constitución (artículo 3º, inciso 2º del C. de P. P.), según el cual "en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto, ni iniciarse investigación criminal alguna, por deudas u obligaciones puramente civiles".

Hase visto, pues, que los cargos formulados en el denuncio que rechazó el doctor Amarís, aunque si merecían investigarse, no presentaban una nitidez tal, que permita dudar de la honradez de criterio con que procedió cuando estimó que la apertura de la investigación no era procedente; y tan cierto es, que el mismo Tribunal, con excepción de uno de sus miebros, llegó a la misma conclusión errada del Juez.

No puede, por lo tanto, deducirse ninguna responsabilidad en contra del Juez doctor Amarís y la Corte, como lo solicita el señor Procurador Delegado, habrá de confirmar el sobreseimiento definitivo dictado en su favor.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, confirma la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, del nueve (9) de febrero del presente año, por la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor José Vicente Amarís y ordenó iniciar algunas investigaciones contra otros funcionarios por los mismos hechos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

ACCION CIVIL DE REPARACION DEL DAÑO PRIVADO OCASIONADO CON EL DELITO

1.—Cuando en el proceso penal se hace una condenación en abstracto o IN GENERE al pago de perjuicios civiles, el interesado no puede luego probar ante los jueces civiles que el ofendido tuvo que hacer aquellas erogaciones o no pudo desarrollar estas actividades, porque lo único que ante éstos se puede demostrar es el monto o cuantía de los daños, pero no las circunstancias de que éstos se derivan, según los artículos 24 y 25 de la ley 4ª de 1943, 25, 26 y 29 del Código de Procedimiento Penal y 553 del Código de Procedimiento Civil.

De no ser así, el interesado tendría dos vías o acciones para demandar simultánea o sucesivamente su derecho, lo cual no concede ni puede conceder el estatuto procesal: todo derecho debe tener la acción correspondiente para hacerlo valer en justicia, y aun pueden consagrarse diversas acciones o establecerse diversas jurisdicciones, pero en ningún caso cabe admitir su ejercicio simultáneo o sucesivo. El principio del NON BIS IN IDEM, que tiene su aplicación en otras contingencias, también puede predicarse en cuanto a la jurisdicción y competencia, esto es, que si todo mundo ha de poder actuar ante la justicia, no ha de poder hacerlo en forma redundante o excesiva.

2.—Si en el proceso penal se pide la indemnización de perjuicios, debe acreditarse el hecho que los ha ocasionado con todas las circunstancias que han contribuído a producirlos, puesto que el código de procedimiento no autoriza para demandar la reparación ante los jueces civiles sino cuando no se ha intervenido en el proceso penal (artículo 25). Si la parte civil, como acaece con frecuencia, demanda la indemnización de los perjuicios pero no su justiprecio, ante los jueces civiles no podrá presentar nuevas pruebas de los hechos o circunstancias que los han causado, sino solamente el avalúo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y nueve de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Juzgado Tercero del Circuito Penal de Bogotá, en sentencia de 28 de enero del año pasado, condenó a Gonzalo Leaño Leaño, por el delito de lesiones personales causadas a Nicolás Carrera, a la pena de tres meses de arresto, al pago de una multa de diez y seis pesos con sesenta y seis centavos y de las costas del juicio, y "al pago en abstracto de los perjuicios civiles causados" con la infracción, pero le otorgó el beneficio de la condena condicional.

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 4 de septiembre último, confirmó la del Juzgado en lo referente a la pena privativa de la libertad, al pago de la multa y a la concesión de la condena condicional, pero la revocó en cuanto a las costas del juicio y al resarcimiento de los perjuicios civiles en abstracto, "por no estar demostrado —dice— que se hubieran sufrido por el lesionado". En su lugar condenó al mismo Leaño Leaño "a pagar en favor del tesoro nacional la suma de cincuenta pesos", para cumplir así lo referente a daños cuando éstos no pueden avaluarse pecuniariamente, al tenor del artículo 94 del Código Penal.

El apoderado de la parte civil interpuso contra el fallo el recurso de casación, que le fue concedido y que debe estudiarse ahora.

Hechos. Relata el Tribunal que el 30 de julio de 1946, como a eso de las dos y media de la tarde, cuando el señor Nicolás Carrera llegaba al edificio en donde funcionan algunas dependencias de los ferrocarriles nacionales, en las cuales dicho sujeto desempeñaba el cargo de subauditor, luego de cambiar algunas palabras con otro que lo acompañaba y que resultó ser el procesado Leaño Leaño, fue agredido por éste a puñetazos y, luégo de derribarlo a tierra, a puntapiés, le causó varias lesiones que le produjeron treinta días de incapacidad, pero sin otras consecuencias.

Causal primera: violación de la ley sustantiva.

Alega el recurrente que el artículo 92 del Código Penal le impone al juez la obligación de condenar al pago de los perjuicios que haya causado el delito y que, sin embargo, el Tribunal negó dicha condena por considerar que no se habían ocasionado, lo que no es exacto.

Consideró el Tribunal que al herido se le habían pagado sus sueldos y la atención médica que se le prestó, pero resulta que tiene actividades distintas de las del servicio oficial y "la incapacidad sufrida lo privó de utilidades o entradas por este concepto".

Además, el ofendido tuvo que hacer gastos de diversa índole con ocasión de las lesiones sufridas, tales como el transporte de miembros de su familia residentes en Neiva y Fusagasugá.

Es cierto que Carrera reanudó sus labores en la oficina, pero no se tuvo en cuenta que durante su ausencia se acumularon y le tocó luégo imponerse un exceso de trabajo "con detrimento de su salud y máximo esfuerzo" para ponerse al día.

En fin, se olvidó el Tribunal de ordenar la indemnización de los perjuicios morales subjetivos que sufrió el señor Carrera, dadas "la postración espiritual, el trastorno psicológico, la profunda alteración subjetiva que sufrió... con la humillación que se deduce del hecho de haber sido pisoteado el rostro en plena vía pública y tratándose de un funcionario oficial de respetable categoría, persona de cuantiosa solvencia moral y social, ciudadano verdaderamente ejemplar por su conducta".

En diversos pasajes deja entender el recurrente que lo que pide es una condenación en abstrato para que se regulen luego "de conformidad con las normas legales".

Se considera:

El artículo 92 del Código Penal establece que en toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, debe el juez ordenar el resarcimiento de los que se hayan causado. El precepto es imperativo: "se condenará". Lo cual se confirma con lo establecido en otros, como en el que ordena al Agente del Ministerio Público "intervenir por sí solo" para pedir ese resarcimiento en el caso de que los interesados se abstengan de hacerlo (artículo 93), o como en el que faculta para imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor del tesoro nacional, cuando el daño no pueda avaluarse pecuniariamente (artículo 94). Por eso ha sostenido la jurisprudencia, de manera uniforme que, cuando los daños o perjuicios no hayan sido avaluados, el juez debe hacer una condenación en abstracto o **in género,** para que se justiprecien por separado.

Mas para que la condena al resarcimiento se ordene, son necesarias dos condiciones: que el sindicado sea responsable de un delito o culpa, y que haya causado perjuicio, o más claro, que haya certeza sobre los perjuicios ocasionados.

Sobre lo primero no hay problema ninguno de doctrina, como que la responsabilidad por los daños resulta de la responsabilidad por la infracción, de suerte que si la última aparece establecida no podrá ponerse en duda la primera, ni si la carencia de responsabilidad penal se acredita plenamente, tampoco podrá discutirse la responsabilidad por los perjuicios, como claramente lo dice el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

Diferente es la cuestión de la certeza de los perjuicios, porque la condena no puede fundarse sino sobre su verdadera realidad, so pena de pronunciar una sentencia injusta, vale decir, que el deber de resarcir daños no surge ni puede surgir sino de que se hayan ocasionado, de la disminución cierta y probada del patrimonio material o moral, y no de conjeturas o suposiciones más o menos probables o admisibles.

Esta segunda condición permite concluír que no era ni es el caso de condenar al pago de perjuicios en calidad de daño emergente por los gastos de transporte y permanencia de los miembros de la familia del señor Carrera que se vinieron de Neiva y Fusagasugá a acompañarlo, con motivo de los sucesos que dieron origen al juicio, porque no se trajo a los autos la prueba de que tales personas hubieran acudido a prestarle a la víctima la asistencia necesaria.

Eso sin tener en cuenta esta última circunstancia, esto es, la de que ese viaje de sus parientes fue realmente indispensable, pues de sentido común es que al sindicado no puede obligársele a pagar todos los gastos que el damnificado haga para recuperar la salud, sino todos los necesarios, pero nada más que los suficientes para ese efecto, pues lo contrario podría ofrecer el peligro de convertir el resarcimiento en especulación indebida.

De igual manera, la dicha condición permite también aseverar que ni era ni es el caso de condenar al resarcimiento de los daños, en calidad de lucro cesante, por "las actividades distintas de las del servicio oficial" y que no pudo

desarrollar el señor Carrera, ya que "la incapacidad sufrida lo privó de utilidades y entradas por ese concepto". Como en lo relativo al daño emergente alegado, no se comprobó dentro del proceso penal, como ha debido comprobarse, cuáles fueron o cuáles eran tales actividades distintas del servicio oficial de las cuales derivaba proventos el ofendido.

Y no se diga que si se hace una condenación en abstracto o **in género,** se puede probar ante los jueces civiles que el ofendido tuvo que hacer aquellas erogaciones o no pudo desarrollar estas actividades, porque lo único que ante estos se puede demostrar es el monto o cuantía de los daños, pero no las circunstancias de que éstos se derivan, según los artículos 24 y 25 de la ley 4ª de 1943, 25, 26 y 29 del Código de Procedimiento Penal y 533 del Código de Procedimiento Civil.

De no ser así, el interesado tendría dos vías o acciones para demandar simultánea o sucesivamente su derecho, lo cual no concede ni puede conceder el estatuto procesal: todo derecho debe tener la acción correspondiente para hacerlo valer en justicia, y aun pueden consagrarse diversas acciones o establecerse diversas jurisdicciones, pero en ningún caso cabe admitir su ejercicio simultáneo o sucesivo. El principio del **non bis in idem,** que tiene su aplicación en otras contingencias, también puede predicarse en cuanto a la jurisdicción y competencia, esto es, que si todo mundo ha de poder actuar ante la justicia, no ha de poder hacerlo en forma redundante o excesiva.

Esta doctrina no es de ahora, ni siquiera de esta Sala de la Corte, que ya la de Negocios Generales había dicho en sentencia del 3 de diciembre de 1942:

"El incidente previsto por el artículo 553 del Código Judicial no está consagrado para que las partes rectifiquen los aspectos desfavorables del acervo probatorio del juicio principal anterior, sino única y exclusivamente para que por la parte favorecida se haga una liquidación motivada y especificada respecto de una sentencia que sobre el particular sólo se limita a condenar al pago de "una cantidad ilíquida por frutos perjudiciales u otra causa semejante". Y es claro que esta condena no puede ser sino el resultado de la existencia en el correspondiente litigio de pruebas con arreglo a las cuales está debidamente justificado el derecho de reparación, faltando solamente el detalle de concretar y acreditar en cifras numéricas la cuantía de dicha reparación". (G. J. Tomo LIV-bis, página 432).

Así, pues, si en el proceso penal se pide la indemnización de perjuicios, debe acreditarse el hecho que los ha ocasionado con todas las circunstancias que han contribuído a producirlos, puesto que el Código de Procedimiento no autoriza para demandar la reparación ante los jueces civiles sino cuando no se ha intervenido en el proceso penal (artículo 25). Si la parte civil, como acaece con frecuencia y aquí sucedió, demanda la indemnización de los perjuicios pero no su justiprecio, ante los jueces civiles no podrá presentar nuevas pruebas de los hechos o circunstancias que los han causado, sino solamente el avalúo, según los preceptos atrás citados.

En el caso que se estudia pretende el recurrente probar ante los jueces civiles, no cuál es el monto o cuantía de los perjuicios sufridos por la víctima, sino cuáles fueron las circunstancias que los ocasionaron y cuáles las actividades a que se consagraban y que no pudo desarrollar durante su incapacidad para trabajar. De lo cual resultaría que la sentencia en lo penal no tendría ningún efecto de cosa juzgada si el peticionario pudiera seguir actuando ante otra jurisdicción para acreditar los hechos generadores de los derechos que reclama.

"Carrera —dice el recurrente— tiene compromisos y vinculaciones particulares de diversa índole cuya atención fue suspendida durante el tiempo de incapacidad y aun mucho tiempo después debido al efecto moral de la agresión que también se ha desconocido. **Al proceso no se llevaron pruebas de esta situación porque se pretendía, como se expuso en los pedimentos del caso, una condenación en abstracto al pago de los perjuicios para regularlos de conformidad con las normas legales".**

Respecto de los perjuicios morales apreciables objetiva o económicamente y que invoca la demanda al decir que el damnificado, para poner su despacho al día tuvo que desarrollar un esfuerzo tan extraordinario que le produjo "detrimento en su salud", habrá de expresarse lo que de los daños materiales se dejó consignado, o sea, que tampoco se acreditó su existencia en el proceso. Al contrario, lo que está probado es que el ofendido pudo regresar a sus ocupaciones habituales, aunque sólo para el despacho de los asuntos urgentes, desde el 5 de agosto de 1946, esto es, a los seis días de los sucesos (f. 86 del cuaderno 1º).

En lo referente a los meramente subjetivos, varias circunstancias impiden reconocerlos. La doctrina que invoca el Tribunal y que reconoce perjuicios de orden moral o subjetivo cuando unas lesiones ocasionan deformidades que afectan de modo definitivo la integridad corporal o funcional, no puede ser absoluta, supuesto que hay lesiones que pueden causar, no sólo sufrimiento físico, sino también moral por las especiales circunstancias en que fueron causadas. Tal podría decirse de las ocasionadas en el proceso.

Pero se olvida que el Juzgado y el Tribunal reconocieron que el procesado actuó en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación (f. 24 del c. 3º), y el recurrente no demostró lo contrario en este recurso. En pie dicha circunstancia, no parece equitativo ordenar el resarcimiento del daño moral que la agresión de que fue víctima el señor Carrera pudo ocasionarle, pues no se ve razonable obligar a que se satisfaga lo que, en cierta manera, ha sido obra del provocador. La provocación, como lo ha reconocido la jurisprudencia, es una circunstancia general que atenúa la responsabilidad y las sanciones, porque, como lo ha dicho esta Sala, el delito es menos grave objetivamente, ya que el autor de la injuria, "renuncia en cierto modo a las garantías debidas a sus derechos". (Casación de 27 de julio de 1945, G. J. Tomo LIX, números 2022-24, página 471).

De otro lado, si lo que se busca con esta condena no es el **pretium doloris,** no es un pago por el sufrimiento moral, sino una satisfacción, tampoco parece que se agrave la condena que se le impuso con otra en dinero, por este concepto, cuando el señor Leaño Leaño fue destituído de su cargo debido precisamente al hecho porque ahora se le sanciona. La represión penal no tiene por objeto sino la defensa social, pero no satisfacer el instinto de la venganza; y si el resarcimiento de perjuicios debe ser atendido en forma cuidadosa, igualmente debe evitarse el extremo de que se abuse del derecho, como ya se advirtió.

Estas razones permiten concluír que la causal invocada, por cierto sin señalarla debidamente, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

CAMBIO DE RADICA CION DE UN PROCESO

El hecho de que en el lugar donde se adelanta el proceso no haya abogado que pueda atender convenientemente la defensa del sindicado es motivo suficiente para que se cambie la radicación de aquél.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Nuevamente remite el Ministerio de Justicia a la Corte la solicitud de cambio de radicación del proceso que en el Juzgado Superior de Garzón se adelanta contra Jorge Reinales Bárcenas, con el objeto de que se emita el concepto pertinente.

En aquel Juzgado se sigue juicio criminal contra el peticionario, por el delito de estafa en cantidad de $ 36.000.00, a la sucursal del Banco de Bogotá, en aquella población, y consta que ya se dictó auto de proceder contra el mentado Reinales Bárcenas.

Con la anterior solicitud había traído la constancia de que cuatro abogados, por vinculaciones con la entidad bancaria perjudicada, o por motivos de salud, o por exceso de trabajo, se habían excusado de servir el cargo de defensores del solicitante. Pero como dicho cargo es de forzosa aceptación, según el artículo 107 del código de procedimiento penal, y como no existía prueba de que en la ciudad de Garzón no hubiera más abogados en ejercicio que no estuvieran impedidos, se dio concepto desfavorable.

Ahora agrega el señor Reinales Bárcenas un certificado del propio Juez Superior de Garzón, según el cual sólo viven y ejercen la profesión en esa ciudad cinco abogados, de los cuales están todos impedidos, porque los que no tienen vinculaciones con el Banco de Bogotá, tienen a su cargo más de cuatro defensas de oficio, lo cual constituye causal de impedimento, de acuerdo con el precepto citado, motivo que obligó a nombrarle como defensor a un abogado residente en Neiva, que por lo mismo rehusó servir la representación del acusado.

No hay que estudiar, pues, el otro motivo de parcialidad, que alega el peticionario, pues la defensa adecuada de que carece es razón suficiente para que se considere conveniente para la recta administración de justicia que el proceso de que se trata se radique en otro distrito judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso de que se viene hablando.

Cópiese y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. — CUANDO SE ENTIENDE INTERRUMPIDA POR EL PROFERIMIENTO DEL AUTO DE PROCEDER, SI CONTRA ESTA PROVIDENCIA SE INTERPONE APELACION.—REQUISITOS DE LA PROVIDENCIA QUE DECLARA LA PRESCRIPCION

1.—Interrumpida la prescripción de la acción penal por el auto de proceder, ella se consuma si después de la fecha en que quede ejecutoriado, transcurre nuevamente un tiempo igual al que la ley señala para que se opere tal fenómeno sin que en el proceso se dicte sentencia condenatoria.

2.—Cuando un auto de proceder es apelado, el momento que debe tomarse en cuenta para considerar interrumpida la prescripción de la acción penal y para computar el nuevo lapso para que ésta se consume, es la fecha en que quede ejecutoriada la providencia en que el superior decide de la apelación interpuesta.

3.—Al decidir de la prescripción de la acción penal, en la providencia que tal cosa se haga, debe no sólo declararse que ha ocurrido este fenómeno, sino también ordenarse "cesar todo procedimiento contra el reo" porque la acción no puede proseguirse, como lo ordena el artículo 153 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Nuevamente debe estudiar la Sala este negocio, ahora en consulta de la providencia de 3 de febrero último por medio de la cual declaró el Tribunal Superior de Medellín prescrita la acción penal que se adelantaba contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, enjuiciado por abusos de autoridad.

La providencia que el Tribunal consulta tiene su fundamento en el hecho de que desde la ejecutoria del auto de proceder dictado contra el doctor Valencia Restrepo, hasta hoy, van transcurridos ya los cinco años que señalan los artículos 105 y 107 del código penal para los efectos de la prescripción, dado que el máximo de la pena imponible no pasa de cinco años (artículos 180 y 179 del código penal).

En efecto, el auto de proceder lleva fecha de 22 de octubre de 1940 (f. 46) y fue confirmado por la Corte en providencia de 26 de octubre de 1942 (f. 69), el cual le fue notificado al doctor Valencia Restrepo el 25 de marzo de 1943 y a su defensor el 26 de noviembre del mismo año de 1943 (f. 86). Eso significa que, descontado el domingo 28 de noviembre de ese año, el auto de proceder quedó ejecutoriado el 30 de noviembre, martes, a las doce de la noche, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

El 30 de noviembre del año pasado de 1948 se cumplieron, pues, los cinco años necesarios para la prescripción.

Pero como ya se ha dicho por esta Sala, lo indicado no era declarar prescrita simplemente la acción penal, sino también ordenar que cesara el procedimiento porque la acción penal no podía proseguirse, que es una de las ocurrencias previstas por el artículo 153 del código de procedimiento penal, y, además, porque así lo establece este precepto: que se declare que se ha presentado la circunstancia que hace frustráneo el proceso **"y ordene cesar todo procedimiento contra el reo".**

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando y la adiciona para ordenar, en consecuencia de la prescripción, cesar todo procedimiento contra el procesado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M.— Carlos Arturo Díaz, Conjuez—**Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO. — REQUISITOS PARA QUE LA CORTE PUEDA EMITIR CONCEPTO FAVORABLE—INTERPRETACION DEL ART. 23 DE LA LEY 4 DE 1943.

1. — De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943, basta simplemente que se haya dictado la providencia enjuiciatoria para que no se opere el mandato contenido en ella.

2.—Como ya lo dijo la Corte, el cambio de radicación de un proceso no se justifica por los simples temores que el apoderado de uno de los sindicados consigne en el escrito respectivo. Es necesaria la demostración de los motivos o circunstancias que acrediten la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. No habiéndose traído la prueba de los motivos que indiquen la conveniencia del cambio de radicación del proceso, el concepto de la Corte tiene que ser necesariamente desfavorable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

El Ministerio de Justicia remite a la Corte, para que emita concepto, el memorial del doctor Heriberto Pabón Ramírez, en el que, como defensor del procesado Manuel Polonio Bolaño, pide que se cambie la radicación del proceso que contra el mencionado Bolaño se adelanta en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por el delito de homicidio cometido en la persona de Epigmenio Pacheco Olano.

La solicitud viene acompañada del sumario respectivo que en copias ha sido agregado.

Por segunda vez el doctor Pabón Ramírez acude al Gobierno en demanda del cambio de radicación del proceso contra Bolaño. En la primera ocasión en que la Corte conceptuó sobre el cambio de radicación de que se habla, estudió los fundamentos presentados por el doctor Pabón Ramírez para sustentarla, llegando a la conclusión de que no era el caso de dar concepto favorable.

El señor defensor de Bolaño insiste nuevamente en el cambio de radicación del proceso en referencia, fundamentando ahora su solicitud en los siguientes motivos:

a) Que al procesado Bolaño se le negó o no se le resolvió oportunamente su solicitud de libertad con caución, "cuando tenía derecho a ella, por haber transcurido más de ciento ochenta días sin que se le llamara a juicio".

b) Que se le negó a Bolaño el beneficio de libertad solicitado, dictando, en cambio, "precipitadamente el auto de enjuiciamiento".

c) Que el señor Juez de conocimiento no atendió algunas peticiones de prueba que hizo el doctor Pabón, "únicamente —dice— con el fin de atender exigencias perentorias del representante de la parte civil, en el sentido de que debía cerrarse la investigación cuantos (sic) "correrle el traslado al Agente del Ministerio Público para que diera su Vista Fiscal y se procediera a llamar a juicio al sindicado". Cuestión que efectivamente se hizo "indicando —dice el doctor Pabón— que mi representado está en una situación desventajosa para ser juzgado por los Jueces de derecho y de hecho en Santa Marta".

d) Que hoy se encuentra el proceso al conocimiento del señor Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, y que parece que dicho Juez "está buscando la manera de declararse impedido para conocer de este asunto, como ya lo hizo el señor Juez 1º Superior".

Los anteriores hechos y conjeturas los hace consistir el solicitante a "influencias corruptoras" que colocan al procesado "en una situación en que forzosamente tengan de" (sic) "considerarlo sin que pueda defenderse dentro de la amplitud que nuestra Constitución y nuestras leyes le garantizan".

Se considera:

Después de una activa y juiciosa actuación sumaria el señor Juez 1º Superior de Santa Marta, por auto de 23 de noviembre de 1948, declaró cerrada la investigación que para averiguar la responsabilidad en la muerte violenta dada al señor Epigmenio Pacheco, se había iniciado el 5 de julio del mismo año (1948). Entregado el proceso al

señor Fiscal para concepto de fondo, dicho funcionario lo devolvió el 14 de diciembre de 1948, manifestando que, en su opinión, debía dictarse auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Manuel Polonio Bolaño, por el delito de homicidio en la persona del señor Epigmenio Pacheco, y se debía sobreseer definitivamente en favor de los otros dos sindicados.

El Juzgado 1º Superior, en auto de 25 de enero del año en curso, llamó a responder en juicio al procesado Manuel Polonio Bolaño por el delito de homicidio en la persona del señor Pacheco; y en esta misma providencia sobreseyó definitivamente a favor del sindicado Lisímaco Baca. Contra esta providencia interpusieron recurso de apelación, tanto el señor defensor del enjuiciado, como el apoderado de la parte civil.

El señor defensor del procesado Bolaño, fundado en el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943, pidió la libertad de su representado. Pero el Juzgado, en auto de 10 de febrero de 1949, obrando de acuerdo con el concepto de su Fiscal, no accedió a la petición de excarcelación formulada, y al efecto expuso:

"....De autos aparece que el procesado Bolaño se encuentra desde el seis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, teniendo por tanto hasta la fecha más de ciento ochenta días de estar privado de su libertad, y por lo tanto merecería la gracia que ha solicitado. Pero si lo anterior es así, también lo es, que ya en el proceso obra el auto de enjuiciamiento que tiene fecha veinticinco de enero último, que fue notificado legalmente a las partes, y en tales circunstancias Bolaño ha perdido el derecho a la libertad pedida, puesto que de acuerdo con la disposición anteriormente citada, basta simplemente que se halla (sic) dictado el auto enjuiciatorio para que no se opere el artículo 23 de la citada Ley 4ª de 1943".

El doctor Pabón Ramírez —apoderado de Bolaño— en memorial de 24 de noviembre de 1948, solicitó del Juzgado la práctica de algunas pruebas. No fue considerada por el Juez dicha petición porque cuando el memorial fue introducido a la Secretaría del Juzgado, ya el despacho había dictado el día anterior el auto en que ordenaba cerrar la investigación en el respectivo sumario. En tal circunstancia, dice el Juez, "no es el caso ya, por sustracción de materia, de entrar a considerar el presente escrito del doctor Heriberto Pabón Ramírez, en su calidad de apoderado del procesado Manuel P. Bolaño".

Estudiada la actuación procesal, por parte alguna aparecen hechos de los cuales pudiera deducirse la conveniencia de radicar en otro Distrito Judicial el proceso que en el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta se sigue contra el señor Manuel Polonio Bolaño y otros, por el delito de homicidio en la persona de Epigmenio Pacheco.

La circunstancia de que no se hubieran decretado algunas pruebas pedidas por el señor apoderado del procesado Bolaño, se encuentra satisfactoriamente explicada con el hecho de haberse pedido esas pruebas cuando ya se había dictado la providencia mediante la cual se declaraba cerrada la investigación, es decir, ya había terminado la etapa sumarial dentro de la cual las partes tienen la facultad de solicitar la práctica de las pruebas que consideren conducentes al perfecto esclarecimiento de los hechos investigados. Dentro del sumario el señor defensor de Bolaño hizo uso, en varias ocasiones, de ese derecho sin que hubiera sido desatendido por los jueces, sino que, antes bien, sus solicitudes fueron atendidas prontamente y decretadas y practicadas las pruebas que oportunamente solicitó.

La excarcelación solicitada para el procesado Bolaño, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943, no le fue concedida porque no obstante que el procesado llevaba en detención preventiva más de ciento ochenta días, ya se había dictado, por el juez del conocimiento, auto de proceder contra Bolaño, por el delito de homicidio, y esta circunstancia impedía la concesión del beneficio de excarcelación, ya que, de acuerdo con la disposición legal citada, basta simplemente que se haya dictado la providencia enjuiciatoria para que no se opere el mandato contenido en ella.

El auto de proceder dictado contra Bolaño no fue —como lo dice el doctor Pabón— prematuro, pues en el proceso aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito, y existen pruebas, entre ellas la propia confesión del procesado Bolaño, que lo señalan responsable penalmente, como autor, del hecho que se investiga. Es decir, que se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, para dictar auto incriminatorio.

En cuanto al hecho —enunciado por el doctor Pabón Ramírez— de que el señor Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, a cuyo conocimiento se encuentra el negocio, "está buscando la manera de declararse impedido para conocer de este asunto", es una simple sugerencia que no da asidero para considerar que tal suposi-

ción, caso en que se convirtiera en realidad, diera lugar a actuaciones encaminadas a perjudicar arbitrariamente los intereses de la justicia y de la sociedad, pues, si un Juez se retira, por cualquier causa, del conocimiento de un negocio, otro vendrá a reemplazarlo sin que esto pueda considerarse como un peligro para los intereses de la justicia.

"El cambio de radicación de un negocio criminal de un Distrito Judicial a otro, se funda en motivos de orden público y social; el primero estriba en la recta administración de justicia para conservar la independencia y buen nombre del Organo Judicial, y el segundo, en la garantía y tutela de los derechos de las partes en defensa de sus propios intereses, mediante la separación de cualquier motivo que se alegue como elemento perturbador en la tramitación de un proceso".

En el presente caso no aparece la prueba de la existencia de hecho alguno perturbador que pudiera influir para que la tramitación y decisión del proceso no se lleve a cabo con la plenitud de las formalidades que la Constitución y las leyes consagran para el sindicado.

No puede aceptarse que por el hecho fundamental —alegado por el solicitante— de haberse dictado auto de proceder contra el sindicado Manuel Polonio Bolaño, por el delito de homicidio que se estructura en el proceso, se haya demostrado la falta de garantías para el procesado, pues tal cosa implicaría el concepto de una duda o sospecha positiva sobre la rectitud, honorabilidad e imparcialidad de los funcionarios que conocen del proceso, cuestión de imposible aceptación cuando no existe la menor prueba para llegar a semejante conclusión.

En este mismo negocio ya dijo la Corte que el cambio de radicación de un proceso no se justifica por los simples temores que el apoderado de uno de los sindicados consigne en el escrito respectivo. Es necesaria la demostración de los motivos o circunstancias que acrediten la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. No habiéndose traído la prueba de los motivos que indiquen la conveniencia del cambio de radicación del proceso, el concepto de la Corte tiene que ser necesariamente desfavorable.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, emite concepto DESFAVORABLE sobre el cambio de radicación del proceso seguido en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, contra Manuel Polonio Bolaño, sindicado por el delito de homicidio en la persona de Epigmenio Pacheco Olano.

Cópiese y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD. — REQUISITOS DE LA PRESENTACION PERSONAL. — TERMINACION DEL MANDATO. — EL ERROR EN LA INTERPRETACION DE LA LEY NO CONFIGURA DELITO ALGUNO

1.—La presentación personal ordenada por el artículo 359 del C. J., no puede hacerse válidamente ante un Notario, porque conforme a la mencionada disposición, ella debe hacerse ante un Juez o ante una autoridad de orden político de la residencia del que suscribe el escrito, y es evidente que los Notarios Públicos no tienen carácter de jueces ni son autoridad de orden político.

2.—Ni tácita ni expresamente puede darse por terminado un mandato fuera de los casos del artículo 2189 del Código Civil y 264 y 265 del Código Judicial.

3.—Una providencia en que se acepta un desistimiento no puede tener el carácter de sentencia, toda vez que no decide en el fondo el incidente, sino que acepta una solicitud voluntaria de la parte que lo presenta y que sólo a la misma perjudica.

4.—Es doctrina de la Corte que el error en la interpretación de la ley puede ser una deficiencia en la formación jurídica del funcionario, pero no un hecho que constituya acción dolosa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Procede la Corte a resolver la consulta que de la sentencia de once de mayo del corriente año, por medio de la cual se declara la cesación de todo procedimiento contra el doctor Alonso García Bustamante, ex-Juez Civil del Circuito de Pereira, ha formulado el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial.

Hechos:

El doctor Francisco Monsalve formuló al doctor García Bustamante los siguientes cargos constitutivos del delito de abuso de autoridad:

1º—Que en el juicio ejecutivo seguido por Clímaco Velasco C., contra la sucesión de Carmen Herrera de Cadavid, el doctor Alonso García Bustamante, en ejercicio de las funciones como Juez Civil del Circuito de Pereira, rechazó un memorial-poder de la parte demandada, por cuanto dicho escrito no fue presentado, para su autenticación, ante una de las autoridades que indica el artículo 359 del Código Judicial, sino que se reconocieron las firmas ante un Notario Público.

2º—Que en el mismo negocio, el Juez, doctor García Bustamante, aceptó el desistimiento de unas excepciones, presentado por el primitivo apoderado de las demandadas, después de estar enterado de que éstas tenían el propósito de revocar el poder conferido al apoderado que desistía.

3º—Que en aquel mismo juicio, el Juez concedió la apelación interpuesta por el nuevo apoderado de las ejecutadas contra el citado desistimiento, en el efecto devolutivo, debiendo ser en el suspensivo.

El Tribunal Superior de Pereira, por medio de la sentencia que es materia de la consulta, con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, decidió ordenar cesar todo procedimiento contra el doctor Alonso García Bustamante, por cuanto consideró que no había cometido delito alguno.

Para decidir, se considera:

En cuanto al primer cargo enunciado, el artículo 359 del Código Judicial dispone que "la persona ausente del lugar del juicio que tenga que hacer presentación personal de un escrito, o que necesite dirigir un memorial al Juez de la causa, debe presentarlo personalmente a un Juez o a una autoridad de orden político de su residencia, a fin de que ésta le ponga la nota de presentación y se lo devuelva para que lo envíe a su destino".

De autos aparece que lo que las poderdantes llevaron a cabo ante el Notario de Cartago fue el reconocimiento de las firmas puestas al pie del memorial-poder, como consta en el acta respectiva, suscrita por los interesados y aquel funcionario, pero no la presentación personal del escrito dirigido al Juez Civil del Circuito de Pereira, como lo ordena el artículo 359 antes transcrito.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la disposición legal citada, no solamente exige la presentación personal del escrito o memorial, sino que ella debe llevarse a cabo ante un Juez o ante una autoridad de orden político de su residencia, y es evidente que los Notarios Públicos no tienen carácter de jueces ni son autoridad de orden político.

De consiguiente, si el Juez doctor García Bustamante ordenó devolver a los interesados el escrito en mención, por carecer de los requisitos legales de rigor, en cuanto a su presentación, ello quiere decir que su actuación, ajustada a las normas del Código Judicial, no puede constituir delito alguno, ni menos aun el de abuso de autoridad.

El segundo cargo formulado al doctor García Bustamante, consiste en que en su carácter de Juez Civil del Circuito de Pereira, mediante auto de 25 de mayo de 1945, aceptó el desistimiento de la demanda de excepciones propuesta por el doctor Enrique García, apoderado de unos herederos de la parte ejecutada, siendo así que éste ya no ejercía la personería de los últimos, por habérsele revocado el poder con que actuaba.

El problema sobre este aspecto radica en saber si el autor del desistimiento, tenía personería para hacerlo y del estudio del informativo se desprende la respuesta afirmativa, por cuanto el doctor Enrique García aun ejercía la representación de la parte ejecutada cuando presentó el memorial de desistimiento, ya que para entonces no estaba recibido el nuevo apoderado, precisamente porque el escrito respectivo había sido devuelto a los interesados, por fallas en la forma de la presentación o autenticación personal.

"Nada puede criticarse valederamente —dice el Agente del Ministerio Público— contra la actuación anotada, pues ni tácita, ni expresamente puede darse por terminado un mandato fuera de los casos del artículo 2189 del Código Civil y 264 y 265 del Código Judicial. De consiguiente, la imputación consistente en que el funcionario obró abusivamente y con desconocimiento de la ley escrita, debe rechazarse, tal como lo hizo el Tribunal en su fallo".

El tercero y último cargo formulado al Juez, doctor García Bustamante, se refiere también a actuaciones suyas en el mismo proceso civil de que se viene hablando. Consiste este cargo en que el Juez al ser apelada la providencia que decretara el desistimiento de las excepciones, concedió el recurso en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo, como eran los deseos de la parte que lo interpuso.

Fundamenta este cargo el denunciante alegando que la apelación ha debido concederse en el efecto suspensivo, por cuanto el recurso era contra una sentencia de excepciones y no contra un simple auto decretando un desistimiento. Por consiguiente, se pretermitió lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1031 del Código Judicial.

En efecto, de acuerdo con el artículo 1031, "la sentencia de excepciones y la de pregón y remate y los autos que se dicten en los casos contemplados en los artículos 1019 y 1023 son apelables por los interesados en el efecto suspensivo". Pero en el caso en estudio resulta improcedente la aplicación de aquella disposición, porque una providencia en que se acepta un desistimiento, no puede tener el carácter de sentencia, toda vez que no decide en el fondo el incidente, sino que acepta una solicitud voluntaria de la parte que lo presenta y que sólo a la misma perjudica.

Pero, aun aceptando que el Juez hubiese dado una interpretación equivocada o errónea a la ley adjetiva, no por ello puede creerse que hubiera incurrido en responsabilidad penal alguna, por cuanto que ya es doctrina aceptada por esta Sala, que el error en la interpretación puede ser una deficiencia en la formación jurídica del funcionario, pero no un hecho que constituya acción dolosa.

Como concreción de lo infundado de los cargos, el Tribunal de instancia, dice lo siguiente:

"Se ha visto, pues, con absoluta claridad que toda la actuación del doctor García Bustamante a través de su intervención dentro del citado juicio y como Juez Civil en ese entonces de este Cir-

cuito, no engendra acto doloso ninguno. Ya quedó establecido que el denunciado únicamente se limitó al cumplimiento de su deber cuando no aceptó un memorial-poder que no venía autenticado en la forma dispuesta por la ley. Luego, no otra cosa hizo, al admitir un desistimiento presentado por el abogado que hasta esa época tenía facultad para ello, sin que esta actuación la tuviera que supeditar a la espera de la presentación de un nuevo poder autenticado en forma correcta. El último cargo, tampoco determina para el Juez acusado una actitud dolosa, puesto que, como él mismo lo anota en el auto respectivo (fol. 18 v. c. 3º), con fundamento en el artículo 1031 del C. Judicial, concedió en el efecto devolutivo dicho recurso, previa la consideración de que se trataba de un auto interlocutorio, pues que apenas resolvía la aceptación de un desistimiento dentro de unas excepciones propuestas por quien las inició".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes, la sentencia que fue materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD. — DEMORAS

1.—No comete delito alguno el juez o funcionario que deja transcurrir el término de ciento ochenta días que la ley otorga a los funcionarios de investigación para que un reo permanezca detenido sin definirle su situación jurídica, cuando esa demora en dictar el auto de proceder obedeció únicamente al deseo del funcionario de buscar por todos los medios a su alcance la total demostración de la verdad, sin incurrir en demoras culpables, aunque se haya excedido en el cumplimiento del artículo 422 del C. de P. P.

2.—El artículo 172 del Código Penal no se viola cuando el funcionario falta por exceso, pues lo penalmente sancionado en esa disposición es el hecho de omitir, rehusar o retardar la ejecución de un acto a que legalmente esté obligado el funcionario respectivo. El exceso, pues, no constituye infracción alguna.

3.—Para que se infrinja el artículo 171 del C. P. es menester que el acto arbitrario o injusto vaya en detrimento de una persona o de una propiedad, y en el proceso debe aparecer demostrado que se causó ese perjuicio, para que pueda haber lugar a deducir responsabilidad contra el funcionario por infracción de la dicha norma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Barranquilla su auto de fecha diez y ocho de abril del presente año, por medio del cual sobresee definitivamente a favor del doctor José Vicente Amarís, Juez Segundo Penal de aquel Circuito, por el delito de abuso de autoridad investigado a petición del Agente del Ministerio Público, con fundamento en el artículo 23, inciso 2º, de la Ley 4ª de 1943.

Hechos:

Ante el Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, doctor José Vicente Amarís, se adelantaba el proceso contra Ignacio Cabrera Núñez, por el delito de robo. El expediente llegó al despacho del Juez, el 23 de octubre de 1947 y, al día siguiente, se profirió auto decretando una ampliación de catorce puntos, para lo cual se comisionó al Inspector Cuarto de Policía Municipal, con treinta días de término.

El primero de diciembre del mismo año, el funcionario comisionado devolvió el proceso, y un día después el Juez comisionó nuevamente al mismo Inspector de Policía para que practicara todas las diligencias ordenadas en la primera comisión y otras que se indicaron en el auto respectivo.

El treinta de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, el negocio fue devuelto por el Inspector y el dos de febrero siguiente, el Juez, doctor Amarís, decretó una nueva ampliación de la investigación comisionando entonces al Juez Segundo Municipal, con treinta días de término para realizarla.

Entre tanto, el sindicado Ignacio Cabrera Núñez, detenido por el delito de robo en el sumario de que se trata, solicitó ante el Juez Segundo Municipal de Barranquilla, en donde el negocio se hallaba en comisión, el beneficio de libertad provisional consagrado por el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943, que le fue concedido por auto de veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, en virtud de haber cumplido ciento ochenta días en detención preventiva, sin que se hubiera dictado auto de proceder.

A petición del señor Personero Municipal de Barranquilla, se procedió a investigar la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el Juez Segundo Penal del Circuito de aquella ciudad, doctor José Vicente Amarís, por las demoras en la investigación que impidieron la calificación del mérito del sumario dentro del término legal, dando como resultado la libertad del procesado Cabrera Núñez.

Se considera:

El Título cuarto del Código de Procedimiento

Penal, bajo el epígrafe "Calificación del sumario", en su captítulo I: "Disposiciones generales", consigna las reglas en virtud de las cuales el funcionario competente debe proceder a la respectiva calificación, cuando quiera que se han reunido los elementos de juicio exigidos por la ley para que tal diligencia judicial se practique. Esta es, desde luego, la regla general (artículo 419).

Por su parte, el artículo 420 prescribe que el Juaz del Circuito —jefe de la investigación— tan pronto como reciba el sumario, lo estudiará con el objeto de saber a quién corresponde su conocimiento y ordenará remitirlo inmediatamente al Juez o Tribunal competente, si no lo fuere el mismo Juzgado de Circuito.

Corresponde, pues, a este funcionario la distribución del trabajo judicial entre las distintas jerarquías jurisdiccionales. Una vez cumplido esto y ya en poder del Juez competente, a este funcionario le corresponderá revisar las diligencias informativas para proceder como lo dispone el artículo 421, en caso de que las hallare incompletas o fuese necesario practicar diligencias importantes, ordenar la ampliación del informativo, señalando los puntos concretos de la misma.

La ley fija de igual manera el término para que la ampliación se practique, que es el de veinte días, más la distancia (artículo 422). Mandato legal éste que también prescribe que dicha diligencia sólo podrá ordenarse por una sola vez, con las siguientes concepciones: cuando se tratare de investigaciones en que no haya sido posible descubrir al infractor o infractores de la ley penal, y cuando no haya procesado detenido. En ambas contingencias el Juez podrá ordenar cuantas ampliaciones considere convenientes para el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de los autores o partícipes.

Lo anterior se justifica porque en manteria penal el principio fundamental que debe guiar la investigación no es otro que el esclarecimiento de la verdad, único y primordial objetivo que debe inspirar todas las actividades del Juez. Es claro que esta meta definida de sus actuaciones puede conducir en muchas circunstancias a que, con el fin de cumplirla rigurosamente, el Juez agote todos los medios de adquirir la verdad, sin escatimar procedimiento, ni diligencia, ni actuación alguna que puedan abrirle el camino de la misma en el descubrimiento del delito.

Puede ocurrir que, como sucediera en este caso, al Juez, en esa búsqueda, lo sorprendiera la terminación del plazo de ciento ochenta días que la ley le otorga a los funcionarios de investigación para que un reo permanezca detenido sin definirle su situación jurídica.

Mas, es obvio que en tal ocurrencia no puede encontrarse responsabilidad penal alguna, si se considera, como en el caso a estudio, que el Juez acusado no hizo nada distinto que buscar por todos los medios a su alcance la total demostración de la verdad, sin incurrir en demoras culpables, excediéndose es verdad en la aplicación y cumplimiento del artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, pero sin producir acto ninguno de omisión, única circunstancia que constituiría el cargo de abuso de autoridad, contemplado en el artículo 172 del Código Penal, el cual no se viola cuando el funcionario falta por exceso, pues lo penalmente sancionado en esa disposición es el hecho de omitir, rehusar o retardar la ejecución de un auto a que legalmente esté obligado el funcionario respectivo. El exceso, pues, no constituye infracción alguna.

Y tampoco la constituye con base en el artículo 171 del mismo código, el haber obrado en la forma en que lo hizo el Juez acusado, pues como con sobra de razón lo anota el señor Procurador, para que se infrinja tal norma es menester que el acto arbitrario e injusto vaya en detrimento de una persona o de una propiedad; y en el presente caso, tal perjuicio no se demostró.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

DELITO DE LESIONES PERSONALES. — COMPETENCIA PARA SU JUZGAMIENTO

La mera incapacidad o enfermedad queda absorbida en la pena cuando consecuencias de mayor gravedad surjan de una lesión personal. Basta que los reconocimientos médico-legales señalen esta circunstancia para que el Juez deba partir de la base de los distintos resultados del daño en la salud o en el cuerpo o en la integridad psíquica, en orden a fijar la sanción.

Dentro de los anteriores conceptos la ley adjetiva penal debía también tener en cuenta los mismos factores para señalar la jurisdicción o competencia. Los artículos 48 y 49 fijan ésta para los Jueces Municipales cuando la lesión sólo produce incapacidad o deformidad que pase de cinco días sin exceder de quince. La Policía conoce cuando no excede de cinco días, siempre, en ambos casos, que no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El doctor José Ignacio Talero L., como defensor del procesado Heliodoro Gaitán Calderón, interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en virtud de la cual —con aplicación de los artículos 374, numeral 2º y 384 del Código Penal— se condenó al reo a la pena principal de un año de presidio y a las accesorias correspondientes, por las lesiones causadas a Aquilino Chacón, en el caserío de "Zaragoza", jurisdición del municipio de San Antonio de Tena, en las horas de la tarde del veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Cumplidos los trámites de procedimiento, propios del recurso extraordinario, la Corte procede a estudiarlo y a resolverlo.

Delito

Dicen los autos, que entre Heliodoro Gaitán Calderón y Aquileo Chacón, mediaba alguna enemistad, que ya en el año de 1940 dio lugar a un encuentro entre ambos, del cual salió lesionado Gaitán y por cuya causa Chacón fue sentenciado a un año de presidio. En la tarde del veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, se encontraron nuevamente los protagonistas cerca a la quebrada de "La Hedionda", Caserío de "Zaragoza" del Municipio antes nombrado y allí se trabaron en riña, que dio por resultado las heridas padecidas por Chacón en la cara y en las manos y algunas leves lesiones en la persona de Gaitán, que fueron motivo de la presente investigación.

Las lesiones personales producidas por Aquileo Chacón y causadas por Heliodoro Gaitán Calderón, fueron reconocidas por la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá, con fecha veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, y sobre la más grave de ellas dice el dictamen, lo siguiente:

"**Aquileo Chacón:** al examen del ojo derecho se ha probado que sufrió una luxación del cristalino en la cámara posterior de origen traumático.

"Con buen tratamiento y sin complicaciones, fijamos una incapacidad de veinte (20) días. La disminución de la agudeza visual por el ojo derecho, constituye una perturbación funcional permanente".

Proceso

Perfeccionada la investigación de los sucesos protagonizados por Heliodoro Gaitán Calderón y Aquileo Chacón el veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco que, en síntesis, se han relatado, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo Penal del Circuito de La Mesa, en auto de veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y seis, llamó al procesado Gaitán Calderón a responder en juicio criminal, por el delito de lesiones personales causadas a Aquileo

Chacón. Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha cinco de septiembre del mismo año, aceptando la circunstancia de la riña imprevista para el procesado.

En sentencia de primer grado, de primero de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, se condenó a Gaitán Calderón a sufrir las sanciones principales de un año de presidio y multa de cien pesos ($ 100.00) a favor del Tesoro Nacional y las accesorias correspondientes. En la de segundo grado, el Tribunal Superior confirmó la del Juez **a quo,** con la sola adición de que al procesado "no le son aplicables ni la condena condicional ni el perdón judicial".

Demanda:

El defensor del procesado interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia y, en oportunidad legal, formuló la demanda correspondiente, en la cual invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Los fundamentos de una y otra, serán resumidos en seguida, acogiendo el orden en que fueron estudiadas por el señor Procurador Delegado en lo Penal.

CAUSAL SEGUNDA—**Errada interpretación o apreciación de los hechos**

Los fundamentos en que apoya el recurrente las causales que alega, están sin duda alguna involucradas dentro de la técnica de la casación que el Código reglamenta, toda vez que la demanda razona para apoyar la causal primera por errónea interpretación de la ley e indebida aplicación de la misma, con argumentos que caben más bien dentro de la causal segunda, ya que la primera hace referencia, de modo exclusivo, a la violación o mala interpretación de la "ley penal", y en manera alguna a la errada interpretación o apreciación de los hechos, en especial los que hacen relación al cuerpo material del delito, en concordancia con la presanidad del lesionado, que son los que con mayor fuerza analiza la demanda para sustentar el recurso.

En este orden de ideas el libelo ataca así la sentencia recurrida:

"Se ha tomado como demostración del cuerpo del delito de lesiones personales con veinte días de incapacidad una luxación del cristalino en la cámara posterior del ojo derecho, de origen traumático, el concepto médico legal que obra al folio 7, bajo el número 8214 y de fecha 25 de junio de 1945 (cuaderno principal). Los expertos dicen allí solamente: "Aquileo Chacón: Al examen del ojo derecho se ha comprobado que sufrió una luxación del cristalino en la cámara posterior de origen traumático. Con buen tratamiento y sin complicaciones, fijamos una incapacidad de veinte días. La disminución de la agudeza visual por el ojo derecho, constituye una perturbación funcional permanente".

"Los peritos se refieren a un hecho pasado, el traumatismo y al efecto encontrado, pero sin particularización del hecho, causa de aquella consecuencia que a su vista estuvo, sin señalar la fecha en que hubiere ocurrido tal traumatismo generador ni definir, porque no estuvo a su vista, el propio traumatismo de que hablan. Y en tales circunstancias del dictamen pericial que no podían señalar porque, se repite, la causa generadora no estuvo a su vista, se pretende en el fallo materia de la casación que quedaron establecidas con respaldo en algunos testimonios de personas ignaras con los cuales quiso comprobarse la presanidad; pero el punto es de tal magnitud de importancia que no puede sustituírse por ese medio lo que es misión única y exclusiva del perito. La ley exige para este caso la prueba pericial y el dictamen de los peritos sólo halló un efecto, pero lo repito, no estableció ni establecer podía, la causa generadora como igualmente conocida por los expertos con su especificación necesaria para poderla correlacionar con el efecto o consecuencia hallada.

"Y es que el elemento presanidad es en este caso de importancia esencial para el cuerpo del delito y por lo mismo no puede establecerse sino con prueba técnica de especialistas a fin de saber si la lesión hallada según el dictamen del folio 7, era antigua o era reciente, pues a lo que queda dicho viene a sumarse este otro factor de lo que afirma Gaitán, es decir, que al llegar Aquileo donde él, ya llevaba huellas de contusiones en la cara, y el dicho del testigo José Blas Morales que se acaba de estudiar.

".....

"No estando acreditada en este proceso la presanidad en el ojo derecho de Aquileo Chacón; no estando comprobado que Heliodoro Gaitán haya sido el ejecutor del acto que causó el traumatismo que le produjera a Aquileo Chacón una incapacidad mayor de quince días y las consecuencias de que habla el reconocimiento del folio 7, hubo

errónea interpretación de los hechos, mala apreciación de la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad consecuencial así como de la sanción imponible a Heliodoro Gaitán. Y estos hechos, originan otra causal que se traduce en una incompetencia de jurisdicción en el Tribunal sentenciador porque al folio 17 frte. obra otro dictamen que acredita una incapacidad definitiva de cinco días sin consecuencias y entonces la segunda instancia habría correspondido al Juez de Circuito por competencia".

Se considera:

Ya dentro de las instancias había sido objeto de larga controversia la misma argumentación que se ha dejado transcrita, en orden a establecer que como Chacón había sufrido, con anterioridad al encuentro con Gaitán Calderón, un traumatismo en un ojo, éste y no otro fue el que encontraron los médicos legistas y el que señalaron en el reconocimiento que ha servido de base para la demostración del cuerpo material del delito de lesiones personales porque fue juzgado aquel sujeto.

Es evidente que en un encuentro anterior habido entre los mismos protagonistas, Chacón resultó con algunas lesiones; pero aparece establecido en forma clara y sin lugar a duda, que esas lesiones lo fueron en el ojo izquierdo, y no en el derecho, como se pretende ahora, con el objeto de procurar la demostración de que en la riña habida entre Gaitán y Chacón, éste no sufrió daño alguno en su integridad física que le produjera perturbación funcional permanente y por ende los reconocimientos médicos que han servido para establecer la responsabilidad del procesado en el delito de lesiones personales, no son bastantes como para demostrar el elemento material que es indispensable para la comprobación del hecho delictuoso.

Un estudio minucioso y atento de este proceso permite concluír que la negación persistente de la presanidad del lesionado, no pasa de ser un recurso que se ha pretendido suficiente para procurar eludir la responsabilidad de Gaitán Calderón, observándose al mismo tiempo que mientras aquella argumentación se invoca, no se tiene fe en que prospere, porque temiéndose por la fuerza de la prueba en que tan deleznablemente se apoya, se ha intentado establecer también que el ofendido, antes del encuentro con Gaitán, cerca al sitio en que los hechos que dieron lugar a este proceso, debido a su estado de embriaguez, sufrió una caída de la cabalgadura que montaba, a consecuencia de la cual resultó con la lesión que luego le fue reconocida como causada en la riña que sostuviera con Chacón.

El expediente arroja materia probatoria suficiente para establecer que entre Gaitán y Chacón hubo un encuentro personal armado, en el cual el segundo llevó la peor parte, encuentro que propició la enemistad anterior habida entre los protagonistas del mismo, que ya en otras oportunidades había dado ocasión a que interviniera la justicia.

Dentro de las instancias del juicio fue abundantemente debatido este aspecto del proceso, que el recurrente invoca en casación, con base en la causal segunda, sin que entonces ni ahora pueda encontrarse asidero alguno para establecer que Gaitán Calderón no causó a Chacón la lesión en el ojo derecho que sirve de base a su responsabilidad penal y sobre la cual estructuraron el Juez y el Tribunal sentenciadores el fallo condenatorio aquí impugnado con argumentos ya ampliamente refutados que sólo buscan revivir un debate agotado.

Una por una las argumentaciones que sirven al recurrente para sustentar el recurso fueron objeto de detenido examen por el Juez de primer grado y halladas justas y evidentes por el Tribunal.

Basta reproducir lo que dijera el Juzgado de instancia sobre el mismo tópico para demostrar lo infundado que resulta ese argumento y la ninguna razón que existe para darle tanto valor como para justificar la invalidez de la sentencia.

Dijo el Juzgado:

"La defensa en su escrito de fls. 56 a 58 insinúa la circunstancia de que la perturbación funcional permanente de qué nos habla el dictamen de los señores Legistas (fol. 7) pudo ser consecuencia de otros golpes que tiempos atrás había recibido Chacón y por tanto es menester estudiar y analizar este aspecto para ver si en verdad tiene fundamento alguno que lo respalde.

"Al folio 81 vuelto se lee, en copia expedida por el señor Secretario del Juzgado de San Antonio, lo siguiente:

"...hemos reconocido por primera vez a Aquileo Chacón (sic) quien del examen que le hemos hecho presenta una contusión sobre el ojo izquierdo que le cubre y otra contusión de menos intensidad y unos pequeños rasguños sobre la nariz, éstos ocasionados con la uña y las primeras con golpes de mano. Incapacidad para trabajar, dos días con buen tratamiento, salvo complicacio-

nes por descuido en el tratamiento...." Oficina Central de Medicina Legal.—Bogotá, 26 XI.—36. Número 12596. Aquileo Chacón, dos días de incapacidad sin consecuencias...".

"Como se ve las lesiones que en otro tiempo le fueron ocasionas a Chacón no le produjeron sino dos (2) días de incapacidad, sin consecuencias de ninguna especie, quedando por lo tanto sin fundamento alguno la circunstancia anotada por la defensa, y, de consiguiente, innecesario extendernos sobre tal particular para llegar a la conclusión absoluta de que las lesiones descritas, junto con sus consecuencias, en los reconocimientos de los folios 7 y 17 fueron causadas por Heliodoro Gaitán la tarde del 27 de mayo de 1945".

Por su parte, el Tribunal expuso:

"La defensa ha alegado que la perturbación funcional señalada por los expertos médicos legales como consecuencia de una menor agudeza visual, era antigua en Chacón, ya que en ocasión anterior, o sea cuando el primer incidente con Gaitán había sufrido un golpe que le produjo tal efecto. Mas este argumento no es aceptable si se tiene en cuenta que la lesión de que estos autos hablan fue en el ojo derecho, y la que sufrió en el año de 1935, fue sobre el ojo izquierdo, como puede verse por las copias que obran a fl. 81 vto."

En su vista el señor Procurador Delegado en lo Penal refuta el libelo de demanda, en orden a la causal segunda, de la siguiente manera:

"En cambio, el proceso sí arroja afirmaciones atendibles, sobre las cuales se edificó el fallo demandado. Así, por ejemplo, nada más diáfano que la prueba tendiente a establecer la presanidad del lesionado Aquileo Chacón. Sin embargo, como era imposible tachar legalmente los testigos que comparecieron a declarar, entonces se les moteja desdeñosamente de "empíricos". Conviene transcribir el dicho de aquéllos, en algunos apartes:

"Clemente Dimaté afirma que pocas horas antes del lance entre Gaitán y Chacón saludó al segundo y que "no llevaba herida ninguna en las manos, pues yo se las ví bien porque iba teniendo la rienda de la mula, **ni en la cara tampoco tenía ninguna herida"** (fs. 35 v.).

"Y Emma Cuéllar relata que "el día 27 de mayo, domingo, Aquileo estuvo en las horas de la tarde en mi almacén y no presentaba lesión alguna y en completo estado de sanidad se fue de esta población por la tarde e iba con un niño de él".

"Y añade la testigo una nueva circunstancia de gran valor probatorio para los efectos que aquí se persiguen. "Declaro —dice— que el día 28 de mayo de este año en las horas de la mañana vino a mi almacén Aquileo Chacón a que le hiciera unas curaciones en una herida que tenía sobre el ojo derecho y traía tapado el ojo de la hinchazón..." (fol. 38).

"Aun aceptando que se hubiere demostrado —expuso la Procuraduría en un caso similar al presente— que Nepomuceno Alonso tenía alguna deficiencia o novedad en el ojo derecho, eso no desnaturalizaría la perturbación permanente del órgano que le dejaron las lesiones causadas por el acusado, porque la ley penal protege en cada hombre las facultades que tenga, así sean íntegras o restringidas. Así como frente al homicidio no cabe distinguir entre un hombre enfermo y un hombre sano, de la misma manera, tratándose del delito de lesiones, el grado de éstas debe medirse por las consecuencias que dejan en la víctima, mayormente cuando entre nosotros no existen lesiones concausales, ni preterintencionales". (Casación de Marco Emilio Alonso.)".

CAUSAL PRIMERA.—**Mala aplicación de la ley penal.**

Este motivo de casación, como muy bien lo anota el señor Agente del Ministerio Público, no es otra cosa que reflejo de la causal segunda ya examinada, y por consiguiente, faltando la premisa que por anticipado sienta el recurrente, relacionada con la invalidez del dictamen médico-legal, se desquicia también, por la misma fuerza lógica de las cosas, la objeción en virtud de la cual se pretende establecer, al sustentar el recurso, que en el proceso falta la demostración de la presanidad del lesionado Chacón, pues, como se ha visto, el razonamiento con qué se busca apoyar este argumento no encuentra sustentación alguna en el proceso.

CAUSAL CUARTA.—**Nulidad del juicio.**

La basa el recurrente en que los hechos que le sirven para acusar la sentencia del Tribunal originan esta causal que se traduce en una incompetencia de jurisdicción en la entidad falladora, porque al folio 17 frente obra otro dictamen que acredita una incapacidad de cinco días, sin consecuencias; de consiguiente la segunda instancia habría correspondido al Juez del Circuito, por competencia. De aquí surge un vicio de nulidad,

por incompetencia de jurisdicción, y entonces bajo ese aspecto, es también casable la sentencia, de acuerdo con el numeral 4º ya invocado.

Es indudable que habiéndose tratado con relación a la causal segunda todo lo pertinente a las consecuencias orgánicas dejadas por la lesión sobre que dictaminaron los expertos y que produjo perturbación funcional permanente en el ojo derecho del lesionado Chacón, todo lo relativo con este punto cae por su base, pues establecido como queda que a consecuencia de la riña entre aquel sujeto y el procesado, Chacón sufrió perturbación funcional permanente, la jurisdicción se radicó en los Jueces competentes para conocer del proceso y por lo mismo carece de fundamento alguno la nulidad alegada.

Las lesiones personales —enseña la medicina legal— pueden producir distintas consecuencias, según sea su naturaleza, el sitio anatómico vulnerado, el instrumento vulnerante, etc., etc. La ley penal las clasifica en orden a la imposición de las sanciones correspondientes, desde la mera incapacidad para el trabajo, hasta la pérdida de un órgano o miembro, pasando por la desfiguración facial, la deformidad física o perturbación psíquica, transitorias o permanentes, y la perturbación funcional de un miembro u órgano, con iguales secuelas en relación a su permanencia o transitoriedad.

El hecho de que cada una de estas consecuencias pueda presentarse en un caso dado tiene influencia decisiva en la penalidad, pues la gravedad material de la lesión fue tomada en consideración por el Código para graduar la sanción, notándose en esto mayor cantidad y calidad de pena para las distintas consecuencias de las diversas especies tenidas en cuenta al señalar su clasificación.

Al mismo tiempo el Estatuto previó la ocurrencia de que aparte de la incapacidad o enfermedad, las leyes produzcan diferentes consecuencias y en norma expresa señaló la sanción correspondiente a la lesión más grave. (Artículo 377).

De manera que la mera incapacidad o enfermedad queda absorbida en la pena cuando consecuencias de mayor gravedad surjan de una lesión personal. Basta que los reconocimientos médico-legales señalen esta circunstancia para que el Juez deba partir de la base de los distintos resultados del daño en la salud o en el cuerpo o en la integridad psíquica, en orden à fijar la sanción.

Dentro de los anteriores conceptos la ley adjetiva penal debía también tener en cuenta los mismos factores para señalar la jurisdicción o competencia. Los artículos 48 y 49 fijan ésta para los Jueces Municipales cuando la lesión sólo produce incapacidad o deformidad que pase de cinco días sin exceder de quince. La Policía conoce cuando no excede de cinco días, siempre, en ambos casos, que no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico.

Señaladas en este proceso, mediante prueba pericial, las consecuencias de las lesiones sufridas por Chacón y establecido por medio de ella que aparte de la incapacidad quedaban secuelas distintas, tales como la perturbación funcional, que pudo comprobarse tuvo como causa eficiente y única el traumatismo sufrido por el agente pasivo del delito en la riña sostenida con Gaitán, imposible resulta aceptar nulidades que el proceso rechaza y que ninguna comprobación tuvieron durante el juicio, y menos por falta de jurisdicción en los funcionarios de instancia, que la adquirieron de conformidad con las normas legales.

Por consiguiente, tampoco prospera la causal cuarta alegada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola (Conjuez)—**Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—José Amador Rey,** Of. Mayor.

INTERVENCION EN POLITICA POR PARTE DE FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

El portar un arma apenas podría configurar una contravención sancionada por el Código de Policía, si el portador del arma carecía de licencia, y el haber lanzado VIVAS a determinado partido y ABAJOS a otro tan sólo constituye una ostensible demostración de pertenecer al credo político del partido a que se alude con el VIVA. Estos hechos pueden calificarse de inconvenientes, porque actitudes como las atribuídas al Juez acusado son censurables desde todo punto de vista en un funcionario encargado de impartir justicia, pero no por ser inconvenientes y censurables, llegan a constituír delito.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Corte resuelve, mediante esta providencia, la consulta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, sobre su providencia de fecha veintinueve de abril último, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Ramón Cardoso S., sindicado del delito de abuso de autoridad, en su condición de Juez 2º del Circuito en lo Penal del Circuito del mismo nombre.

Cumplidos los trámites correspondientes a la segunda instancia y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado, se procede a estudiar el auto consultado.

Resultandos:

A) Por el delito de abuso de autoridad (intervención en política) fueron denunciados ante esta Sala, el veintisiete de julio del año pasado, por la Sección de Vigilancia del Ministerio de Justicia, los doctores Francisco Vila Calderón y Ramón Cardoso, que desempeñaban, en su orden, los cargos de Magistrado del Tribunal Superior y Juez 2º Penal del Circuito, en Ibagué; este denuncio fue rechazado por la Corte, en cuanto se refería al Magistrado doctor Vila, por falta de base legal, dada la futileza de las acusaciones que a tal funcionario se hacían; y en el mismo auto en que esto se dispuso, se ordenó enviar el expediente al Tribunal de Ibagué para que resolviera lo relativo al Juez doctor Cardoso, contra quien se adelantó el sumario que fue calificado con el sobreseimiento definitivo que ahora se revisa.

B) De dos hechos, realizados —según el denuncio— el nueve de abril del año pasado, se acusó al doctor Cardoso: el primero, haber gritado **vivas** a un determinado partido político y **abajos** contra otro; y el segundo, llevar una pistola-ametralladora que, dicen, exhibió durante los sucesos que en la ciudad de Ibagué, como en casi todas las ciudades de la República, se verificaron ese día; la primera de estas acusaciones se desprende del contexto de las declaraciones rendidas extrajudicialmente —y ratificadas después— por dos mujeres, y la segunda del informe de dos detectives a la Prefectura Nacional de Seguridad, en que no figuran sus nombres sino sus números, no ratificado bajo juramento ante autoridad competente. El sindicado, por su parte, al rendir indagatoria, negó ambos hechos y pidió que se allegaran al proceso numerosas declaraciones, entre otras, las de los doctores Luis Felipe García, Magistrado del Tribunal Superior, Carlos A. Lozano Agudelo, Magistrado del Tribunal Administrativo y Enrique Cardoso, Registrador de Instrumentos Públicos de Ibagué, las que, recibidas, resultaron en contradicción con las primeramente citadas, lo que sugiere una grave duda sobre la completa veracidad de los cargos.

Considerandos:

A) No obstante esta duda, los hechos de que se acusó al Juez, aceptados como ciertos, no son constitutivos de delito, pues el último de ellos —portar un arma— apenas podría configurar una

contravención sancionada en el Código de Policía —si el portador del arma carecía de licencia—; y el segundo hecho —haber lanzado **vivas** a determinado partido y **abajos** a otro— tan sólo "constituye una ostensible demostración de pertenecer al credo político del partido a que se alude con el **viva**", como lo dijo esta Sala en el auto que rechazó la denuncia que dio origen a este proceso, en cuanto se refería al Magistrado doctor Vila Calderón, a quien se hizo un cargo similar; estos hechos pueden calificarse de inconvenientes, porque actitudes como las atribuídas al Juez acusado son censurables desde todo punto de vista en un funcionario encargado de impartir justicia, pero, no por ser inconvenientes y censurables, se repite, llegan a constituír delito, por lo cual la Corte, como lo solicita la Procuraduría, confirmará el sobreseimiento proferido en favor del doctor Cardoso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

DELITO DE PREVARICATO. — PUBLICACION Y REGISTRO DE LA SENTENCIA

1.—Respecto de la publicación de la sentencia debe decirse que es una formalidad ordenada por la ley, pero que entre los mismos interesados pierde su importancia cuando la notificación se ha realizado en debida forma.

En cuanto al registro, también de la sentencia, la Corte lo ha exigido para terceros, pero no para las partes que intervinieron en el juicio.

2.—Que un Juez diga que ha complacido a un abogado no quiere decir que tal cosa la haya realizado contra la ley, con un acto expresa o manifiestamente injusto, pues que ha podido ser perfectamente ajustado a las disposiciones legales. Esas frases no demuestran, por tanto, por sí solas una intención ilícita por parte del funcionario, de que hubiera cumplido un acto por simpatía a uno de los interesados, o animadversión hacia otros.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agstín Gómez Prada)

Vistos. Por consulta debe revisar esta Sala de la Corte el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del Juez Civil del Circuito de Sabanalarga, doctor Julián Llinás Vega, acusado de prevaricato y de abuso de autoridad.

Contra dicho funcionario presentó denuncia criminal el señor Domingo Bolívar Sanjuán, por haber entregado a María Eugenia Pallares un predio denominado "Guacaraluco", o "Pajar del Uvito", o "Arroyo Grande". Ese terreno era de propiedad de José Trinidad García y durante el juicio de sucesión lo adquirió la señora Concepción Rodado viuda de Upegui, por compra de derechos herenciales, pero el dominio le fue discutido en juicio ordinario por María Eugenia Pallares. Mas como en ambas instancias fuera decidido el pleito en favor de la señora de Upegui, el denunciante Bolívar Sanjuán lo adquirió, a su vez, de ésta. A poco se presentó la Pallares a demandar a Bolívar Sanjuán, por despojo, y, como el Juez sentenciara en favor de aquélla, éste denunció criminalmente al funcionario que hizo la entrega de la finca.

El denunciante anota algunas irregularidades que hacían imposible, a su juicio, la dicha entrega del predio. Así:

a) No existe ningún **estado** en el archivo de la Secretaría, que compruebe que se hicieron las notificaciones legales; por consiguiente, no están ni el auto que reconoce al apoderado de la Pallares, ni el que aceptó la demanda, ni el que abrió el juicio a pruebas, ni el que aceptó las pruebas.

b) Se hizo mal la notificación de la sentencia, pues el edicto se desfijó "antes de cumplirse los diez días" de que habla el artículo 309 del código judicial;

c) No se publicó la sentencia, ni tampoco se registró;

d) El Juez practicó la entrega, a pesar de haberle pedido que declarara la nulidad de lo actuado;

e) El Tribunal ordenó abrir una investigación por el delito de falsedad y, sin embargo, el funcionario practicó el lanzamiento del legítimo dueño;

f) A la entrega se opuso el señor Jorge E. Arrieta, legítimo tenedor de la finca en ese entonces, y el Juez no aceptó la oposición.

En cuanto a prevaricato, añade que una vez realizada la entrega, el Juez, delante de varias personas que se hallaban presentes, le había manifestado al doctor Clemente Salazar Movilla, "con aire satisfecho": "No te puedes quejar, te he complacido en todo". Parece que Salazar le hizo algún reclamo sobre otro negocio, a lo que Llinás Vega contestó: "Ah, aquello era otra cosa".

Se considera:

Está comprobado que el doctor Julián Llinás Vega desempeñaba el cargo de Juez Civil del Circuito de Sabanalarga en la época de los sucesos que se investigan, con los documentos que la ley exige (folios 29 a 31). Pero el orden requiere que se examinen los cargos uno a uno, a lo cual se procede:

a) **Sobre las notificaciones de las providencias** que se dictaron en el juicio posesorio, conviene advertir que el Juez Llinás Vega, no se posesionó del cargo hasta el 11 de julio de 1945 (f. 31), y que la sentencia que ordenaba la entrega del predio de Guacaraluco la dictó su antecesor el 4 de junio del mismo año (fls. 9 y 35 v.). Lo que hay que examinar es si podía decretar esa entrega por ser nulo el juicio, lo que, adelante se dirá.

Mas como esas actuaciones posteriores se hacen depender de las precedentes, conviene advertir desde ahora que si es cierto que el auto en que se reconocía como apoderado de la demandante Pallares no se notificó (fls. 33 v. y 45 v.) en cambio, consta que sí le fueron notificados al señor Bolívar Sanjuán el auto admisorio de la demanda, se le corrió traslado personalmente y contestó el libelo (fls. 34, 34 v., y 46), y además, el auto de apertura a pruebas (34 v. y 46).

Otra cosa que conviene anotar es que no es lo mismo no haber notificado una providencia, y otra distinta que no exista **el estado** en que conste que tal notificación se ha hecho; pero la constancia del Secretario de haberla hecho, hace plena fe, mientras no se demuestre lo contrario.

b) **La sentencia se notificó por edicto,** por cinco días, que es el término que señala el artículo 309 del código judicial, y no por el de diez días, de que habla el denunciante (f. 36).

c) No aparece la constancia de haber sido publicada la sentencia, dice el acta de inspección ocular, "pero sí aparece notificada al doctor Clemente Salazar Movilla y aparece la constancia de haber notificado por edicto al señor Bolívar el 16 de junio de 1945" (f. in fine). Del registro nada dice el acta citada.

Respecto de la publicación debe decirse que es una formalidad ordenada por la ley, pero que entre los mismos interesados pierde su importancia cuando la notificación se ha realizado en debida forma.

Y en cuanto al registro debe anotarse que la Corte lo ha exigido para terceros, pero no para las partes que intervinieron en el juicio (G. J. tomo XLIX, páginas 102 y 162).

Hasta aquí las actividades fueron del antecesor en el Juzgado, pero se han puesto de presente con el fin de averiguar si las posteriores fueron ilegales, ya que se alega que el Juez no podía verificar la entrega por las irregularidades de procedimiento de aquél. Por ello es conveniente analizar las subsiguientes.

d) **Sobre la entrega,** no obstante haberse solicitado la nulidad de lo actuado, es verdad que tal petición fue hecha por el apoderado del denunciante Bolívar, pero no se le admitió. Sin embargo, contra el auto se interpuso apelación y el Tribunal confirmó lo resuelto por el Juzgado, según consta a los folios 36 vuelto, 38, 44 vuelto y 46 vuelto.

En el proceso se copió el auto del Juzgado en que expone las razones para rechazar el incidente de nulidad (fls. 63 v. y 66 v.). De todos modos, no aparece comprobado el dolo en una actitud que cuenta con respaldo en la ley (artículo 457 del C. J.) y que fue confirmada por el Tribunal.

e) **Cierto es que el Tribunal ordenó abrir una investigación** y, sin embargo, el Juez practicó la entrega del fundo en litigio. Pero la nota en que ordena el Juez de Circuito en lo Penal suspender toda actitud civil, fue entregada en el Juzgado del Circuito en lo Civil el 27 de agosto de 1946 (f. 45 vuelto), siendo así que la entrega se había realizado desde el 13 de julio anterior.

f) Y, en fin, que el Juzgado no hubiera dado curso a la oposición del señor Jorge E. Arrieta, se explica fácilmente, porque en el proceso se practicaron dos oposiciones, una de Manuel Macías, para la cual se abrió la correspondiente articulación, que le fue adversa, y la otra del señor Arrieta, que le fue rechazada, con base en el artículo 883, inciso segundo, del Código Judicial, que guarda armonía con el 394, que ordena rechazar los incidentes cuando se promuevan por la misma causa, después de haber sido recibidos en otra ocasión (fls. 46 v. y 9 v.). Así lo explica el Juez sindicado (f. 59 v.).

Por esto concluye el Tribunal que en las actuaciones del Juez Llinás Vega no se encuentra dolo, porque su actividad se redujo a fijar fecha para la entrega de un bien, que había sido ordenada

por funcionario distinto y que estaba ya ejecutoriada. Anota, sí, el Tribunal, que este juicio posesorio no tiene, a primera vista, un fuerte asidero legal, dado que en juicio ordinario había sido controvertida la propiedad entre las mismas partes, el señor Bolívar y la señora Pallares; pero que la justicia o injusticia de la providencia no pueden ser base de acusación para el Juez, tanto más cuanto que se desconocen los fundamentos del fallo y las actividades de los interesados en el juicio.

Las frases que se le atribuyen al funcionario como pronunciadas en el momento de la entrega, no demuestran por sí solas una intención ilícita, de que hubiera cumplido un acto por simpatía a uno de los interesados, o animadversión hacia otros. Porque eso de que un Juez diga que ha complacido a un abogado no quiere decir que tal cosa la haya realizado contra la ley, con un acto expresa o manifiestamente injusto, pues que ha podido ser perfectamente ajustado a las disposiciones legales. Aquí —como lo anota la Procuraduría— la sentencia no fue dictada por el sindicado, sino por su antecesor y aquél se limitó a cumplir una providencia ejecutoriada, como lo observa el Tribunal en la que es ahora objeto de la consulta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION.—LA CAUSAL 2ª DE CASACION ES IMPROCEDENTE EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO

En los juicios en que interviene el jurado la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos, según lo establecen los artículos 480, 499 y otros del C. de P. P., y 36 del Código Penal. Y que un veredicto, en casación no se puede declarar como contrario a la evidencia de los hechos, lo ha dicho en constante doctrina la Corte.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Neiva, en sentencia de 22 de noviembre último, condenó a Zabulón Torres España a la pena principal de quince años de presidio, como autor de la muerte de Eliécer Lozada.

Contra dicha sentencia interpuso casación el procesado y ante la Corte presentó un escrito para sustentar el recurso un apoderado especial.

No se citan en el memorial presentado la causal o las causales de casación que lleven a un estudio de fondo del fallo, ni se dan las razones que sirvan de base para invalidarlo, lo cual hace que el ministerio público solicite que se declare desierto el recurso o, en subsidio, que no se case la sentencia. Pero conviene hacer un breve análisis de los motivos que se alegan para decidir lo que sea pertinente.

El Tribunal no aplicó el artículo 28 del Código Penal —dice el libelo— esto es, no tuvo en cuenta que el hecho se había cometido en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, como lo acreditan las declaraciones de Miguel Antonio Cabrera, Miguel Enrique Rojas y otros.

Este cargo se contesta diciendo que en los juicios en que interviene el jurado la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos, según lo establece el art. 480 citado, 499 y otros del código, y 36 del Código Penal. Y que un veredicto, en casación no se puede declarar como contrario a la evidencia de los hechos, lo ha dicho en constante doctrina esta Sala de la Corte.

El Jurado declaró a Torres España como responsable de un homicidio cometido con premeditación, alevosía y sevicia, y negó que hubiera obrado en legítima defensa, o en riña imprevista, o por adulterio, de suerte que la sanción aplicada al procesado no podía ser sino la contemplada en el artículo 363 del Código Penal, cuyo mínimo es de quince años de presidio.

No tuvo en cuenta el Tribunal el estado de enajenación mental, o grave anomalía psíquica, o intoxicación del procesado, pues desechó el dictamen médico de los alienistas o psiquiatras para poder medir "el grado de responsabilidad" del acusado.

Este cargo se contesta diciendo que el artículo 28 de la ley 4ª de 1943 ordena preguntarle a los Jueces de conciencia si al tiempo de cometer el hecho se hallaba el procesado en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica, o de grave anomalía psíquica, ninguna de las cuales fue hecha en la audiencia pública.

No tuvo en cuenta el Tribunal el estado de pasión excusable, o de emoción determinada por intenso dolor o temor, o el ímpetu de ira provocada injustamente, de que trata el ordinal 3º del artículo 38 del Código Penal, esto es, no apreció el sentenciador una circunstancia de menor peligrosidad.

Se replica el cargo diciendo que los celos del acusado sirvieron, si no para colocar el hecho en la previsión del artículo 382 del Código Penal, que negó el jurado, sí como circunstancia de menor peligrosidad, como de modo expreso lo declaró el fallo de primera instancia y lo aceptó el de segunda.

No tuvo presente el Tribunal las circunstancias de menor peligrosidad de los ordinales 9º, 11 y 12 del artículo 38 del Código Penal. Pero ni siquiera dice la demanda cuáles son y no leyó el memorialista el fallo de primer grado en que se consideraron como circunstancias de menor peligrosidad la buena conducta anterior del proce-

sado, el haber actuado en emoción determinada por intenso dolor, el no haber huído ni haber ofrecido resistencia a las autoridades para su captura y su estado de ánimo alterado por una enfermedad en el oído.

Respecto de la aplicación del artículo 331 del Código Penal no sabe la Procuraduría, ni lo entiende tampoco la Sala, qué lugar tiene en el fallo que se estudia.

Sobre el artículo 382, que habla del homicidio por adulterio, ya está dicho que el jurado no aceptó que se tratara de un hecho de esa naturaleza.

Y respecto de la declaración del cónyuge, basta tener presente que, en lugar de ir en **contra** del procesado, que es lo que la ley prohibe, va en su favor, como que la mujer aceptó que le era infiel a su marido, que era precisamente lo que éste alegaba como motivo de su acción delictuosa.

Y, por último, que él proceso no se instruyó en debida forma, no es motivo de casación, pues que a la defensa le quedaba el derecho de pedir cuantas pruebas hubiera tenido por convenientes, dentro de las oportunidades que la ley ofrece, para corregir las deficiencias de los funcionarios.

Como no hay base para hacer un estudio de fondo en casación, pues que, como ya se advirtió, ni siquiera se enuncian las causales que se quieren hacer valer ante la Corte, lo procedente es declarar el recurso desierto, al tenor del artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA DESIERTO el recurso interpuesto y condena en costas al recurrente, las cuales serán liquidadas por el Tribunal y comunicada la liquidación a la autoridad correspondiente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

EL DELITO DE FALSEDAD

1—El delito de falsedad en documentos públicos, tiene existencia jurídica desde el momento en que se produce la falsificación sin que sea de la esencia de esta falsedad el perjuicio —real o potencial— a terceros. Los documentos públicos valen por sí mismos por la fuerza intrínseca de su fe pública, en cuya conservación están interesados el Estado y la sociedad, sin que sea necesario el uso del documento falso. Producida la falsedad, el hecho se tipifica como un delito PER-SE. La sola alteración de la verdad en los documentos públicos, conlleva en sí la aptitud o potencialidad de dañar, porque vulnera el derecho universal de la fe pública debida a esa clase de instrumentos, por la desconfianza, zozobra, e inquietud que produce el que tales actos cumplidos por funcionarios públicos o realizados ante ellos, y revestidos de solemnidades especiales, sean objeto de una mutación de la verdad atestiguada por los mismos.

El delito de falsedad en documentos privados, sólo tiene existencia jurídica cuando el instrumento falsificado se utiliza para causar un perjuicio a terceros. El empleo de ese documento con el fin de engañar y obtener un beneficio, es lo que actualiza el daño real o potencial, mediato o inmediato, sobre el patrimonio de la persona que se trata de perjudicar. En estos casos, el documento falso sirve de instrumento o medio preparatorio para lesionar un bien patrimonial que es distinto de la fe pública debida a los instrumentos públicos.

De los anteriores conceptos se puede deducir:

Que para la existencia del delito de falsedad en documentos públicos, no es indispensable ni necesaria la presencia del móvil que haya inspirado el delito, ni la existencia de un perjuicio real o material, hipotético o potencial; basta que se tenga intención o propósito de alterar la verdad, y que esa mutación, alteración, supresión u ocultación se realice, para que el delito quede perfecto en su forma objetiva y subjetiva. Por consiguiente, la INTENCION CRIMINAL y la sola REALIZACION MATERIAL DEL HECHO son los elementos característicos de la falsedad en documentos públicos, sin que sea necesaria la concurrencia del ánimo al lucro o del perjuicio a terceros.

En cambio, para la existencia del delito de falsedad en documentos privados sí es necesaria e indispensable la concurrencia de los tres elementos: MUTACION DE LA VERDAD en cualesquiera de sus formas; INTENCION 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.

2—En tratándose de falsedad en documentos públicos u oficiales o en INSTRUMENTOS NEGOCIABLES (para este caso cheques), la ley en su artículo 234 sólo sanciona el hecho del que A SABIENDAS haga uso con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros de un documento falso, de los enumerados en el artículo 233. El precepto que sanciona el uso del documento público falso se refiere directamente a terceros; es decir, al sujeto que no intervino para nada en la falsedad del instrumento; por esto es por lo que emplea el término A SABIENDAS, pues si la persona que lo usa fuera la misma que lo falsifica no hubiera sido necesario emplear dicha expresión sino que al legislador le hubiera bastado con reproducir la misma norma que reprime la falsedad y el uso de los documentos privados.

Por otra parte, no sería explicable que la sanción para el sujeto que falsifica y usa el documento público sea menor a la que debe imponerse al autor de la falsificación. Esto, precisamente, lleva a la conclusión de que la pena del artículo 234 del Código Penal

sólo debe aplicarse para el extraño que a sabiendas y con propósito de lucrarse o con perjuicio de terceros haga uso del documento falso, y no para aquellos sujetos que falsifican y usan el documento público.

Si la falsedad en documentos públicos se caracteriza o configura por la simple falsificación del instrumento, y si —por otra parte— el legislador no previó el uso de ese documento, cuando se trata de reprimir estos delitos, es necesario buscar la norma dentro de la cual se sanciona la finalidad perseguida por su autor, al lesionar el patrimonio ajeno o de un tercero, y ésta, no puede ser otra que la del artículo 408 del Código Penal, ora, porque la ley no creó una figura sui-géneris para sancionar este delito, ya también, porque el uso del documento público falso en perjuicio de tercero, constituye un delito independiente de la falsedad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia del diez y ocho de junio de 1948, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a Delio de Jesús Velásquez Peláez a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable de los delitos de falsedad documental, y lo absolvió por el delito de estafa.

Contra este fallo, el Fiscal 3º del Tribunal, doctor Luis Sierra H., interpuso recurso de casación, pero no fundó el recurso. Sin embargo, la Procuraduría al descorrer el traslado formuló la correspondiente demanda de casación.

Hechos:

El 17 de febrero de 1945, Delio Velásquez Peláez se presentó a las oficinas del Banco Comercial Antioqueño, con el fin de reclamar un formato de orden de entrega de una chequera, y a nombre de Antonio Acosta V., cuya firma imitó, hizo la correspondiente solicitud. Obtenida esta chequera correspondiente a la serie B, contentiva de cincuenta cheques numerados del 842.201 al 842.250, llenó el cheque número 842.205 girado a favor de Juan Ortiz M. por la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal. Como girador aparece el señor Antonio Acosta V., cheque que fue endosado por el beneficiario a favor de Delio Velásquez P., quien presentó el cheque al mencionado Banco y le fue pagado.

Posteriormente, en el mes de junio de 1945, a nombre de Ramón Echavarría, llamó al Banco Comercial Antioqueño y pidió informes sobre el saldo de su cuenta y la forma de pedir una nueva chequera; los empleados contestaron que lo hiciera por medio de una carta dirigida al Banco. Así lo hizo, e imitando la firma de Ramón Echavarría obtuvo la chequera correspondiente a los números 918051 a 918100; ya en posesión de ésta, llenó el cheque número 918055 por la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda legal, haciendo figurar como girador a Echavarría y como beneficiario a Diego Restrepo. Este cheque, como el anterior, aparece endosado a Delio Velásquez, pero al verificar el cobro fue detenido por los empleados del Banco.

En providencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco el Juzgado 4º Superior de Medellín calificó el mérito del sumario correspondiente al primer hecho y lo llamó a responder en juicio a Velásquez por la comisión de dos delitos: falsedad y estafa. Falsedad en su característica de continuado por haber falsificado la carta en la cual se hacía solicitud de entrega de la chequera y por haber confeccionado el cheque por valor de mil pesos ($ 1.000.00) el cual fue pagado. "La primera acción, dice el Juzgado, fue un medio empleado para obtener el cheque que más tarde habría de falsificar, o lo que es lo mismo, repitió la infracción de una disposición de la ley penal, con un mismo designio, dando así nacimiento a un delito continuo". Y estafa, por haber obtenido por medio de artificios y engaños que el Banco Comercial Antioqueño le pagara la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente.

El segundo hecho, fue calificado por el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Medellín, en providencia de veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco. En este sumario, a diferencia del anterior, el Juez llamó a responder en juicio a Velásquez por un solo delito, falsedad en documentos, porque —en su concepto— consideró que se trataba de la comisión de un solo delito: **falsedad,** "supuesto que el código punitivo hace que el primer delito absorba al que

aparentemente se muestra como estafa o tentativa de estafa, al establecer que una será la pena cuando realmente se causa el perjuicio y otra cuando este elemento no se da".

Estas providencias no fueron apeladas y se declararon ejecutoriadas. Acumuladas las causas y tramitadas en un solo juicio, después de cumplidas las formalidades procedimentales, al celebrarse el juicio, a la consideración del Jurado se sometieron los siguientes cuestionarios:

Cuestión primera

¿El acusado Delio de Jesús Velásquez es responsable: 1º De haber fingido la letra y la firma de Antonio Acosta V. en una orden de entrega de chequera contra el Banco Comercial Antioqueño, por medio de la cual se hizo entregar la chequera marcada así: Serie "B", número 842201/50; y 2º De haber fingido la letra y la firma de Antonio Acosta V., en el cheque número 842.205, girado contra el Banco Comercial Antioqueño (Casa de Medellín), por valor de mil pesos moneda legal a favor de Juan Ortiz M., hechos ambos realizados en perjuicio de terceros o con intención de causarlo y encaminados a un mismo designio, los cuales se cumplieron en esta ciudad de Medellín, en un espacio comprendido entre el doce y el quince de junio de mil novecientos cuarenta y cinco?

Segunda cuestión

¿El acusado Delio de Jesús Velásquez Peláez es responsable de haber inducido en error al Banco Comercial Antioqueño (Casa o Sucursal de Medellín) por medio del cheque a que se refiere la cuestión primera, y de haber obtenido por tal motivo la entrega de la cantidad de mil pesos moneda legal, derivando así un provecho ilícito en contra del referido Banco, lo cual tuvo su cumplimiento en esta ciudad de Medellín el diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco?

Tercera cuestión

¿El acusado Delio de Jesús Velásquez Peláez es responsable de haber fingido la firma del señor Ramón Echavarría, tratando de imitar los signos gráficos auténticos del mismo, lo cual hizo en el instrumento número 918055 que obra a fs. 2 (cuaderno 2º) y en perjuicio del señor Echavarría o del Banco Comercial Antioqueño de esta ciudad, o con intención de causarlo; y de haber hecho uso del mencionado instrumento en perjuicio de los mismos o con intención de causárselo, mediante el intento que hizo de cobro ante el mismo Banco. Hechos que tuvieron su cumplimiento en esta ciudad de Medellín, en un espacio comprendido entre el doce y el quince de junio de mil novecientos cuarenta y cinco?

El Jurado respondió con un "sí" afirmativo a las preguntas del cuestionario, es decir, aceptó en su integridad la comisión de los delitos imputados a Velásquez en el primero, la falsedad y estafa, y en el segundo, simplemente delito de falsedad.

La sentencia dictada por el Juez Primero Superior acogió la teoría de la continuidad del delito de falsedad y negó la existencia del delito de estafa, porque aquel —falsedad— absorbe al delito fin —estafa— y porque la sanción debía regularse por el artículo 242 del Código Penal y no por la disposición del 32 pues se sancionaba un delito de falsedad en documentos privados y no en documentos públicos.

Esta misma tesis fue propugnada por el Tribunal, es decir, se falló sin tener en cuenta el veredicto del jurado que afirmó la responsabilidad para el delito de estafa.

Demanda

La demanda presentada por el Procurador Delegado en lo Penal, es un estudio completo sobre el tema planteado y ella contribuye a dilucidar el problema, en relación con la interpretación de las disposiciones de nuestro Código Penal, sobre falsedad en documentos públicos y privados.

Se alegan como causales de casación las de los numerales 3º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, causales que se estudiarán en el mismo orden en que las presenta el colaborador.

Causal tercera

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

"Si el veredicto —dice el recurrente— es contradictorio o desconoce abiertamente la evidencia de los hechos, el Juez tiene facultad para declararlo así y ordenar la convocatoria de otro cuerpo de jurados. Pero si la respuesta es clara y aceptable, el juzgador tiene que respetarla, y aplicar el derecho de conformidad, sin que le sea dado lle-

varse de calle el veredicto y proferir la sentencia con un criterio netamente jurídico".

"Es decir que, de acuerdo con la ley, el Jurado puede y debe resolver sobre el delito, sobre sus circunstancias modificadoras y sobre los elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad del agente, de tal suerte que la sentencia definitiva ya no se dicta en consonancia con el auto de proceder, sino con la calificación que el Jurado haga de los hechos punibles".

"En el caso materia de estudio, se repite, el Jurado aceptó la responsabilidad del acusado Velásquez por dos delitos de falsedad, **uno de ellos continuado,** y por una estafa. Y como esa calificación hecha por el Jurado no fue declarada contra evidente por ninguno de sus aspectos, era un deber de los juzgadores dictar la sentencia de conformidad".

"Al no hacerlo así, incurrieron en una violación de la ley procedimental, cuyo imperio debe restablecerse declarando probada la causal tercera de casación, como respectuosamente lo pide este Despacho".

Se considera:

En los juicios por Jurado el veredicto es el fundamento inmediato de la sentencia y sirve de norma al juzgador de derecho para imponer la respectiva sanción. La pena se aplica correctamente cuando ella es el resultado de lo expuesto en el auto de proceder, y de las afirmaciones del Jurado reflejadas en su veredicto. Ya que la sentencia se dicta de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate al tenor de lo dispuesto por el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

El Jurado, es quien califica los hechos y determina la responsabilidad de conformidad con la norma del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, pues, al juzgador de derecho en los juicios por jurado, la ley sólo le atribuye la facultad para apreciar y calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito. De manera que, cuando se trata de elementos constitutivos o circunstancias que modifican la entidad delictual, esa atribución pertenece a los jueces populares y en ninguna manera al juez de derecho.

Es claro que la facultad de los miembros del jurado en cuanto a la calificación de los hechos y la responsabilidad no es ilimitada; ella está subordinada al precepto del artículo 27 de la citada ley, en cuanto deben decidir con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado, sin atender voz distinta a la de su personal conciencia y no hacerlo jamás sin la **convicción íntima** sobre los hechos respecto de los cuales se los interroga. Cuando en el ejercicio de esa facultad se rebasan los límites de esa función, el juez y el tribunal tienen pleno derecho para declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales y ordenar la convocatoria de nuevo jurado (artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal).

Pero si el juez ni el tribunal no hacen uso de esa atribución legal, la sentencia por imperativo de la ley, tiene que ser el desarrollo exacto del veredicto. En estas condiciones, el juzgador de derecho no puede prescindir de las afirmaciones del jurado, si es que ellas, no son contrarias a la evidencia de los hechos. Su misión, su deber, su obligación, es acatar esas determinaciones y buscar dentro de las disposiciones de la ley sustantiva la pena que más se acomode a esas condiciones.

El veredicto —ha dicho la Corte— se acoge en su integridad o se rechaza. De otra manera se mixtificaría la determinación del jurado y se desnaturalizaría el juicio popular. La ley no autoriza a los jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando hagan parte del mismo cuestionario. Interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo".

El Jurado —en este caso— afirmó la responsabilidad del procesado como autor de tres delitos, a saber: delito continuado de falsedad, delito de estafa y delito simplemente de falsedad. Sin embargo, tanto el Juez como el tribunal desconocieron el veredicto del Jurado en cuanto al delito de estafa, y condenaron al procesado, únicamente por delitos de falsedad. Como razones se expusieron las de que "la falsedad, usada para estafar, aunque el fin sea logrado, se absorbe el hecho aparentemente indicativo de estafa, que viene a ser el perjuicio consecuencial de la falsedad, y que tiene sanciones en el código, no solamente cuando ocurre el perjuicio, sino también cuando él no se produce, pero es buscado por el agente del ilícito". Y la de que "no siendo el daño o perjuicio alcanzado por medio de la falsedad, un hecho que pueda encajarse dentro del artículo 408 del C. P. como medio de inducir en error, para configurar la estafa, porque estos elementos se confunden con los que se requieren para el delito de falsedad, lógi-

camente hay que concluir que **no existe aquel delito,** y el juez está en el deber de absolver aunque el Jurado haya afirmado la responsabilidad, **porque si no hay delito menos puede haber responsable".**

Es decir, el Juez y el tribunal, desconocieron el veredicto del **juri,** asumieron las funciones de éste para decidir no sólo sobre los hechos constitutivos de la estafa, sino —también— sobre la responsabilidad del procesado; resolvieron como jueces de derecho y calificaron por sí y ante sí, un hecho que la ley lo atribuye a la entidad denominada Jurado. Se convirtieron para ese caso (delito de estafa) en jueces de hecho y de derecho, atribuciones que el Código de Procedimiento Penal en ninguna de sus disposiciones, les ha conferido.

Si el delito de estafa no estaba configurado, y si, por otra parte, el Jurado en sus respuestas, hacía esa afirmación, su deber era el de declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, o bien, declarar la nulidad del juicio por error en la denominación jurídica del delito, pero en ningún caso, podían desconocer el veredicto aceptando unas respuestas y negando otras; porque dentro de la función interpretativa del veredicto su misión era la de acomodarlo a las disposiciones violadas para aplicar la correspondiente sanción.

La facultad jurisdiccional del juez, en los juicios en que interviene el Jurado, se reduce a calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que es su atribución propia. Pero, cuando se trata de elementos constitutivos del delito o de circunstancias modificadoras del mismo, no puede afirmar lo uno, ni desconocer lo otro, porque esa misión es privativa del **juri** y no de los jueces de derecho. Desconocer un veredicto afirmativo de los hechos y de la responsabilidad, porque, en concepto del Juez, no es constitutivo de delito, o porque el delito medio —falsedad— absorbe aparentemente al delito fin —estafa—, equivale a fallar en el fondo y en la forma sobre un determinado hecho punible, prescindiendo de las normas que consagran los artículos 480, 499, del C. de P. P., 27 y 28 de la Ley 4ª de 1943 que rigen los juicios por jurado y no los juicios de derecho.

Y como la sentencia del tribunal desconoció el veredicto, en relación con el delito de estafa, la causal alegada prospera.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma:

Dice el recurrente que "este cargo es una consecuencia del anterior" y argumenta así:

"El Tribunal, en el fallo recurrido, violó la ley penal porque dejó de aplicar al caso el artículo 408 del estatuto respectivo, concerniente al delito de estafa reconocido por el Jurado; porque, se abstuvo de aplicar el artículo 32 ibídem, que regula el delito continuado, que también aceptaron los jueces populares en cuanto al primer ilícito de falsedad; y porque aplicó el artículo 242, en vez del 233, que es la norma pertinente a la falsedad cometida en instrumentos negociables".

"Para desconocer el delito de estafa, el Tribunal razonó así:

"La Sala, después de largo estudio, se ha decidido ya, en otro caso, y se va a decidir en éste, por la teoría sustentada por el señor Juez de la primera instancia, porque encuentra como una verdad jurídica, dentro de la legislación penal actual, que la falsedad, usada para estafar, aunque el fin sea logrado, se absorbe el hecho aparentemente indicativo de estafa, que viene a ser el perjuicio consecuencial de la falsedad, y que tiene sanciones en el código, no solamente cuando ocurre el perjuicio, sino también cuando él no se produce, pero es buscado por el agente del ilícito".

".... Cuando para estafar se emplea la falsedad como medio, los elementos constitutivos de la dos infracciones en cierto modo se confunden. En el caso de autos la falsedad fue un medio para consumar el delito contra la propiedad, y como el primero se agotó y es castigado por la ley por la potencialidad que en sí encierra de causar daño, no puede decirse que se trata solamente de una estafa".

"Esta tesis es cierta, pero tratándose únicamente de falsedad en escritos privados, más no cuando el delito recae en documentos públicos o en instrumentos negociables".

Analiza las disposiciones del Código Penal, en relación con los delitos imputados al procesado, y afirma que los instrumentos negociables están asimilados por la ley, para efectos de la sanción, a documentos públicos, cuando en éstos se comete un delito de falsedad.

En tratándose de documentos públicos —dice— la falsedad se reprime como un delito independiente, y la persona que hace uso de ese documento falso incurre en un delito de estafa (concurso de delitos). El Código Penal, en el capítulo de la falsedad, dejó por fuera el uso del docu-

mento, cuando se refiere a los públicos u oficiales, o instrumentos negociables y, en esto, se apartó del criterio seguido para reprimir la falsedad en documentos privados.

Cuando se falsifica un instrumento negociable y el falsificador es la misma persona que hace uso del instrumento comete dos delitos: falsedad y estafa, luégo afirma que esa es la situación del procesado.

"Al falsificar éste la orden de entregar la chequera y el cheque número 842.205, por valor de mil pesos, cometió un delito continuado de falsedad que afectó un instrumento negociable; y al usar el cheque falso con perjuicio de tercero y lucro personal, mediante engaño, realizó una estafa.

"Luego al tenor de la realidad jurídica de los hechos y del veredicto del Jurado, Velásquez debe sufrir la sanción correspondiente a esas dos infracciones.

"También debe reprimírsele por el delito continuado de falsedad atinente al mismo cheque número 842.205, por cuanto no siendo aplicable al caso el artículo 242 del Código Penal, sino el 233 ibídem, desaparece el problema que enuncia el señor Juez Primero Superior sobre la improcedencia del artículo 32, que tampoco es inconciliable con la primera norma citada, que se refiere a la falsedad y uso de un solo documento, y no de varios, como ocurre aquí".

Se considera:

Los expositores de derecho penal expresan que el delito de falsedad consiste en la mutación de la verdad, o sea, en la mutación, alteración, ocultación o supresión de la misma.

De este concepto general se puede deducir que los elementos integrantes del delito de falsedad son los siguientes: 1º—Mutación de la verdad —en sus formas— de imitación, alteración, ocultación o supresión; 2º—Intención criminal o sea el dolo específico del delito; 3º—Perjuicio moral o material, real o posible sobre los bienes de un tercero.

Pero esta concepción clásica sobre el delito de falsedad, sufrió profundas modificaciones, según que la falsedad se realice en documentos públicos o privados; modificación sustancial atinente al tercer elemento del delito, o sea, a la intención —posible o real— de causar un perjuicio a terceros. No se equiparan ni pueden equipararse en un mismo plano de igualdad jurídica, los efectos producidos por la violación de una norma mediante la cual el Estado tutela la fe debida a los documentos públicos, que el efecto proveniente de la violación de la norma que tutela los documentos privados; porque, en el primero, se vulneran las garantías de autenticidad dadas por el Estado, para que esos documentos tengan el valor de una prueba preconstituída, y en el segundo, no se vulnera, propiamente, el valor de una prueba preconstituída, sino más bien un derecho contra la propiedad.

Por regla general, el delito de falsedad cometida en documentos públicos o privados, tiene como finalidad la de lesionar el patrimonio del sujeto pasivo de la infracción; pero su diversidad radica en el medio empleado para cometerlo. Cuando la falsedad se realiza por medio de un documento público, el daño o perjuicio —hipotético o real— que se pueda causar a terceros, no es elemento constitutivo del delito, porque la sola falsedad cometida en estos instrumentos configura un delito **per se** independiente de aquél que puede surgir por el uso del documento falsificado.

Hay en estos delitos un interés de preeminencia social y pública que se vulnera por la violación directa de la fe pública que, el Estado como los particulares depositan sobre la autenticidad y garantía que dichos documentos están destinados a establecer en los actos de la vida civil. Por esto, es por lo que la ley los rodea de ciertas solemnidades especiales en su otorgamiento y expedición, requisitos sin los cuales, los instrumentos públicos, perderían su eficacia de autenticidad y de pruebas preconstituídas.

En cambio, en el delito de falsedad en documentos privados, es necesario e indispensable la existencia del daño o perjuicio a terceros, bien sea material o hipotético, porque este delito no afecta, propiamente a la fe pública debida al instrumento, sino que lesiona el derecho del particular ofendido. En otros términos, la falsedad en documentos privados, vulnera la fe pública en forma indirecta, en cuanto el documento sirve de instrumento para producir el engaño con perjuicio de terceros.

El delito de falsedad en documentos públicos, tiene existencia jurídica desde el momento en que se produce la falsificación, sin que sea de la esencia de esta falsedad el perjuicio —real o potencial— a terceros. Los documentos públicos valen por sí mismos por la fuerza intrínseca de su fe pública, en cuya conservación están interesados el Estado y la sociedad, sin que sea necesario el uso del documento falso. Producida la falsedad, el hecho se tipifica como un delito **per se.** La sola alteración de la verdad en los documentos públicos, conlleva en sí la aptitud o potencialidad de

dañar, porque vulnera el derecho universal de la fe pública debida a esa clase de instrumentos, por la desconfianza, zozobra, e inquietud que produce el que tales actos cumplidos por funcionarios públicos o realizados ante ellos, y revestidos de solemnidades especiales, sean objeto de una mutación de la verdad atestiguada por los mismos.

El delito de falsedad en documentos privados, sólo tiene existencia jurídica cuando el instrumento falsificado se utiliza para causar un perjuicio a terceros. El empleo de ese documento con el fin de engañar y obtener un beneficio, es lo que actualiza el daño real o potencial, mediato o inmediato, sobre el patrimonio de la persona que se trata de perjudicar. En estos casos, el documento falso sirve de instrumento o medio preparatorio para lesionar un bien patrimonial que es distinto de la fe pública debida a los instrumentos públicos.

De los anteriores conceptos se puede deducir:

Que para la existencia del delito de falsedad en documentos públicos, no es indispensable ni necesaria la presencia del móvil que haya inspirado el delito, ni la existencia de un perjuicio real o material, hipotético o potencial; basta que se tenga intención o propósito de alterar la verdad, y que esa mutación, alteración, supresión u ocultación se realice, para que el delito quede perfecto en su forma objetiva y subjetiva. Por consiguiente, la **intención criminal** y la sola **realización material del hecho** son los elementos característicos de la falsedad en documentos públicos, sin que sea necesaria la concurrencia del ánimo al lucro o del perjuicio a terceros.

En cambio, para la existencia del delito de falsedad en documentos privados sí es necesaria e indispensable la concurrencia de los tres elementos: **mutación de la verdad** en cualesquiera 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.

Son pertinentes para respaldar estas afirmaciones las citas de algunos expositores de derecho penal —que trae la Procuraduría— y que se reproducen a continuación:

"En la falsedad documental, dice Carrara, el hecho de ser el documento privado o público no produce solamente una diferencia de gravedad relativa. No; de ello emerge una diversidad de objeto, esto es, una diversidad de derecho lesionado. En la falsedad pública, el culpable tiene en mira ofender la propiedad privada, lo mismo que en la falsedad privada. Pero en aquella, recayendo el medio voluntariamente elegido sobre un documento al cual las instituciones sociales dan autoridad de hacer fe respecto de todos, acontece que la fe pública que representa un derecho universal de todos los ciudadanos que tienen un interés común en que se respeten los documentos públicos, representa una **lesión medio** preponderante sobre la **lesión fin.** De consiguiente, por obsequio a las reglas cardinales y por necesidad lógica, la prevalencia del medio sobre el fin conduce al delito de **falsedad en documento público** a la clase donde lo reclama el **medio,** y debe, si queremos ser exactos y obedientes a la verdad ontológica, llevarse a este delito al orden de los sociales y a la familia de los **delitos contra la fe pública.**

"Al contrario, en la falsedad privada falta esa preponderancia del medio sobre el fin, y por eso ella debe quedar entre los delitos naturales y en la familia de los delitos **contra la propiedad,** porque cuando se falsifica o se altera una firma o un escrito privado, no es posible pensar en un interés universal y común a todos los ciudadanos de que se respete aquella firma o aquel escrito; no es posible afirmar que por la alteración del escrito privado se infiere un **daño inmediato** común a todos los ciudadanos. El elemento político del delito está, en esta forma, solamente en el **daño mediato,** porque todos los ciudadanos se conmueven por el temor de que el hecho se reproduzca en perjuicio de ellos. Pero nadie puede decir que el hecho **ya sucedido** haya lesionado directamente un derecho suyo, porque no estando la escritura privada destinada sino a hacer fe entre las partes contrayentes, no es una cosa en la cual tengan un interés común todos los miembros de la sociedad.

"El derecho universal a la **opinión de la propia seguridad** es ofendido por la fuerza moral objetiva del delito, como es necesario que lo sea en todo hecho delictuoso para que se le atribuya justamente el carácter de delito; pero la fuerza física objetiva del delito no lesiona, en la falsedad privada, más que un mero derecho **particular,** y Cayo no puede afirmar que fue atacada su propia seguridad cuando se alteró un papel privado emitido por Ticio. La falsedad pública y la falsedad privada son, por consiguiente, dos entes jurídicos intrínsecamente diferentes, porque el ente jurídico se determina por el diverso **objeto** y, absolutamente, en los maleficios, por el derecho lesionado.

La falsedad pública es, absolutamente, un delito contra la fe pública; la falsedad privada es un delito contra la propiedad privada, y nada más; es una forma especial (y si se quiere más odiosa) de usurpación de la propiedad de los particulares mediante engaño" (Programa. Parte especial, volumen IV, página 441).

"Y el expositor contemporáneo Sebastián Soler —cuya autoridad científica es indiscutible— sigue el mismo criterio, al decir:

"La protección de la fe pública en cuanto se refiere a los documentos privados es solamente un medio indirecto de defensa contra posibles perjuicios principalmente de orden patrimonial.

"..... La falsificación de documentos públicos importa en sí y por sí una verdadera lesión a la función autentificadora en materia documentaria, y en ese sentido, indudablemente, se encuentra afectada la fe pública.

"La diferencia entre un documento público y uno privado, con respecto a este punto, no reside en que toda falsedad de la primera clase entrañe un daño necesariamente, sino en que la **existencia** de la falsedad debe medirse desde el momento de la producción misma del documento, precisamente porque los documentos de esa clase se caracterizan por valer en sí mismos, mientras que los otros están despojados de ese poder y solamente adquieren valor y sentido según el modo en que se presentan o emplean" (Derecho Penal Argentino, tomo V, páginas 366, 400 y 402).

En esta forma se demuestra que la falsedad cometida en documentos públicos y la falsedad realizada en documentos privados constituyen dos figuras de delitos **distintos**, caracterizadas por elementos diferentes en cuanto a su contenido y realización.

Legislación Penal colombiana

Nuestro Código Penal en su artículo 231, al tipificar el delito de falsedad en documentos públicos, no exige la concurrencia del daño o perjuicio a terceros. Porque la falsedad cometida en estos documentos lleva en sí la capacidad de dañar, por estar destinado ese instrumento a dar fe de su contenido y ser, por otra parte, un elemento de prueba preconstituída. El daño o perjuicio a terceros lo exige la ley para estructurar la falsedad en documentos privados (artículo 240) y no para la falsedad en documentos públicos.

Y esto es lógico y natural, porque en los documentos públicos, la ley tutela de modo preferente la fe pública o el derecho universal que el Estado y los asociados depositan en los instrumentos revestidos de solemnidades especiales, y destinados —se repite— a establecer modos de pruebas preconstituídas; por esto, el delito se perfecciona por la concurrencia del elemento moral o intención criminal y del hecho físico consistente en la alteración de la verdad.

"Los documentos privados, dice la Procuraduría, no tienen un valor probatorio preconstituído, a tal punto que su autenticidad hay que establecerla por alguno de los cinco medios que consagra la ley, o sean el reconocimiento expreso, tácito, ficto por inscripción y por atestación, como lo estatuyen los artículos 1761 del Código Civil, y 637, 639, 645 y 646 del Código Judicial. Por esta razón es que la ley, en tratándose de una falsedad en estos documentos privados, exige como condición indispensable para su existencia el perjuicio a terceros, pues, solo la utilización de dicho documento con el fin de perjudicar es lo que actualiza ese perjuicio efectivo o potencial".

Distinción que fue prevista por la comisión redactora del Código Penal cuando se discutió la disposición comentada.

En efecto: el doctor Cárdenas observa que el artículo ha debido contener el elemento **de que el** documento o escritura pública sean capaces de producir perjuicios, o al menos ha debido establecer una diferencia de penalidad entre el caso en que el perjuicio se produzca, o al menos, haya peligro de que se produzca, y el caso de que dicho perjuicio no se produzca. El código mejicano sí establece esa diferencia, de la misma manera que lo previó la anterior comisión colombiana redactora del Código Penal".

"El doctor Escallón replica que el documento público tiene siempre capacidad de producir un perjuicio por su misma naturaleza; por tanto, no es esencial el que se diga que el documento público produzca perjuicio. En esto, precisamente, estriba la **diferencia entre documento público y documento privado"** (Tomo II, página 312. Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal).

Así, pues, la falsedad en documentos públicos se perfecciona por el simple hecho de la falsificación, aunque con el documento no se obtenga provecho alguno ni se lo use con fines preconcebidos, la posibilidad de que el documento público produzca o no perjuicios no depende de su uso posterior, sino de la capacidad intrínseca que el documento público tiene de causar un perjuicio, ya que la lesión afecta de manera directa la fe pú-

blica debida a dichos instrumentos; no ocurre lo mismo, en la falsedad en documentos privados, el delito no nace por el simple hecho de la falsificación, sino por el uso criminal que posteriormente se haga de dicho instrumento, pues, como se dice, su valor probatorio no depende de él mismo, sino de la aceptación o reconocimiento que de él haga la persona o personas a quienes afecte..

"Por tanto, dice la Procuraduría, si el autor de la falsificación del **documento público** es el mismo que después lo usa con el propósito de lucrarse o perjudicar a terceros, al conseguir esa finalidad, incurre en un concurso material de infracciones. Por eso, en estos eventos, son compatibles la falsedad y la estafa como delitos conexos".

En referencia a la existencia de un concurso material de infracciones, cuando se comete un delito de falsedad en documentos públicos y estafa; el comentarista Sebastián Soler —citado por el colaborador— dice:

"La falsificación es empleada con suma frecuencia como medio para la comisión de otros delitos contra el patrimonio. Ello plantea el problema de determinar con claridad en este punto cuales son las formas de concurrencia de los hechos de falsedad y estafa".

"De acuerdo con los principios explicados acerca de la separabilidad de las lesiones jurídicas, parece claro que tampoco podrá acordarse el mismo tratamiento, según se trate de documentos públicos o documentos privados".

"Con respecto a los documentos públicos, es hoy opinión general que la falsedad concurre materialmente con la estafa, con respecto a las leyes que en esta materia tienen bases semejantes a las nuestras. A nuestro juicio, es claro que la lesión implicada por la usurpación de funciones oficiales autentificadoras no es **absorbida** ni puede serlo por la ulterior lesión producida en algún otro bien jurídico".

"Con relación a los documentos privados, en cambio, el solo hecho de que el momento consumativo se identifique con el uso señala ya una diferencia. Para esta clase de documentos toda la razón del castigo se encuentra en la posibilidad del perjuicio, fundamento que guarda una relación necesariamente consuntiva con el perjuicio mismo. En esos casos no hay una razón autónoma de fe pública; la razón de la incriminación se halla en el peligro".

Es claro que la concurrencia material de infracciones falsedad y estafa —por regla general— solo tiene existencia en los delitos de falsedad en documentos públicos y en el **uso** que posteriormente haga de dicho instrumento, la misma persona que lo falsifica. En estos casos, cada hecho tiene su existencia propia, son delitos independientes el uno del otro, con sus características especiales que los individualizan y distinguen en su configuración jurídica; delitos que pueden estar unidos entre sí por el vínculo de conexidad pero no por el de indivisibilidad.

Estas dos circunstancias, conexidad e indivisibilidad no se identifican ni se confunden. La primera, aproxima casos diferentes, supone pluralidad de delitos unidos por relaciones más o menos estrechas, vinculados entre sí por factores de causa a efecto, o la unidad de un fin común; la segunda, —indivisibilidad— reúne en sí todos los elementos de un mismo hecho para configurarlos como un solo delito; dentro de este fenómeno, los actos preparatorios que sirven de medio para realizar el delito se confunden con el fin, en otros términos, no hay lugar a la existencia de dos delitos sino de uno solo.

En la legislación vigente en el país, cabe la **concurrencia material** de las infracciones, falsedad en documentos públicos y estafa, porque el legislador colombiano en el capítulo atinente a la falsedad en documentos, no creó una figura especial de delito para efecto de sancionar estos hechos como uno solo, como sí lo hizo para la falsedad cometida en documentos privados (artículo 242).

En tratándose de falsedad en documentos públicos u oficiales o en **instrumentos negociables** (para este caso cheques), la ley en su artículo 234 sólo sanciona el hecho del que a **sabiendas** haga uso con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros de un documento falso, de los enumerados en el artículo 233. El precepto que sanciona el uso del documento público falso se refiere directamente a terceros; es decir, al sujeto que no intervino para nada en la falsedad del instrumento, por esto es, por lo que emplea el término **a sabiendas**, pues si la persona que lo usa fuera la misma que lo falsifica no hubiera sido necesario emplear dicha expresión sino que al legislador le hubiera bastado con reproducir la misma norma que reprime la falsedad y el uso de los documentos privados.

Por otra parte, no sería explicable que la sanción para el sujeto que falsifica y usa el documento público sea menor a la que debe imponerse al autor de la falsificación. Esto, precisamente, lleva a la conclusión de que la pena del artículo 234 del Código Penal sólo debe aplicarse para el extraño que a sabiendas y con propósito de lucrar-

se o con perjuicio de terceros haga uso del documento falso, y no para aquellos sujetos que falsifican y usan el documento público.

Si la falsedad en documentos públicos se caracteriza o configura por la simple falsificación del instrumento, y si —por otra parte— el legislador no previó el uso de ese documento, cuando se trata de reprimir estos delitos, es necesario buscar la norma dentro de la cual se sanciona la finalidad perseguida por su autor, al lesionar el patrimonio ajeno o de un tercero, y ésta, no puede ser otra que la del artículo 408 del Código Penal, ora porque la ley no creó una figura **sui generis** para sancionar este delito, ya también, porque el uso del documento público falso en perjuicio de tercero, constituye un delito independiente de la falsedad.

Aparentemente esta tesis denota severidad, pero ello se justifica por la calidad del documento **público** falsificado. Para la configuración de este delito no es de su esencia el perjuicio a terceros, esto por la fe pública que se debe a dichos instrumentos, por las solemnidades de que se hallan revestidos, por la autenticidad de los mismos, y por el valor que éstos tienen como elementos de pruebas preconstituídas. En estas condiciones, no se justifica la imposición de una misma pena para el estafador que, por lo general, se vale de artificios o engaños cometidos generalmente de palabra, con la pena que se debe aplicar al estafador que apela a procedimientos —falsedad en documentos públicos— que por sí mismos tienen la capacidad suficiente para constituir otro delito independiente; la estafa realizada en esta última forma revela de parte de su autor una mayor capacidad delictuosa, la cual no quedaría suficientemente sancionada con las penas correspondientes a uno solo de los delitos falsedad o estafa, pues, por la gravedad de los mismos resultarían demasiado benignas.

Si en tesis general, y como principio teórico de derecho, puede decirse que el delito fin absorbe al delito medio, o que éste absorbe al delito fin, y que, por consiguiente, la pena debe ser la sanción correspondiente bien sea a la falsedad o a la estafa, cuando la ley no ha previsto esa infracción de manera especial como sucede en el delito de falsedad y uso de documentos privados, el juzgador por un criterio analógico o de simple interpretación no puede crear una figura especial de delito, ni prescindir de sancionar el hecho cuando él ataca el patrimonio de un tercero.

"No es cierto —dice Alimena— que el delito medio desaparezca ante el delito fin, porque, al contrario, no solamente es necesario querer esto y querer aquello, sino que la experiencia nos dice que muchas veces no queremos el fin porque nos repugna el medio. Si tanto el delito medio como el delito fin tienen su personalidad, y si son queridos individualmente, y cada uno tiene su propia objetividad, no se comprende cómo de dos delitos quede uno —aun cuando sea más grave— porque un medio los una". Más adelante expresa el mismo autor: "....En estos casos, el reo tiene necesidad de una determinación dirigida al fin y después de otra determinación dirigida al medio, y si el delincuente tiene conciencia de ambos delitos —y las dos lesiones jurídicas no son naturalmente, ni jurídicamente, inseparables—, no se comprende por qué ha de decirse que existe un solo delito. Tampoco puede invocarse la unificación de los dos delitos en la conciencia del reo: el reo ve los dos delitos distintos y separados uno de otro, y después por su comodidad se unen. Admitido el concepto que combatimos, sería preciso concluir que el que delibera asesinar a las personas que le disputan una herencia, comete un solo delito, pues todos los homicidios se unifican en su conciencia en un único fin".

Así, pues, constituyendo los delitos de falsedad en documentos públicos, y la estafa que se realice por el uso de dicho instrumento dos delitos diferentes, lógicamente debe aceptarse el concurso material de infracciones cuando ellas se cometen. No puede alegarse la tesis de la absorción del delito medio sobre el delito fin, ni la del delito fin sobre el delito medio, porque la ley no la consagra como figura especial de delito para los casos de falsedad en documentos públicos u oficiales o en instrumentos negociables y porque el juzgador —se repite— no puede por analogía crear un delito, ni prescindir de sancionar un hecho previsto como infracción penal.

No ocurre lo mismo cuando el autor de la falsedad en documentos privados hace uso del instrumento falsificado en perjuicio de terceros. En este caso, no hay concurso de delitos ni conexidad respecto de los mismos, sino unidad de delito, porque la ley expresamente suprimió del código la concurrencia de las infracciones en el artículo 242 del Código Penal, al establecer que si la persona que falsifica el documento es la misma que lo usa sólo habrá lugar a agravarle la sanción. Estableció en esta forma la absorción del delito medio por el delito fin, con la agravación de la pena

y suprimió el concurso de delitos, creando así, una forma **sui generis** de continuidad delictuosa.

Instrumentos negociables

Los instrumentos negociables —en este caso los cheques—, para efecto de la sanción penal, los asimila la ley a documentos públicos o a documentos privados?

El artículo 233 del Código Penal al hablar de los **instrumentos negociables** dice que el particular o funcionario, o empleado público que no encontrándose en los casos previstos en el inciso 1º del artículo 231 "que cometa en escritura, documentos públicos u oficiales o en **instrumentos negociables,** alguna de las falsedades enumeradas en dicho artículo, en presidio de dos a ocho años.

La Ley 46 de 1923 sobre "instrumentos negociables" en su artículo 1º trae una enumeración de los principales documentos de esta naturaleza y entre otros, les da este carácter a la letra de cambio, al pagaré, al **cheque,** giros, libranzas, cupones y cualquier otro instrumento que reúna las condiciones exigidas en esta ley para ser negociable. Y en el artículo 186 define el cheque diciendo que: "Un cheque es una letra de cambio girada sobre un banco y pagadera a su presentación".

Es evidente que el cheque es un documento esencialmente privado, sujeto a las condiciones establecidas en la ley de instrumentos negociables en cuanto a su contenido y validez, y en estas obligaciones las firmas de las personas que en ellas intervienen se **presumen auténticas** (artículo 4º de la ley citada) con el fin de dar una mayor rapidez a las transacciones comerciales y a las obligaciones que de ellas se derivan, por esto, es por lo que el reconocimiento de las firmas no es necesario porque se presumen auténticas.

En orden a tutelar esas garantías provenientes de las obligaciones contraídas por medio de instrumentos negociables y para proteger en forma más eficaz la **autenticidad de las firmas** de las personas que en ellos intervienen; la ley penal, para efectos de la represión coloca en un mismo plano de igualdad los documentos públicos y los instrumentos negociables cuando se trata de sancionar un delito de falsedad en ellos cometido.

"Se asimila las falsificaciones de letras de cambio (cheques, aclara la Corte), conocimientos, pólizas, factura, libros u otros instrumentos de comercio a la de los documentos auténticos y escrituras públicas. La razón para no colocar estos documentos entre los privados, al tratar de la falsedad, aparece en la exposición de motivos del código francés, así: La seguridad y la confianza son las bases del comercio; y por ello sus actos y documentos tienen gran semejanza en su importancia y en sus resultados con los actos y documentos públicos; la seguridad de la circulación de esos documentos, que debe ser necesariamente rápida, pide especial protección de parte del gobierno. Estos motivos, y la facilidad de cometer falsedades en los actos y documentos de comercio, determina la gravedad de la pena que se aplica por su alteración".

"Justifican los expositores el castigo más severo de la falsificación de la letra de cambio que ha venido a ser una especie de papel moneda del comercio, a la que se debe especial protección, porque la fe pública misma tiene interés en que se respete un documento que facilita las transacciones y que acelera la circulación, con ventajas para el comercio universal. No se aplica el mismo rigor a otros documentos de comercio que sin entrar en la circulación permanecen en poder del comerciante a quien aprovechan exclusivamente, los que quedan sujetos al régimen de los documentos privados". (José Vicente Concha. Tratado de Derecho Penal, página 198).

La ley penal colombiana, en esta forma, consagró una excepción especial para el delito de falsedad cometido en documentos privados cuando se trata de instrumentos negociables. Su represión no se hace por las normas de los artículos 240 y 242 sino por las disposiciones del artículo 233 referentes a los documentos públicos o a los instrumentos negociables.

"El artículo 234 —dice la Procuraduría— contempla el uso, con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros, de un documento falso, de los enumerados en el 233, o sean los públicos y los instrumentos negociables.

"Pero el precepto, como es obvio, sólo se refiere al extraño que usa esos escritos sin haber intervenido en su falsedad, puesto que la norma exige el elemento **a sabiendas** y señala una sanción inferior a la que corresponde al autor de la falsedad.

"Y así las cosas, el código dejó por fuera, dentro del capítulo de la falsedad, el uso del documento falso, de la clase de los públicos y de los negociables, por parte de quien los ha falsificado, en lo cual se apartó del criterio seguido para la falsedad en documentos privados. Mas esta omisión justifica, cabalmente la tesis de que el falsifica-

dor de aquella categoría de escritos los usa en perjuicio del patrimonio ajeno, consuma otro delito distinto, y debe responder del concurso de infracciones como ya queda visto".

Dentro de falsedad también es admisible la teoría del delito continuado. Teoría consagrada por el artículo 32 del Código Penal que considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio.

El delito continuado se caracteriza por la pluralidad de acciones de manera que cada una de ellas revele, por sí sola, la ejecución completa de un delito, en lo cual consiste la ficción que hace la ley de que todos estos hechos se consideren como un solo delito. Por la violación repetida de una misma disposición de la ley que protege el mismo bien jurídico. Y, porque, todas las infracciones provenientes de varias acciones, sean la ejecución de un mismo designio, es decir, que la característica de estos delitos provenientes de varias acciones, se hallen ligadas por la **unidad,** en cuanto a la **intención** y **resolución criminal.** Todos estos hechos, como dice Pessina, están unidos en una sola conciencia delincuente porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminal.

Nuestro código al hablar del delito continuado dice que se considera como un solo hecho la infrancción de una **disposición de la ley penal,** cuando revele ser ejecución de un mismo designio. De manera que la unidad del precepto violado, o la infracción manifiesta de la misma disposición penal, es indispensable para configurar el delito, pues; si las disposiciones violadas son distintas existirían diversos delitos, (concurso de delitos) y no uno solo en su categoría de continuado.

Si el sujeto activo del delito dentro del capítulo de la falsedad en documentos viola varias disposiciones de la ley penal, como serían —por ejemplo— las correspondientes a los documentos públicos y privados, esos hechos y su correspondiente infracción no constituirían un delito continuado, porque la ley vincula directamente la teoría del delito continuado a la infracción de una misma disposición de la ley penal, y no aquellas que miren a una misma especie de delitos, o al título del hecho punible, aunque sean diversos en el grado y en la forma.

La falsedad en un documento privado si no se actualiza por el perjuicio real o posible a terceros no constituye propiamente delito, y cuando ella sirve de medio preparatorio para cometer una falsedad en documento público, ese acto o ese hecho equívoco, no configura un delito independiente, ni jurídicamente determina la existencia de una infracción autónoma, porque, en ese caso, falta el perjuicio que es uno de los elementos indispensables para su estructuración; entonces, ese hecho preparatorio por ser equívoco sirve de medio para configurar la falsedad en documentos públicos e instrumentos negociables, pero no, para establecer el fenómeno del delito continuado; ora, por no existir violación de una misma disposición de la ley penal, ya también, porque el necho por carencia de perjuicio real o hipotético no constituye, propiamente, infracción penal.

En el hecho **sub judice,** en el primer delito se falsificó una carta para obtener la chequera, y posteriormente el cheque para hacerse pagar por este medio una suma de dinero (1.000.00 pesos). Aparentemente puede pensarse que hubo una violación repetida no de una misma norma penal, sino de diversas, comprendidas dentro del mismo título, pero la falsificación de la carta —se repite— sin la actualización del perjuicio real o posible, no constituye falsedad en documentos privados, sino el medio preparatorio para la realización de la falsedad en instrumentos negociables.

Estos actos dentro de la interpretación que debe darse al veredicto, no corresponden a dos infracciones penales distintas, sino a una sola, en el sentido de que el primero es el medio para la consumación de un mismo designio, falsedad en documentos públicos. Esta es la interpretación lógica que debe darse al veredicto, para descartar la tesis de la continuidad y acomodar esa respuesta a los términos de la ley. Pero la falsedad en el documento público y el uso posterior que de él se hizo, en perjuicio de terceros, no implica la negación del concurso de delitos falsedad y estafa; porque en tratándose de instrumentos negociables —cheques— asimilados por la ley, para efectos de la sanción, a documentos públicos, la estafa constituye una infracción independiente de la falsedad en documentos públicos. Sólo cuando la falsedad se consuma en documentos privados el uso posterior de dicho instrumento se confunde con la **falsedad;** es decir, existe un solo delito, por expresa determinación de la ley (artículo 242 del Código Penal).

En consecuencia, la causal alegada prospera.

Para fijar el monto de la pena, la Corte, acoge en parte las razones expuestas por su colaborador, cuando dice:

"La disposición base es la del artículo 233 de la

obra citada, que señala una sanción de dos a ocho años de presidio.

"Teniendo en cuenta que el acusado Velásquez recurrió a una serie de medios insidiosos superiores a los ordinarios, para llevar a término las falsedades en los dos cheques, especialmente la del segundo, conclúyese que obra la circunstancia de mayor peligrosidad concerniente a la preparación ponderada del delito (artículo 37, numeral 5º del Código Penal).

"Tal circunstancia se halla probada con la misma confesión del procesado.

"Además, el hecho de haber cometido Velásquez los varios delitos en el corto lapso de cuatro meses, más o menos, con un despliegue de superior capacidad delictuosa en los últimos ilícitos, porque ya la cuantía de la intentada estafa ascendía, en esta vez a tres mil pesos a diferencia de la primera, que fue mil, pone de manifiesto su tendencia reiterada a lesionar la fe pública y el patrimonio económico de las personas, y con ello su peligrosidad social. A lo cual hay que agregar que los mil pesos que recibió ilícitamente del Banco Comercial Antioqueño los invirtió en pasear por las tierras del Valle del Cauca, durante mes y medio y no en sus necesidades personales, ni en las de la familia, como él lo alegó".

"Por tanto, concurren dos de los factores que prevé el artículo 36 para adaptar la sanción o sean las circunstancias de mayor peligrosidad y la personalidad dañina del delincuente. Estas dos modalidades demandan que la pena deba aplicarse en un término superior al mínimo, que es justo fijar en tres años de presidio, conforme al artículo 233".

Y como se trata de un concurso material de infracciones (dos delitos de falsedad y uno de estafa), precisa recurrir a la acumulación jurídica del artículo 33, aumentando hasta en otro tanto la sanción. Por este aumento, cabe una tercera parte, o sean quince meses".

Es decir, la pena principal sería la de cincuenta y un meses de presidio, que corresponden a cuatro años tres meses, más una multa de quinientos pesos (artículo 33 del C. P.).

Excarcelación

Delio Velásquez en memorial de 21 de julio del presente año, solicita se le conceda el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo dispuesto por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, o sea, por haber permanecido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad.

Si la petición se resolviera de acuerdo con la pena impuesta por el tribunal, el procesado tendría derecho al beneficio de libertad provisional solicitado, pero ocurre que la sentencia y la pena impuesta por ella, en virtud del recurso de casación debe reformarse, y en vez de la sanción fijada por el fallador cuatro años, ésta debe aumentarse; en estas condiciones, el procesado no ha cumplido en detención preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta, es decir, no se ha cumplido la norma del artículo invocado como fundamento de la petición, por consiguiente, la gracia solicitada no es procedente y debe negarse.

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 Procurador Delegado en lo Penal, en parte de acuerdo con él, invalida parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y en su lugar, condena a Delio de Jesús Velásquez a la pena principal de cuatro años tres meses de presidio, y a pagar una multa de quinientos pesos moneda legal a favor del Tesoro Nacional, como responsable de doble falsedad en instrumentos negociables y de delito de estafa, contemplados en el auto de proceder y en el veredicto del Jurado.

Confírmase el fallo recurrido en lo demás, es entendido que las penas accesorias tienen la misma duración que la pena principal.

Niégase el beneficio de libertad provisional, solicitado por Delio J. Velásquez P. en memorial de julio veintiuno del presente año.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola, conjuez. — **Florisberto Ramos,** Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — DIFERENCIAS ENTRE UNOS Y OTRAS

El juez o magistrado en quien concurra una causal de recusación debe declararse impedido, y cuando no lo hace, las partes tienen pleno derecho para recusarlo. hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia pública.

Si la recusación se hace dentro del proceso penal por cualesquiera de las partes que en él intervienen, ésta debe presentarse por escrito ante el juez que conoce del negocio, acompañada de las pruebas que tiendan a demostrar la causal alegada.

La recusación y el impedimento se fundan en las mismas causales a que hace referencia el artículo 73 en sus respectivos numerales; difieren, únicamente, en la manera de establecerlas y probarlas: en el impedimento, la manifestación es personal y la ley no exige prueba de su demostración; en la recusación, la manifestación de la causal no proviene directamente del funcionario que se cree impedido, sino de la parte que la alega, y en estos casos, la ley exige su demostración.

La petición se presenta ante el funcionario recusado; si éste acepta como ciertos los hechos en que se funda pasa el negocio al magistrado que le sigue en turno para que califique si es o no fundada la causal. Pero la providencia que se dicte no emana del solo magistrado sino de la Sala Dual que debe conocer del negocio. Si la recusación se declara fundada aprehende el conocimiento del asunto; si la encuentra infundada remite el negocio al inmediato superior, en este caso a la Corte.

Es claro que hubo un error, en cuanto a la tramitación del incidente, pero esa irregularidad, no configura ninguna infracción de la ley penal. Para que exista delito, es necesario e indispensable que el error en cuanto a la interpretación de los textos legales, se haga con dolo o intención criminosa de violar la ley, sin la concurrencia de este factor moral que caracteriza la infracción. Ello puede ser motivo de una irregularidad pero no de un hecho delictuoso, y en estas condiciones, no se puede imputar al Magistrado Gómez la comisión de un delito.

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

(Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Procurador Delegado en lo Penal, en concepto de fecha cuatro de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, pide a la Corte se dé aplicación a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en relación con las diligencias iniciadas contra los doctores Mario García Gómez y Euclides Argüello, por denuncio que diera el doctor Alfonso Villalobos Serpa.

Hechos:

El denunciante acusa al doctor García Gómez por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. Prevaricato por omisión en el cumplimiento de las disposiciones legales, sobre tramitación de una recusación propuesta contra el magistrado sindicado, en el negocio que por peculato se adelantaba contra el denunciante; afirma que —en su concepto— no debía remitirse a la Corte el incidente de recusación sin las pruebas en que ella se fundaba; que el expediente debió pasarse al magistrado que le seguía en turno para calificar la recusación. Sin embargo, el negocio fue remitido a la Corte, entidad que declaró infundada la recusación. Prevaricato, porque el magistrado prejuzgó sobre el mérito del sumario por haber expresado a los doctores Gustavo Rueda Prada y Rafael Flórez Camacho, Fiscal del Tribunal, algunas afirmaciones que significan un adelantado concepto sobre ese negocio. También lo acusa por la comisión de varios delitos de prevaricato realizados en "todos los negocios civiles que caían en sus manos", pues, eran fallados desfavorablemente para los intereses de las partes que el denunciante representaba.

Al doctor Euclides Argüello se le sindica por varios delitos de encubrimiento; dice el denunciante: "Argüello, que no quería perjudicarme, en razón de que le hemos prestado algunos favores, comunicó lo pertinente a mi hermano, el doctor Alejandro Villalobos Serpa. Trató de ocultar y de encubrir lo que ahora el Tribunal consideró y considera que es un delito. Argüello, a través de mi hermano me previno sobre la acusación que sobrevendría. Considero que ahí existe un delito de encubrimiento, mostruoso (sic) Magistrado del Tribunal, que se debe investigar de oficio". Es decir, lo acusa por el delito de encubrimiento en el negocio que se adelantaba por un delito de peculado contra el propio denunciante.

También lo acusa "por determinadas indelicadezas y determinados encubribientos" realizados en varios negocios por el Magistrado doctor Euclides Argüello.

Pruebas

Al sumario se allegaron varias pruebas testimoniales para demostrar la verdad de los hechos denunciados por el doctor Villalobos Serpa. Copias de algunas actuaciones cumplidas dentro del incidente de recusación; y sobre los cargos materia de la investigación, se recibió declaración indagatoria a los sindicados.

También se allegaron las actas de nombramiento y las correspondientes diligencias de posesión, con las cuales se demuestra la calidad de empleados públicos de la rama jurisdiccional, que tenían los doctores Euclides Argüello y Mario García Gómez, como Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en la fecha en que se les imputa la comisión de los hechos.

En el sumario reposa la declaración del doctor Alfonso Villalobos Serpa, que dice: "..No me guía ninguna venganza contra dichos caballeros, a pesar de que han podido hacerme daño con sus actuaciones, y por cuanto estas podrían constituir apenas **delitos legales,** que no alcanzan a vulnerar la estructura de la sociedad, en el momento actual, y sí podrían causar daño a la organización judicial de esta sección del país por el escándalo que producirían y por la tendencia de las gentes a ver más de lo que realmente hay y a agrandar lo que no tiene importancia, sugiero respectuosamente a la H. Sala Penal se tome mi denuncio como un informe, y no como un denuncio criminal.

"Finalmente, pido a la H. Sala se inserte este escrito en el expediente, y se ordene su archivo, sin que yo pueda pensar o creer que ello significaría el ocultamiento de algo punible, sino la cancelación de incidentes que no valen la pena".

Se considera:

El juez o magistrado en quien concurra una causal de recusación debe declararse impedido, y cuando no lo hace, las partes tienen pleno derecho para recusarlo, hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia pública.

Si la recusación se hace dentro del proceso penal por cualesquiera de las partes que en él intervienen, ésta debe presentarse por escrito ante el juez que conoce del negocio, acompañada de las pruebas que tiendan a demostrar la causal alegada.

La recusación y el impedimento se fundan en las mismas causales a que hace referencia el artículo 73 en su respectivos numerales; difieren, únicamente, en la manera de establecerlas y probarlas; en el impedimento, la manifestación es personal y la ley no exige prueba de su demostración; en la recusación, la manifestación de la causal no proviene directamente del funcionario que se cree impedido, sino de la parte que la alega, y en estos casos, la ley exige su demostración.

La petición se presenta ante el funcionario recusado; si éste acepta como ciertos los hechos en que se funda, pasa el negocio al magistrado que le sigue en turno para que califique si es o no fundada dicha causal. Pero la providencia que se dicte no emana del solo magistrado sino de la Sala Dual que debe conocer del negocio. Si la recusación se declara fundada aprehende el conocimiento del asunto; si la encuentra infundada remite el negocio al inmediato superior— en este caso a la Corte.

Es claro que hubo un error, en cuanto a la tramitación del incidente, pero esa irregularidad, no configura ninguna infracción de la ley penal. Para que exista delito, es necesario e indispensable que el error en cuanto a la interpretación de los textos legales, se haga con dolo o intención criminosa de violar la ley, sin la concurrencia de este factor, el hecho no se tipifica como un delito, por la desintegración del factor moral que caracteriza la infracción. Ello puede ser motivo de una irregularidad pero no de un hecho delictuoso, y en estas condiciones, no se puede imputar al Magistrado Gómez la comisión de un delito.

En cuanto al delito de prevaricato que se atribuye al doctor García Gómez, por haber expresado a los doctores Gustavo Rueda Prada y Rafael Flórez Camacho, algunos conceptos en relación con el sumario adelantado contra el denunciante por

el delito de peculato, debe afirmarse que no se halla probado.

En su declaración el doctor Rueda Prada afirma lo siguiente:

"El doctor Mario García Gómez, no me adelantó ningún concepto sobre el particular, únicamente me manifestó que el negocio estaba en instrucción. Pero claro está que, el doctor Mario García Gómez, que es un probo Magistrado y sobre cuya moralidad y capacidad soy el primero en conceptuar, no me adelantó ninguna apreciación, ni como particular sobre el doctor Villalobos Serpa, ni como Magistrado sobre el negocio penal que él instruía". Afirmación ésta que coincide con lo sostenido por el magistrado acusado, cuando en su declaración indagatoria sostiene: "Es absolutamente falso ese cargo. No recuerdo, pero es posible que el doctor Flórez Camacho, Fiscal del Tribunal y el doctor Rueda Prada, me hubieran preguntado algo sobre el negocio que se comenta. Pero si así fue, estoy absolutamente seguro de que no expresé sobre ese sumario ningún concepto, porque si de algo me precio es de ser un funcionario que siempre ha sabido cumplir con sus deberes".

No se recibió declaración al testigo doctor Flórez Camacho poh hallarse ausente. De manera que los mismos testigos citados por el denunciante impugnan su aseveración; en estas condiciones el delito no está probado, porque el hecho imputado no se realizó.

En referencia a los cargos imputados al doctor Euclides Argüello, la Corte, acepta los puntos de vista expuestos por su colaborador cuando dice:

"En el curso de la investigoción se comprobó que, evidentemente, el doctor Argüello, en forma privada y amistosa, informó al hermano del Juez Villalobos de los rumores, callejeros que corrían acerca de la indelicadeza cometida por dicho funcionario. Así lo confiesa aquel en su indagatoria e igual cosa asevera el doctor Alejandro en su declaración visible al folio 24 del expediente.

"Pero al tiempo que esto sucedía y en vista del informe rendido por el sucesor del ex-juez Villalobos, Dr. Bernardo Uribe Prada, sobre el hecho en cuestión (folios 55 y 56), el mismo doctor Argüello, en su calidad de Magistrado, impartió las órdenes pertinentes para que dicho delito fuera investigado. Así lo comprueba el auto siguiente:

"Tribunal Superior del Distrito Judicial. — Bucaramanga, agosto diez y nueve de mil novecientos cuarenta y siete. — Pase el presente oficio al Juez 2º Penal de este Circuito para que a la mayor brevedad y directamente inicie la investigación de los hechos denunciados. Al mismo tiempo dése cuenta al Ministerio de Justicia, enviándósele copia del oficio de fecha de hoy, dirigido al Tribunal por el Juez 2º Civil del Circuito de Bucaramanga, y envíesele también al Ministerio, copia de la visita practicada por la dirección de Justicia del Departamento a dicho Juzgado Civil con fecha 2 de junio último. — Póngase en conocimiento del Juez 2º Civil de este circuito la determinación que se ha tomado en vista del hecho por él denunciado. — Cúmplase. (Fdos.) Euclides Argüello R., E. Gómez Pradilla".

Por tanto, el cargo de encubridor resulta inexistente, ya que mal puede exigírsele responsabilidad al funcionario acusado por un acto particular, que no comprometió su investidura oficial. Si el Magistrado doctor Argüello hubiera tenido el propósito de ocultar el hecho punible imputado al ex-juez Villalobos, se habría abstenido de ordenar la investigación, haciéndose —entonces sí— reo del delito que sanciona el artículo 175 del Código Penal.

"Esta circunstancia descarta también el ilícito previsto por el artículo 199 del mismo estatuto, pues el resultado de la conversación que sostuvieron los doctores Alejandro Villalobos Serpa y Argüello, no contribuyó a eludir la acción de la autoridad, ni a desviarla o entorpecerla.

"Carecen igualmente de todo fundamento las imputaciones de encubrimiento dirigidas contra el doctor Argüello, con base en supuestas actividades desarrolladas por él para ocultar la conducta delictuosa de los doctores Roberto Rueda Galvis y Ciro Espinel Castellanos, en la época que éstos sirvieron cargos judiciales dependientes del Tribunal Superior de Bucaramanga. A ninguno de los declarantes citados en la denuncia le consta nada al respecto (testimonios de los doctores Aquileo Mendoza, Joaquín Fonrodona Suárez, Agustín Gómez Prada, Domingo Arenas Serrano y de los señores César González, José N. Rodríguez y otros)".

En esta forma se demuestra que los delitos imputados a los acusados no han existido, por consiguiente, ellos no pudieron cometerlos.

Cumplidos los requisitos que determina el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, es

procedente su aplicación, y la petición del Fiscal colaborador está ceñida a los términos de la ley.

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 favorable del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, DECLARA que los delitos imputados a los Magistrados doctores Mario García Gómez y Euclides Argüello, mayores de edad, vecinos del Municipio de Bucaramanga, no han existido y que ellos no los cometieron, en consecuencia, declara cesado todo procedimiento.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M. — Floriberto Ramos, Secretario.

RECURSO DE HECHO. — CUANDO HAY LUGAR A RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL CONTRA SENTENCIAS PROFERIDAS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES EN CAUSAS DE LAS CUALES CONOCIERON EN LA PRIMERA INSTANCIA LOS JUECES DE CIRCUITO

No todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tirbunales Superiores de Distrito Judicial están sujetas al recurso de casación, sino solamente las que señalan los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, o sea los fallos de segunda instancia dictados por dichos Tribunales en juicios cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores, sea cual fuere el delito o la penalidad imponible, pues el factor determinante, cuando se trata de esta clase de sentencias para la admisión del recurso, surge de la competencia del Juez de instancia y de la naturaleza del hecho, comoquiera que es a los Jueces Superiores a quienes les están atribuídos por ministerio de la ley los procesos de mayor gravedad en el campo penal.

En cambio, contra las sentencias dictadas por los Jueces de Circuito, la casación surge de factores distintos. Aquí gobierna la concesión del recurso la sola circunstancia de que el delito tenga señalada una pena privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

La fijación de esta circunstancia, como condición indispensable para conceder el recurso de casación en los procesos fallados en primera instancia por los Jueces de Circuito y contra las sentencias de los Tribunales Superiores dictadas en los mismos, ha dado ocasión a que, como en el caso de que se ocupa la Sala, se interprete de diferente manera lo que entiende la ley por el límite máximo que señala en cuanto a la penalidad impuesta al reo en la respectiva disposición penal, a fin de que se llene esa exigencia para hacer uso del recurso extraordinario de casación.

De los términos mismos que emplea el Código adjetivo se desprende que no es posible pensar en que el legislador haya circunscrito el recurso únicamente a la pena que le fuere impuesta al reo en las respectivas sentencias, sino que la disposición lo autoriza teniendo en cuenta la sanción contemplada en la respectiva disposición penal. No es, pues, la pena impuesta en la sentencia la que se tiene como base para la concesión del recurso, sino la imponible de acuerdo con la norma violada con la transgresión de la ley penal.

En otros términos: la ley no limita la concesión del recurso de casación a otra distinta circunstancia que a la de la pena que sirve de base para señalar la penalidad, por ser la norma infringida, sin tener en cuenta las proporciones en que se reduzca la misma, por concepto de circunstancias atenuantes que surjan de la infracción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El defensor de Laurentino González, procesado por el delito de lesiones personales, interpuso el recurso de casación contra la sentencia de fecha veintisiete de mayo del corriente año, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá y por la cual se condena al reo a la pena principal de siete meses de prisión y multa de sesenta pesos ($ 60.00) a favor del Tesoro Nacional y a las accesorias correspondientes.

Decisión del recurso

En providencia de veintisiete de junio del mismo año, el Tribunal negó el recurso interpuesto, argumentando que en la sentencia de segundo grado, contra la cual se interpuso la casación por el personero legal de Laurentino González, apa-

rece que éste fue condenado a la pena antes dicha como transgresor de los artículos 372 y 373, incisos 2º y 1º, respectivamente, del Código Penal, en concordancia con las disposiciones de los artículos 377 y 384 de la misma obra, preceptos todos éstos que fueron violados por González en el acto delictuoso porque fue condenado.

Y agrega:

'El inciso 2º del artículo 372 citado señala para su transgresor la pena máxima de dos años de prisión, y el 1º del artículo siguiente, la de cinco años de la misma especie de pena. Por el primero de dichos incisos se sanciona la enfermedad o incapacidad determinada por las lesiones personales que pasando de quince días no excede de treinta, y por el segundo, la desfiguración facial, deformidad física reparable o perturbación psíquica transitoria determinada por las mismas lesiones. Despréndese de los preceptos anteriores, que las consecuencias últimamente enumeradas y de que trata la última disposición citada, están sancionadas con pena más grave que las de que trata la primera y por ello, al imponer la sanción respectiva, procedía dar aplicación al artículo 377 del citado Código Penal que estatuye: "Cuando además de la enfermedad o incapacidad las lesiones produzcan alguno o algunos de los resultados a que se refieren los artículos anteriores, solamente se impondrá la pena más grave.

'Ahora bien: en el fallo de segunda instancia, así como también en la primera, se reconoció que las lesiones atribuídas al procesado González se habían consumado en riña imprevista o sea dentro de la circunstancia contemplada en el artículo 384 del Código Penal, precepto éste que estatuye que las respectivas sanciones de que tratan los capítulos del mismo Código sobre homicidio y lesiones personales, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad.

De conformidad, pues, con las anteriores normas sustantivas penales aplicables y aplicadas para la sanción del delito cometido por Laurentino González, la pena máxima privativa de la libertad imponible a éste por razón de aquél, no podía exceder de tres años y nueve meses de prisión, por no haber sido la disposición violada únicamente la del artículo 373 —inciso 1º— sino éste en concordancia con el 384 ibídem".

Reposición

De aquella providencia el defensor del procesado pidió reposición y subsidiariamente interpuso el recurso de hecho, razonando de la siguiente manera: que a Laurentino González se le siguió juicio por el delito de lesiones personales, del cual conoció el Juez Cuarto del Circuito Penal de Bogotá y el Tribunal Superior, delito contemplado en el artículo 373 del Código Penal, inciso 1º, cuya sanción máxima es la de cinco años de prisión, o sea, de los previstos en el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal como susceptibles del recurso de casación.

"Según el artículo 557 citado —dice el defensor— basta para que el recurso de casación sea viable, que el delito por el cual haya conocido el Juez de Circuito tenga una sanción máxima de cinco años, pura y simplemente, sin entrar a considerar modalidades o circunstancias que reviste todo hecho en sí y que hagan que el juzgador imponga sanciones más o menos severas. Lo único que debe estudiarse es la sanción máxima señalada para el delito, sin más discriminaciones, que en este caso es de cinco años, ya que el art. 373, inciso 1º del Código Penal dice que para las lesiones que produjeren una desfiguración facial, la pena será de seis meses a cinco años de prisión, y éste fue el delito del cual conoció el señor Juez Cuarto Penal del Circuito en el presente caso, luego el recurso es procedente y así debe decretarse. Si tanto el señor Juez como el H. Tribunal encontraron que dicho delito fue cometido en circunstancias atenuantes, como la riña imprevista y que a Laurentino debía rebajársele la sanción como lo dispone el artículo 384 del C. P., no quiere decir que el hecho de lesión desfiguración facial (sic), por el cual se le siguió el juicio, no tenga una sanción de cinco años, que es la que exige el artículo 557 del C. de P. P."

El Tribunal, en auto de ocho de julio del presente año, no aceptó las razones expuestas por el señor defensor, negó la reposición solicitada y concedió el recurso de hecho sosteniendo los argumentos en que se basara para negar la concesión del otorgamiento del de casación.

Con las copias de las sentencias de primera y segunda instancias y los subsiguientes autos, con sus notificaciones, pronunciados por el H. Tribunal Superior y los escritos presentados por el peticionario ante aquella entidad, el recurrente ha traído a la Corte el escrito en que, con fundamento en las razones expuestas ante el Tribunal de la instancia, pide se declare que es procedente el recurso extraordinario de casación denegado por el Tribunal Superior de Bogotá.

Para resolver, se considera:

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 193 dispone que el recurso de hecho se interpondrá y ventilará en la forma establecida en el Título XV, Capítulo 4º del Código de Procedimiento Civil.

Teniendo por objeto este recurso enmendar los agravios que hayan podido inferirse a la parte que recurre de hecho cuando el juzgador de instancia ha negado el recurso de apelación (aquí de casación), es apenas natural que la ley señale los requisitos a que deba estar sometida su tramitación procesal, a efecto de que el superior que ha de conocer de él tenga suficientes elementos de juicio respecto de las razones o motivos determinantes de la denegación de esa garantía procesal, lesiva de los derechos e intereses de las partes que intervienen en el proceso.

El Código Judicial señala en los artículos 513, 514 y 516 los requisitos que son indispensables para que se pueda interponer y conceder el recurso de hecho.

En el primero de los artículos nombrados se señalan los requisitos que el interesado debe cumplir ante el Juez en esta primera etapa preparatoria para la consecución del recurso, a fin de producir los elementos que sirvan para la formación del criterio del superior en orden a la denegación o concesión del mismo. Por eso exige que el interesado debe pedir reposición del auto que deniega la apelación y, en subsidio, copia de la diligencia apelada, de las diligencias de su notificación, del escrito en que se interpone la apelación y del auto que la deniega.

Por su parte, el artículo 514 prescribe las exigencias a que debe someterse la parte interesada para que se surta el recurso de hecho. Así, dispone que tanto las copias como el escrito en que se funda el derecho, deben presentarse ante el superior dentro del término de tres días, más la distancia. Por último, la admisión del recurso está sometida a otros requisitos que determina el artículo 116, y que son los siguientes:

Primero. Que la apelación sea procedente;

Segundo. Que haya sido interpuesta en tiempo, y

Tercero. Que en tiempo también se haya pedido la reposición e introducido el de hecho.

Todos estos requisitos se han cumplido en el caso y, por tanto, la Corte entra a decidir el recurso de hecho interpuesto por la parte interesada.

Para el efecto, se considera:

Bien sabido es que el recurso de casación tiene jurídicamente categoría de extraordinario y, por lo mismo, la ley señala en forma taxativa cuáles son las providencias que pueden estar sometidas a él, que no son otras que las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Mas, todas las sentencias emanadas de estas Corporaciones no están sujetas a dicho recurso, sino las que señalan los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, o sea los fallos de segunda instancia dictados por dichos Tribunales en juicios cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores, sea cual fuere el delito o la penalidad imponible, pues el factor determinante, cuando se trata de esta clase de sentencias para la admisión del recurso, surge de la competencia del Juez de instancia y de la naturaleza del hecho, comoquiera que es a los Jueces Superiores a quienes les están atribuídos por ministerio de la ley los procesos de mayor gravedad en el campo penal.

En cambio, contra las sentencias dictadas por los Jueces de Circuito, la casación surge de factores distintos. Aquí gobierna la concesión del recurso la sola circunstancia de que el delito tenga señalada una pena privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

La fijación de esta circunstancia, como condición indispensable para conceder el recurso de casación en los procesos fallados en primera instancia por los Jueces de Circuito y contra las sentencias de los Tribunales Superiores dictadas en los mismos, ha dado ocasión a que, como en el caso de que se ocupa la Sala, se interprete de diferente manera lo que entiende la ley por el límite máximo que señala en cuanto a la penalidad impuesta al reo en la respectiva disposición penal, a fin de que se llene esa exigencia para hacer usó del recurso extraordinario de casación.

De los términos mismos que emplea el Código adjetivo se desprende que no es posible pensar en que el legislador haya circunscrito el recurso únicamente a la pena que le fuere impuesta al reo en las respectivas sentencias, sino que la disposición lo autoriza teniendo en cuenta la sanción contemplada en la respectiva disposición penal. No es, pues, la pena impuesta en la sentencia la que se tiene como base para la concesión del recurso, sino la imponible de acuerdo con la norma violada con la transgresión de la ley penal.

Esto que es así, porque la interpretación de los textos parece no admitir confusión alguna, sin

embargo se ha prestado a que se pretenda que cuando la sentencia señala una única o únicas disposiciones infringidas, es fácil determinar el máximo que el Código estatuye (artículo 557), lo que no sucede en aquellos casos en que la norma violada debe sufrir las atenuaciones que el estatuto penal determina, cuando el delito ha sido cometido en circunstancias que modifican la responsabilidad atenuándola, para reducir la sanción en la proporción que fijan esas mismas circunstancias dentro del Código.

Así, en los casos en que el delito fuere realizado en circunstancias de riña imprevista (artículo 384), estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación (artículo 28), exceso en la defensa (artículo 27), en los delitos contra la vida y la integridad personal, para no mencionar sino los casos de más común ocurrencia, se ha planteado la duda de si debe considerarse solamente la disposición aplicable para señalar la pena base que merezca el reo por el delito, o al tener en cuenta alguna atenuante que le sea favorable, entonces el término que fija el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal ha de computarse de tal suerte que sólo cuando tenida en cuenta la atenuación también en este caso los cinco años señalados en aquella disposición, como pena privativa de la libertad personal, existen para la concesión del recurso.

Es indudable que no fue claro el Código en este orden de ideas; pero ya la jurisprudencia ha tenido oportunidad de proferir doctrina al respecto y ha reconocido que el otorgamiento del recurso de casación, en los negocios de que conocen los Jueces de Circuito, no está sujeto sino a la pena base que señala la respectiva disposición penal, que cuando sea o exceda de cinco años como privativa de la libertad personal, hay lugar al recurso, sin tener en consideración los cómputos que se deriven de cualquier circunstancia modificadora o atenuante que reduzca la pena por este motivo. En otros términos, la ley no limita la concesión del recurso de casación a otra distinta circunstancia que a la de la pena que sirve de base para señalar la penalidad, por ser la norma infringida, sin tener en cuenta las proporciones en que se reduzca la misma, por concepto de circunstancias atenuantes que surjan de la infracción.

Al respecto, en providencias de fecha 26 de enero de 1944 y 17 de abril del mismo año, ha dicho la Corte:

"Porque la admisión del recurso fue legal en sí misma. La anterior legislación disponía que este recurso extraordinario de casación se otorgara cuando la pena impuesta **por la sentencia** fuese de seis años o más; y el nuevo Código de procedimiento varió de criterio sobre el particular y en forma fundamental, pues la posibilidad del recurso no se funda ya en la pena impuesta por la sentencia sino en la imponible según la ley. En el caso de que se trata el Juez y el Tribunal aplicaron de modo inequívoco el artículo 374 del Código Penal, que establece sanciones cuyo máximo es de cinco a seis años, luego el recurso de casación era otorgable y, por consiguiente, admisible.

"Supóngase que el Tribunal hubiese confirmado llanamente la sentencia de primera instancia. En tal evento la Procuraduría hubiera considerado, muy probablemente que sí era el caso de otorgar casación, porque el Tribunal sentenciador no había hecho la deducción que permite el artículo 384 del Código Penal y, por consiguiente, el máximo señalado por el artículo 374 permanecería intocado. Querría esto decir que se concediera el recurso en vista de la pena impuesta efectivamente por la sentencia, no en vista del máximo que la ley pone: conclusión aceptable con el criterio de la ley antigua pero que no es el adoptado por el nuevo Código de Procedimiento.

"Como una de las cuestiones de fondo que puede proponerse en casación es cabalmente la indebida aplicación de la ley por no haberse hecho la deducción de pena de que trata el artículo 28 (estado de ira e inteso dolor) o las correspondientes al delito imperfecto (artículos 16 y 19); o por haberse hecho tales deducciones no siendo el caso de hacerlas y aun por haberse dictado sentencia condenatoria en vez de absolutoria en cualquiera de las hipótesis contempladas por los artículos 23 y 25 del Código Penal, sería una petición de principio decir que como la disposición aplicable era la del artículo 25 y la del artículo 28, que implican sentencia absolutoria, o imposición de pena mínima, no hay lugar a casación a pesar de haberse impuesto la pena señalada por el artículo 363, por ejemplo.

"De todas maneras habría por lo menos una duda fundada y grave sobre la viabilidad del recurso, y esa duda debe resolverse a favor del sindicado". (G. J. número 2007, T. LVII, páginas 171—172).

"La concesión del recurso está sometida a dos condiciones: una general, que se relaciona con la oportunidad en cuanto al tiempo, y otra, aquí es-

pecial, que se relaciona con la cuantía de la sanción.

"Cumplida como está la primera en el presente caso, observa la Corte —en atención a los artículos 557 del Código de Procedimiento Penal y 402 del Código Penal— lo siguiente: la ley no dice, cuando se trata de recurso de casación contra sentencias dictadas en negocios de competencia de los Jueces de Circuito, que aquél puede ser interpuesto cuando la sanción impuesta en la sentencia sea mayor de cinco años, sino cuando lo sea el máximo de la fijada por la ley. Y esto es lo que ocurre con el artículo 402 del Código Penal que señala una sanción de ocho meses a seis años de prisión; de modo que es viable la concesión del recurso cuando la infracción es la contemplada en la mencionada norma, aunque la sanción decretada hubiera sido de ocho meses, dos, tres, cinco o seis años, porque —como se dijo— la condición es que el máximo sea de cinco años o exceda de ellos, como la Corte, en antiguas y recientes providencias dictadas en la vigencia de la nueva legislación, invariablemente lo ha decidido". (G. J. Tomo LVII, número 2007, páginas 207—208).

Como en el presente caso se tuvo en cuenta el artículo 373 del Código Penal, inciso 1º, que señala un máximo de cinco años de prisión, de conformidad con lo dicho es viable el recurso de casación, desde luego que la atenuación contemplada con base en el artículo 28 de la misma obra, nada significa legalmente en orden al otorgamiento de tal recurso.

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, concede al defensor del procesado Laurentino González, el recurso de casación interpuesto de hecho, contra la sentencia de fecha veintisiete de mayo del presente año, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

1.—El hecho de ordenar el Código que el recurso de hecho se resuelva DE PLANO por el superior ante el cual se recurre parece indicar que contra la providencia que decide de dicho recurso no procede el recurso de reposición.

Mas, como el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal ordena la notificación personal de todo auto o sentencia al Agente del Ministerio Público, este procedimiento parece indicar que dicho funcionario podría hacer uso de los recursos legales, aunque no fueran procedentes, como en el caso a estudio, para impugnar lo decidido cuando su criterio no coincida con el de la entidad que falla.

2.—Es obvio que el criterio del legislador en orden a extender el recurso extraordinario de casación sería desconocido si en lugar de tener en cuenta el máximo que determina el artículo infringido con el delito, se sometiera esa sencilla norma a cálculos resultantes de circunstancias modificadoras del hecho, que el legislador condiciona al concepto de la individualización de la pena únicamente, pero no al criterio que predica en lo concerniente a señalar cuál es la norma infringida, cuyo máximo tiene en cuenta para conceder o no el recurso.

Es este procedimiento el más adecuado para evitar la arbitrariedad en el otorgamiento del recurso de casación. Otro distinto implicaría que no hubo cambio en el sistema legal adoptado por el Código de Procedimiento Penal vigente, pues aquél se sujetaría a la pena impuesta o presumiblemente capaz de imponerse y no a la señalada en la disposición o disposiciones violadas, cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El señor Procurador Delegado en lo Penal pide en escrito que antecede, se reconsidere el auto de fecha nueve de agosto próximo pasado, por el cual la Corte concede el recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha veintisiete de mayo del corriente año que condena a Laurentino González por el delito de lesiones personales a la pena principal de siete meses de prisión y multa de sesenta pesos ($ 60.00) a favor del Tesoro Nacional, más las accesorias correspondientes.

Reposición

Las razones aducidas por el señor Agente del Ministerio Público para pedir la reposición del auto proferido por la Sala, se sintetizan así:

1ª No es la pena imponible fijada por la correspondiente disposición base, "sin relacionarla con los otros preceptos que modifican específicamente la sanción base, según las modalidades particulares con que se ejecutó el delito", la exigida por el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, para la concesión del recurso de casación.

"Cuando dicho artículo 557 —dice— exige, para conceder el recurso de casación, que la sentencia del Tribunal verse sobre delito cuya pena máxima señalada en la ley sea de cinco años o más, se está refiriendo precisamente a una infracción concreta, determinada y específica, o sea a aquella que la sentencia recurrida ha calificado e individualizado en sus elementos constitutivos y en sus circunstancias modificadoras. Y eso es así, porque, de lo contrario, habría imposibilidad para fijar los cinco años o más que xige el Código, cuando, como sucede generalmente en la parte especial del estatuto penal, cada capítulo de éste contiene distintas especies delictuosas con distintas sanciones, de las cuales unas llegan a ese máximo y otras no alcanzan a él.

"La sanción principal que un delito merece no es solamente la pena base del respectivo artículo, sino ésta relacionada con las otras sanciones específicas que la complementan por razón de las

modalidades especiales, objetivas o subjetivas, que concurren en el delito **sub judice.** Así, quien comete lesiones personales en riña imprevista, por ejemplo, no será reprimido por un delito común de esa naturaleza, sino por unas lesiones personales específicamente atenuadas, en que la disposición base se conecta necesariamente con el artículo 384 del Código Penal. Y si para dictar la sentencia definitiva no se puede romper la unidad del fenómeno, separando la disposición base de la otra que la complementa y relaciona por virtud de la riña imprevista, es soberanamente claro que tampoco se puede dislocar la unidad del delito, ni de la pena, ni del fallo cuando se trata de conceder el recurso de casación. No; esa unidad en la infracción, en las circunstancias modificadoras que la rodean y en las disposiciones penales que le son aplicables al delincuente, es la que la ley recoge en el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal para otorgar el recurso de casación".

2ª "Con la doctrina de la H. Corte, aunque el delito **sub judice** mereciera una sanción igual o superior a cinco años, como lo exige el artículo 557, habría, sin embargo, que negar el recurso de casación, porque el artículo base no señaló como máximo dicha cuantía de pena".

Para resolver se considera:

Según la ley procesal penal, el recurso de reposición en materia criminal se interpondrá y ventilará en la forma prevenida en los artículos 487, 488 y 489 del Código Judicial. Ello quiere decir que el Código adjetivo de Procedimiento Penal no contiene normas propias para la tramitación de aquel recurso y adopta las previstas en el procedimiento civil para el mismo. No es por cierto inútil la observación, porque la vinculación de dos estatutos que regulan materias jurídicas disímiles, como son la civil y la penal, necesariamente produce consecuencias ilógicas y no pocas dificultades prácticas.

En efecto, el artículo 487 del Código Judicial dispone que el recurso de hecho debe ser decidido por quien corresponda **de plano.** Si en el procedimiento penal el Agente del Ministerio Público, cualquiera que sea su categoría o jerarquía, está presente en todas las etapas del proceso, para llevar la voz de la sociedad en defensa de sus intereses, en este caso particular, por la confusión anticientífica de un procedimiento en otro, se rompe ese fundamental principio de la justicia penal. Ello significa que en la decisión de plano que le compete a la Corte de un recurso de hecho, incoado para conseguir el recurso extraordinario de casación, no admitido por el Tribunal de instancia, aquel funcionario ni ninguna de las partes debería ser oído en la etapa decisoria de la admisión de tal recurso.

Tanto en la colisión de competencias (artículo 67), como en impedimento y recusación (artículo 74), el estatuto Procesal Penal también ordena que la resolución que se adopte por el superior debe ser tomada de plano.

Ello implica que para decidir tales cuestiones el procedimiento adopta un sistema rígidamente sumario, sin oír a parte alguna interesada y sin trámite de ninguna especie que permita demorar la decisión.

Mutatis mutandis puede afirmarse que la índole del recurso de hecho, por lo que toca con la forma de resolverlo, guarda analogía con las providencias que se dictan en las ocurrencias procesales que resultan de una decisión sobre recusación o impedimento y colisión de competencias. Entiéndase bien que esto se afirma por la circunstancia de tener un idéntico procedimiento, en cuanto no precisa trámite alguno la resolución que ha de recaer sobre tales eventos.

De aquí que sea pertinente recordar que la Sala de Casación Penal de la Corte, en auto de fecha 6 de julio de 1948, al decidir un recurso de reposición contra una providencia que desataba una colisión de competencias, estampó los siguientes conceptos:

"Pero lo que debe decidirse al presente es si un auto que dirime una colisión de competencias en lo penal, admite el recurso de reposición. Que es **un auto interlocutorio,** no **una sentencia,** como se ha dicho, se deduce claramente del texto del artículo 156, ordinal 2º del Código de Procedimiento Penal, que considera como tales a "los que resuelven algún incidente del proceso".

"Mas porque sea interlocutorio y porque contra los autos de esa calidad conceda el mismo Código el recurso de reposición, recurso que se sustancia y se decide como se establece en el Código de Procedimiento (artículos 487 a 489), no se puede concluír que todo lo preceptuado en este estatuto se ha de aplicar a lo penal, porque las disposiciones de aquel Código (de Procedimiento Civil) sólo tienen cabida "en cuanto no se opongan a lo estatuído en el de Procedimiento Penal" (artículo 7º del Código de Procedimiento Penal).

"Y que se oponen, es forzoso deducirlo de los mandatos de uno y otro estatuto: en el procedimiento civil se ordena al superior que ha de de-

cidir la competencia, oír previamente al Ministerio Público (artículo 422), porque "las competencias no se suscitan de oficio en los asuntos civiles, sino a instancia de parte legítima" (artículo 415); en cambio, en el Procedimiento Penal se ordena al superior dirimir la colisión **de plano** (artículo 67 del Código de Procedimiento) o sea, en vista de lo alegado y probado sin tramitación anterior alguna, sin concepto previo del Ministerio Público y, por tanto, sin actuaciones posteriores tampoco, porque la competencia, de ordinario, se suscita de oficio.

"El Código no define la expresión **de plano** pero de acuerdo con normas de interpretación de la ley, deben entenderse las palabras en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, salvo que el legislador las haya definido para determinadas materias. El Diccionario de la Lengua dice que la expresión **de plano** se predica de la resolución judicial adoptada sin trámites". Y el conocido de Escriche, dice que "proceder de plano significa formar un proceso con toda brevedad, despreciando muchas de las formalidades y dilaciones que prescribe el derecho". Y es claro que si tal resolución comporta recursos posteriores ya deja de pronunciarse de plano. El superior que decide una colisión no puede, pues, proferir sino una providencia, pues cualquier otra le está vedada".

De forma, pues, que cabe en el presente caso, por lo menos analógicamente, considerar que la reposición solicitada podría tener inconvenientes de orden legal para ser resuelta como se propuso.

Mas, como el artículo 172 del Código Procesal Penal ordena la notificación personal de todo auto o sentencia al Agente del Ministerio Público, este procedimiento parece indicar que dicho funcionario podría hacer uso de los recursos legales, aunque no fueren procedentes, como en el caso a estudio, para impugnar lo decidido cuando su criterio no coincida con el de la entidad que falla.

En atención a este concepto, la Sala hará algunas observaciones a los fundamentos de la oposición para dejar claro su pensamiento al respecto y señalar el alcance de la doctrina que no comparte el distinguido colaborador.

El señor Procurador Delegado en el escrito de reposición acepta que efectivamente el legislador cambió el sistema para la concesión del recurso de casación contemplado en el artículo 1º de la Ley 78 de 1923 y según el cual dicho recurso se otorgaba "contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y de las cuales resulte al reo imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión".

El nuevo sistema creado por el Código de Procedimiento Penal (artículo 557) para las sentencias de segunda instancia dictadas por Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito, modifica sustancialmente el consagrado en la Ley 78 citada, en dos puntos fundamentales:

a) En cuanto a que no circunscribe la naturaleza de la pena, señalando presidio, reclusión o prisión como la ley anterior, sino que en forma más extensiva, por lo genérica, exige apenas que la sanción sea "privativa de la libertad personal", para la concesión del recurso; y

b) Que tampoco señala como límite la pena **impuesta** en la sentencia, sino la **imponible**, cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Resulta, pues, evidente que el sistema legal para la concesión del recurso de casación fue modificado, en sentido que implica la extensión del mismo.

Comparando ambos sistemas, en la legislación antigua y en la nueva, es preciso concluír que la última tuvo en mira ampliar el recurso y podría afirmarse, después de un minucioso escrutinio de la parte especial del Código Penal, que serían muy pocos los delitos que quedan marginados para gozar de ese recurso extraordinario. Sin duda hubo la preocupación, por parte del legislador, de conceder a los procesados las mayores facilidades, a fin de que en casación pudieran volver por los fueros vulnerados de la justicia, tanto aquéllos como sus defensores y el propio Agente del Ministerio Público. Este en su misión de salvaguardiar los intereses sociales no pocas veces podría tener como contrario a la ley un fallo de segunda instancia, en el que se reconocieran circunstancias favorables al reo, sin base o fundamento alguno dentro del juicio o se desconocieran circunstancias agravantes, a pesar de estar comprobadas en el proceso. Es apenas natural que en todas estas ocurrencias deba ampliarse o extenderse la concesión del recurso, para que una entidad, en la cual hay que suponer mayor capacidad científica y versación jurídica, evite la comisión de errores legales en detrimento de la justicia, lo que conduciría a restar a ésta la confianza que le es indispensable para la estabilidad de las instituciones sociales.

En casación de 28 de abril de 1944, en doctrina

no citada en la providencia cuya reposición se estudia, expresa la Corte idéntico criterio al que inspiró aquella decisión, y no sobra transcribirla, para que se note la continuidad de la doctrina, que no ha sido hasta ahora modificada por la Sala:

"De conformidad con el artículo 1: de la Ley 78 de 1923 —dice la Corte— el recurso de casación sólo era pertinente cuando el reo hubiera sido condenado en última instancia por el Tribunal Superior a una pena de seis años o más de presidio, reclusión o prisión. Pero la nueva legislación modificó en este punto el sistema, en forma que tratándose de procesos seguidos en primera instancia ante los Jueces de Circuito, el recurso de casación se otorga hoy atendiendo no a la cuantía de la pena **impuesta** por la sentencia, sino al máximo de la pena **imponible** según la correspondiente disposición penal (artículo 557 del Código de Procedimiento Penal)". (GACETA JUDICIAL números 2006 a 2009, pág. 209).

La tesis de que el legislador extendió o amplió la concesión del recurso de casación en forma considerable, en relación con la ley que con anterioridad al Código adjetivo la reglamentaba, encuentra pleno respaldo en la circunstancia de que dicho recurso, por mandato del artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, se otorga para toda clase de sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Jueces Superiores.

De suerte que basta este único y exclusivo requisito para que pueda hacerse uso de esa preciosa facultad procesal, lo que no ocurría en la legislación anterior, en la cual estaba supeditado el recurso a la sanción impuesta en el fallo, con limitación también en cuanto a la naturaleza de las penas.

La práctica judicial reveló no pocas veces que el sistema seguido por la ley 78 de 1923, adolecía de inconvenientes, ora porque restringía de por sí el recurso a muy contadas sentencias, ya porque se prestaba a conceder un peligroso arbitrio a los falladores de instancia para sustraer el fallo a aquel recurso con sólo hacer aplicación equivocada de los preceptos legales o de las facultades concedidas a los mismos por el artículo 124 del Código Penal de 1890, que señalaba el sistema de grados de delincuencia para fijar la sanción al reo, dentro de los tres grados allí previstos, con atribuciones especiales destinadas a ampliar o restringir la pena, según el grado acogido, arbitrio que quedaba al prudente juicio del Juez y que en no pocas ocasiones les servía para imponer sanciones que resultaran inferiores a las que la ley determinaba para otorgar el recurso de casación.

Dentro del sistema del Código procesal vigente este arbitrio judicial no existe; el propio estatuto enseña que la pena debe ser privativa de la libertad. Basta este carácter para que haya lugar al recurso, junto con que el máximo de la sanción sea o exceda de cinco años; y sin discriminar la naturaleza de la pena imponible.

Es obvio que el criterio del legislador en orden a extender el recurso extraordinario de que se trata sería desconocido si en lugar de tener en cuenta el máximo que determina el artículo infringido con el delito, se sometiera esa sencilla norma a cálculos resultantes de circunstancias modificadoras del hecho, que el legislador condiciona al concepto de la individualización de la pena únicamente, pero no al criterio que predica en lo concerniente a señalar cuál es la norma infringida, cuyo máximo tiene en cuenta para conceder o no el recurso.

Es este procedimiento el más adecuado para evitar la arbitrariedad en el otorgamiento del recurso de casación. Otro distinto implicaría que no hubo cambio en el sistema legal adoptado, pues aquél se sujetaría a la pena impuesta o presumiblemente capaz de imponerse y no a la señalada en la disposición o disposiciones violadas, cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

De otra parte, es ésta la interpretación más ajustada al espíritu del legislador, que como ya se dijo, quiso modificar el sistema con miras a extender el recurso. Y aun no siendo así, bastaría para sustentar tal interpretación el criterio que inspiró un fallo de la Corte en el mismo problema, por cierto, en que siguió tesis contrarias al Procurador Delegado en lo Penal. Dijo entonces la Sala:

"De todas maneras habría por lo menos una duda fundada y grave sobre la viabilidad del recurso y esa duda debe resolverse a favor del procesado". (GACETA JUDICIAL números 2007 a 2009, Tomo LVII, pág. 172).

En cuanto a los otros argumentos del señor Procurador Delegado en lo Penal, cabe responder que el delito en realidad tiene unidad jurídica en cuanto a sus elementos estructurales; pero el delito para ser uno no precisa descomponerse en sus modalidades accidentales, que integran figuras componentes del todo, que es la infracción,

mas no la desintegran en cuanto al señalamiento de la sanción base que sirve para señalar la penalidad por la infracción cometida.

De otra manera, no habría lesiones personales con desfiguración facial o perturbación funcional, por ejemplo, sino riña imprevista, con lesiones, y esta figura no la contempla el Código, sino la primera. Lo mismo podría decirse de la ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación y aun del exceso de legítima defensa. Serían éstas figuras autónomas e independientes, correspondiendo a tipos legales, con presupuestos distintos de los de la norma violada, que es la que el Código de las penas toma en cuenta para fijar en el caso **sub judice** la sanción.

Por lo demás, en parte ninguna del Código puede fundamentarse el argumento de que sería dislocar la unidad del delito, o de la pena, o del fallo si se concede el recurso de casación de conformidad con la doctrina que impugna la Procuraduría. Y tanto es así que el recurrente afirma una verdad, cuando de la unidad de la infracción, de las circunstancias modificadoras que la rodean y de las disposiciones penales que le son aplicables al delincuente, deduce, y con sobrado acierto jurídico, que ese es el criterio que recoge el artículo 557 para otorgar el recurso de casación. Ello porque de otra manera sería desintegrar el delito, romper la unidad del mismo, descoyuntarlo para que de esta suerte el consumado por el delincuente no fuera aquel cuya calificación se hizo sino el que le dieran fisonomía las circunstancias modificadoras del mismo. El delito es uno y las circunstancias de calificación son otras. Aquél es el que sirve de base al recurso, no éstas.

Los mismos ejemplos que cita el señor Procurador Delegado en lo Penal sirven para confirmar el aserto de que es la pena imponible la que se toma como base para la casación, prescindiendo de consideraciones distintas de ese concepto, ora por razón de atenuantes, ora por motivo de agravantes.

Si en el caso de lesiones a un ascendiente dentro de los grados que señala el artículo 363 en su numeral 1º, que darían a la infracción la fisonomía de lesiones consumadas en circunstancias de asesinato, de conformidad con el artículo 379, aun sin tener en cuenta la alevosía, como en el ejemplo del recurrente, porque aquella sola circunstancia, sin necesidad de ésta, haría aplicable el artículo 379 citado, la pena que corresponde a la infracción es de cinco años o excede de ellos, el recurso podría ser admitido.

Así también en el segundo ejemplo, de proxenitismo, aunque aquí cambia de aspecto la cuestión porque en este caso la pena no se aumenta por concepto de agravación propiamente dicho, sino en atención al fenómeno de la habitualidad. Tan ello es así que la disposición base en este caso se toma de conformidad con lo preceptuado en el artículo 328, porque aquí el Código, siguiendo el mismo principio que gobierna idéntico sistema de imponer las penas en otras muchas de sus disposiciones, señala los aumentos que el fallador debe considerar en los casos allí previstos, o sea en los ordinales 1º, 2º y 3º de ese artículo: la habitualidad ya dicha, el carácter, posición o cargo que dé particular autoridad sobre la víctima al responsable o la confianza que ésta haya depositado en aquél y el empleo de la violencia física o moral, maniobras engañosas o supercherías de cualquier género en la ejecución del delito. La misma norma del artículo 557 señala la pauta para resolver esos casos de excepción: siempre que la pena imponible privativa de la libertad personal sea o exceda de cinco años, el recurso de casación debe ser viable. Basta, pues, atender a este criterio para la concesión del mismo.

Nótese que quien delinque en las circunstancias que propone en sus ejemplos el señor Procurador Delegado no viola una sola norma, sino distintas disposiciones legales. Luego la pena base para el recurso debe surgir de las reglas infringidas, que cuando cumplen las exigencias del artículo 557 permiten la casación. Lo mismo ocurre en los casos contrarios —de circunstancias atenuantes— pues aquí también la sanción resulta de la que el Código señala y que hipotéticamente es la que corresponde al delito, aunque el Juez haya impuesto otra diferente en consideración a dichas circunstancias. Es, pues, la pena hipotéticamente considerada como infringida la que determina la viabilidad del recurso de casación.

En el auto cuya reposición se estudia se dijo expresamente que para hacer la estimación de la pena se debía tener en cuenta como penas bases la única o únicas disposiciones que resultaren infringidas con el delito. Cuando éste viola una o más normas legales, la sanción será regulada por las mismas; y si la pena reúne las exigencias de duración que el estatuto procesal indica, no hay razón para que el recurso de casación no se otorgue.

Así se logra que el criterio del Código en orden a ampliar el recurso, para no dejar al margen de él a delitos que tienen penas severas, tenga cumplido efecto.

Es este concepto, más que ningún otro, el que autoriza a la Sala para insistir en la doctrina que en varias ocasiones ha sustentado y no ve razón alguna para modificar, no empece a los motivos tan inteligentemente expuestos por su colaborador, quien esta vez, como siempre, ha dado a la Sala oportunidad para meditar más a espacio en el problema y resolverlo como conviene a los principios que gobiernan la casación en la nueva legislación procesal y atendiendo al cambio de sistema, puesto que decidir de otra suerte sería establecer que dicho cambio no se ha producido.

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, NO MODIFICA la providencia de nueve de agosto próximo pasado, por considerarse inhibida para ello.

Cópiese y notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONCEPTO DE RIÑA—PARA QUE ESTA SEA CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA DE LAS CONSECUENCIAS DEL HOMICIDIO Y DE LAS LESIONES PERSONALES DEBE SER IMPREVISTA.—CUANDO LA RIÑA TIENE ESTE CARACTER. — LA APRECIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS CORRESPONDE AL JURADO

1.—Repetidas veces la Corte ha precisado el contenido jurídico de lo que debe entenderse por riña, como una actitud violenta de lucha entre dos o más personas, o a base de cambio mutuo de golpes susceptibles de causar un mal físico. No hay riña sin el propósito de pelear y de causar un mal al adversario. Pero la imprevisibilidad de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones, dentro de ella causados, el carácter de circunstancia modificadora con las consecuencias prácticas consiguientes, tales como la disminución excepcional de la pena en los términos previstos por el artículo 384 del Código Penal. La riña asume los caracteres de imprevista cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella —la riña— dentro de normales circunstancias no debía producirse. De tal suerte que no será imprevista la riña para quien en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

Habrá homicidio y lesiones personales cometidos en riña imprevista —dice la Procuraduría— cuando el combate singular que produjo esos resultados delictuosos, ocurrió sorpresivamente para el acusado, de tal suerte que ni el lugar, ni las circunstancias del momento le hicieron temer o esperar ese choque violento con la víctima. Esa la razón para que la ley fije en estos casos una sanción atenuada al autor del homicidio o las lesiones, en virtud de que un suceso fortuito lo puso en el trance de tener que aceptar una pelea que, en otras circunstancias normales, hubiera rechazado.

2.—Tratándose de una circunstancia modificadora es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho delictuoso en cuanto se refiere a la responsabilidad. De tal suerte que cuando el Jurado no expresa con toda claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo, como en el caso que ocupa a la Corte, habla de "riña en estado de intenso dolor", esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad, que el Juez de derecho sí puede tener en cuenta al proferir su fallo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto dieciseis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Por sentencia fechada el día nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó al señor Silvano Ramírez a cumplir la pena de ocho años de presidio, más las accesorias consiguientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Arturo Gutiérrez.

Contra esta sentencia, tanto el procesado como su defensor interpusieron recurso de casación, y en su debida oportunidad se formuló la correspondiente demanda, la cual se pasa a resolver.

Antecedentes

Silvano Ramírez y Arturo Gutiérrez se guardaban entre sí mutuo rencor, según la propia confesión del primero. El día 15 de julio de 1945, en el caserío del Corregimiento de Santa Ana,

Municipio de Colombia, del Distrito Judicial de Neiva, cuando Arturo Gutiérrez alegaba con Arcadio Garzón, el primero aludió a Silvano Ramírez diciendo de éste que era un "lambón" y que por eso estaba "jodido", expresiones que fueron oídas por Ramírez, quien se dirigió al Estanco, donde se encontraba Gutiérrez, y allí lo agarró y le dio una bofetada. Luego lo desafió a pelear, y aceptado por Gutiérez el reto se armó de una tranca o palo que encontró detrás de la puerta del Estanco. Ramírez, a su vez, se hallaba provisto de una peinilla. Los dos contendores entraron en singular combate, y como consecuencia del encuentro, Arturo Gutiérrez recibió seis heridas, dos de ellas en el cráneo, de naturaleza mortal, que le produjeron la muerte pocos momentos después de haberlas recibido.

El proceso

Adelantada la correspondiente investigación, el señor Juez Superior de Neiva, en providencia de 23 de septiembre de 1946, llamó a responder en juicio, por los trámites en que el Jurado interviene, al procesado Silvano Ramírez como responsable de un homicidio simplemente intencional, perpetrado en la persona de Arturo Gutiérrez, descartando desde entonces, con juiciosas razones, las circunstancias modificadoras de la riña imprevista y del estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación de que tratan los artículos 384 y 28 del Código Penal, respectivamente.

El auto de proceder dictado por el Juzgado fue confirmado, sin modificación alguna, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en providencia de 7 de noviembre de 1947.

En esta providencia manifestó el Tribunal que como al homicidio "no lo acompaña ninguna circunstancia modificadora en los términos de los artículos 28 y 384 del C. P., necesariamente debe cancelársele la orden de libertad concedida al acusado en virtud de lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943, ya que sólo en las circunstancias previstas por los artículos mencionados... puede concederse ese beneficio de liberación".

Adelantado el juicio, el señor Juez del conocimiento le sometió al Jurado el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Silvano Ramírez es responsable de haber causado voluntariamente la muerte a Arturo Gutiérrez por medio de las siguientes heridas hechas con arma cortante: una en el antebrazo derecho, de tres centímetros de longitud, que interesó las partes blandas de la región; una de cinco centímetros (0.05) de longitud, localizada en el brazo derecho; dos heridas profundas del hombro derecho, en ángulo recto, que lesionaron las partes blandas de la región, de cinco (0,05) y seis (0.06) centímetros de longitud, respectivamente; una herida de diez y nueve centímetros (0,19) de longitud, localizada en el parietal derecho, que le descolgó la oreja de dicho lado, le fracturó el cráneo y abrió el seno lateral derecho, determinando una copiosa hemorragia; y otra herida de diez centímetros (0,10) de longitud, situada en la bóveda craneana, que fracturó los huesos parietales y occipital y lesionó la masa cerebral, a consecuencia de lo cual murió; hechos ocurridos a eso de las diez de la mañana del día quince (15) de julio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), frente al Estanco de Licores del Caserío de Santana, jurisdicción del Municipio de Colombia, de este Distrito Judicial?"

Contestó a esta pregunta el tribunal popular con la siguiente respuesta: "Sí es responsable, pero en riña en estado de ira e intenso dolor".

Con base en el veredicto anterior, tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal aplicaron al acusado la pena establecida por el artículo 362 del Código Penal, en su mínimo, es decir, la de ocho años de presidio. Pues, ambos juzgadores estimaron que el veredicto, en la forma como fue pronunciado, no aminoraba específicamente la sanción en los términos de los artículos 28 y 384 del citado Código, por cuanto era deficiente e incompleto para estructurar la excusa de la provocación y de la riña imprevista que tales disposiciones, respectivamente, contemplan.

La demanda de casación

El demandante alega, como única causal, la 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CAUSAL 3ª—**Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto.**

Sustenta el recurrente esta causal manifestando que al decir el Jurado en su veredicto que el acusado Ramírez es responsable del homicidio en la persona de Arturo Gutiérrez, "pero en riña en estado de ira e inteso dolor", calificó su responsabilidad como autor de un homicidio cometido

en riña imprevista, conforme al artículo 384 del Código Penal; circunstancia modificadora —riña imprevista— que el Tribunal desconoció en su sentencia y por lo tanto, ese fallo se encuentra en desacuerdo con el veredicto del tribunal popular.

Se considera:

Repetidas veces esta Sala de la Corte ha precisado el contenido jurídico de lo que debe entenderse por riña, como una actitud violenta de lucha entre dos o más personas, o a base de cambio mutuo de golpes susceptibles de causar un mal físico. No hay riña sin el propósito de pelear y de causar un mal al adversario. Pero la imprevisibilidad de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones, dentro de ella causados, el carácter de circunstancia modificadora con las consecuencias prácticas consiguientes, tales como la disminución excepcional de la pena en los términos previstos por el artículo 384 del Código Penal. La riña asume los caracteres de imprevista cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella —la riña— dentro de normales circunstancias no debía producirse. De tal suerte que no será imprevista la riña para quien en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

Habrá homicidio y lesiones personales cometidos en riña imprevista —dice la Procuraduría— cuando el combate singular que produjo esos resultados delictuosos, ocurrió sorpresivamente para el acusado, de tal suerte que ni el tiempo, ni el lugar, ni las circunstancias del momento le hicieron temer o esperar ese choque violento con la víctima. Esa la razón para que la ley fije en estos casos una sanción atenuada al autor del homicidio o las lesiones, en virtud de que un suceso fortuito lo puso en el trance de tener que aceptar una pelea que, en otras circunstancias normales, hubiera rechazado.

En el caso de autos ninguna de las partes solicitó al Jurado el reconocimiento de la riña imprevista, probablemente porque las pruebas del proceso no permitían estructurar esa modalidad jurídica. Pues, en realidad, los hechos señalan al acusado Ramírez como el individuo que buscó camorra a Gutiérrez, su enemigo de vieja data, al irle a tomar cuentas, asirlo por el cuello, darle una bofetada en el rostro y seguidamente desafiándolo a singular combate. Es decir, que el acusado fue el provocador y promotor de la contienda, cuestión que impide calificar la riña de imprevista para Ramírez. De ahí que el Jurado consignara en su veredicto el simple hecho de la riña entre Ramírez y Gutiérrez, absteniéndose de calificarla de imprevista.

El señor defensor en la audiencia pública presentó la tesis —rebatida por el Fiscal— consistente en que el acusado al cometer el homicidio había obrado en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, solicitando del **juri** diera su veredicto aceptando esa modalidad.

"Lee en seguida (el defensor) el cuestionario —dice el Acta de Audiencias— y le pide al Jurado que en caso de que se acoja a la circunstancia atenuante que ha solicitado para su defendido, debe contestar en la siguiente forma: "Sí, pero en estado de ira intensa causada por grave e injusta provocación", esto —continúa el defensor— porque tanto los Jueces como los Magistrados exigen que el Jurado cuando reconozca una circunstancia atenuante, debe ceñirse a la fórmula que exige el Código; **así como también cuando el Jurado reconoce la riña, se exige que se diga que fue suscitada de modo imprevisto"** (subraya la Sala).

Lo anterior indica que el señor defensor hizo hincapié ante el Jurado para que contestara "Sí, pero en estado de ira intensa causado por grave e injusta provocación", haciéndole saber inteligentemente a los jueces de hecho que si querían favorecer al acusado con aquella modalidad, debían emplear términos precisos, ya que si faltaba uno de ellos, el de grave e injusta provocación o el de imprevisibilidad en la riña, el veredicto era inoperante en cuanto a este aspecto de la responsabilidad. Sin embargo, el Jurado no dio su veredicto en la forma como lo solicitó la defensa, pues, aun cuando aceptó una riña y un estado de ira e intenso dolor, guardó silencio con respecto a la imprevisibilidad de la riña y en relación a la grave e injusta provocación.

No puede ser más claro el pensamiento del Jurado al admitir la simple riña, pero sin aditamento fundamental de ser "imprevista", y en aceptar un estado de ira e intenso dolor, pero sin la circunstancia de la grave e injusta provocación, como lo requiere el estatuto penal en sus artículos 384 y 28, respectivamente.

Tratándose de una circunstancia modificadora es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho delictuoso en cuanto se refiere a la respon-

sabilidad. De tal suerte que cuando el Jurado no expresa con toda claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo como en el caso que ocupa a la Corte habla de "riña en estado de ira e intenso dolor", esta última situación tan sólo alcansa a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad, que el Juez de derecho sí puede tener en cuenta al proferir su fallo.

Cuando se habla de un homicidio que se ha realizado en riña imprevista —ha dicho la Corte— figura modificadora de la responsabilidad, debe exigirse por parte del Jurado gran claridad en su respuesta, y en razón precisamente de que aquella entidad no es técnica, corresponde a las partes durante la audiencia ilustrarla sobre la importancia y consecuencia de su presunta declaración para que el fallo que con base en el veredicto deba dictarse, sea una expresión fiel de la realidad procesal.

En el proceso que se siguió a Silvano Ramírez, la parte defensora promovió concretamente el tema del estado de ira intensa causado por grave e injusta provocación, como ya quedó expresado con la transcripción del Acta de Audiencia, tesis que el Jurado no aceptó en esos términos sino en otros diferentes, cuando habló sencillamente de riña en estado de ira e intenso dolor, lo cual significa que en el veredicto no se tuvo en cuenta para nada las circunstancias modificadoras de la grave e injusta provocación y de la imprevisibilidad de la riña, razón por la cual no se puede dar a la respuesta mencionada la extensión propuesta por el recurrente en casación.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, dice con toda razón lo siguiente:

"....El Jurado, claro está, no tiene por qué emplear en su respuesta los términos jurídicos o sacramentales que usan los especialistas del derecho; pero tampoco debe omitir los hechos o expresiones fundamentales que le den al juzgador una pauta cierta y segura para acomodar el veredicto a las previsiones del Código Penal. Esto, porque en tales negocios, el Juez tiene que dictar la sentencia de acuerdo con la calificación que haga el Jurado sobre los temas materia del debate, según el mandato del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

"El sentenciador nó puede, por lo tanto, llenar los vacíos que, voluntaria ó involuntariamente, dejen los jueces de conciencia, ni tratar de buscar declaraciones implícitas de éstos en vocablos del veredicto que no las respaldan. Tal ocurriría aquí, si se aceptara la alegación del demandante, de poner en boca del Jurado lo que éste, deliberadamente, no quiso admitir: la imprevisión de la riña.

"El mismo señor apoderado se sintió perplejo en la interpretación de ese hecho, cuando en su libelo expresa lo siguiente: "Lo dudoso u oscuro viene al tratar de establecerse qué quiso decir el Jurado al añadir a la circunstancia de la riña, **la ira y el intenso dolor".**

"Luego esa oscuridad e incertidumbre sobre una circunstancia modificadora del homicidio —que debió calificar el Jurado—, no la pueden definir los sentenciadores, porque entonces fallarían en derecho sobre algo privativo de los jueces populares y pondrían, así, la sentencia en desacuerdo con el veredicto, incurriéndose, precisamente, en la tercera causal de casación que invoca el demandante.

"Además, el hecho de que el Jurado hubiera reconocido la concurrencia de la riña y del estado de ira e intenso dolor, eso, lejos de establecer lo imprevisto del lance, más bien lo contradice, porque cabalmente fue la ira la que llevó al acusado a provocar la pelea y a iniciarla con golpes de peinilla inferidos a la víctima del homicidio".

Por los motivos expuestos, la causal alegada no prospera.

En tal virtud, 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 Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por la cual se impuso a Silvano Ramírez, la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del homicidio realizado en la persona de Arturo Gutiérrez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada.— Domingo Sarasty M.— Floriberto Ramos, Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION. — SU IMPROCEDENCIA EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO. — EL EXAMEN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO NO ES TEMA DE CASACION

1.—Ha sido doctrina constante de la Corte que en los juicios en que interviene el Jurado, la contraevidencia del veredicto es cuestión privativa de las instancias, sin que la Corte tenga facultad legal alguna para decidir al respecto, toda vez que de ser ello de distinta manera, en último término el examen de aquella cuestión tendría que hacerse sobre las mismas probanzas del juicio que fueron objeto de la apreciación de los jueces de hecho y, por lo mismo, se les quitaría a éstos la facultad que la ley les otorga de fallar libremente, sin otra limitación que el fuero íntimo de sus conciencias y el convencimiento surgido en su criterio sobre el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada.

2.—El examen de la responsabilidad del procesado no resulta tema propio del recurso de casación, porque de ser ella así no sería diferente este recurso de los consagrados por la ley en las instancias del juicio, o en otros términos, equivaldría a una tercera instancia, lo que es contrario a los fundamentos jurídicos sobre que reposa tal recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo fue sentenciado José Vicente Jaimes a la pena de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Carlos Becerra, en sentencia de veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Contra aquella sentencia, el propio reo interpuso el recurso de casación y, por medio de apoderado, designado al efecto, presentó la correspondiente demanda, en la cual se invocan las causales primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Tramitado el recurso, en cuanto a procedimiento, de conformidad con los artículos 563 y 566 del código respectivo, se decide en este fallo, con vista en la tesis del Tribunal, del Procurador y del recurrente.

El delito

El día siete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, Carlos Becerra se hallaba en el establecimiento de bebidas fermentadas de la población de El Espino, departiendo con varios amigos y contertulios, cuando se presentó un incidente entre Juan José Puentes y Campo Elías Buitrago. Becerra intervino como conciliador y separó a los protagonistas, exigiéndoles cordura; pero entonces se presentó Cristo Puentes, hermano de Juan José, e inquirió por la causa de la agresión, de que éste era víctima, lo que dio por resultado que Campo Elías Buitrago empuñara una piedra y con ella golpeara a Cristo, causándole una lesión en la cabeza. El agredido se retiró manando sangre y Becerra se le acercó con el objeto de conocer la clase de lesiones inferidas, cuando intempestivamente llegó José Vicente Jaimes y sin mediar disgusto alguno, sacó su puñal y con él hirió a Becerra quien, momentos después, fallecía en el patio de la casa.

El proceso

Los actos y providencias que se relacionan con los temas propuestos por el demandante, son, en síntesis, los siguientes:

a) Auto de proceder dictado por el Juzgado 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el cual se consideró el delito consumado por José Vicente Jaimes, como homicidio simplemente intencional o voluntario, en el cual no existió la premeditación, pero sin que tampoco concurran circunstancias de exculpación o tenuación. Esta calificación fue aceptada por el Tribunal de la segunda ins-

tancia, en el recurso de apelación interpuesto contra aquella providencia.

b) Cuestionario propuesto por el Juez de la causa al Jurado de conciencia, cuyo tenor es el siguiente:

"El acusado José Vicente Jaimes, varón mayor de edad, natural de La Uvita y vecino de El Espino en julio de mil novecientos cuarenta y cinco, es responsable de haber dado muerte a Carlos Becerra, quien falleció a consecuencia de una herida causada con arma cortante y punzante que le produjo los desgarres orgánicos descritos en la correspondiente diligencia de autopsia, según hechos ocurridos en el centro de la población de El Espino, sitio interior de la fábrica de fermentadas, como a eso de las dos de la tarde del día siete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco?".

Contestó: "sí".

c) Sentencias de primero y segundo grado, en las cuales se considera, de conformidad con el veredicto del Jurado, como disposición infringida por el procesado Jaimes, el artículo 362 del Código Penal y se le aplica como pena el mínimo de la señalada por esta disposición, o sea, ocho años de presidio.

La demanda

El demandante acusa la sentencia, invocando las causales primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y ellas serán consideradas por la Sala, en el orden lógico acogido por la Procuraduría.

Causal cuarta: Nulidad del juicio

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia de ser violatoria de la ley procedimental por el hecho de haber aceptado un veredicto contrario a la evidencia de los hechos, es decir porque el fallo de los jueces de hecho, dejó de reconocer móviles determinantes del delito, el miedo al revólver exhibido por Becerra; o el estado de ira, con motivo de ver sangrante a su amigo, sin recibir explicación satisfactoria cuando él preguntó "qué pasaba". El no darle respuesta, suscitó un estado de ira súbito, y se agravó con el hecho de haber sido amenazado con el revólver".

Concepto del Procurador

El colaborador, rechaza esta causal porque —dice— "nada tiene que ver la nulidad del juicio con el motivo planteado por el señor apoderado, referente al veredicto injusto, pues lo primero se refiere a la omisión de garantías que merman el derecho de defensa, y eso en ningún momento lo alega el demandante; y lo segundo —veredicto contrario a la evidencia— es una atribución que corresponde exclusivamente a los juzgadores de instancia, y no a la H. Corte en el recurso extraordinario de casación, conforme a los claros preceptos de los artículos 537, 554 y 567 del Código de Procedimiento Penal".

Se considera:

Ha sido doctrina constante de la Sala que en los juicios en que interviene el Jurado, la contraevidencia del veredicto es cuestión privativa de las instancias, sin que la Corte tenga facultad legal alguna para decidir al respecto, toda vez que de ser ello de distinta manera, en último término el examen de aquella cuestión tendría que hacerse sobre las mismas probanzas del juicio que fueron objeto de la apreciación de los jueces de hecho y, por lo mismo, se les quitaría a éstos la facultad que la ley les otorga de fallar libremente, sin otra limitación que el fuero íntimo de sus conciencias y el convencimiento surgido en su criterio sobre el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada. De otra manera, el recurso de casación vendría a ser una tercera instancia, cosa contraria a los principios que lo informan, que no persiguen al instituírlo como recurso extraordinario, otra finalidad distinta que la de instaurar un juicio contra la sentencia con el propósito de anular los fallos dictados por los Tribunales con infracción de la ley o de la doctrina legal, fijando de esta suerte la verdadera intención del legislador.

En el caso presente fueron materia de amplio debate en las instancias del juicio las circunstancias que el recurrente considera que dejaron de reconocerse en favor del procesado y que constituyen los móviles determinantes del delito, que señala como el miedo al revólver exhibido por Becerra o el estado de ira, motivado por el hecho de ver sangrante a su amigo, sin tener explicación satisfactoria.

Ampliamente fueron debatidos dentro del proceso estos temas y con respaldo en los elementos probatorios, tanto el Juez como el Tribunal negaron la existencia de esos hechos, afirmando de manera rotunda que Jaimes no había actuado en supuesto alguno que diera a su acción fisonomía de legítima defensa, siquiera de carácter subjetivo, ni tampoco el fenómeno de la ira había sido causa del delito, por cuanto que ninguna agresión

ni amago de hacerla había surgido de la actitud de Becerra y que en forma alguna había inferido agravio al procesado, que explicara la reacción impulsiva de éste, superior al estímulo que la produjo y claramente demostrativa de la peligrosidad exhibida por quien obró de tal suerte en las circunstancias en que el delito se cumpliera.

Por lo demás, el examen de la responsabilidad del procesado no resulta tema propio del recurso de casación, porque de ser ello así no sería diferente este recurso de los consagrados por la ley en las instancias del juicio, o en otros términos, equivaldría a una tercera instancia, lo que es contrario a los fundamentos jurídicos sobre que reposa tal recurso. Ese tema de la responsabilidad en las causas en que interviene el Jurado, corresponde única y exclusivamente a éste, sin que pueda ser atribución de la Corte examinar nuevamente el valor legal de las pruebas que se juzgaron suficientes para afirmar la responsabilidad del reo, atribución privativa de aquel Tribunal y que el fallador debe acoger sin reservas, porque la base de la sentencia que éste dicta es el mismo veredicto del Jurado, que cuando no alcanza a la categoría de contrario a la evidencia de los hechos, es obligatoria su aquiescencia por parte del juzgador de derecho, so pena de dictar aquella en desacuerdo con el veredicto.

Como lo observa la Procuraduría, nada tiene que ver el motivo planteado por el recurrente con la nulidad del juicio, pues ninguna garantía procesal, de las que cuando se dejan de cumplir producen nulidad, le fue arrebatada al reo para su defensa y, por lo mismo, la causal aducida resulta improcedente, y tanto, que el propio apoderado, sin duda inquieto por la endeblez y falta de consistencia de sus argumentos en pro de la causal cuarta alegada, afirma en un exceso de sinceridad que le "ha tocado un gran esfuerzo para buscarle al fallo recurrido causales que encajen con precisión en los términos de la ley para poder fundamentar esta acción, pues mi rectitud profesional me inclina a aceptar casi como justo el fallo del H. Tribunal".

Pensando de esta suerte, hubiera valido más abstenerse de interponer el recurso, que hacerlo con un esfuerzo de dialéctica en donde no propiamente la sinceridad del juicio ni tampoco el convencimiento de la razón legal que apoya sus pretensiones, fueran lo que determinara la sustentación de aquél.

Causal primera: Mala aplicación de la ley penal sustantiva

Fundamenta esta causal el demandante en el hecho de que tanto el Juez de la causa como el Tribunal, aceptaron el veredicto del Jurado dejando de reconocer las circunstancias previstas en el artículo 36 del Código Penal, pues no apreciaron los motivos determinantes del delito, uno de los cuales sería el móvil que aminoraría en el reo el grado de responsabilidad; aplicaron la sanción prevista en el artículo 362 de la obra antes citada y no tuvieron en cuenta la atenuante del artículo 28.

Concepto del Procurador

Con relación a esta causal, el señor Procurador Delegado en lo Penal emite concepto adverso a las pretensiones de la demanda y advierte que el Tribunal de la instancia no podía tener en cuenta la modalidad de la provocación prevista por el artículo 28 del estatuto penal, porque ni el enjuiciamiento ni el veredicto del Jurado reconocieron aquella circunstancia.

Se considera:

Al procesado Jaimes le fue imputado en el auto de proceder un homicidio simplemente intencional, sin modalidades o circunstancias algunas que modificaran o atenuaran su respnosabilidad. El cuestionario que fue sometido al Jurado mereció respuesta simplemente afirmativa, sin agregación o explicación alguna que implicara por parte del Tribunal de conciencia el deseo de darle una fisonomía distinta al hecho sobre el cual se le interrogaba para decidir sobre la responsabilidad de su autor.

No existiendo, pues, dentro de los términos del cuestionario circunstancia o hecho que permitiera modificar el delito en forma favorable al reo atenuándole su responsabilidad, mal podía el Juez apreciar circunstancias modificadoras de aquella, que no habían sido reconocidas en el auto de proceder ni en el veredicto.

En el fallo del Tribunal claramente quedaron discriminados los hechos que considera el recurrente como que no fueron tenidos en cuenta al aplicar la sanción al reo. Tanto la legítima defensa alegada, como el estado de ira por grave provocación, fueron desestimados abiertamente por los falladores de instancia. Por ello, la Sala encuentra conveniente reproducir las razones que dieron al delito franca fisonomía de homicidio

intencional o de propósito y le quitaron toda posibilidad de que fuera cometido en circunstancias distintas, como las alegadas en el recurso.

Dice así el fallo:

"Como desde un principio lo observó el Juzgado del conocimiento, cuando calificó el mérito del sumario, la legítima defensa que pretende plantear el procesado no aparece por ninguna parte configurada.

"En efecto: para que exista este medio eximente de responsabilidad, es necesario que concurran circunstancias especiales que deben tener demostración, tales como una agresión grave e injusta; un peligro grave e inminente para la vida, la persona o el honor y bienes de la persona agredida, de tal naturaleza que por necesidad de defender el bien que se ve amenazado tenga que obrar, y que haya cierta proporcionalidad entre la agresión y la reacción que ella cause.

"Dice el procesado que Carlos Becerra le infirió ultrajes ofensivos y denigrantes del honor de su madre los que acompañó con una agresión que hace consistir en que aquél sacó el revólver y lo tendió hacia el procesado, lo que determinó el haber sacado su cuchillo para defenderse.

"Pero esta afirmación carece de todo respaldo, si se tiene en cuenta lo que revelan los testigos antes mencionados y presenciales de los sucesos, especialmente lo dicho por Cristo Puentes, quien refiere que no hubo voces de ninguna naturaleza, ni amagos de molestia, pues si hubiera visto que Carlos Becerra en realidad sacó su revólver para disparar sobre Jaimes habría podido apreciar esta maniobra, desde luego que estaban todos juntos, y lo mismo Pedro Puentes y el menor Víctor Núñez, pero ninguno habla del pretendido ultraje ni menos de la agresión de que se dice víctima el procesado.

"Cierto que en poder de Becerra fue visto un revólver, como lo dicen varios declarantes, entre ellos Alfredo Lucas R., Ismael Gómez y Ernestina Buitrago, pero esto sucedió cuando ya regresaba herido y cuando quizá creyó ser capaz de vengar la agresión de que fué víctima, sin haber alcanzado a disparar porque cayó agonizante en el patio. Nótese, que el revólver no lo llevaba en la mano, para pensar que en realidad de él hubiera hecho uso antes para amenazar o pretender agredir, porque los testigos refieren haber visto cuando ya herido sacó el arma de la funda en que la portaba, pues si en realidad hubiera sucedido lo que dice el procesado, el arma la habría tenido en la mano, porque entre el acto en que fue herido y el en que los testigos vieron que sacó el revólver, no medió tiempo largo, como que fue inmediatamente.

"No hubo, pues, agresión injusta de parte de Carlos Becerra y si José Vicente Jaimes ejecutó el hecho delictuoso sin mediar tal agresión, hay ausencia completa de los elementos necesarios para que pueda hablarse de legítima defensa y sea operante el precepto contenido en el artículo 25 del C. P.

"Por consiguiente si el Jurado no reconoció la modalidad de que se viene hablando, no se apartó de lo que aparece demostrado como evidente en el proceso, y tampoco al descartar la intención homicida en el procesado, porque quien saca un puñal y lo hunde en el cuerpo de una persona y precisamente en regiones en donde es posible lesionar órganos esenciales de la economía humana, revela precisamente una intención de causar un mal y que no es otro que el de matar, y bien pudo obrar el procesado, por creer que el autor de la herida de Cristo había sido Carlos Becerra, ya que se dice había vinculaciones de parentesco entre Puentes y el procesado, a quien según un declarante se le dijo antes que habían matado o estaban matando a Cristo Puentes, lo que determinó su marcha al lugar de los sucesos, lo que vale decir que tampoco puede afirmarse que no se descubra móvil alguno en la ejecución del hecho delictuoso, como lo sostiene el señor defensor.

"Si hay una prueba plena de la responsabilidad del procesado, entonces al dar su veredicto los jueces de conciencia, no hicieron otra cosa que conformar su fallo con la verdad revelada por el proceso, de manera que debe concluirse en que el veredicto es aceptable en su integridad".

Por la razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada.— Domingo Sarasty M.— Floriberto Ramos, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD. — DEMORAS

Bien interpretado, el artículo 172 del Código Penal sólo cabe aplicarlo a aquellos juzgadores y empleados que se conducen con manifiesta desidia y con indolente despreocupación en el ejercicio de su cargo, por no dar el rendimiento que ordinariamente debe esperarse de ellos, en virtud de que no concurren a la oficina en las horas de ley, o porque, a pesar de permanecer en ella por el tiempo debido, distraen su atención en asuntos ajenos al servicio público que se les ha encomendado.

Por eso, cuando la tardanza o demora en proferir las decisiones judiciales obedece a causas justificadas, como el exceso de trabajo, por ejemplo, esa anomalía apenas tiene la apariencia, pero no la sustancia de una omisión punible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales consulta su auto de fecha diez y nueve de mayo del corriente año, por medio del cual sobresee definitivamente a favor del doctor Aníbal Echeverri Sánchez, ex-juez del Circuito Promiscuo de Manzanares, por el delito de abuso de autoridad (demoras), de que tratan las presentes diligencias.

Hechos:

El doctor Aníbal Echeverri Sánchez fue designado por el Tribunal Superior de Manizales, para ejercer el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Manzanares y de él tomó posesión el seis de agosto de mil novecientos cuarenta y siete. Recibió el despacho del doctor José Cardona León y entre los expedientes el sumario contra Antonio José Montoya, por el delito de abuso de confianza. A pesar de que este sumario se encontraba al despacho del Juez el día de la entrega, sólo el 18 de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho procedió el funcionario aludido, doctor Echeverri Sánchez, a dictar providencia, es decir, cinco meses después de haberlo recibido. Esta demora, al parecer injustificada, motivó la investigación que dio por resultado el sobreseimiento definitivo que ahora revisa la Corte.

Concepto fiscal

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en concepto emitido sobre el particular, solicita a la Corte confirme la providencia materia de la consulta, por cuanto se ha establecido debidamente en el informativo que las demoras imputadas al doctor Echeverri Sánchez no se debieron a desidia o despreocupación en el ejercicio de su cargo, sino al exceso de trabajo existente en el Juzgado que impedía físicamente al Juez atender a la evasión de todos los negocios, en los términos legales. En una palabra, hubo imposibilidad en el Juez, pero no negligencia, que es lo que la ley penal reprime en esta materia.

Se considera:

En efecto, el doctor Aníbal Echeverri Sánchez alega en sus descargos que su antecesor en el Juzgado le entregó numerosos expedientes, civiles y penales, y entre los últimos, la mayoría tenía presos, por lo cual tuvo que consagrarse al estudio de éstos preferentemente; que, además, le correspondió investigar directamente unos sucesos graves ocuridos en Manzanares, en donde se sindicaba a algunos agentes de la Policía; y que, como el proceso contra Antonio José Montoya no era de importancia como para darle prelación, puesto que en él se dio aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se consagró a otros más urgentes, todo lo cual motivó las demoras que dieron lugar a la investigación.

Las anteriores afirmaciones del sindicado, tienen pleno respaldo en los autos. Así, a folios 27 a 30 se encuentra el inventario de los negocios recibidos por el doctor Echeverri Sánchez de su

antecesor en el Juzgado y el recargo de trabajo alegado aparece manifiesto.

Por otra parte, en el curso de la investigación logró establecerse la labor satisfactoria desarrollada por el Juez del Circuito de Manzanares, en la época a que se refiere la demora a él imputada, que lo libra —como dice la Procuraduría— "del calificativo de negligente o abandonado en el desempeño de sus funciones oficiales".

La razón de la punibilidad de los actos previstos en el artículo 172, como constitutivos de denegación de justicia, se encuentra en la tendencia de aquellos actos, cuando se emplean para lograr ese propósito, de paralizar o enervar la acción de la rama jurisdiccional sobre los derechos individuales o colectivos vinculados a los fallos judiciales, por jueces competentes y dentro de los mandatos que condicionan la función de administrar justicia a la protección o tutela de esos derechos.

Pero es entendido que esa actividad tiene que ser producto de la malicia del funcionario para que se patentice la infracción. Otras circunstancias ajenas a aquella actitud contraria a la ley, no pueden considerarse como delictuosas, porque les falta el presupuesto jurídico indispensable para tener dicha calidad.

En el caso **sub judice,** claros resultan los motivos de la demora para decidir del proceso contra Antonio José Montoya por abuso de confianza, que no le son imputables al funcionario porque no se debieron a despreocupación o desidia en el ejercicio del cargo, sino a circunstancias que no estuvo en manos de éste modificar, una de ellas, el exceso de trabajo en la oficina, que implicaba para el Juez la necesidad de escoger, como es costumbre hacerlo, entre los negocios de más entidad o aquellos con detenido, para darles preferencia en el despacho, sin que pueda exigirse del Juez más rendimiento del que permitan sus facultades físicas e intelectuales, siempre que aparezca claro que fue celoso en el cumplimiento de sus funciones y en el desempeño de las mismas obró sin que su actividad fuera demandada por asuntos extraños al servicio de la oficina y con la diligencia y puntualidad que para los empleados judiciales señala el Código de Organización Judicial (artículo 180).

Estos hechos, como ya se dijo, aparecen claramente establecidos en la investigación. De consiguiente, la decisión adoptada por el Tribunal no puede modificarse.

La Sala acoge el siguiente concepto del señor Procurador, cuya transcripción, por sí sola, es suficiente para tomar la determinación que ha de resolver la consulta de que se trata.

"Bien interpretado —dice el colaborador— el artículo 172 del Código Penal, sólo cabe aplicarlo a aquellos juzgadores y empleados que se conducen con manifiesta desidia y con indolente despreocupación en el ejercicio de su cargo, por no dar el rendimiento que ordinariamente debe esperarse de ellos, en virtud de que no concurren a la oficina en las horas de ley, o porque, a pesar de permanecer en ella por el tiempo debido, distraen su atención en asuntos ajenos al servicio público que se les ha encomendado.

"Por eso, cuando la tardanza o demora en proferir las decisiones judiciales obedece a causas justificadas, como el exceso de trabajo, por ejemplo, esa anomalía apenas tiene la apariencia, pero no la sustancia de una omisión punible".

Por tanto, 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 y de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada.— Domingo Sarasty M.— Floriberto Ramos, Secretario.

RECURSO DE HECHO. — CUANDO ES PROCEDENTE EL RECURSO DE APELACION

La apelación —según la ley y la doctrina— es recurso que sólo puede interponerse contra providencias dictadas en primera instancia, con el propósito de que en la segunda se revisen; resulta de esto que las dictadas en ésta no son apelables, pues lo contrario implicaría una tercera instancia no reconocida en el estatuto procesal penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El doctor Humberto Carrasquilla, defensor de Alfonso Ramos Mondragón, éste, acusado de abuso de confianza, interpuso recurso de hecho para que se le conceda el de apelación contra los autos siguientes del Tribunal Superior de Medellín:

a) El que revocó el auto de sobreseimiento del Juez 2º Superior en favor de Ramos, y, en su lugar, decretó el enjuiciamiento, y

b) El que negó el cambio de la caución prendaria que ha de garantizar las obligaciones derivadas de la libertad provisional.

Las cuestiones que la Corte debe resolver son éstas: si aquellos autos son apelables, y si la Corte tiene jurisdicción para decidir el recurso. La respuesta es negativa por las siguientes obvias razones.

La apelación —según la ley y la doctrina— es recurso que sólo puede interponerse contra providencias dictadas en primera instancia, con el propósito de que en la segunda se revisen; resulta de esto que las dictadas en ésta no son apelables, pues lo contrario implicaría una tercera instancia no reconocida en el estatuto procesal penal.

Examinado el principio en relación con la Corte y frente a las normas que regulan la competencia, la conclusión es lógica. La Corte Suprema de Justicia —establece el artículo 42— conoce privativamente, por medio de la Sala Penal, de los recursos de apelación en asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores y de los de hecho contra los autos en que se deniegue por el Tribunal dicho recurso, es decir, contra los autos dictados por los Tribunales en primera instancia en los procesos especificados en los numerales 1º y 2º del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

En el proceso contra Ramos, el Tribunal —al negar la apelación contra autos dictados en segunda instancia— se guió por aquellos principios y normas; más aún, en la hipótesis remota de que irregularmente la hubiera concedido, la Corte —por carencia de jurisdicción— habría tenido que abstenerse de decidirla.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que los autos del Tribunal por los cuales revocó el sobreseimiento en favor de Ramos, y dictó en cambio, auto de proceder, y se negó a modificar la especie de caución fijada en el de excarcelación, no son apelables, y, el recurso de hecho, por lo tanto, no es legal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada.— Domingo Sarasty M.— Floriberto Ramos, Secretario.

DELITOS DE INCENDIO Y ABUSO DE CONFIANZA. — LO INNOBLE COMO CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD

Lo innoble, en el sentido que le atribuye la ley a esta circunstancia, es lo vil y abyecto del motivo determinante del delito. Es decir, lo bajo, lo despreciable, lo indigno o torpe —como razón de ser— para llevar a efecto la consumación de un delito, y estos motivos generalmente se aplican respecto de la persona que falta voluntariamente al cumplimiento de sus deberes o que corresponde mal a la confianza en ella depositada.

El motivo será social cuando él no es contrario a las normas que exigen la convivencia social o a aquellos mandatos que la misma sociedad impone al hombre para vivir en comunidad; y antisocial será el motivo que pugne con esas reglas o normas que la misma sociedad se ha dado para que el hombre pueda ser parte integrante de ese conglomerado social. Util para las exigencias sociales será el motivo que no altere sus normas de estabilidad, y dañoso será todo aquello que entrañe un perjuicio para su normal desenvolvimiento.

No hay nobleza, generosidad ni altruismo en los motivos que se tuvieron en cuenta para cometer el delito; el índice de peligrosidad de sus autores radica precisamente en las causas generadoras de la capacidad criminal para borrar toda huella o sospecha sobre la imputación del hecho; para ponerse a salvo de los peligros de la justicia, y para justificar la apropiación de los dineros confiados a su cuidado tuvieron necesidad de incendiar los depósitos donde se almacenaba el café causando con este hecho un delito de mayores proporciones que el segundo.

"El delito conexo de incendio —dice la Procuraduría— tuvo como finalidad encubrir otro delito contra el patrimonio. Y así las cosas, la acción delictuosa encubierta (abuso de confianza) participa de la misma repugnancia del medio empleado para ocultarla, y sería torpe sostener que hubo algo plausible en la energía desplegada por los reos a través del ITER CRIMINIS".

Por consiguiente, si en el hecho no se conjugaron esos factores de generosidad, altruismo y nobleza, ni circunstancia alguna que disminuyera o atenuara la responsabilidad, la gravedad de la sanción debe regularse en la forma como lo hizo el Tribunal sin que ese hecho constituya motivo para invalidar el fallo.

Las modalidades de tiempo, lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito solo pueden apreciarse como circunstancias de mayor peligrosidad cuando dificultan la defensa del ofendido o bien cuando demuestran una mayor insensibilidad moral en el delincuente. La ley atribuye especial relevancia jurídica a estas modalidades cuando ellas se vinculan directamente a las dificultades, inconvenientes u obstáculos que se oponen al ejercicio de los derechos del ofendido, derechos que pueden ser materiales o morales, y es, precisamente, el concepto de la defensa del ofendido o perjudicado actualizada ante la opisición de un hecho material o moral la que configura la circunstancia de mayor peligrosidad; no es, propiamente, el factor psicológico o psíquico elementos determinantes del dolo, sino el hecho material que dificulta, obstaculiza o se opone a la defensa del ofendido o perjudicado frente a la violación de sus derechos tutelados por la norma penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Enrique y Prudencio Henao Marín, fueron condenados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a la pena principal de seis y cinco años de presidio respectivamente, como responsables de los delitos de incendio y abuso de

confianza —este último— en la cantidad de ciento diez mil quinientos cincuenta y cuatro pesos con sesenta y cinco centavos ($ 110.554.65) moneda legal.

La sentencia lleva fecha de quince de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, y contra ella se interpuso recurso de casación por el defensor de los procesados.

Antecedentes

El 8 de julio de 1947, la población de Balboa —Departamento de Caldas— fue conmovido por un incendio que tuvo origen en los Almacenes de Depósito de la Federación de Cafeteros, incendio que se propagó rápidamente a otros edificios contiguos como la iglesia, varias casas de habitación y otras dependencias, las cuales fueron arrasadas por consecuencia del mismo.

Enrique Henao Marín —en ese entonces— desempeñaba el cargo de agente de compras de la Federación, puesto que entró a desempeñar el 6 de mayo de 1947; y tenía como encargado de la administración de los almacenes a su hermano Prudencio Henao Marín.

El 8 de julio de 1947, o sea en la fecha del incendio, Enrique Henao Marín debía tener en su poder la cantidad de ciento diez mil quinientos cincuenta y cuatro pesos con sesenta y cinco centavos ($110.554.65) moneda legal, proveniente de giros hechos por la Federación, o su equivalente, representado en café, como producto de las compras verificadas con anterioridad al incendio.

Ninguno de los sindicados pudo dar explicación satisfactoria sobre dichas existencias de dinero y el Juzgado, en vista de las pruebas allegadas, llamó a responder en juicio a los sindicados por los delitos de incendio y abuso de confianza.

A la consideración del Jurado se propuso el siguiente cuestionario:

Cuestión primera

El procesado Enrique Henao Marín, de la naturaleza y condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, es responsable de haberse apropiado en su provecho la suma de ciento diez mil quinientos cincuenta y cuatro pesos con sesenta y cinco centavos ($ 110.554.65) que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia le había entregado a título no traslaticio de dominio para que comprara café en la población de Balboa, como agente acreditado mediante contrato firmado el día cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, habiendo ocurrido el hecho criminoso entre el seis de mayo y el ocho de julio del mismo año de mil novecientos cuarenta y siete en la mencionada población de Balboa?

Segunda cuestión

El procesado Enrique Henao Marín, de la naturaleza y condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, es responsable de haber instigado a su hermano Prudencio Henao Marín para que prendiera fuego a los depósitos de café que por cuenta de la Federación Nacional de Cafeteros tenía en la población de Balboa, incendio que se desarrolló el día ocho de julio de mil novecientos cuarenta y siete, a eso de las diez a once de la noche, más o menos?

Tercera cuestión

El procesado Prudencio Henao Marín, de la naturaleza y condiciones civiles anotadas en el auto de proceder es responsable de haber prendido fuego a los depósitos de café de la Federación Nacional de Cafeteros de la población de Balboa, el ocho de julio de mil novecientos cuarenta y siete a eso de las diez a once de la noche, más o menos?

Cuarta cuestión

El procesado Prudencio Henao Marín, de la naturaleza y condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, es responsable de haber cooperado como cómplice necesario para que su hermano Enrique Henao Marín cometiera el abuso de confianza de que habla la cuestión primera, prendiendo fuego a los depósitos de la Federación y coadyuvando, en esta forma, para que el citado Enrique Henao se apropiara de dineros pertenecientes a la premencionada institución, hecho ocurrido en la fecha, hora y lugar anotados en las cuestiones anteriores?

El Jurado contestó afirmativamente todas las respuestas del cuestionario así: "Sí es responsable".

En desarrollo de este veredicto el Juzgado condenó a Enrique Henao Marín a la pena principal de dos años de presidio "por haber instigado a su hermano para que prendiera fuego al local donde funcionaban los depósitos de la Federación Nacional de Cafeteros...." y por haberse apropiado de la suma de ciento diez mil quinientos cincuenta y cuatro pesos con sesenta y cinco centavos moneda legal, suma ésta que le había entregado la Federación.

A Prudencio Henao Marín lo condenó a la pena de **un año y diez meses de presidio** "por haber prendido fuego al local donde funcionaban los depósitos de la Federación Nacional de Cafeteros" y por haber obrado en este acto como cómplice necesario de don Enrique Henao Marín para éste apropiarse la suma de dinero".

El Agente del Ministerio Público apeló de esta sentencia, y el Tribunal en providencia del 15 de octubre de 1948 reformó la sentencia del Juez **a quo** en el sentido de condenar a Enrique y Prudencio Henao Marín a las penas de "'seis y cinco años de presidio respectivamente y que también en su orden, las multas que deberán pagar a favor del tesoro serán de dos mil quinientos pesos y dos mil pesos, moneda corriente".

Demanda

Formulada la correspondiente demanda en ella se invoca como causal única de casación la del numeral 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Se afirma que la sentencia es violatoria del artículo 33 del Código Penal, en relación con las normas de los artículos 252 y 414 de la citada obra.

La demanda en su contenido esencial critica la apreciación del Tribunal sobre las circunstancias de mayor peligrosidad que se tuvieron en cuenta para la agravación de la pena y discurre así:

Motivo innoble

El numeral 3º del artículo 37 considera como circunstancia de mayor peligrosidad para agravar la responsabilidad del agente "el haber obrado por motivos innobles o fútiles".

El Tribunal consideró esta circunstancia porque, en su concepto, no podía dudarse en ninguna forma "que el motivo determinante para el incendio provocado por los reos haya sido innoble desde todo punto de vista, porque ya vimos como el hecho determinante de tal delito no fue otro que el tratar de borrar los indicios de otro delito de entidad" como el abuso de confianza.

Refuta esta circunstancia apoyándose en la cita de una sentencia de la Corte que dice: "Lo innoble o fútil, como cualidades del motivo del delito, no siempre coinciden con todos los delitos, el robo o el hurto, por ejemplo, en los cuales más bien el motivo y el fin u objeto se confunden, a menos que el agente hubiera sido impelido a la sustracción no solo por el propósito de lucro, constitutivo de hurto o robo, sino por el más aún antisocial o **innoble de represalia contra las personas".**

"No hubo —dice el recurrente— entre las cualidades del delito otro motivo que el de disfrazar u ocultar la apropiación de unos dineros, calificación que no podría extremarse hasta llegar a suponer que la mira antisocial que tuvo el reo fue un propósito de represalia o venganza con el ofendido, en este caso la Federación de Cafeteros".

"....Si, pues, el motivo determinante fue la apropiación indebida de una suma de dinero u ocultar un delito de menores alcances como el abuso de confianza, cometiendo otro de mayor penalidad, como el incendio, no se alcanza a ver por ninguna parte el ánimo de represalia de los reos contra alguien, ni el propósito deliberado de satisfacer un anhelo de venganza que hiciera innoble su acción".

"Simplemente...., el delito principal de incendio fue el resultado del motivo de encubrimiento de otro delito".

Se considera:

Lo innoble, en el sentido que le atribuye la ley a esta circunstancia, es lo vil y abyecto del motivo determinante del delito. Es decir, lo bajo, lo despreciable, lo indigno o torpe —como razón de ser— para llevar a efecto la consumación de un delito, y estos motivos generalmente se aplican respecto de la persona que falta voluntariamente al cumplimiento de sus deberes o que corresponde mal a la confianza en ella depositada.

El motivo será social cuando él no es contrario a las normas que exigen la convivencia social o a aquellos mandatos que la misma sociedad impone al hombre para vivir en comunidad; y antisocial será el motivo que pugne con esas reglas o normas que la misma sociedad se ha dado para que el hombre pueda ser parte integrante de ese conglomerado social. Util para las exigencias sociales será el motivo que no altere sus normas de estabilidad, y dañoso será todo aquello que entrañe un perjuicio para su normal desenvolvimiento.

Es claro, como lo ha sostenido la Corte, que lo innoble o fútil como cualidades del motivo delictuoso no siempre coinciden con todos los delitos. Por regla general, los motivos y el fin u objeto se confunden, porque en estos casos, esos factores son elementos constitutivos de la infracción, pero cuando el agente consuma los hechos no sólo por el

propósito de lucro, sino por el motivo más "antisocial e innoble de represalia contra las personas", es evidente que esa circunstancia tiene una característica de mayor peligrosidad.

Pero ese principio sólo tiene aplicación cuando esos factores —como en el delito de hurto o robo o en los delitos de homicidio— se confunden con los elementos constitutivos del mismo delito (artículo 37 del C. P.). Entonces esas modalidades no pueden apreciarse en su doble aspecto, ora como elementos constitutivos de la infracción, ya también, como circunstancias de mayor peligrosidad. En ese evento, la violación del principio universal, **non bis in idem**, tiene su cabal justificación.

Es evidente que una de las finalidades del delito de incendio fue el de ocultar la apropiación de unos valores ($ 110.554.65), pero no con "el propósito deliberado de satisfacer un anhelo de **venganza** que hiciera innoble la acción", sino con el motivo egoísta de adquirir, por este medio, una gran cantidad de dinero que le había sido confiada para inversiones de café. En estas circunstancias, claro es que el motivo no podrá ser como lo sostiene el recurrente "el de satisfacer un anhelo de venganza que hiciera innoble su acción". Pero, por este hecho, no se puede concluir que no sea innoble el motivo de quien comete un delito de tanta gravedad —incendio— para ocultar el hecho fin tan reprobable y absurdo como el primero.

No hay nobleza, generosidad ni altruismo en los motivos que se tuvieron en cuenta para cometer el delito; el índice de peligrosidad de sus autores radica precisamente en las causas generadoras de la capacidad criminal para borrar toda huella o sospecha sobre la imputación del hecho; para ponerse a salvo de los peligros de la justicia, y para justificar la apropiación de los dineros confiados a su cuidado, tuvieron necesidad de incendiar los depósitos donde se almacenaba el café, causando con este hecho un delito de mayores proporciones que el segundo.

"El delito conexo de incendio —dice la Procuraduría— tuvo como finalidad encubrir otro delito contra el patrimonio. Y así las cosas, la acción delictuosa encubierta (abuso de confianza) participa de la misma repugnancia del medio empleado para ocultarla, y sería torpe sostener que hubo algo plausible en la energía desplegada por los reos a través del **iter criminis**".

Por consiguiente, si en el hecho no se conjugaron esos factores de generosidad, altruismo y nobleza, ni circunstancia alguna que disminuyera o atenuara la responsabilidad, la gravedad de la sanción debe regularse en la forma como lo hizo el Tribunal, sin que ese hecho constituya motivo para invalidar el fallo.

Preparación ponderada del delito

"Si la ponderación del hecho criminoso partiera de la suposición de un estado psíquico del reo —dice el recurrente— tales como la reflexión, la maduración de un pensamiento y la coordinación para obrar en un momento dado, dándole al hecho apariencias externas de premeditación para conseguir el fin que se propone, tendríamos entonces que los delitos de estafa, por ejemplo, el valerse de artificios pueden separarse del elemento constitutivo del delito en sí mismo, porque el artificio de que se vale un reo para cometer una estafa es parte integrante de la misma modalidad del delito.

"La H. Corte dijo en casación de 2 de julio de 1943: ". . . . No puede considerarse como circunstancia de mayor peligrosidad en los delitos de estafa "el ejecutar el delito valiéndose de artificios" porque los artificios son elementos constitutivos del mismo delito". Analogía igual no puede refutarse entre el caso de la doctrina comentada y la deducción que hace el Tribunal de Pereira, acumulándole a ambos procesados en parangón indistinto el mismo grado de peligrosidad".

Se replica:

La preparación se refiere a las operaciones necesarias para obtener un fin y la ponderación se vincula directamente a la atención, consideración y cuidado que se emplea para realizarlas, pero ni la preparación, ni la ponderación se confunden con los elementos del delito. Cuando la preparación y ponderación del delito se confunden con éste, desaparecen como causas de mayor peligrosidad para estructurarse como elementos esenciales de la infracción; por esto es, por lo que en la estafa los artificios y engaños son factores del delito y no circunstancias de mayor peligrosidad.

Pero este principio que se actualiza y tiene vida jurídica en la estafa no tiene aplicación en el caso de estudio. No existe ninguna analogía entre el delito de incendio y abuso de confianza y la estafa, porque la conexidad de los delitos no tiene el poder suficiente para unificarlos y considerarlos como uno solo, ni para considerar los elementos del delito de incendio como factores constitutivos del delito de abuso de confianza.

No hay paridad de situaciones entre estos delitos, porque la preparación y ponderación, tanto del uno como del otro se previno con antelación y los delincuentes pusieron en práctica una serie de medios insidiosos para realizar con más tenacidad

y con mayor efectividad sus propósitos delictivos. La preparación y ponderación se reflejan en la dinámica exterior de la acción para consumar el delito, y esas circunstancias se cumplieron en la realización de los hechos juzgados.

Esta afirmación no es hipotética sino real. En efecto: Prudencio Henao antes de iniciarse el incendio propuso a los agentes de la policía que fueran acuidar unas bestias de un amigo, "con lo cual pretendía, indudablemente alejarlos del lugar del delito para consumarlo en mejores condiciones y evitar toda sospecha sobre su responsabilidad". Se aseguró las puertas del local de la Federación y cuando se produjo el incendio, Henao no tomó ninguna medida para apagarlo, ni ayudó a los agentes para que pudieran entrar a dicho local. Su actitud fue indiferente y se ausentó del lugar, por lo cual procedieron a derribar la puerta, "observando así que ya en el fondo del local se propagaban las llamas, logrando sacar varias bolas impregnadas al parecer de gasolina y en todo caso con materias inflamables, bolas que rodaron por la plaza y fueron vistas por varias personas, y sirvieron de diversión a los muchachos".

En estas condiciones el incedio no se debió a imprudencia o negligencia de sus autores, ni tampoco fue obra de la casualidad: él fue producto de un plan previo de operaciones cuidadosas y debidamente desarrolladas, por lo cual era necesario apreciar esa circunstancia de mayor peligrosidad.

El tiempo, el lugar, los instrumentos y el modo de ejecución del delito

El recurrente impugna esta circunstancia con base en las observaciones consignadas en el salvamento de voto que dice: "....Que el tiempo, el lugar, los instrumentos y el modo de la ejecución del delito corresponden al dolo determinado a la realización del delito" y que esta circunstancia "se aplica generalmente en los delitos contra la integridad personal" y luégo afirma que "la mayoría de la Sala optó por el camino de hacer más gravosa la responsabilidad de los acusados, ecumulando situaciones de fuero estrictamente psicológico y psíquico como suposiciones que sin ser forzadas, tampoco vienen a agravar su condición de reos".

Se observa:

Esta circunstancia de mayor peligrosidad no sólo se aplica en los delitos contra la integridad personal, sino para todos aquellos delitos en que los factores tiempo y lugar no son considerados por la ley como elementos constitutivos del delito. Así, por ejemplo, el factor tiempo tiene preponderancia como elemento modificador en los delitos contra la propiedad, cuando el delito se comete por la noche, pero, cuando esa circunstancia no es elemento modificador del delito, ella debe considerarse como circunstancia de mayor peligrosidad.

Las modalidades de tiempo, lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito sólo pueden apreciarse como circunstancias de mayor peligrosidad cuando dificultan la defensa del ofendido o bien cuando demuestran una mayor insensibilidad moral en el delincuente. La ley atribuye especial relevancia jurídica a estas modalidades cuando ellas se vinculan directamente a las dificultades, inconvenientes u obstáculos que se oponen al ejercicio de los derechos del ofendido, derechos que pueden ser materiales o morales, y es, precisamente, el concepto de la defensa del ofendido o perjudicado actualizada ante la oposición de un hecho material o moral la que configura la circunstancia de mayor peligrosidad; no es, propiamente, el factor psicológico o psíquico elementos determinantes del dolo, sino el hecho material que dificulta, obstaculiza o se opone a la defensa del ofendido o perjudicado frente a la violación de sus derechos tutelados por la norma penal.

Por esto se dice en la sentencia "cosa bien distinta es un incendio que se provoca en las horas del día, cuando la ciudad está alerta y el conato puede sofocarse rápidamente, que éste provocado en horas de vigilia, en un sitio apartado y en una población que, como atrás se dijo, carece en absoluto de elementos suficientes o siquiera indicados para extinción del fuego. Y no se olvide, por otra parte, que para que el incendio cobrase mayor fuerza y poderío, se usaron trapos empapados en materias inflamables. La insensibilidad de los delincuentes se pone de relieve al considerar que, en su acto, bien pudo provocarse una tragedia de proporciones ilimitadas, pues toda la población pudo ser presa fácil de las llamas y que si en el incendio no se produjeron víctimas humanas, ello fue debido acaso a una afortunada coincidencia".

"El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada"

"Sobre este punto —dice el recurrente— tan vulnerable, ni siquiera me detengo a analizar sus pormenores, porque ya sea visto que la coacción física o moral no era de aquellas que se subordinan al respecto reverencial que deben los hijos a los padres, ni los inferiores a los superiores. Esa

coacción física o moral no puede acumularse como razón de agravación, sino simplemente como uno de los atributos mismos en que pudo llegar a adquirir forma y cuerpo el ilícito mismo".

Se contesta:

Aunque el demandante no hace ningún estudio sobre esta circunstancia, es bueno advertir que la complicidad de que habla el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, no es aquella complicidad genérica base de la responsabilidad a que hacen referencia los artículos 19 y 20 de la obra citada. La circunstancia de mayor peligrosidad del artículo comentado, únicamente, se configura por la simple pluralidad de los sujetos activos del delito, ya que —este acto— implica una mayor indefensión para el ofendido o perjudicado o también una mayor alarma social.

"Cuando en el numeral 9º —ha dicho la Corte— se habla de complicidad previamente concertada, se está especificando el acuerdo previo para diferenciarlo del acuerdo instantáneo de los dos delincuentes ocasionales que coincidencialmente perpetran un delito conjuntamente pero sin haberse puesto de acuerdo para ello. Naturalmente, aquí la pluralidad de sujetos activos no tiene el significado de peligrosidad que representa la típica "pareja de criminales". Por eso, donde quiera que aparezca la complicidad, está la coparticipación instantánea y coincidencial de dos delincuentes no se les puede aplicar la agravante aludida".

"Por otro aspecto, la lesión "previamente concertada" no se refiere al acuerdo previo sobre los móviles determinantes, antecedentes, circunstancias y preparación y ejecución del delito. El previo acuerdo o concierto se predica de la pluralidad, esto es, que las dos voluntades se hayan unificado antes de la realización del delito, sin que sea necesario que se armonicen sobre los hechos y circunstancias de preparación del mismo. Aceptando, pues, que el concierto previo sólo se refiere a la antecedencia de la pluralidad de las voluntades con respecto al delito, es necesario deducir que el fenómeno de la preparación ponderada del delito es agravante diferente y de forzada aplicación siempre que ella aparezca. Además, el concierto previo se refiere a la unificación de voluntades sobre un determinado hecho y la preparación ponderada hace relación al modo de ejecución del ilícito".

El hacer más nocivas las consecuencias del delito

Sobre esta circunstancia el recurrente no presenta ningún estudio especial. Unicamente se hace el cargo de que "se está recabando reiteradamente en la sentencia sobre la forma inicial y consecuencias que tuvo el acto de transgredir la ley para llegar a una finalidad: el abuso de confianza".

Se anota:

La valoración de esta circunstancia fue apreciada por el Tribunal así: "Se hicieron más funestas y nocivas las consecuencias del delito, porque como está suficientemente demostrado, el incendio no abarcó solamente el café que se quería hacer desaparecer y al local donde éste se almacenaba, sino también a la iglesia de la población de Balboa, producto de la labor ciudadana de muchísimos años, hija del esfuerzo de la población toda, que quedó total y definitivamente destruída.

"Que se perjudicó, además, a varias personas, y no por mero accidente, nos lo está diciendo el hecho de que los perjudicados en este asunto fueron varios: la Federación de Cafeteros en primer término a quien se le birló una suma respetabilísima de dinero; el propietario del local donde se depositaba el grano; los vecinos propietarios cuyas edificaciones sufrieron mengua con el incendio y la Diócesis y el pueblo mismo quienes vieron desaparecer el templo dedicado al culto".

Es decir, el demandante no ha demostrado en qué consiste el error de hecho ni el de derecho en el cual incurrió el Tribunal al apreciar esta circunstancia de mayor peligrosidad.

La posición distinguida de los delincuentes, su grado de ilustración, riqueza, dignidad y oficio

Afirma el demandante: "No está acreditado que ninguno de los reos sean o hayan sido de aquellas figuras de parroquia que mueven con hilos secretos toda una organización social. Precisamente fue su falta de sobresalientes ciudadanos que ocupaban puesto distinguido, lo que hizo que las miradas amenazadoras y las consejas públicas se movieran tenebrosamente en su alrededor. Si la posición hubiera sido distinguida, política o socialmente, las consejas no se habrían desatado con la ferocidad con que se hizo".

Se estudia:

Prácticamente el cargo no está fundado. Sin embargo la Sala hará algunas consideraciones sobre el particular.

Esta circunstancia hace referencia a aquella posición que ocupa el delincuente dentro de la sociedad, bien sea por su **ilustración, riqueza, dignidad u oficio.** Pero su existencia real no se subordina a la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que enumera el código, en el sentido de que en una misma persona se reúnan los

atributos de **ilustración, riqueza dignidad u oficio,** basta la presencia de uno solo de esos elementos para que el juzgador pueda valorarlo como circunstancia de mayor peligrosidad.

Es indudable que los autores del delito, por razón del cargo que desempeñaban estaban investidos de una prerrogativa o consideración especial en relación con los demás elementos de la sociedad; no sólo tenían una marcada posición social, sino que en sus manos estaban los intereses de la Federación como entidad compradora y los del productor del grano como intermediario. Por esto, la posición distinguida en relación con el oficio que desempeñaban, les daba una mayor preponderancia e influencia sobre cualquier otra persona que no manejaba intereses cuantiosos ni desempeñaba el cargo de agente de la Federación para las compras de café, ni era administrador de dichos almacenes.

En los pueblos pequeños —como anota el Tribunal— y sobre todo en aquellos dedicados a la industria del café, el ciudadano de mayor prestancia es sin duda aquél que representa los intereses de la Federación para la compra de las cosechas "los campesinos ven en el representante de aquella entidad un verdadero salvador de sus intereses porque las compras de grano que él hace, casi siempre con precios por encima de los pagados por los negociantes, les evita el dolor de tener que dar sus productos a precios reducidos y menguados".

No es necesario que los autores del delito "hayan sido de aquellas figuras de parroquia que mueven con hilos secretos toda una organización social". Basta, pues, que concurra una de las modalidades que configuran esta circunstancia para que ella pueda ser aplicada. Si los delincuentes no movían "toda una organización social" sí controlaban uno de los mejores negocios de los habitantes de esa región como lo era el café. Esta posición privilegiada sobre los demás negociantes, este manejo de dineros para controlar la especulación de los otros negociantes, es lo que configura la circunstancia de mayor peligrosidad valorada por el Tribunal.

Por último —dice el recurrente— que el Tribunal violó la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma y argumenta así:

"El Tribunal sentenciador, al elevar la pena, violó la interpretación del artículo 33 del Código Penal y, consecuencialmente, los artículos 252 y 414 del Código Penal, lo mismo que una tradicional jurisprudencia sentada en interpretación de las disposiciones sustantivas infringidas".

Luégo cita los apartes de la providencia del Tribunal en los cuales se hace la imposición de la pena correspondiente para cada uno de los procesados y concluye:

"Como se ve, la Sala al graduar la pena para los reos, tomó en consideración no solamente la base de acumular en contra de los reos todos los elementos de peligrosidad previstos en el artículo 37 del Código Penal, confundiendo en las personas de los reos situaciones disímiles, sino que hizo el cómputo sobre la base de dos **infracciones penales,** en vez de aplicarse la más grave (el incendio), con los aumentos establecidos en el caso improbable de que los elementos de peligrosidad que deduce el Tribunal sean aceptables. Pero no partiendo de la pena imponible, sino de la pena impuesta como límite mínimo.

"En esta forma ostensiblemente injusta en que hizo el Tribunal el cómputo de la pena, se han violado las disposiciones de los arts. 252 y 414 del Código Penal, como consecuencia de la errada interpretación de los artículos 33 y 37 del Código Penal que sirvió de derrotero al fallo que es motivo de la casación".

Se analiza:

No existió violación alguna del principio universal **non bis in idem,** porque las circunstancias de mayor peligrosidad —en este caso— no eran elementos constitutivos de ninguno de los delitos por los cuales se juzga a los procesados. Se violaría el principio citado por el demandante, si esas circunstancias, siendo elementos constitutivos del delito o modificadores de la responsabilidad, se hubieran tenido en cuenta por el juzgador, ora para determinar la base de la sanción como infracción de la ley penal, y al mismo tiempo como circunstancia de mayor peligrosidad para aumentar la pena.

El Tribunal no "calificó dos delitos y aplicó dos penas, en vez de aplicar la señalada para el caso más grave", como lo sostiene el recurrente. El fallador, como lo expresa el artículo 252 inciso segundo del Código Penal fijó la sanción de tres años y medio que es la pena determinada para el delito más grave, y sobre esa base hizo el correspondiente aumento para el segundo delito de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 del Código Penal.

Teniendo en cuenta las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que militan en contra de los procesados no aplicó el máximo y mínimo de la sanción, sino que tomó un término medio entre estos dos límites, pues, el hecho de que los deli-

tos se sancionen de acuerdo con la disposición del artículo 33 del Código Penal, no impide ni limita al arbitrio judicial para que el juzgador pueda graduar la sanción dentro del máximo o mínimo fijado por la ley.

"La subjetividad —ha dicho la Corte— casi incontrovertible de que disfruta el impartidor de la justicia penal para mover su entendimiento entre los **bajos mínimos y los altos máximos** de la sanción en la mayor parte de los delitos, es **un arbitrio respetable que únicamente en casos excepcionales dejará decir que hubo yerro en la pena** por exceso o por defecto, siempre que el juzgador de instancia haya tenido en cuenta aquella ponderación. Y es que, medidas la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y apreciados los motivos determinantes y la personalidad del agente, difícil ha de ser para el superior concluír que el inferior, al sancionar, v. gr., el homicidio que contempla el artículo 362 con diez años de presidio, debió reprimirlo más bien con nueve o con doce años".

En estas condiciones, la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por el cual se condenó a Enrique y Prudencio Henao Marín a la pena principal de seis y cinco años de presidio, respectivamente, como responsables de los delitos de incendio y abuso de confianza.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada.—Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RECONSTRUCCION DE PROCESOS CIVILES DESTRUIDOS DURANTE EL INCENDIO DEL PALACIO DE JUSTICIA DE BOGOTA, OCURRIDO EL 9 DE ABRIL DE 1948

1.—No puede hablarse de la reconstrucción de un proceso o actuación necesaria para la ventilación de un juicio, ni son aplicables al caso las normas que sobre el particular contiene el Decreto 1683 de 1948, cuando la demanda no fue siquiera conocida del demandante por no haber alcanzado a notificársele antes de que fuera destruída por las llamas, pues no existía relación jurídico procesal que pudiera atar al presunto demandado.

2.—Todas las normas contenidas en el decreto 1683 confluyen a demostrar que la solicitud de reconstrucción es incidente que debe ventilarse entre las partes. Al Juez no le es dado decretarla de oficio o con prescindencia de alguna de aquéllas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

El H. Tribunal Superior de Bogotá rechazó en auto de ocho de febrero del año en curso, la solicitud que el doctor Enrique A. Becerra, como apoderado de los señores Salustiano, Alfredo, Alberto Martín y otros, hizo ante aquella entidad sobre la reconstrucción de un juicio.

El H. Tribunal, por primera providencia había exigido al demandante que indicara "qué Fiscal de este Tribunal conoció del negocio que se pretende reconstruir".

Esa providencia provocó esta aclaración del doctor Becerra: "la primitiva demanda fue repartida al H. señor Magistrado a quien me dirijo, quien la admitió y dispuso que se corriera traslado de ella al señor Fiscal de esa Corporación; y como tal auto aún no había sido notificado al suscrito, cuando ocurrió el incendio, tal traslado no pudo surtirse y, por consiguiente, no pudo quedar determinado el Fiscal a quien debiera corresponder mediante el repartimiento que debía verificarse entre los fiscales que actúan ante esa H. Corporación".

El **a quo** proveyó entonces en la siguiente forma: "El juicio ordinario tiene vida jurídica desde la notificación de la demanda, no habiéndose llevado a efecto esta diligencia no **existe juicio** puesto que no se ha constituído la situación jurídico procesal.

"Como en el anterior memorial se afirma que estaba sin notificar la demanda al señor Fiscal, representante de la Nación, cuando se destruyó el expediente, no existía el juicio, y por tal razón, no puede darse aplicación en este caso, a las normas del Decreto 1683 de 1948.

"En consecuencia, se rechaza la anterior demanda de reconstrucción, quedando a salvo para el demandante la acción pertinente conforme a nuestro procedimiento civil".

Suplicó el doctor Becerra esta última providencia y en subsidio apeló. Negado el primer recurso, ha venido a la Corte por vía de apelación.

Con el señor Procurador Delegado se surtió el traslado legal y está para resolverse la alzada.

Se considera:

El Decreto número 1683 de 1948 provee a la reconstrucción de los procesos civiles que fueron destruídos con ocasión del incendio del Palacio de Justicia.

Establece un procedimiento especial para revivir procesos que estuvieron en curso, pero que dejaron de estarlo por causa de aquel suceso. Ese procedimiento implica la ventilación de un incidente cuyas normas están previstas en el decreto nombrado.

Quien afirma haber instaurado el juicio que las llamas destruyeron, está obligado, de acuerdo con el decreto, a cumplir con el reglamento impuesto en el artículo 2º, en orden a establecer sumariamente la existencia del juicio, las resoluciones dictadas en él y el estado en que se hallaba al tiempo de la reconstrucción.

Al demandado o presunto demandado debe oírlo

el Juez en la forma establecida en los artículos 3º, 4º, 5º y 6º, y si él conviene en la existencia del juicio, y de su exposición resulta que dicho juicio se hallaba en el estado que afirma el demandante, habrá lugar a su adelantamiento, de acuerdo con las reglas generales. De lo contrario el incidente debe pasar por término de pruebas.

De acuerdo con lo probado dirá el Juez qué es lo que debe reconstruírse del proceso.

Todo lo dicho confluye a demostrar que la solicitud de reconstrucción es incidente que debe ventilarse entre las partes. Al Juez no le es dado decretarla de oficio o con prescindencia de alguna de aquéllas.

La petición del doctor Becerra no puede tener otro alcance, por el momento, que el de poner en actividad una actuación que sin el siniestro de abril estaría en curso.

Y resulta entonces que la demanda no fue siquiera conocida del demandado, como lo advierte el mismo doctor Becerra, puesto que a aquél no se le notificó.

El Tribunal está en lo cierto al decir que no existía la relación jurídico procesal que pudiera atar al presunto demandado.

En tales circunstancias no puede hablarse de reconstrucción del proceso o actuación necesaria para la ventilación de un juicio. Este se va a incoar hasta ahora, y para ello no es necesario usar de la tramitación especial establecida en el Decreto 1683 de 1948.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis Rafael Robles. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — NO SOLO LOS PARIENTES DE LA VICTIMA Y LAS PERSONAS QUE TENGAN EL CARACTER DE HEREDEROS DE ESTA PUEDEN DEMANDAR LA INDEMNIZACION POR EL DAÑO QUE LA MISMA SUFRIO, SINO QUE PUEDE HACERLO TODO AQUEL A QUIEN EL DELITO O LA CULPA HAYA INFERIDO DAÑO

1.—Los artículos 2341 y 2356 del C. C. no exigen que cuando el daño proviene de la muerte de una persona sólo puedan ser damnificados los parientes de la víctima, sino que dan derecho a cobrar la indemnización a todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño. El perjuicio material, el accidente que causa la muerte de una persona y que da lugar a la indemnización de perjuicios, no puede considerarse como un bien patrimonial del muerto, por cuanto la muerte no tiene eficacia para acrecentar el patrimonio del fallecido. Entonces son las personas que por vivir directamente del esfuerzo del muerto o por derivar utilidad cierta y directa de sus actividades tienen el derecho, la personería y la acción para reclamar la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas. Generalmente las personas que sufren el perjuicio son las ligadas con el fallecido por vínculos muy próximos de consanguinidad o por el vínculo del matrimonio, lo cual es muy razonable y no da lugar a dificultades, pero esto no quiere decir que por este motivo deba demandarse la indemnización para la herencia o para la sociedad conyugal disuelta, porque, como ya se expresó, ni el accidente, que se traduce en indemnización, ni las consecuencias de aquél, entran en el patrimonio del DE CUJUS, y quienes sufran el perjuicio actual y cierto son en cada caso determinadas personas únicamente a quienes aprovecha la vida del fallecido, porque su actuación o actividad se traducía en pro de ellas, a veces por el mismo imperio de la ley, por concepto de alimentos, educación, establecimiento, etc.

2. — Es indudable que la acción de responsabilidad civil extracontractual de que tratan los artículos 2341 y 2356 del C. C. se puede ejercer, de acuerdo con la doctrina de los artículos 2347 y 2349 ibídem, contra el autor del acto culposo o contra la persona a cuyo cuidado o bajo cuya dependencia se encontraba aquél. También es doctrina de la Corte que el artículo 2356 del citado código suministra base suficiente de presunción de culpa, contra quien realiza actividades peligrosas, como son el transporte, la aviación, la navegación, etc.; y que por virtud de la presunción legal que exime de la carga de la prueba a la parte en cuyo favor obra la presunción, el actor queda relevado de probar la existencia de la culpa que dio origen o que causó el daño cuya reparación se demanda. La presunción de culpa en las citadas acciones se apoya en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo no puede tenerlo debido a la posición que ocupaba cuando la sorprendió el hecho lesivo y era completamente ajena y extraña a la ejecución de ese hecho.

Pero cuando la persona que sufre el daño es el empleado o dependiente a quien se le ha encomendado la dirección o quien con tal carácter interviene en el manejo de la cosa dañosa, desaparece la presunción de culpa que en otras circunstancias, como ya se deja dicho, obra contra el dueño o empleador, porque estando el operario ligado para con aquél a cumplir correctamente la función que le ha encomendado, sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencias necesarias para evitar no solamente que la cosa que maneja u opera cause daños, como lo estaría el mismo dueño si él fuera el operario, sino de cuidar también de la conservación de la cosa, impidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore. Por tanto, si la persona que se halla en posición de dependiente se causa un daño cuando por cuenta del dueño o patrono acciona sobre la cosa que dirige o ayuda a manejar, no puede presumirse culpa en el em-

pleador para el efecto de exigirle responsabilidad aquiliana, porque tiene como aquél, en su caso, la obligación de conducir con cuidado y diligencia, que, se repite, el accidente se considera como hecho propio del cual tiene que sufrir sus consecuencias. En semejantes circunstancias es indispensable, para la prosperidad de la acción probar que el hecho dañoso no es el resultado o consecuencia necesaria de actos u omisiones del empleado equivalentes a culpa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Belisario Agudelo D.)

En la mañana del 25 de agosto de 1941 decoló el avión Ford número 644, por orden de la Dirección Nacional de Aviación, para hacer el viaje de correo establecido para esa fecha todos los meses de Tres Esquinas, Caucayá, Tarapacá, Leticia y viceversa. Ya de regreso, y después de un vuelo de 8 horas y 17 minutos, informó en alta voz el mecánico que la gasolina se había acabado, pues los motores desencronizaron y mermaron sus revoluciones hasta pararse el del lado derecho y luégo el del lado izquierdo. El piloto, mayor Alvaro Almeida, ordenó en alta voz amarrarse todo el mundo y verificó un viraje en tanto que el copiloto capitán Alvaro Wiesner accionó a todo gas el motor del centro y el mecánico el estabilizador, pero contra un árbol topó el ala izquierda del avión, se vino a tierra sobre el motor central y se incendió totalmente. Entre los que perecieron por causa del accidente figura el copiloto Wiesner, hijo, hermano y sobrino respectivamente de Manuel Alfredo y Ana Lucía Wiesner y de Mario Villamizar W., personas éstas a quienes aquél ayudaba a su sostenimiento con buena parte de su sueldo y a quienes su muerte privó de los medios económicos de que disfrutaban para vivir de acuerdo con su posición social.

Considera el mandatario judicial de los citados Wiesner y Villamizar que el Estado es responsable de los perjuicios provenientes del hecho dañoso del avión, hecho que imputa a culpa civil "por causa o con ocasión del establecimiento y funcionamiento del servicio público de aviación, o por causa o con ocasión de la explotación, uso o guarda en general del mencionado aparato, o por virtud de la conjugación de esas pruebas". Por tales motivos pide que en juicio ordinario se declare que el Estado colombiano es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos con motivo de la muerte de Jacobo Wiesner, y que, por consiguiente, debe pagarle la cantidad que por tal concepto se deduzca en el juicio o la que posteriormente se fije al irse a cumplir la sentencia que imponga las obligaciones demandadas.

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 15 de junio de 1944, oportunamente apelada por ambas partes, halló que la señora Ana Lucía Wiesner y el menor Mario Villamizar Wiesner carecían de personería sustantiva para demandar en este juicio; que no estaban probadas las excepciones propuestas de fuerza mayor y de caso fortuito; hizo en favor de Manuel Alfredo Wiesner las declaraciones pedidas en la demanda, y ordenó que los perjuicios materiales se fijaran conforme al procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., y que por los perjuicios morales subjetivos debía pagarle la Nación mil pesos.

El Tribunal halló que era competente para fallar sobre la acción establecida. Observó que de conformidad con la ley 169 de 1936, el seguro de vida del personal técnico de aviación que muere en accidentes de esta clase procede aún en el caso de que este accidente sea fortuito, lo cual excluye la prueba de toda culpa; recordó que la Corte ha sostenido que el fin del seguro colectivo es indemnizar los perjuicios causados por los riesgos profesionales; que la responsabilidad por culpa emana de la concepción jurídica enteramente distinta que tiene como base un hecho proveniente de culpa, y que no hay entre nosotros normas especiales que excluyan la indemnización civil en asuntos como el que es materia de este negocio, o que limitan o subordinan las acciones judiciales, de donde concluye que independientemente de la acción de responsabilidad industrial existe a la vez la responsabilidad civil originada a la vez en culpa aquiliana.

Para fundar la carencia de acción de los demandantes Ana Lucía Wiesner y Mario Villamizar Wiesner, quienes se presentan como herederos del Capitán Wiesner, dice el Tribunal que por haber dejado el finado a Manuel Alfredo Wiesner como único pariente más próximo, es a él a quien la ley llama de preferencia, por transmisión, a recoger la herencia, según el artículo 42 de la Ley 45 de 1936 y concordantes en relación con la sucesión intestada, y que a la herencia del finado corresponde el valor de los perjuicios causados.

Respecto a la existencia del hecho perjudicial,

del daño cuya reparación se demanda y del nexo de causalidad entre el accidente y la muerte del capitán Wiesner, hace el Tribunal una recapitulación de las pruebas que permiten concluir: que el 27 de agosto de 1941 el avión marca Ford número 644 de propiedad del Gobierno Nacional y que cumplía un servicio especial, cayó en el corregimiento de La Pedrera, Intendencia del Amazonas, destruyéndose completamente; que a consecuencia de este accidente perdió la vida el Capitán del Ejército Jacobo Wiesner, quien junto con el Mayor Alvaro Almeida, conducía el avión en calidad de copiloto; que el Capitán Jacobo Wiesner se encontraba el día del accidente en perfecto estado de salud, y constituía el apoyo material de la famliia, la cual quedó a consecuencia de tal hecho desgraciado, privada de esa ayuda".

Respecto a la imputabilidad del daño a la Nación, afirma que resulta del hecho de que los órganos del Estado, cada uno dentro de su respectiva esfera de ación, tienen el carácter de gobernantes y representantes de la Nación, de tal manera que cualquier acto que ejecuten se reputa cumplido por la persona moral a cuyo nombre fue ejecutado y que en el momento del accidente **en el** cual perdió la vida el Capitán Wiesner se cumplía un acto del servicio oficial dispuesto por las autoridades del ramo militar.

La existencia de perjuicios materiales sufrido por el actor la deduce de que por la muerte del Capitán Wiesner quedó su padre privado de la ayuda pecuniaria que de él recibía para su sostenimiento, lo que deduce del vínculo de parentezco del actor con el finado, y cuyo valor estima en mil pesos, en ejercicio del arbitrio judicial.

La parte actora impugna la sentencia: a) Por reducido el monto del perjuicio moral para el señor Wiesner, toda vez que éste educó a sus hijos y vivió con ellos desde pequeños en la mayor intimidad y cariño y porque tratándose de persona que había coronado una carrera y la estaba ejerciendo con éxito brillante, su muerte debe ocasionar al padre el mayor dolor moral concebible; b) Porque no es razonable juzgar que si está vivo el padre no tenga el hermano derecho a sufrir el dolor por la pérdida de su hermano; c) Porque si el lazo de parentezco sirve para explicar el móvil lícito y humanó de la ayuda económica, no es racionalmente jurídica la tesis de que el heredero de grado más próximo excluya de participar en las indemnizaciones a herederos de grado más remoto y se les niegue la legitimación en causa, y d) Porque para la determinación de la cuantía de los perjuicios materiales existen en el expediente datos suficientes para fijarla concretamente.

No hay necesidad de entrar en interpretaciones de la demanda para afirmar que no se trata de cobrar perjuicios provenientes de no cumplimiento para con el finado, de manera oportuna y completa, de obligaciones provenientes de un acuerdo de voluntades respecto a dar, hacer o no hacer alguna cosa. La demanda versa sobre culpa aquiliana o extracontractual, pues la acción tiene por objeto cobrar los perjuicios provenientes de un hecho que los actores consideran lesivo de sus intereses, ya que no van a recibir en lo sucesivo el auxilio económico que del finado recibían periódicamente.

Los artículos 2341 y 2356 del C. C. no exigen que cuando el daño proviene de la muerte de una persona sólo puedan ser damnificados los parientes de la víctima sino que dan derecho a cobrar la indemnización a todo aquél a quien el delito o la culpa haya inferido daño. El perjuicio material, el accidente que causa la muerte de una persona y que da lugar a la indemnización de perjuicios, no puede considerarse como un bien patrimonial del muerto, por cuanto la muerte no tiene eficacia para acrecentar el patrimonio del fallecido. Entonces son las personas que por vivir directamente del esfuerzo del muerto o por derivar utilidad cierta y directa de sus actividades tienen el derecho, la personería y la acción para reclamar la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido las perjudicadas. Generalmente las personas que sufren el perjuicio son las ligadas con el fallecido por vínculos muy próximos de consanguinidad o por el vínculo del matrimonio, lo cual es muy razonable y no da lugar a dificultades, pero esto no quiere decir que por este motivo deba demandarse la indemnización para la herencia o para la sociedad conyugal disuelta, porque, como ya se expresó, ni el accidente, que se traduce en indemnización, ni las consecuencias de aquél, entran en el patrimonio del **de cujus,** y quienes sufran el perjuicio actual y cierto son en cada caso determinadas personas únicamente a quienes aprovecha la vida del fallecido, porque su actuación o actividad se traducía en pro de ellas, a veces por el mismo imperio de la ley, por concepto de alimentos, educación, establecimiento, etc. (véase sentencia de la Corte de 24 de junio de 1942 y de 26 de agosto de 1943, G. J. números 1986, página 661, y 2001 a 2005, página 78).

Las mismas partes están de acuerdo a este respecto. La parte actora dice: "La alegación para

desconocer la personería sustantiva de Ana Lucía Wiesner de Villamizar y de su hijo Mario no puede ser admitida si se tiene en cuenta que no se trata de liquidar el patrimonio sucesoral de un causante, desde luego que no se están reclamando bienes de un patrimonio anterior sino únicamente reconociendo la indemnización de los perjuicios causados a quienes dependían económicamente de la ayuda del desaparecido.... En este caso se trata de una acción de responsabilidad extracontractual que se ha entablado contra la Nación con el propósito de obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados a los parientes y allegados de la víctima, o que económicamente dependían de ésta, pero en realidad no se trata de derechos patrimoniales de la víctima anteriores a la ocurrencia del suceso....". Y el Procurador Delegado en lo Civil dice: "Considera la Procuraduría que es éste un juicio civil en el que se imputa culpa extracontractual a la parte demandada. Es decir: la parte demandante ha intentado una acción de responsabilidad extracontractual para obtener el pago de perjuicios por culpa civil del demandado". Luego si los actores se consideran personal y directamente lesionados por el hecho y en la forma que indican tienen derecho a establecer demanda indemnizatoria sin consideraciones a la calidad de herederos. Por lo expuesto se considera legalmente errada la declaración de carencia de personería sustantiva que se hace en la sentencia que se revisa.

Dice el Tribunal que "la imputabilidad de ese daño a la Nación resulta del hecho de que los órganos del Estado, cada uno dentro de su respectiva esfera de acción, tienen el carácter de gobernantes y representantes de la Nación en todos los actos que llevan a cabo en su calidad de tales, de tal manera que cualquier acto que se ejecute por esos órganos, se reputa cumplido por la persona moral a cuyo nombre fue ejecutado. Sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamenta la culpa aquiliana y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido estudiando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros —ha dicho la Corte— o sea ante la teoría que el derecho administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño de terceros por los actos de los agentes, llamada "de faltas del servicio", con cualquiera de esos dos criterios que se emplee aun del sujetivo del C. C., resulta gravemente comprometida la responsabilidad del Estado". Esta doctrina es valedera en casos de terceros perjudicados y por tanto no es aplicable al presente caso.

Es indudable que la acción de responsabilidad civil extracontractual de que tratan los artículos 2341 y 2356 del C. C. se puede ejercer, de acuerdo con la doctrina de los artículos 2347 y 2349 ibídem, contra el autor del acto culposo o contra la persona a cuyo cuidado o bajo cuya dependencia se encontraba aquél. También es doctrina de la Corte que el artículo 2356 del citado código suministra base suficiente de presunción de culpa, contra quien realiza actividades peligrosas, como son el transporte, la aviación, la navegación, etc.; y que por virtud de la presunción legal que exime de la carga de la prueba a la parte en cuyo favor obra la presunción, el actor queda relevado de probar la existencia de la culpa que dio origen o que causó el daño cuya reparación se demanda. La presunción de culpa en las citadas acciones se apoya en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo no puede preverlo debido a la posición que ocupaba cuando la sorprendió el hecho lesivo y era completamente ajena y extraña a la ejecución de ese hecho.

Pero cuando la persona que sufre el daño es el empleado o dependiente a quien se le ha encomendado la dirección o quien con tal carácter interviene en el manejo de la cosa dañosa, desaparece la presunción de culpa que en otras circunstancias, como ya se deja dicho, obra contra el dueño o empleador, porque estando el operario obligado para con aquél a cumplir correctamente la función que le ha encomendado, sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia necesarios para evitar no solamente que la cosa que maneja u opera cause daños, como lo estaría el mismo dueño si él fuera el operario, sino de cuidar también de la conservación de la cosa, impidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore. Por tanto, si la persona que se halla en posición de dependiente se causa un daño cuando por cuenta del dueño o patrono acciona sobre la cosa que dirige o ayuda a manejar, no puede presumirse culpa en el empleador para el efecto de exigirle responsabilidad aquiliana, porque tiene como aquél, en su caso, la obligación de conducir con cuidado y diligencia, que, se repite, el accidente se considera como hecho propio del cual tiene que sufrir sus consecuencias. En semejantes circunstancias es indispensable, para la prosperidad de la acción, probar que el hecho dañoso no es el resultado o con-

secuencia necesaria de actos u omisiones del empleado equivalentes a culpa.

Lo anterior es doctrina constante de la Corte en sus dos Salas de Casación y de Negocios Generales.

Si se citaran jurisprudencias como las francesas, italianas, etc., etc., a que se refiere Giorgi (volumen V número 312), relativas a presunciones para fundar la obligación de indemnizar al empleado, se dirá que entre nosotros semejantes presunciones de responsabilidad son bastantes para obligar al patrono a pagar los perjuicios por accidentes, cuando entre el hecho y el daño o lesión existe relación de causalidad, sin que el obligado pueda exonerarse sino mediante la prueba de fuerza mayor o culpa grave de la víctima. La influencia de otra presunción de culpa es cuestión de nuestra jurisprudencia y al respecto se hace la siguiente transcripción, en lo más relacionado con el accidente que aquí se contempla: "Tratárase de un tercero extraño a la empresa del ferrocarril, o de un obrero de ésta cuyas funciones fueran ajenas a la movilización del convoy, muerto en las mismas condiciones de Agustín Valero, bastarían las solas circunstancias de esa muerte, para presumir la culpa del demandado, en razón de la posición que ocupaba la víctima frente al autor del hecho. Empero en el presente caso la culpa del demandado no es materia propia de presunciones. Agustín Valero era empleado o dependiente de la parte demandada; desempeñaba las funciones de frenero en el tren que lo golpeó; en ejercicio de estas funciones ocupaba un puesto de peligro, que él debía conocer, y que lo obligaba a desplegar mucho cuidado y diligencia en la actividad que le competía, precisamente entre otros fines, con el de resguardarse de aquel peligro. De ahí que fuera arbitrario presumir la culpa de la empresa, siendo así que el empleado tenía a su cargo ese deber primordial de vigilancia inclusive consigo mismo, que lo situaba en un plano especial de relaciones con respecto a ella, distinto al que ocupara otra persona ajena a la empresa o a la movilización de los convoyes. En sentencia de fecha 8 de noviembre del año próximo pasado, que está sin publicar en la **Gaceta Judicial**, pronunciada en el juicio ordinario de Florencia Córdoba v. de Abadía por la muerte de su esposo el Capitán César Abadía, esta Sala se inspiró en un criterio semejante, como reflejo del cual en uno de sus párrafos dijo que el empleado o dependiente, "que en ejecución de las funciones de conductor, chofer, maquinista, piloto, mecánico, obrero, etc., se causa daños en los momentos en que actúa, originados en un accidente, en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho a la reparación".

La comisión nombrada para investigar las causas del accidente conceptuó que éste se originó únicamente por falta de gasolina. En el correspondiente informe se lee: "....10.—De la manera como los motores fallaron: 1º—Disminución de revoluciones en el motor izquierdo. 2º—La misma falla en el motor derecho. Casi inmediatamente se desprende que **la falla se debió a falta de gasolina,** suposición que confirma el grito del mecánico primero: "Nos quedamos sin gasolina....". (Subraya la comisión informadora).

Las declaraciones de los tres sobrevivientes corroboran el concepto de los expertos. En la rendida por el mecánico Jorge Velásquez se lee: "....Casi instantáneamente el mecánico Montoya que iba de pies en la parte de la cabina de pilotos me hizo con la mano la seña de amarrarnos y gritó al operador: "Se nos acabó la gasolina".

La conclusión de los expertos sirvió de principal fundamento a esta Sala para ordenar a la Nación pagar los perjuicios sufridos por la muerte en el mismo accidente de Miguel Salamanca Aguilera (sentencia de 13 de septiembre de 1948, G. J. números 2062-2063, página 629), persona ajena a la tripulación de la nave.

Los obligados a proveer la nave de gasolina eran el piloto, el copiloto y el mecánico. Se lee en el informe o certificación suscrito por el Coronel Luis A. Rodríguez M., Director General de la Fuerza Aérea: "....Al punto d): En tierra hacen obligatoriamente inspección pre-vuelo: el piloto, el copiloto y el mecánico. El piloto chequeando la carga, el combustible, las cabinas, los motores, su calentamiento y el radio. El copiloto, el combustible (midiendo en los tanques), el peso y balanceo del avión, compartimentos, amarre de la carga, etc. El mecánico chequeando combustibles, lubricantes, líquidos de sistemas, equipos de emergencia....". Este informe se acepta como prueba en atención a lo dispuesto en el artículo 632 del C. J.

De lo anterior se concluye que la diligencia y cuidado del aprovechamiento de gasolina correspondía en su totalidad, pues no era posible de división o de cuota, al finado copiloto Jacobo Wiesner. Si en el aprovisionamiento hubo descuido no

se le puede culpar a la parte demandada: **res ipsa loquitur.**

Por lo expuesto, 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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar niega las declaraciones solicitadas en la demanda que ha sido materia de esta sentencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Luis A. Flórez. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado (con salvamento de voto) — **Luis Rafael Robles—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS RAFAEL ROBLES

La circunstancia de no compartir algunas de las apreciaciones del fallo precedente, que a mi juicio han determinado las conclusiones a que allí se llega, me mueven a explicar ahora las razones de mi disentimiento.

Admite la Sala que el accidente del avión número 644 se debió a falta de gasolina, según el informe de la comisión técnica designada para indagar las causas del siniestro. Y estimando que del suministro de combustible debía responder el copiloto Jacobo Wiesner, junto con el piloto y con el mecánico, concluye por considerar exenta de toda culpa y responsabilidad a la Nación, frente al reclamo de los perjudicados con la muerte del expresado copiloto.

Pero bien: cuál es la prueba de que al copiloto Jacobo Wiesner le incumbía, por razón de sus funciones, la responsabilidad por el suministro de combustible al avión Ford número 644, en unión del piloto y del mecánico?

Para la Sala esa prueba consiste, exclusivamente, en el certificado expedido el 5 de noviembre de 1948 por el señor Director General de la Fuerza Aérea, Coronel Luis A. Rodríguez, que en lo pertinente dice:

"Al punto d): En tierra hacen obligatoriamente inspección pre-vuelo: el piloto, el copiloto y el mecánico. El piloto chequeando la carga, el combustible, las cabinas, los motores, su calentamiento y el radio. El copiloto, el combustible (midiendo en los tanques), el peso y balanceo del avión, compartimientos, amarre de la carga, etc. El mecánico, chequeando combustibles, lubricantes, líquidos de sistemas, equipos de emergencia, equipos sanitarios, víveres, oxígeno, agua potable, calentamiento y prueba de motores. Sobre todo lo anterior no hay reglamentación escrita, pero se desarrolla desde la escuela en programas de instrucción oral" (folios 59 v. y 60 del cuaderno No. 3).

No estoy de acuerdo con el valor probatorio que mis honorables colegas le atribuyen a este certificado, en relación con las funciones del copiloto Jacobo Wiesner.

En mi concepto las funciones de los agentes de un servicio público, cualquiera que éste sea, deben demostrarse ante todo con la ley, el reglamento o las órdenes superiores en que tales funciones se detallen, como se desprende del artículo 239 del Código de Régimen Político y Municipal, que dice:

"A los empleados nacionales no se les pueden imponer deberes sino por las leyes, por los reglamentos del Gobierno y por las órdenes de sus respectivos superiores....".

Sin embargo, cuando los deberes de los agentes de un servicio público no están reglamentados, como en el presente caso, según lo afirma el propio Director General de aviación, no creo que puedan demostrarse esas funciones sino por medio de los **usos o prácticas** del servicio, no con lo que asevere un funcionario del ramo de mayor jerarquía, por eminente que sea su investidura.

Fuera de esto, considero que el mérito de los certificados expedidos por los funcionarios públicos, cuando no se refieran a "los negocios que les están confiados por razón de su empleo" y acerca de los cuales haya constancia escrita en los archivos de la oficina, depende de los hechos que allí se atestigüen o aseveren. Esos certificados no tienen valor, a mi juicio, sino cuando se trata de hechos que pasan ante el funcionario que los expide, siempre que ocurran durante el ejercicio de sus funciones, y que de ellos no quede dato en el respectivo proceso administrativo. En otros términos: juzgo que puede aplicarse a los demás funcionarios públicos, por extensión, lo dispuesto para los jueces por el artículo 632 del C. J., en materia de certificaciones.

Mas no es éste el caso del certificado expedido por el señor Director General de la Fuerza Aérea, ya que de su texto se colige que para indicar las funciones de los pilotos, de los copilotos y de los mecánicos —en la aviación militar— no se ha tenido en cuenta sino lo que se enseña o "desarrolla en la escuela en programas de instrucción oral".

Al disentir de mis honorables colegas, he tomado también en consideración otras pruebas del proceso, que a mi juicio no permitían las conclusiones adoptadas por la Sala. Esas pruebas son:

1º—La comisión técnica distribuye la responsabilidad por el siniestro aéreo en la siguiente forma: "Piloto (por descuido) 50%; piloto (por inexperiencia) 10%; circunstancias locales 15%; otros

factores 10%; culpa indefinida 15%". No le imputa ninguna responsabilidad al copiloto Wiesner.

2º—En otro certificado que figura en el expediente, expedido por el Teniente Coronel Jorge A. Téllez, Jefe del Estado Mayor Aéreo, se asevera:

"Las funciones y deberes del piloto, copiloto y del mecánico de las naves aéreas militares, tanto mientras están en vuelo como mientras permanezcan en tierra, en tiempo de paz, han sido en todo tiempo, en general, las siguientes: el piloto es el comandante de la tripulación y quien conduce el avión. El copiloto reemplaza al piloto en caso necesario. El mecánico, en vuelo, en la generalidad de los aviones, no tiene ninguna función. En tierra es el encargado del mantenimiento del avión. Ya tratando más concretamente este punto, depende del tipo de avión en el cual opere la tripulación... El mecánico debe hacer la inspección pre-vuelo de mantenimiento. El piloto la confirma mediante las pruebas estipuladas en las órdenes técnicas de cada tipo de avión" (folio 6 del cuaderno número 6).

Según este certificado, entre las funciones del copiloto Wiesner no estaba ni el mantenimiento del avión en tierra, ni la confirmación de la inspección pre-vuelo. Aquélla era función del mecánico y ésta del piloto.

3º—En declaración rendida por el mecánico segundo del avión número 644, señor Jorge Velásquez, —uno de los pocos supervivientes de la catástrofe—, se lee:

"Preguntado: Cuánta gasolina le puso o vio poner al Ford número 644 desde su salida de Tres Esquinas el día veinticinco y regreso el día veintisiete? Contestó: El mecánico primero Jorge Montoya me dijo que estaba full, pues dicho señor como primero de la máquina era el encargado del aprovisionamiento de gasolina y aceite, pues yo como segundo, según orden de él, debía encargarme de la inyectada y limpieza de máquina y motores" (folio 30 v. del cuaderno número 6).

Tampoco de esta declaración se deduce responsabilidad para el copiloto Wiesner por el mantenimiento del avión.

No son más las razones de este salvamento de voto.

Luis Rafael Robles.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

No cabe imaginar siquiera que el no llamar DOCTOR a una persona pueda ser causa de perjuicios, y mucho menos que tal omisión pueda ser culpable.

Con sobrada razón dice el fallo del A QUO:

"El ejercicio de la profesión de abogado constituye una función social (artículo 1º, Ley 67 de 1935), que sólo podrán ejercer aquéllos abogados que tengan título profesional. Estas normas legales protegen el ejercicio de dicha profesión, mas no obligan al Estado, ni a persona alguna, a dar el título de doctor a la persona que haya recibido la investidura de abogado. Garantizan el ejercicio de la profesión, pero no erigen en obligación civil la norma de urbanidad que aconseja referirse a las personas por el título que se les haya discernido".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles)

El 14 de noviembre el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Bogotá, al contestar una demanda contra la Nación en que actuaba como apoderado el doctor Antonio Amézquita Ch., no le dio a éste el tratamiento de **doctor** sino el de señor.

Esta circunstancia sirvió para que el doctor Antonio Amézquita Ch., ante el mismo Tribunal Superior de Bogotá, intentara el presente juicio ordinario contra la Nación, con el fin de que se condenara a esta entidad a pagarle "los perjuicios posibles o efectivos morales o materiales" derivados de aquella omisión.

Entre los hechos de su demanda, dijo el doctor Amézquita Ch.:

"El señor Fiscal, en el referido documento de fecha 14 de noviembre de 1944, descorrió el traslado de la demanda, y al referirse a mi persona, como se ha dicho, no me reconoció mi título de "doctor", puesto que lo omitió en el acto de referirse a mí en el aludido documento.

El negocio en referencia culminó ante el Tribunal, después de adelantado en debida forma, con la sentencia de fecha ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, por medio de la cual se absolvió a la Nación de los cargos de la demanda y se condenó en costas al actor.

De este fallo apeló el demandante, motivo por el cual ha venido el asunto a conocimiento de esta Sala, donde ha recibido el trámite procesal que le corresponde.

Para resolver, se considera:

Sábese que el doctor Antonio Amézquita Ch., recibió la investidura de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, el día 1º de abril de 1927 (folios 10 v. y 11 del cuaderno número 2); que con este carácter de abogado intentó un juicio contra la Nación en el año de 1944, a nombre del señor Nicolás Liévano (folios 18 a 24 del cuaderno número 2); y que fue entonces cuando el Fiscal Primero del Tribunal de Bogotá, al dar contestación a la demanda, omitió usar para con él el tratamiento de **doctor,** reemplazándolo por el de **señor.**

Pero, ¿se ha demostrado o podido demostrar en alguna forma que esta omisión del señor Fiscal le causara perjuicios al doctor Amézquita Ch.?

Los testigos Reinaldo Junguito, Carmen Rodríguez, Manuel Tovar R., Enrique Montero, José Vicente Rojas y Alberto Junguito Hernández, llamados a declarar en esta instancia, afirman que el doctor Amézquita Ch. ha mantenido su oficina de abogado en el Pasaje Hernández número 2-24, que hace algunos años gozaba de gran clientela y que esa clientela, en los últimos tiempos, le ha disminuído sensiblemente.

Hé aquí cómo se expresan los declarantes que precisan la época hasta la cual mantuvo una abundante clientela el doctor Amézquita:

Manuel Tovar R.: "Sí me consta que desde el año de 1941 hasta el año de 1944 el doctor Amézquita tuvo bastante clientela, pero ésta ha aminorado desde este año de 1944 para acá. Esto lo he comprobado por percepción directa, ya que su oficina y la mía solo están separadas por una baranda".

Alberto Junguito Hernández: "Es cierto y me consta que desde el año de 1941 hasta mediados

del año de 1944 entraba a la oficina del doctor Amézquita buena cantidad de clientes y que desde esta última fecha, o sea desde el año de 1944 para acá, casi nadie frecuenta su bufete de abogado. Esto me consta por tener mi oficina en el mismo piso que la del doctor Amézquita....".

Al tenor de dichas declaraciones, el doctor Amézquita ha sufrido serios quebrantos en su oficina de abogado, por haberlo abandonado la mayor parte de su clientela, pero de allí no aparece cuál haya podido ser la causa de tan doloroso infortunio. En todo caso no se ha establecido ningún nexo entre la inocente omisión del señor Fiscal del Tribunal y el descenso profesional de tan distinguido abogado.

Por lo demás, no cabe imaginar siquiera que el no llamar **doctor** a una persona pueda ser causa de perjuicios, y mucho menos que tal omisión pueda ser culpable.

Con sobrada razón dice el fallo del **a quo**:

"El ejercicio de la profesión de abogado constituye una función social (artículo 1º, Ley 67 de 1935), que solo podrán ejercer aquellos abogados que tengan título profesional. Estas normas legales protegen el ejercicio de dicha profesión, más no obligan al Estado, ni a persona alguna, a dar el título de doctor a la persona que haya recibido la investidura de abogado. Garantizan el ejercicio de la profesión, pero no erigen en obligación civil la norma de urbanidad que aconseja referirse a las personas por el título que se les haya discernido".

Y sin más consideraciones la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Luis A. Flórez. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis Rafael Robles. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — COMPETENCIA DEL JUZGADOR DE SEGUNDO GRADO EN RELACION CON LA REVISION DE LA PROVIDENCIA APELADA. — FACULTADES CONSTITUCIONALES DE LAS ASAMBLEAS EN RELACION CON LOS INTERESES SECCIONALES. — RESPONSABILIDAD POR LAS COSAS QUE SE TIENEN BAJO GUARDA. — RESPONSABILIDAD POR CULPA. — PERITAZGO. — FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO. — NOCION DE LUCRO CESANTE

1.—Es de ley que al Superior no le es dado enmendar la providencia apelada en las partes de ella que no son objeto del recurso (artículo 494 del C. Judicial).

2.—Facultad constitucional tienen las corporaciones administrativas de los Departamentos para dirigir y fomentar, por medio de Ordenanzas, cuanto se refiere a los intereses seccionales y el adelantamiento interno. En ejercicio de tal facultad la Asamblea del Departamento Norte de Santander podía dedicar parte de sus propios recursos para esa urgente necesidad seccional (artículo 54, Acto Legislativo número 3 de 1910).

La promoción de obras públicas y el fomento de empresas útiles le han correspondido primordialmente a la Rama Legislativa del Poder Público desde cuando regía la Constitución de 1886.

El arreglo de los cauces naturales y la erección de murallas y diques sobre las riberas de los ríos, son obras que la Nación puede ordenar y emprender, como suprema administradora de los bienes de uso público (artículo 674 y siguientes del C. Civil). Pero la realización de tales empresas puede encomendarla a las administraciones departamentales.

3.—Como lo ha dicho la Sala de Casación Civil, "el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo ha configurado en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su capítulo XXII que ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil, dándoles una naturaleza esencialmente objetiva, y sacándolas de la competencia de la justicia ordinaria general" (sentencia de 1º de julio de 1948, G. J., Tomo LXIV página 480).

4.—Las obras dedicadas a impedir la entrada de aguas a los predios están autorizadas por el Código Civil (artículo 995), cuando el dueño del predio no está obligado a recibirlas. Para que la construcción de esas obras de defensa puedan dar a terceros acción para hacerse indemnizar, es necesario que el tercero demuestre que el constructor tuvo intención de causar daño a sus tierras o edificios.

5.—Cabe recordar que el Código de Napoleón fue el arquetipo, o al menos el derrotero que le sirvió a don Andrés Bello para la redacción del Código Civil Chileno. En ninguno de los proyectos elaborados por el señor Bello se habla de responsabilidad "por las cosas que se tienen bajo guarda" como lo dice el Código Civil francés en el artículo 1384. La disposición correspondiente a tal artículo, adoptada en el Código Civil chileno, copió del francés el principio de que "toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Pero omitió decir que "se es responsable por las cosas que se tienen bajo guarda" que es lo que ha dado motivo para que se diga que el legislador francés admitió la responsabilidad objetiva. La disposición del Código Civil chileno fue literalmente trasladada al Código civil colombiano. Lo que quiere decir que nuestro legislador no quiso tampoco consignar en texto expreso la responsabilidad "por las cosas".

Cuando nuestros Tribunales han esbozado en sus fallos la teoría de la responsabilidad objetiva han buscado asidero en la disposición del artículo 2356 del Código Civil. Al amparo de tal disposición han resuelto reclamaciones por daños causados en actividades

o explotaciones peligrosas tomando como ejemplo de tales actividades o explotaciones las de los vehículos de transporte, las de las empresas industriales de energía eléctrica, etc.

6.—Desde el derecho romano se ha considerado que el hecho que infiere injuria o daño a otra persona es genitor de la obligación reparadora. No es preciso que el hecho dañino se haya cometido de manera voluntaria y maliciosa para que origine la reparación. Puede faltar la intención de dañar, y sin embargo el lesionado por el solo hecho de haber sido víctima del daño tiene en principio acción para hacerse indemnizar. Esa norma de equidad en vez de sufrir mengua, ha adquirido consistencia y cobrado incremento con el influjo del derecho social contemporáneo.

El progreso en todas sus manifestaciones impone hoy, con más apremio que antes, la regla de conducta del cuidado y atención en las empresas y negocios propios para que no vayan a refluir en perjuicio de los demás. El Estado mismo —y en esa expresión quedan comprendidas todas las entidades de derecho público que de él emanan— ya no puede escudarse en el concepto de soberanía para obrar o dejar de obrar, si el hecho o la abstención hieren a personas o a patrimonios causándoles perjuicio.

La conducta que choca con esas normas, o que se aparta de ellas, es la que legisladores y jurisperitos vienen en llamar culpa.

Los expositores franceses anotan que el Código Civil no da una definición de culpa civil. Hacen esa observación Planiol y Ripert para dar en seguida la idea que ellos tienen de culpa. "Se incurre en ella —dicen— cuando se actúa de modo diverso de como debía obrarse". Los hermanos Mazeaud hallan que hay culpa en "todo error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida, colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio. Otros autores consideran que hay culpa en "la carencia de precauciones que la prudencia hubiera inspirado a un hombre cuidadoso y diligente".

El Código Civil colombiano dice en el artículo con que inicia el libro reglamentario de las obligaciones y los contratos, que el hecho que ha inferido o infiera daño a otra persona, da nacimiento a una obligación civil. Pero al tratar de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, no da tampoco una definición de éstas. En el artículo 63 del Título Preliminar había dicho: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido"; y al describir lo que es culpa grave, lo que es culpa leve y lo que es culpa levísima, las relaciona con normas de conducta.

Inseparable la noción de culpa de la responsabilidad moral, se explica que se la quiera configurar como un error de conducta.

"Toda la teoría de la responsabilidad —enseña Josserand—, no es otra cosa que una vasta empresa de equilibrio de derechos rivales en permanente conflicto a los cuales importa conservar en su lugar, localizarlos y controlarlos en su expresión". Las disposiciones que el C. C. destina a la reglamentación de los delitos y cuasidelitos, le permiten al Juez conducir y desenredar la lucha de intereses que en cada caso se le ponga de presente (Obra citada, T. 2º, número 426).

"Para justificar una demanda de perjuicios fundada sobre el artículo 1382 del C. Civil, no basta invocar un perjuicio y atribuir una causa determinada a ese perjuicio, sino que es preciso establecer que la causa invocada tiene efectiva relación con el perjuicio sufrido". Esa doctrina informa un gran número de fallos proferidos por los tribunales franceses.

La Sala podría aquí rememorar los diversos fallos que los tribunales de Colombia han pronunciado en el mismo sentido, cuandoquiera que se les han propuesto demandas por perjuicio, fundadas en la disposición general del artículo 2341, que en su esencia es el mismo artículo 1382 del Código Civil francés.

Ya con lo dicho puede advertirse que la responsabilidad en materia civil está configurada por tres elementos esenciales: el hecho culposo, el perjuicio y la relación de causalidad entre uno y otro.

7.—También cuando los llamados a cooperar en la investigación de cuestiones sometidas a la justicia, al evacuar su cometido lo hacen apoyados en lo que presumen, infieren, juzgan o deducen, y no en principios inconcusos de su ciencia o profesión, la ley les admite sus exposiciones y quiere que se

tengan como experticias. Pero a tales exposiciones, como producto que son de un proceso mental, las subordina a la apreciación del juez de la causa. En otros términos: la ley les da entrada a las presunción, inferencias, juicios y deducciones de los expertos, pero al juez le asigna la muy delicada función de hacer el análisis de todo ese proceso. Por el tamiz de la crítica del juez han de pasar entonces: "la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñan el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes, y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Tal es el meollo y el espíritu de la disposición contenida en el artículo 723 del estatuto de Procedimiento civil. En la exposición de motivos de la Comisión que lo redactó se lee: "El proyecto acepta la doctrina consignada en el artículo 80 de la Ley 105 de 1890, que le da fuerza obligatoria al dictamen pericial en el pleito en que se produce, porque hemos considerado en atención a los constantes y graves errores en que se suele incurrir en materia de inferencias y presunciones, por extraordinaria que sea la competencia del perito, que dicha regla aplicada en toda su amplitud daría lugar a fallos desacertados e injustos, en lo cual está de acuerdo la opinión casi unánime de distinguidos magistrados y eminentes jurisconsultos".

El artículo, de la ley 105 citada — que en su esencia quiso acoger la comisión, y que el legislador de 1931 prohijó— usa del término INCONCUSO, que equivale a evidente, palmario, firme o que no da lugar a duda ni contradicción.

Adviértese así que los dos estatutos de procedimiento nombrados están de acuerdo en establecer que al esclarecimiento de los hechos fundamentales de una demanda pueden cooperar peritos: unas veces lo harán exponiendo en forma magistral y decisiva, vale decir, como expositores, de lo que la ciencia ha definido. La ley en tal evento le rinde pleitesía a la ciencia. Y, si por querer de las partes solamente un perito ha intervenido, el único dictamen de éste basta para tener como definida la cuestión de hecho. Si más de uno ha intervenido, la ley exige uniformidad en la exposición.

Puntos habrá de los sometidos al debate judicial en que los llamados a dictaminar sobre hechos o cosas, no pueden hablar como expositores o maestros, sino que debiendo discernir sobre tales cosas o tales hechos, tendrán que conocerlos, analizarlos, inquirir por sus causas y medir y pesar sus efectos, para así estar en capacidad de pronunciar un veredicto sobre ellos. Esa serie de operaciones que en tal caso tiene que realizar el perito para formarse un juicio y sacar deducciones, tiene que someterse al conocimiento del juez de derecho. Aquí ya entra a actuar éste como crítico, en ejercicio de la función de que se ha hablado atrás.

8.—Nuestra jurisprudencia ha sido constante en sostener que los hechos expuestos en la demanda y en la contestación o al proponer excepciones perentorias, sirven para fijar el campo del litigio; lo determinan entre las partes y en la consideración del juzgador. Por lo que toca al actor, la ley le impone el deber de expresar con claridad y precisión los hechos en que funda la demanda. La prosperidad de ella depende de la demostración de tales hechos (artículos 203, 471 y 593 del C. Judicial).

9.—El Gobernador, en lo que mira al remedio de necesidades nacionales, es apenas agente del Ejecutivo. El Presidente de la República es quien tiene, constitucionalmente, la obligación de conservar en todo el territorio el orden público; y para obrar en consecución de ese fin, no necesita esperar las sugerencias de sus subordinados.

10.—El artículo 64 del C. C. —dijo la Corte en sentencia de Casación Civil de 26 de mayo de 1936 (G. J. Tomo XLIII, página 581)— definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto o que no es posible resistir. Con la conjunción O, que en esta vez no separa, sino que denota equivalencia, se identificaba en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1º de la Ley 95 de ese año, cambió la conjunción, en donde se leía " es lo mismo", por la preposición A, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de "el imprevisto" O "que no es posible resistir", dijo, "el imprevisto A que no es posible resistir". Cambiada la conjunción por la preposición surgieron con toda nitidez los dos caracteres

de la fuerza mayor o caso fortuito a saber: imprevisto e irresistible.

11.—En todos los tiempos han entendido los legisladores y los doctrinantes que la reparación por daños no se puede salir de los límites que marca la equidad.

12.— Lucro cesante. Lucro o logro, del latín LUCRUM, encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo el provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es LUCRATIVA cuando produce rendimientos a quien la ejercita. Y como éstos, en lo ordinario, se estiman en dinero, ha resultado que en el comercio y en la industria la idea de lucro se confunda con la del interés que produce el capital.

Entendido así el LUCRO, la actividad o cosa que lo produce deja de ser lucrativa cuando deja de producir utilidades. En el lenguaje mercantil e industrial se dice que una empresa deja de ser lucrativa cuando no se le saca al capital invertido el interés que le corresponde.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

La señora Virginia Soto de Faccini, mayor y vecina de Bogotá, demandó al Departamento Norte de Santander y al Municipio de Cúcuta para que previa la tramitación de un juicio ordinario, se declare:

1º—Que el Departamento Norte de Santander y el Municipio de Cúcuta son solidariamente responsables de perjuicios causados por la inundación ocurrida en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, perjuicios que enumera el hecho vigésimo tercero de la demanda.

2º—Que las mencionadas entidades públicas deben repararle e indemnizarle a la señora de Faccini los referidos perjuicios, indemnización que debe comprender el daño emergente y el lucro cesante.

3º—Que las mencionadas entidades le deben pagar a la señora de Faccini, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de dinero en que tales perjuicios sean avaluados pericialmente durante el curso del juicio.

Como subsidiarias contiene el libelo las siguientes peticiones:

a) Para el caso de que no se considere que es solidaria la responsabilidad de las mencionadas entidades públicas, que se fije la responsabilidad en la proporción que determine el Tribunal, y que se hagan las demás declaraciones solicitadas.

b) Para el caso de que se considere que no hay lugar a las anteriores declaraciones contra el Municipio de Cúcuta, que esas mismas declaraciones sean hechas contra el Departamento Norte de Santander, es decir, que se declare a dicho Departamento como único responsable de los perjuicios y que se le condene a repararle e indemnizarle a la señora de Faccini el valor íntegro de ellos, y a pagarle como monto de la indemnización la cantidad de dinero en que tales perjuicios sean avaluados pericialmente durante el juicio.

Las disposiciones del Título 34, Libro 4º del Código Civil las halló atinentes la demandante y las invocó como fundamento de derecho, lo mismo que el artículo 1494.

Como hechos invocó los siguientes:

1º—El de haberle comprado a la señorita Ana Francisca Marciales una finca denominada "Sacamiles", ubicada en el Municipio de Cúcuta y determinada por linderos especiales. De esa compraventa, según la demanda, da testimonio la escritura número 962 otorgada ante el Notario Primero de Cúcuta el 25 de noviembre de 1936.

2º—El de haberle vendido al señor Julio Briceño G., la mencionada finca como lo atestigua la escritura número 101 por ante el mismo Notario pasada el 10 de febrero de 1938, y el haberla recibido en calidad de arrendataria del mismo señor Briceño.

3º—El haber comprado nuevamente la demandante la finca en referencia al señor Julio Briceño según lo delata la escritura número 453 otorgada ante el mismo Notario el 18 de junio de 1938.

4º—El no haber enajenado la demandante el mencionado inmueble con posterioridad al 18 de junio de 1938.

5º—La extensión o cabida aproximada del inmueble es de cinco hectáreas, incluyendo tierras, cauce y playa del río, de las cuales hectáreas tres eran totalmente cultivables.

6º—El inmueble por sus condiciones climatéricas, topográficas, geológicas y fisico-químicas era especialmente apropiado para el cultivo de la vid y para el beneficio de hortalizas antes de la inundación.

7º—Ni aún en las mayores crecientes o avenidas

del río Pamplonita el inmueble de "Sacamiles" había sido destruído en su zona cultivable, ni sus plantaciones amenazadas, por dos circunstancias:

a) En las más grandes avenidas del río, producidas con una periodicidad aproximada de siete años, las aguas, en el sector comprendido entre el inmueble en referencia y el puente llamado de San Rafael, hacia la margen izquierda, se extendían considerablemente sobre predios adyacentes sin defensas sólidas, existentes en esas épocas y situados al nivel de la playa normal del río, moviéndose naturalmente con un mínimo poder erosivo que no constituía ni siquiera para aquellas ruina de su capa geológica superficial, sino únicamente anegación y empozamientos de las aguas.

b) El área del predio de "Sacamiles" en su parte apropiada para el cultivo formaba, en cambio, una plataforma alta de tres metros sobre el nivel ordinario de la playa, de aluvión grueso, protegida frente a la margen izquierda del río, especialmente por una vegetación sólida, circunstancia ésta que agregada a la de la altura, la había hecho prácticamente inaccesible a las inundaciones provenientes de las más fuertes crecientes del río.

8º—La mencionada finca, destinada por su dueño al cultivo de viñedos y hortalizas en una extensión de dos hectáreas sobre la plataforma alta, tenía una plantación de tres mil quinientas matas de uva, de las cuales estaban en vía de producción dos mil en noviembre de mil novecientos treinta y ocho. Estaban instaladas sobre espalderas de madera de "anacao" y alambre liso galvanizado; y las mil quinientas restantes estaban de seis meses de edad.

9º—Con el esmero y cuidado que la técnica aconseja, fue hecha la plantación. Entre el cultivo y el borde de la plataforma que limitaba con la playa se dejó una zona de quince metros de ancho, dedicada a la siembra de hortaliza, lo mismo que otras regiones laterales en producción durante el mes de noviembre de mil novecientos treinta y ocho. Cada mata de uvas estaba instalada a dos metros de distancia de la otra y dispuestas en hiladas con calles intermedias de dos metros. La uva cultivada era de las mejores clases.

10º—La Ordenanza número 44 de 26 de abril de 1928, dictada por la Asamblea del Departamento del Norte de Santander ordenó lo siguiente:

"Artículo 1º—Vótase la suma de treinta mil pesos oro para atender a la construcción de defensas sólidas en el barrio de La Playa de la ciudad de Cúcuta a fin de contener las avenidas del río Pamplonita. — Artículo 2º Esta suma se pagará por anualidades de a $ 10.000 oro y se incluirá en los presupuestos de la próxima y sucesivas vigencias. — Artículo 3º Para que se hagan efecnicipal de Cúcuta apropie cada año en su presutivas estas sumas, es necesario que el Concejo Mupuesto y haga efectiva una cantidad por lo menos de 25% del auxilio departamental y con destino a las mismas obras de defensa. — Artículo 4º El mismo Concejo Municipal de la ciudad de Cúcuta nombrará una junta especial encargada del manejo de los fondos y organización de los trabajos respectivos a la cual se pagarán, cumplidas las formalidades legales, las sumas destinadas para el cumplimiento de la presente Ordenanza..... — Artículo 6º Esta Ordenanza regirá desde su sanción".

11.—El Concejo de Cúcuta nombró la Junta a que se refiere el artículo cuarto de la citada Ordenanza.

12.—De acuerdo con la misma Ordenanza los funcionarios del Departamento Norte de Santander planearon la construcción de una gran muralla sobre la margen izquierda del río Pamplonita, la que, de acuerdo con el proyecto elaborado posteriormente por el ingeniero del Departamento, debía tener una longitud aproximada de 700 metros partiendo desde el estribo occidental del Puente de San Rafael, hacia el Norte.

13.—Los aludidos funcionarios al planear la obra debieron tener en cuenta que ella debía construírse en tal forma que, al evitar las avenidas del río Pamplonita sobre la ciudad de Cúcuta, no fuera a causar perjuicios especialmente a los riberanos que, por cualesquiera circunstancias topográficas o hidrográficas, no habían tenido amenazados sus predios, antes de la construcción de la muralla, por las mayores crecientes del río Pamplonita.

14.—Según el plano, la muralla de defensa debía terminar dentro de los linderos del predio de la demandante, incrustándose en el borde oriental de la plataforma alta.

15.—La Ley 122 de 1931 dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º — Con destino a la defensa de la ciudad de Cúcuta contra las inundaciones del río Pamplonita, destínase la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00). — Parágrafo. La cantidad de que trata esta ley se pondrá a órdenes de la Gobernación del Departamento Norte de Santander, para que sea invertida por la Dirección de Obras Públicas del Departamento a cuyo cargo queda la realización de la obra. — Artículo 2º Autorízase al Gobierno para hacer los traslados necesarios dentro del presupuesto actual, a fin de dar

cumplimiento inmediato a la presente ley, que regirá desde su sanción".

16.—El Departamento Norte de Santander inició la construcción de la muralla en el año de mil novecientos treinta y dos. En el informe presentado al Gobernador del Departamento por el ingeniero de Obras Públicas correspondiente al año de mil novecientos treinta y tres, dice este funcionario lo siguiente:

"Defensa de Cúcuta contra las avenidas del Río Pamplonita.—Para la realización de esta importantísima obra se ha dispuesto de recursos nacionales, departamentales y municipales. En virtud de la ley 122 de 1931, la Nación destinó la suma de $ 20.000, de los cuales pagó $ 10.000, quedando debiendo el resto. El Departamento destinó la suma de $ 4.805.81 de acuerdo con la Ordenanza número 50 de 1931 aprobada en sus sesiones extraordinarias; e invirtió esas sumas como consta en el informe rendido el año pasado. De la partida de $ 20.000.00 asignada por la ley 122 de 1931, como ya se dijo anteriormente, la Nación quedó debiendo a esta obra $ 10.000.00 que aparecen asignados en el presupuesto nacional para la vigencia de 1934 (Capítulo 58, artículo 185-bis del ramo de Obras Públicas). El Departamento destinó la suma de $ 10.000 con el mismo objeto y para cumplir la Ordenanza número 44 de 1928, en la cual se expresa claramente en el artículo 3º lo siguiente: "Artículo 3º Para que se hagan efectivas estas sumas, es necesario que el Concejo Municipal de Cúcuta apropie cada año en su presupuesto y haga efectiva una cantidad por lo menos del 25% del auxilio departamental y con destino a las mismas obras de la defensa". En 1933 dictó el H. Concejo de Cúcuta el Acuerdo número 29, por medio del cual destina la suma de $ 3.500 para la defensa de Cúcuta. El Municipio de Cúcuta estaba comprometido en virtud del Acuerdo número 11 de 1932, a suministrar la suma de $ 2.500 pero no pudo hacerlo no sé por qué razón. La obra cuenta con el dinero suficiente para su terminación, pues aparte del dinero que suministrarán el Departamento y el Municipio de Cúcuta, la Nación le destina una suma de $ 25.000 en virtud de la Ley 36 del corriente año, cuyo artículo cuarto dice: "Auxíliase al Municipio de Cúcuta con la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000) que se incluirán en el presupuesto de la actual vigencia, para la defensa de la ciudad, contra las avenidas del río Pamplonita...". La Gobernación del Departamento promovió varias juntas, a las que invitó destacadas personalidades del Concejo de Cúcuta para ver de obtener que éste invirtiera algunos fondos en la obra mencionada, pero no fue posible conseguirlo. Solamente el nuevo Concejo, en vista de la inundación de diciembre último, resolvió destinar una partida para esos trabajos. Con esta resolución del H. Concejo, el Departamento cumplirá legalmente al invertir parte de los $ 10.000 incluídos en el último presupuesto. Fue muy de lamentarse que el H. Concejo no hubiera invertido los $ 3.500 del último acuerdo citado, pues hubiera obligado al Departamento a invertir una suma considerable desde el mes de julio, con lo cual se hubiera evitado la entrada del río Pamplonita, y por consiguiente los daños causados en varias propiedades particulares, la mayor parte de gentes pobres...".

17.—La muralla fue construída con algunas interrupciones en una longitud de unos quinientos metros hasta mediados de mil novecientos treinta y seis, año en que por gestiones de los representantes del Departamento se hizo traslado de la correspondiente partida del auxilio nacional para atender a otra obra que interesaba al mismo Departamento.

18.—Posteriormente se siguió la construcción de la muralla hasta un punto situado a cincuenta metros aproximadamente del lindero sur de propiedad de la demandante. En esta situación se encontraba la muralla en noviembre de 1938.

19.—Por el modo como se ejecutó la obra de construcción de la muralla; por no haberse construído la parte que aparece en los planos primitivos como necesaria, y en general por culpas y negligencias del Departamento Norte de Santander, en el terreno de la demandante se produjo la inundación.

20.—El Municipio de Cúcuta, por su parte, incurrió en omisiones respecto a la contribución que le correspondía en la ejecución de la obra de que se trata.

21.—En la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, las aguas del río Pamplonita, que nunca antes habían inundado el terreno de Sacamiles, en lugar de desbordarse, como se desbordaban antes, en casos de avenidas o crecientes, por los terrenos bajos situados en la margen izquierda del río, entre el puente y el inmueble de Sacamiles, se desbordaron sobre éste, a pesar de su apreciable altura sobre el nivel del río.

22.—El hecho anotado anteriormente, que en tiempos anteriores no se había presentado, tiene la siguiente explicación:

a) La existencia de la muralla hacia la parte sur del predio de Sacamiles redujo considerable-

mente el encauzamiento de las aguas aumentando la velocidad y el nivel de las mismas y por consiguiente el poder erosivo de la corriente en un alto porcentaje, debido a que la margen derecha del río, en todo ese sector, está constituída por estribaciones rocosas de cerros cercanos que de contragolpe lanzaron el caudal de las aguas sobre la margen izquierda en dirección a Sacamiles, desviando el curso del río;

b) Inconclusa la muralla en la parte comprendida por el predio de la demandante y el sector inmediatamente anterior a él, y no atendida la defensa en una forma completa y acertada conforme a un proyecto científico, el caudal violento de las aguas no encontró frente al terreno de Sacamiles defensa propia para resistir el ímpetu y la nueva fuerza de arrastre de la corriente.

23.—A la inundación ocurrida en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, le atribuye la actora los siguientes perjuicios:

a) Pérdida total de la aludida plantación de vid;

b) Pérdida total de las hortalizas;

c) Pérdida de toda la capa vegetal del terreno, la cual fue completamente arrastrada por las aguas;

d) Destrucción completa de la plataforma en que existían los cultivos;

e) Imposibilidad absoluta de poder volver a sembrar en el terreno, o de aprovecharlo o de utilizarlo en cualquiera otra forma, debido no solo a la circunstancia anotada de haber arrasado el río la capa vegetal sino también por haberse destruído la plataforma;

f) Transformación del terreno alto formado de aluvión grueso y protegido por una vegetación sólida, especialmente para cultivos como los que allí existían, en una playa inutilizable e inexplotable económicamente.

24.—El poder erosivo de la corriente del río Pamplonita, sin el encauzamiento producido por la muralla, habría sido muchísimo menos de lo que fue con la existencia de ella. Ese poder de erosión hubiera podido ser resistido —y lo fue evidentemente en otras avenidas de gran volumen—, por el terreno formado de aluvión grueso y protegido por una vegetación sólida. Si la muralla no hubiera existido, las aguas no habrían podido alcanzar un nivel suficientemente alto para cubrir el terreno, y en ese caso no habría tenido lugar la destrucción de los cultivos, ni habría destruído la capa vegetal, ni se habrían causado los demás perjuicios de que se ha hablado.

25. — El Departamento Norte de Santander, al emprender la construcción de la muralla, creó un riesgo excepcional.

26.—En las labores de planificación o en las de construcción de la obra en referencia, se incurrió en culpa o negligencia por parte del Departamento Norte de Santander. Hubo mala organización y funcionamiento defectuoso del correspondiente servicio público o culpa del servicio público.

27.—El Municipio de Cúcuta incurrió también en negligencia por lo que respecta a la participación que le correspondía en la obra de que se trata.

Tal es el resumen de los hechos fundamentales de la demanda propuesta por la señora Virginia Soto de Faccini contra el Departamento Norte de Santander y el Municipio de Cúcuta.

Sin contestar la demanda, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona devolvió los autos que en traslado se le habían pasado, y propuso la excepción dilatoria de inepta demanda. El incidente respectivo fue coronado con un auto por el cual declaró el H. Tribunal no probada la excepción propuesta, ordenándoles a los demandados que contestasen la demanda. Tal auto fue confirmado por la Corte.

El señor Fiscal del H. Tribunal en obedecimiento a lo dispuesto en el auto que se acaba de rememorar, descorrió el traslado de la demanda en la forma siguiente:

De los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 8º, 9º, 11, 17 y 18, dijo que no están demostrados y que por tanto no se pueden aceptar ni negar.

Del 6º, dijo que no lo aceptaba por no estar demostrado que los terrenos fueran especialmente apropiados para el cultivo de la vid y para beneficio de hortalizas.

Negó el hecho 7º apoyado en la razón de que los terrenos no fueron amenazados nunca con inundaciones del río Pamplonita, y de que estaban protegidos por una vegetación sólida.

El 14, no lo aceptó por el motivo de que el plano de la defensa de Cúcuta no termina precisamente dentro de los linderos del predio de la demandante.

Rotundamente negó el 19.

Negó lo relativo a la apreciable altura sobre el nivel del río del terreno de la demandante, afirmado en el hecho 21.

De igual manera negó que fuera cierto lo relativo a la desviación del curso del río por contragolpe hacia la margen izquierda de la derecha por estar constituída por

rocosas de cerros cercanos, de que habla el hecho 22.

Igualmente negó que fuera cierto lo consignado en los apartes a), b), c), d), e) y f) del hecho 23, afirmando en cambio, que allí subsisten matas de vid y que el terreno de la demandante carecía de protección por la vegetación sólida de que se habla y que si hay la posibilidad de utilizarlo en plantaciones de vid, hortalizas o en otra forma.

Que no se ha demostrado ni se puede demostrar que el terreno de la demandante sin la muralla, hubiera resistido toda inundación sin que se le causara daño alguno, es la razón que da para negar el hecho 24.

Que al emprender el Departamento la construcción de la obra, lentamente como lo permitían sus recursos fiscales y circunstancias de otro orden, no creó ningún riesgo excepcional, es la razón que tiene para negar el hecho 25.

Y que los perjuicios que pudo recibir la demandante fueron obra de una avenida excepcional y extraordinaria del río, y no obra de la muralla en construcción, es el motivo que expone para negar el hecho 26.

Del 20 y del 27 dijo que no le constaban a la entidad departamental demandada.

Convino, en cambio, pero haciéndoles observaciones de fondo, con los hechos 10, 12, 13, 15 y 16.

Y dio término a la contestación proponiendo "de acuerdo con instrucciones recibidas la excepción de fuerza mayor".

Con el siguiente párrafo cierra la contestación de la demanda: "Por tanto, ni sólo ni solidario con el Municipio de Cúcuta, el Departamento Norte de Santander es responsable por los perjuicios que pudiera sufrir la señora Virginia Soto de Faccini en la noche acabada de citar de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, por la avenida del río Pamplonita y en consecuencia, no tiene obligación alguna de indemnizarla. Como su representante, me opongo a que se hagan las declaraciones pedidas por la parte actora contra la entidad mencionada".

El señor Personero Municipal en su condición de tal, contestó en su oportunidad, manifestando que se opone a que se hagan las declaraciones pedidas por el demandante. En cuanto a los hechos de la demanda aceptó únicamente los de los numerales 10, 13 y 15.

Negó rotundamente los de los ordinales 6º, 7º, 24, 25, 26 y 27; dijo que no le constaban ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 8º, 9º, 11, 16, 17, 18 y 21; y a todos los demás les hizo reparos de fondo.

También propuso el señor Personero excepciones perentorias: la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante y la de fuerza mayor, a más de una que denominó de inepta demanda, "por estar dirigida contra diversa persona de la obligada a responder por el hecho que se demanda".

El juicio continuó luego su curso ordinario. En la primera instancia hubo debate probatorio del cual usaron las partes, como usaron del de alegatos.

La sentencia de primer grado fue pronunciada por el H. Tribunal el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en la siguiente forma:

"1º Absuélvese al Municipio de Cúcuta de los cargos de la demanda;

"2º Condénase al Departamento Norte de Santander al pago de la suma de diez y nueve mil pesos ($ 19.000) en favor de la señora Virginia Soto de Faccini, como único responsable de los perjuicios sufridos por ésta y a los cuales se ha hecho referencia, pago que se verificará, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia.

"3º No hay lugar a condenar en costas a la actora por cuanto no se aprecia temeridad en la demanda contra el Municipio de Cúcuta".

Apelaron de la sentencia el representante judicial del Departamento Norte de Santander y el apoderado de la señora Virginia Soto de Faccini, y el recurso les fue concedido.

Se dio el traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil y se fijó en lista, abriéndose luego a pruebas a petición del apoderado del Departamento Norte de Santander. El Municipio de Cúcuta constituyó apoderado ante la Corte.

En segunda instancia hubo trámite de pruebas, del cual aprovecharon la parte actora y el representante del Departamento Norte de Santander. Los representantes judiciales de los mismos, presentaron alegatos y lo propio hizo el representante judicial del Municipio de Cúcuta. Audiencia pública no se surtió porque a ella no se presentaron las partes.

De las suplicaciones de la demanda la que prosperó, por lo visto, fue la segunda de las subsidiarias, puesto que el H. Tribunal solamente condenó al Departamento Norte de Santander, y absolvió al Municipio de Cúcuta.

Aquella entidad se ha hecho presente ante la Corte para obtener la revocación del fallo que la condena; la parte actora se ha presentado con la

aspiración de que la condena pronunciada contra el Departamento revista más amplias proporciones. A la Corte le pide el apoderado que la condena contra el Departamento de Santander se extienda a todos los perjuicios que la demanda hace aparecer como sufridos por la señora de Faccini. No insiste en hacerla extensiva al otro demandado.

No obstante, el absuelto Municipio se ha presentado aquí y tiene constituído apoderado para que sostenga el fallo que le fue favorable. El apoderado, que lo es el doctor Ricardo Silva, ha hecho presente en su alegato que está descartada la responsabilidad del Municipio y hace resaltar esa circunstancia para darle a la acción el calificativo de temeraria en lo que concierne al Municipio.

Antes de avanzar en el estudio de fondo, es preciso dilucidar si el Tribunal ha tenido facultad legal para conocer de este negocio.

La competencia.—El H. Tribunal de Pamplona al pronunciar su fallo, se creyó facultado por las disposiciones de los artículos 76, 156 y 209 del C. Judicial (Ley 105 de 1931). En el capítulo que la sentencia dedica a tratar de la procedencia de la acción, se lee:

'Responde la entidad a cuyo cargo ha estado la ejecución de la obra que ha originado la reclamación. Esto se debe a la circunstancia de que, tratándose desde luego de una obra o gestión lícita, el daño ha sido causado por defecto de ella: por su mala construcción, por su inoportunidad, por su interrupción o por cualesquiera de tantas causas que se pudieran presentar. Es principio jurídico de inconmovible basamento en la equidad y que tiene raíces milenarias en el derecho, el de que toda persona debe responder de los perjuicios que causare a otra con intención o sin ella salvo los muy raros casos en que la fuerza mayor o caso fortuito están exentos de toda acción. La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo, la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona resultante de la actividad o gestión en el servicio público, ha de ser adecuadamente separado. Justificar el daño por el bien público, es tergiversar el principio constitucional que es la estructura jurídica de la Nación, o sea, la igualdad de todos ante la ley civil".

Para abundar en razones hizo presente el H. Tribunal que el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y dos —fecha de la expedición del fallo— no regía aún en la República la ley 167 de 1941 orgánica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De seguro el Tribunal quiso referirse especialmente a lo que el Capítulo XXII del mencionado estatuto dispone sobre "indemnizaciones por trabajos públicos".

La cuestión de competencia ofrece dos aspectos, en los cuales debe pararse la atención: el que le dan las disposiciones generales a ella atañederas en el Código de Organización Judicial, y el de la especialidad de la acción.

Primer aspecto.—Tomada la competencia por lo que dicen las disposiciones generales, habría que decir: a los Tribunales de Distrito Judicial les atribuye el estatuto procesal civil el conocimiento en primera instancia de los asuntos contenciosos en que sea parte un departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea su cuantía, salvo los juicios de expropiación y los que versan sobre controversias provenientes de contratos que celebre la Nación.

De modo que como en la demanda no se encuentra referencia alguna a expropiación ni a contrato celebrado por la Nación, a **prima faciae** podría afirmarse que el H. Tribunal de Pamplona sí tenía competencia para asumir el conocimiento.

Segundo aspecto.—De la prospectación de una muralla, del acometimiento de la obra y del modo que ésta se adelantó, se ocupan la mayor parte de los hechos de la demanda, a partir del décimo, como ya pudo observarse. Y, como en tratándose de indemnizaciones por daños causados con ocasión de trabajos públicos acometidos por la Nación, los Departamentos o los Municipios, ha habido leyes que atribuyen al contencioso administrativo el conocimiento de las respectivas reclamaciones, se impone el examen de si en realidad se trata de indemnización por el simple hecho del acometimiento del trabajo de la muralla, o si son otros los hechos generadores del reclamo formulado por la señora de Faccini.

Cuando el **a quo** concedió la apelación, ya regía en la República la Ley 167 de 1941, que en su artículo 54 dispone: Los Tribunales Administrativos "conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:... 7° De las indemnizaciones a cargo de los Departamentos o Municipios por causa de trabajos públicos, cuando el valor de lo reclamado ascienda a más de mil pesos". De la segunda instancia conoce el Consejo de Estado de

acuerdo con el artículo 35 de la misma ley. Si la indemnización por causa de trabajos públicos se la cobra al Estado, la suprema entidad de lo Contencioso Administrativo conoce privativamente, y en una sola instancia (artículo 34 ibídem).

Pero el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y dos —fecha del fallo apelado— no era aplicable la Ley 167. Con menos razón podía el H. Tribunal **a quo** servirse de las reglas de ese estatuto, para aplicarlas a la admisión de la demanda (mayo 28 de 1940) y a la tramitación del primer grado, puesto que el actual Código de lo Contencioso Administrativo no entró a regir sino desde el primero de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

Se dirá que ya existía una ley —la 38 de 1918, primera en proveer especialmente "sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización de expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas"— (G. J. T. XXXI, pág. 90), y que allí se atribuye el conocimiento de tales negocios a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Cabe observar, en primer término, que no hay en autos constancia de que a autoridad alguna se hubiera ocurrido cuando se hizo público el proyecto de construcción de la muralla, o cuando ya se había comenzado tal trabajo, para impedir su acometimiento o hacer suspender el avance del mismo.

A la justicia ordinaria se ocurrió en mayo de 1940 cuando habían transcurrido cerca de doce años después de expedida la ordenanza sobre la construcción de la muralla, y cuando la obra había sido ejecutada ya en una extensión mayor de quinientos metros, a ciencia y paciencia de cuantos tienen predios aledaños al río Pamplonita en ese sector. En tales condiciones ya puede afirmarse que no es el trabajo de la construcción de la muralla en sí lo que ha dado lugar a la promoción del presente litigio. El hecho 19 del libelo concreta en los siguientes términos la causa o razón del pleito: "El modo como se ejecutó la obra de la muralla —por no haberse construído la parte que aparece en los planos primitivos como necesaria— y en general las culpas y negligencias en que incurrió el Departamento Norte de Santander...".

En segundo lugar, y tratándose de la Ley 38, cabe recordar que muy frecuentes fueron los conflictos que entre las dos jurisdicciones suscitó la aplicación de tal ley, como lo apunta en la exposición de motivos la Comisión Redactora del Código de lo Contencioso Administrativo.

Por lo que a la Corte atañe, fue ella siempre sostenedora de la doctrina de que la justicia ordinaria puede inhibirse de conocer de las demandas promovidas por particulares con mira a obtener indemnizaciones por expropiaciones o daños especiales ordenados o ejecutados por autoridades administrativas. Porque ese género de demandas están específicamente previstas en la mencionada ley, como del conocimiento privativo de los Tribunales de lo Contencioso. Demandas por indemnizaciones de otro orden, son del resorte de la justicia ordinaria. Así lo expresó la Corte en sentencias de veintisiete de junio de mil novecientos veinticuatro y cinco de octubre de mil novecientos veinticinco (GACETA JUDICIAL números 31 y 32). Y en la de ocho de septiembre dijo con mayor claridad que la competencia atribuída por la Ley 38 de 1918 a la jurisdicción de lo Contencioso, está limitada a las expropiaciones y daños originados en tiempo de paz por las autoridades administrativas; mas no a las controversias de índole diversa como cuando se cobra indemnización por perjuicios morales, la cual exige una amplia demostración. (V. **Jurisprudencia de la Corte,** T. V, número 622).

El H. Tribunal **a quo** apoyado en los antecedentes doctrinarios, aceptó la demanda, atento a que la indemnización solicitada por la señora de Faccini la deduce de hechos que según ella, constituyen una falta en el servicio o una culpa extracontractual imputable a la administración pública. Y esta Sala de la Corte, al pronunciarse sobre las excepciones dilatorias propuestas por el Departamento, halló que la acción ejercitada por la señora de Faccini se hace provenir en efecto "del error o falta en la construcción de la muralla para defender a Cúcuta de las inundaciones del río".

Han entendido, pues, los juzgadores de ambos grados, que aquí no se trata de resolver sobre expropiaciones a particulares con los daños que esa actitud de la administración les puede acarrear, sino de la indagación de una serie de hechos atribuídos a dos entidades de derecho público y que se señalan como genitoras de responsabilidad civil de entrambas exigible.

De la competencia se ha dicho que es el primero de los presupuestos con que ha de contar el juzgador. Y ello no puede remitirse a duda, puesto que de la competencia depende la firmeza de las actuaciones y la eficacia de los pronunciamientos. Por eso, no sobra reproducir aquí lo que esta Sala dijo en reciente fallo sobre competencia, cuando se trató en negocios principal o acci-

dentalmente relacionados con el acometimiento de trabajos públicos.

La Sala de Negocios Generales estudió con detenimiento la mencionada cuestión de competencia al fallar en segunda instancia la demanda entablada contra la Nación por daños a la Hacienda de Casablanca, cuando un pelotón de las fuerzas armadas rompió las murallas que a dicha hacienda protegían contra inminentes inundaciones del río Bogotá.

Dijo entonces la Sala:

"El ordenamiento legal a que atrás se hizo referencia (Capítulo XXII del Código de lo Contencioso Administrativo y sus concordantes) está destinado exclusivamente a regir dos órdenes de fenómenos susceptibles de producirse en el **curso de la ejecución** de los trabajos públicos: la ocupación temporal o permanente de un inmueble del dominio privado y los daños que pueden causarse a la propiedad ajena con las operaciones materiales inherentes a aquella clase de trabajos. Uno y otro fenómeno se regulan por el solo aspecto de las reclamaciones o demandas indemnizatorias contra la administración incoadas por las personas particulares a quienes se ocupe o dañe un inmueble que les pertenezca o que posean a otro título jurídico.

"Prescindiendo de lo que concierne a las acciones por los hechos de ocupación, y concretándose por ahora la Corte a la materia propia del litigio —indemnización originada en hechos dañosos— habrá de examinar entonces las modalidades que ese fenómeno ofrece y de las cuales puede surgir un criterio certero para delimitar las respectivas zonas de competencia señaladas por el legislador entre los Tribunales ordinarios y la justicia administrativa.

"En primer lugar habrá de afirmarse, frente a la literalidad de los preceptos del Código de lo Contencioso Administrativo y del de Procedimiento Civil y a la esencia de los principios en que éstos se inspiran, las siguientes reglas generales que dominan la compleja materia de la competencia;:

"1º La jurisdicción especial de lo contencioso administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados una u otro, en trabajos públicos que se emprendan o ejecuten por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (artículos 34, ordinal 2º; 52, ordinal 7º, y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

"2º La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada, pues por los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponde a la jurisdicción común.

"En este particular cabe observar que la ley colombiana se apartó fundamentalmente de la práctica francesa en la cual, según una conocida jurisprudencia del año de 1873 (Arret Blanco), ininterrumpidamente aplicada hasta hoy, la jurisdicción administrativa es competente para resolver las indemnizaciones que se cobran de la administración por los daños sufridos por las personas con motivo de la realización de los servicios públicos de toda especie. En esa ocasión se discutió ante el Tribunal de Conflictos la competencia que tuvieran los jueces civiles o los administrativos para resolver la demanda de indemnización contra el Estado por los daños causados por un vehículo conducido por obreros de una fábrica de tabacos de Burdeos y que lesionó gravemente a la hija del demandante Blanco. El Tribunal de Conflictos falló en favor de la competencia administrativa, sentando al efecto la siguiente doctrina, rectora hasta la época contemporánea de la jurisprudencia de aquel país en materia de responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas:

"La responsabilidad que puede incumbir al Estado en razón de la culpa de sus agentes no puede ser regida por los principios que establece el Código Civil para las relaciones de particulares con particulares; esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; ella exige reglas especiales que varían según las modalidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con el de los particulares".

"Otro antecedente en igual sentido es el citado por Walline, en la página 512 de su **Manuel Elementaire de Droit Administratif**; Un camión de caminos y puentes entra en colisión con un automóvil particular; el primero de los vehículos transporta en el momento del accidente, materiales destinados a la ejecución de trabajos públicos: las consecuencias dañosas del accidente son reputadas como resultantes de la ejecución de un trabajo público (Cons. d'Etat, 2 dec. 1931—**Panel**, pág. 1058'.

"Contrariamente a estas doctrinas la ley co-

lombiana ha instituído la competencia general en los Tribunales ordinarios y radicado en los administrativos lo concerniente a la indemnización por trabajos públicos, sólo en cuanto con éstos sobrevenga un daño en la propiedad párticular. El contencioso administrativo de los trabajos públicos tiene, pues, dentro del régimen colombiano, un carácter excepcional. Ya se dijo —y ahora se repite— que la responsabilidad de la administración en estos casos surge por ministerio de la ley independiente del delito o la culpa imputable a los agentes o funcionarios públicos que los ejecuten y de ahí que se presente con modalidades particulares o especiales dentro de los principios dominantes en el derecho colombiano sobre responsabilidad extracontractual. En tanto que las demás clases de daños están fundados en la culpa o falta de la administración, la cual deberá demostrarse, o simplemente presumirse en los eventos comprendidos en el artículo 2356 del Código Civil.

"3º Completa la regla general expuesta la circunstancia de que la acción contencioso administrativa que mueve la atención de la Corte sólo opera en relación con los hechos de ocupación de una propiedad o daño de la misma en cuanto ocurran en el transcurso de los trabajos públicos, entendiéndose por éstos el conjunto de operaciones materiales realizadas por los agentes administrativos para la construcción, reparación o conservación de una obra pública o de interés social. De donde se desprende que los daños causados por una obra pública —o sea el resultado del trabajo público concluído— son cuestiones ajenas a la jurisdicción administrativa y, por consiguiente, del resorte de la judicatura común. Un ejemplo aclarará mejor la diferencia: Si en el transcurso de las labores de construcción de un ferrocarril nacional o de las que se ejecutan para conservar o reparar la vía se ocupa de hecho una propiedad ajena, o si la misma en alguna forma se daña, el perjudicado tiene la acción indemnizatoria abierta ante la justicia administrativa, la cual conserva la competencia privativa de la querella, porque se trata de un contencioso de trabajos públicos; en cambio si una locomotora del mismo ferrocarril ya construído produce un incendio en la zona privada que atraviesa o por defecto de construcción en la vía acaece cualquier daño —siendo indiferente que recaiga sobre las personas o las cosas— la controversia para la indemnización de los perjuicios sólo puede suscitarse ante las autoridades judiciales comunes, las cuales retienen privativamente la competencia para dirimir el contencioso de la culpa extracontractual provocada por las obras públicas de toda clase.

"También en este punto se distingue nuestra legislación de las aplicaciones de la jurisprudencia francesa, la cual admite la acción contencioso administrativa de los daños causados por los trabajos públicos en forma mucho más lata, pues no sólo provée a la reparación del perjuicio causado en el proceso de ejecución, sino que se prolonga hasta los que son la resultante de la obra pública construída. Así la competencia administrativa se ha extendido a los hechos dañosos causados por **vicios en la construcción** de una obra pública: accidente ocurrido por señalamiento defectuoso de un paso a nivel al mismo tiempo que la falta de un agente público; **por el modo** de construcción adoptado, aun sin falta ni vicio; inutilización de un molino de viento; **por la situación de la obra:** depósito de carbón de una empresa ferrocarrilera que levanta polvo en perjuicio de los vecinos; falta de mantenimiento de una obra y de sus dependencias; **ausencia de construcción de una obra:** los trabajos de protección contra las crecientes efectuados por una ciudad (villa) sobre la ribera izquierda de un río que no se acompañó de las obras correspondientes sobre la ribera opuesta, lo que produjo el efecto de arrojar las aguas sobre esta última orilla; y, finalmente, por la **explotación de la obra,** pues se han considerado dentro de aquel sistema como daños resultantes de trabajos públicos los que son secuela de hechos o aun de faltas o culpas provenientes de la explotación de las obras públicas: colisión de dos navíos durante la ejecución de las maniobras necesarias para utilizar las obras de un puerto.

"No hay dificultad en observar que ninguno de los eventos que acaban de relacionarse como generadores de daños quedarían tutelados por el Código de lo Contencioso Administrativo vigente (Ley 167 de 1941), por ser ajenos a la jurisdicción del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, según los ordenamientos del Código de Procedimiento Civil, y los lineamientos generales que conforman el sistema colombiano".

Los antecedentes doctrinarios hasta aquí reproducidos llevan a la conclusión —ya esbozada— de que el caso que la señora de Faccini somete a la decisión de la justicia, es del resorte exclusivo de la ordinaria.

La personería de las partes

Parte actora.—La señora de Faccini ha comparecido a demandar en propio nombre y para sí,

la indemnización por daños ocurridos en predio que señala por linderos especiales y por cabida. La representación de ella la llevó en el primer grado el doctor Luis Chacón Hernández; en el segundo la han llevado los doctores Eduardo y Alberto Zuleta Angel.

Hase presentado aquélla como dueño de la finca de Sacamiles y como credencial de tal carácter exhibe copia registrada de la escritura número 453, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Pamplona el 18 de julio de 1938. Eso por lo que hace a la actualidad. Porque también afirma que fue propietaria en anteriores épocas (hechos 1º y 4º de la demanda), y para demostrarlo ha traído, también en copias registradas los instrumentos números 902 y 101 otorgados ante el mismo Notario con fechas 25 de noviembre de 1936 y 1º de febrero de 1938. Y a esos títulos ha agregado un certificado de la correspondiente Oficina de Registro para establecer su condición de actual poseedora inscrita. Además, como invoca otras situaciones que de más atrás la pudieran vincular al predio, como el haberlo ocupado en calidad de arrendataria, de esas situaciones ha adjuntado documentaciones pertinentes (fols. 54, 56, 61 y 65 del cuaderno número 4).

La fecha en que adquirió la señora de Faccini la finca de Sacamiles —constatada en la nombrada escritura número 453 y aducida en los hechos números 3º y 4º como motivo principal de su demanda de reparaciones— le ha dado pie a la contraparte para que le haga objeciones de fondo a la acción ejercitada por la señora de Faccini. En su oportunidad se estudiará la excepción correspondiente.

Parte demandada.—La personería adjetiva con que las dos entidades demandadas han querido actuar en el debate no ha sido objeto de reparo, ni la Corte tiene motivos para hacérselos ahora. Hasta cuando se pronunció el fallo de primer grado, y después, durante la ventilación del segundo, las entidades demandadas han estado representadas por sus legales personeros.

Es oportuno, sin embargo, que se observe:

1º La demanda, en la primera de las súplicas, propone que la pedida declaratoria de responsabilidad cobije al Departamento Norte de Santander y al Municipio de Cúcuta como entidades solidariamente comprometidas. La súplica segunda se conforma con una declaratoria de que tales entidades son responsables en partes proporcionales.

2º En el decurso de la primera instancia la parte promotora de la demanda acepta que las obras realizadas por el Municipio de Cúcuta en defensa de la ciudad, son distintas y muy distanciadas de la muralla construída por el Departamento. Y agrega que aquellas obras del Municipio ninguna repercusión han tenido ni a favor ni en contra del predio de Sacamiles. Y tal circunstancia quedó protocolizada como cuestión objetivamente constatada por el Tribunal cognoscente, allá, sobre el propio terreno de la litis, y como realidad reconocida por el apoderado de la señora de Faccini (fol. 17 y vto. cuad. número 4). . .

3º En fuerza de esa observación que personal y directamente hizo el **a quo**, y de la consideración de que no halló prueba sobre la cooperación del Municipio en la realización de la obra de la muralla, pronunció la absolución de tal entidad.

4º La parte actora no ha pedido la revocatoria de tal absolución sino que ha circunscrito el objeto de la alzada a una reforma del fallo en el sentido de condenar "al Departamento Norte de Santander al pago de todos los perjuicios sufridos por la demandante".

Esa persistente actitud de la parte actora es bastante para que la Corte se considere relevada de la obligación de indagar por la responsabilidad que pudiera tener el Municipio de Cúcuta por causa de los perjuicios causados al predio de Sacamiles en la fecha tantas veces nombrada. Pues es de ley que al Superior no le es dado enmendar la providencia apelada en las partes de ella que no son objeto del recurso (artículo 494 del C. Judicial).

Concretada la imputación de responsabilidad al Departamento, es conveniente, para metodizar el estudio, que de los autos se destaque primeramente la ubicación del predio de Sacamiles con relación a la ciudad de Cúcuta y con la muralla de defensa; las condiciones del predio; y cómo se sucedieron la iniciación y el adelantamiento de la obra pública que se dice causó el daño al predio de la demandante.

El predio de Sacamiles. — Ninguno de los Magistrados que este fallo suscriben, estuvo presente en las diligencias de inspección ocular de que fue materia la obra de la muralla y el predio de Sacamiles. Pero de los reconocimientos que de éste hicieron el **a quo** y el señor Magistrado que precedió en la ponencia, y de las descripciones que hacen los peritos que con los funcionarios inspeccionantes cooperaron en el esclarecimiento de los hechos, deduce la Sala que la finca de Sacamiles —cuya cabida aproximada es de cuatro hectáreas— está situada a la margen izquierda u

occidental del río Pamplonita, como lo está la ciudad de Cúcuta.

Eduardo Ramírez Rangel, que fue uno de los antecesores de la señora Soto de Faccini en el dominio y posesión del predio del pleito, en una declaración rendida en esta segunda instancia, hace la siguiente descripción:

"Conozco, por haberlo visto, paseado y recorrido, y por haber sido propietario de él, desde 1907 hasta 1910, el predio o lote de terreno situado en la playa del río, denominado "El Pantano", hoy día "Sacamiles", que fue de César Cortés y hermano, luégo de Juan B. Corzo y últimamente de la señora Virginia Soto de Faccini, delimitado así: "Por el norte, la callejuela pública que conduce al pantano, de por medio con terrenos de la señora Lía de Vargas (sucesión de don Luis Vargas); por el oriente, con la barranca donde existe una cerca de alambre, de por medio, con terrenos de la sucesión de don Pedro Jara, hoy sucesión de don Josué Canal, hasta el pozo que se conoce con el nombre de La Laja y de aquí en adelante, con el río Pamplonita; por el occidente, cerca de alambre de por medio, con terrenos de la sucesión de don Pedro Jara, hoy propiedades de don Víctor M. Pulido; por el sur, con una playa del río Pamplonita", y por ese conocimiento y por haberlo visto en el transcurso de muchos años, sé y me consta que dicho predio o lote de terreno situado sobre la playa del río ha sido afectado por las crecientes periódicas del río en múltiples ocasiones, pues recién pasada la guerra de 1899, el río penetró por entre la finca de "El Pantano", hoy "Sacamiles", y el predio de la quinta de Pedro Jara, que hoy es de Víctor Pulido, quedando por efectos del cambio del río el predio de Sacamiles en jurisdicción del corregimiento de San Luis, y en 1904 o 1905, siendo Alcalde de Cúcuta el señor Manuel Jordán, se construyó una muralla cerca de "Sacamiles" para volver el río al antiguo curso. Es cierto que en diversas ocasiones el río ha penetrado en el predio en cuestión, partiéndolo en dos, o metiendo un brazo por su territorio, lo que ha motivado litigios con los vecinos, como los juicios seguidos entre Luis Vargas y César Cortés, por haberse borrado la callejuela de "El Pantano" por las avenidas del río, que era su límite, o entre la señora Ana Francisca Marciales y los herederos de Luis Vargas, por haber los Vargas sacado una toma o cauce de un brazo del río, que corría por entre el predio de "Sacamiles". En alguna ocasión, con anterioridad al año de 1931, el predio de "Sacamiles", que entonces pertenecía al señor Juan B. Corzo, fue dividido en dos partes, una de las cuales Corzo hipotecó a la señorita Ana Francisca Marciales y la otra al doctor Benito Hernández Bustos. Tiempo después, el río varió nuevamente de cauce, destruyendo en su totalidad el lote o zona situado al oriente del río, que era lo hipotecado al doctor Benito Hernández Bustos (año de 1931). Que en la actualidad, de nuevo, principia a formarse el lote que se hipotecó al doctor Benito Hernández Bustos" (folio 44, cuad. número 8-bis).

Concuerdan con la anterior declaración de Eduardo Ramírez Rangel, las de Federico Maldonado, Antonio J. Rodríguez y Eladio Soto (folios 41, 47 y 52, cuad. número 8-bis).

En el proyecto de construcción de que hablan los informes de los Secretarios de Obras Públicas del Departamento, se dice que el extremo de la muralla debía incrustarse en la plataforma alta de dicha finca de "Sacamiles". Pero cuando la Corte practicó la inspección, antes de llegar a ese límite, había sido paralizada la construcción quedando entre este punto y el del extremo sur de la finca de "Sacamiles" una distancia de sesenta metros.

El terreno de "Sacamiles" es de la misma constitución geológica del que le sirve de asiento a la ciudad de Cúcuta, como que fue formado por la sedimentación de materiales acarreados por las corrientes de agua. En el terreno de la finca hay una zona especial de la cual hace mención el perito Lucio García para decir que "nunca ha sido cultivada por estar expuesta a ser afectada por las avenidas del río Pamplonita" (folio 6, cuad. número 12).

Concepción, iniciación y adelantamiento de la obra. — Primera en manifestar su preocupación por la defensa de su ciudad capital fue la Asamblea del Departamento Norte de Santander. La Ordenanza número 44 de 1928 en su artículo 4º dispuso que una junta especial nombrada por el Concejo Municipal de Cúcuta se encargara del manejo de los fondos y de la organización de los trabajos que se habían de emprender para contener las avenidas del río Pamplonita sobre la mencionada ciudad (folios 26 y 28, cuad. Nº 4).

Los trabajos no se emprendieron entonces sino posteriormente: en mil novecientos treinta y dos. Las condiciones en que vivía la ciudad de Cúcuta expuesta a frecuentes inundaciones, particularmente en el sector denominado "Barrio de la Playa", visiblemente se agravaron en el mes de noviembre de mil novecientos treinta y uno. En la exposición de motivos que precedió al primer debate de la que fue luego Ley 122 de 1931, se lee

que la ciudad de Cúcuta había sido invadida por las aguas desbordadas del río Pamplonita. Graves perjuicios a edificios públicos y a habitaciones particulares se le pusieron de presente al Parlamento. Y tan urgente le pareció a éste el acudir a remediar aquella necesidad, que en el mismo mes fue expedida la Ley 122, que entró en vigencia antes de terminar el año de mil novecientos treinta y uno. (V. **Anales de la Cámara de Representantes.** Noviembre 14 de 1931, pág. 826).

La prevención de un mayor peligro, la defensa del bienestar público, llevó al Legislador a tomar esa medida, que vista por esos aspectos resulta como el ejercicio de la alta potestad de policía que al Estado le corresponde.

El tenor literal de la Ley 122 (que puede consultarse en el número del **Diario Oficial** agregado al folio 20 del cuaderno número 9), delata el reconocimiento de la urgencia que determinó su expedición: Debía ella empezar a regir desde su sanción; y para que le pudiera dar "cumplimiento inmediato" autorizó ella al Gobierno Nacional para hacer traslados en el presupuesto del mismo año, como medio de evitar las demoras consiguientes a la incorporación del crédito en vigencias presupuestales ulteriores.

La Ley 122 le dio a la defensa de la ciudad de Cúcuta el carácter de **obra nacional,** y designó como agente ejecutor de esa obra y administrador de los recursos a ella dedicados, al Departamento Norte de Santander.

La Ley 36 de 1933, sin hacerle modificación a la anterior, le asignó a la obra $ 25.000, pero la legislatura olvidó hacer la apropiación correspondiente en el presupuesto.

Así como la Ordenanza encomendó la organización de los trabajos a una junta especial que debía nombrar el Concejo Municipal de Cúcuta, la Ley 122 se la encomendó a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, junto con el manejo de los fondos.

Las constancias de la Contraloría General del Departamento (folios 140 a 149), y los informes de los Directores de Obras Públicas (folios 26, 28 y 30 del cuaderno número 4), patentizan el hecho de que la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, en cumplimiento de la ley, tomó a su cargo la realización de la obra.

En el informe suscrito por el Ingeniero Civil Leopoldo Monroy V., como Jefe de Obras Públicas Departamentales (folio 136, cuad. número 4), afirma éste que se hicieron los estudios "del río Pamplonita hacia el sur y hacia el norte del puente de San Rafael; se levantó el plano topográfico, acotado de 50 en 50 cms., y sobre él se proyectó la defensa contra las inundaciones del río, consistente en un muro de mampostería, con dimensiones e inclinaciones que se señalan en el perfil transversal que se adjunta al informe. La longitud aproximada de ese muro, según el proyecto, es de 660 metros. Que en un principio se hizo un presupuesto para la realización completa de la obra de mampostería en esa longitud, y con un perfil transversal semejante al ya citado, resultó ser, de $ 50.000. Después de haber realizado un poco más de la cuarta parte, se pudo precisar, en cuanto es posible, el presupuesto definitivo de toda la obra".

En el mismo informe se incluyeron cuadros de jornales y gastos causados en el adelantamiento de la obra, y de estadística de lo ya ejecutado, su precio unitario y el valor total del costo. También se ven allí gráficas sobre el perfiltransversal de la obra, sobre parte de las excavaciones, sobre porciones del trabajo de mampostería y partes también del muro de defensa concluído hasta la fecha del rendimiento del informe.

Principiada la obra en mil novecientos treinta y dos, se fue adelantando por etapas, hasta aproximarse en mil novecientos treinta y ocho a la finca de "Sacamiles". Aparte de los informes y demás documentos que se han mencionado, deponen sobre la iniciación y avance de la obra Víctor M. Pulido, Gotardo Pérez, Lucio Mendoza (folios 108 y 109 del cuaderno número 4) y Carlos A. Ibáñez y Agustín García (folios 8 a 10 del cuaderno número 8-bis).

Tomándose como punto de partida el sitio en donde toca con la margen izquierda del río el puente denominado en otros tiempos de San Rafael y que llamado hoy "Benito Hérnández Bustos" forma parte de la carretera que comunica a Cúcuta con la capital de la República. Del punto que se acaba de nombrar avanzó la construcción hasta un punto cercano al extremo sur de la finca de "Sacamiles".

El levantamiento de la muralla y el estado en que ella se hallaba en el día del estrago, pudo constatarse por medio de distintas inspecciones oculares practicadas por las entidades que han tenido a su conocimiento el juicio en sus dos instancias sucesivas, esto, sin contar con la inspección ocular practicada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cúcuta, aun cuando esta última inspección fue verificada a los doce días de ocurrida la inundación.

El ingeniero José Joaquín Cárdenas, en declaración rendida en esta segunda instancia, refi-

riéndose a la construcción de la muralla, se expresa así:

"En los años anteriores a 1938 estuve dirigiendo los trabajos de la muralla del río Pamplonita que sirve para defender la ciudad de Cúcuta de las avenidas de este río. La muralla define hasta dónde puede avanzar el río sobre su margen izquierda. La muralla constituye la margen izquerda del río: su localización se hizo tomando como base la luz total del antiguo puente de San Rafael, es decir, dejando entre las riberas, el espacio suficiente para el movimiento del río en todas sus avenidas. Este criterio se adoptó porque el río siempre cupo por la luz del puente. Al tomar una anchura inferior para el cauce, automáticamente se reducía su capacidad y se aumentaba la velocidad de las corrientes, o sea el poder de excavación por concepto de la mayor erosión. Los rompe olas o espolones tienen por objeto aumentar la resistencia de la muralla y atenuar el ímpetu de las aguas en las avenidas. Dadas las dimensiones de los espolones y la dirección de sus aristas, en ningún caso serían para lanzar las corrientes de agua a la ribera opuesta". (Folio 78 vto., cuaderno número 8-bis).

Sobre el proceso que tuvo la obra se produce así el apoderado que el Departamento constituyó ante la Corte:

"Aparece plenamente comprobado en el expediente: Que de acuerdo con la Ordenanza número 44 de fecha 26 de abril de 1928, el Departamento Norte de Santander inició en 1932 la construcción de una muralla de 700 metros de longitud, destinada a proteger la ciudad de Cúcuta contra las avenidas o inundaciones del río Pamplonita. Que dicha muralla se hallaba en la fecha de la inundación construída hasta un punto situado aproximadamente 200 metros al sur de la finca "Sacamiles" y que se llevó hasta unos 50 metros antes de tomar el límite sur de la finca "Sacamiles" en los meses de mayo a junio de 1938".

La Corte cree conveniente, para cerrar este capítulo, recordar las disposiciones tanto legales como constitucionales justificativas de la actitud que en relación con la obra asumieron el Departamento y la Nación.

Facultad constitucional tienen las corporaciones administrativas de los Departamentos para dirigir y fomentar, por medio de Ordenanzas, cuanto se refiere a los intereses seccionales y al adelantamiento interno. En ejercicio de tal facultad la Asamblea del Departamento Norte de Santander podía dedicar parte de sus propios recursos para esa urgente necesidad seccional (artículo 54, Acto Legislativo número 3 de 1910).

La promoción de obras públicas y el fomento de empresas útiles, le han correspondido primordialmente a la Rama Legislativa del Poder Público desde cuando regía la Constitución de 1886.

El arreglo de los cauces naturales y la erección de murallas y diques sobre las riberas de los ríos, son obras que la Nación puede ordenar y emprender, como suprema administradora de los bienes de uso público (artículo 674 y siguientes del C. Civil). Pero la realización de tales empresas puede encomendarla a las administraciones departamentales.

Podía, por tanto, el Legislador Nacional, encargar a la administración seccional del Norte de Santander la defensa material que halló que debía procurársele a la ciudad de Cúcuta.

La gran avenida y la inundación. — Acerca de la ocurrencia de una enorme avenida en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, no hay desacuerdo; sólo que la parte demandada la opone como un caso imprevisto, e imposible de evitar. De sus consecuencias nocivas sindica al Departamento como autor de una obra mal planificada y antitécnicamente construída.

La señora de Faccini no solamente alega que su finca no había sufrido detrimento de la magnitud del registrado en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, sino que afirma la inmunidad de que había gozado la finca contra las avenidas del río Pamplonita. Del acontecimiento ocurrido en aquella noche, dice a su turno la contraparte, que fue una inundación de mayores proporciones que otras registradas en anteriores y posteriores veces, y en ello apoya la excepción perentoria de fuerza mayor.

Que antes de la fecha anotada se hubieran registrado grandes desbordamientos del río, lo dejan comprender, desde luego, las medidas de previsión contenidas en la Ordenanza número 44 de 28 de abril de 1928, "por la cual se provee a la defensa de la ciudad de Cúcuta contra las avenidas del río Pamplonita", y en la Ley 122 de 1931, de título exactamente igual al de la Ordenanza.

Testimonios sobre la ocurrencia de anteriores inundaciones los hubo en ambas instancias. En la primera, y sobre el propio terreno batido declararon como presenciales Andrés Solano, Marco A. Cacique y Eleuterio Maldonado. Corroboraron el hecho Félix González, Eladio Soto, Pedro Felipe Lara, Campo Aníbal Moreno (folios 13, 15, 16,

cuaderno número 3; y 19 a 22 y 73 del cuaderno número 4). Mario Corona Díaz, José Trinidad Moreno, Víctor M. Camacho, Rafael González, Federico Maldonado, Eduardo Ramírez Rangel, Antonio J. Rodríguez y Angel Ignacio Sáenz (folios 13 a 16, 41 a 49 del cuaderno número 8-bis). Al tratar de la excepción de fuerza mayor, se revisarán más detalladamente las anteriores pruebas.

Con tales antecedentes acude la pregunta: ¿qué relación de causalidad hay entre el hecho de la construcción del muro atribuído al Departamento y el hecho catastrófico de la inundación de "Sacamiles", invocado por la señora dueña del predio como el desiderátum de su acción contra el Departamento y el Municipio? He aquí el punto neurálgico del pleito.

De su establecimiento depende la solución que haya de dársele.

Las faces de la imputación.—El señor apoderado de la parte demandante en el alegato presentado ante esta Superioridad dedica un capítulo al estudio de la responsabilidad del Departamento, y empieza por hablar de la responsabilidad administrativa con citas de profesores que como Rolland y Bonnard son consultados como autoridades de la materia.

De tal estudio se vale el doctor Zuleta Angel para adoptar y alegar las siguientes conclusiones que dice fluyen de las doctrinas de los nombrados profesores:

De Rolland:

"a) Que precisamente la primera y más elemental manifestación de la responsabilidad del Estado, que se produjo cuando todavía se vivía dentro de la idea de la irresponsabilidad de la Nación establecida como consecuencia de la irresponsabilidad del monarca, fue la obligación de indemnizar al particular en el caso de perjuicios o daños causados a los inmuebles por los trabajos públicos, que es cabalmente el caso a que se refiere este juicio;

"b) Que aún en los casos en que de acuerdo con la regla sobre jurisdicción en cada país, son los Tribunales administrativos los llamados a conocer de las reclamaciones por perjuicios contra el Estado, dichos Tribunales, sin necesidad de que existan textos que los autoricen, pueden y deben condenar al Estado a indemnizar los perjuicios, por aplicación de la regla de equidad, por aplicación de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, por aplicación del principio de la inviolabilidad de la propiedad, etc.;

"c) Que en los casos, como éste, en que son competentes los Tribunales judiciales, pueden éstos y deben condenar al Estado a reparar perjuicios, fundándose, sea en la idea de culpa, reglamentada entre nosotros por los artículos 2341 y ss. del Código Civil, sea en la idea de riesgo, sea en la idea de igualdad ante las cargas públicas que acarrea la obligación de indemnizar a quienes, sin la reparación sufrirían una agravación anormal de esas cargas;

"d) Que el principio, en la materia, es el de que el Estado —en cualquiera de sus divisiones administrativas (Nación, Departamento o Municipio)— está obligado a indemnizar a los particulares perjudicados en sus personas o sea en sus bienes por el funcionamiento de los servicios públicos, sea que el perjuicio se deba a una culpa del servicio, sea que, no existiendo culpa del servicio público (o sea funcionamiento irregular y defectuoso del servicio inferior a la prudencia mediana que puede exigirse normalmente), el particular haya sufrido un perjuicio en el curso del funcionamiento del servicio público".

De Bonnard:

"I. — Que la responsabilidad civil de los patrimonios públicos es mucho más amplia que la responsabilidad civil entre particulares fundada en las reglas del Derecho privado;

"II. — Que éstas últimas —que en nuestro Código aparecen consignadas en los artículos 2341 y ss., y, especialmente, en el 2356— no están descartadas en el Derecho Administrativo, sino que lo que acontece en éste es que, fuera de los casos en que la administración puede ser condenada a indemnizar perjuicios conforme a las reglas del derecho privado, hay muchos otros casos en que la administración debe también indemnizar los daños; todos aquellos en que no habiendo por parte de ella culpa probada o presunta, ha habido un riesgo excepcional creado por ella;

"III. — Que en derecho administrativo, cuando se habla de responsabilidad por culpa debe entenderse "la culpa del servicio público" que consiste en la mala organización o en el funcionamiento defectuoso de un servicio, sin que sea necesario que haya habido culpa de parte de un agente administrativo, pues basta una irregularidad de origen anónimo y de aspecto objetivo en la organización y funcionamiento del servicio público; y

"IV. — Que en consecuencia, la administración es responsable, en cualquiera de estos tres casos: a) cuando conforme a las reglas del derecho privado se debe reparación por culpa probada o presunta; b) cuando el perjuicio resulta de una mala

organización o de un funcionamiento defectuoso del servicio, aunque no haya culpa de ningún agente administrativo sino solamente una irregularidad anónima y de aspecto objetivo, y c) cuando aún a falta de toda culpa, la administración ha creado un riesgo excepcional, entendiéndose por excepcional el que excede los límites de los que resultan normalmente de las relaciones de vecindades".

El trabajo público.—Con el debido detenimiento se expuso atrás el por qué ha avocado la justicia ordinaria el conocimiento de este negocio, que a primera vista parece formular un caso de reparación por trabajos públicos. En desarrollo de esa explicación se recordó que en ninguno de los momentos en que estuvo adelantándose el trabajo público de la muralla se presentó la señora de Faccini ni ninguna otra persona a manifestar interés en que los trabajos se suspendieran en previsión de que con ellos se les pudiera ocasionar perjuicios. Se hizo presente que la obra se realizó, aun cuando se haga capítulo de acusación por no haberse realizado en su totalidad, y aunque a lo realizado se le achaquen los defectos de técnica que el actor erige aquí en errores y faltas constitutivas de culpa aquiliana.

Al ya discutido tema de la competencia se volvería si hubiera de avocarse la cuestión por el simple concepto de indemnizaciones por trabajos públicos acometidos por la administración. Porque como lo ha dicho la Sala de Casación Civil de esta Corte, "el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo ha configurado en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su Capítulo XXII que ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil, dándoles una naturaleza esencialmente objetiva, y sacándolas de la competencia de la justicia ordinaria general". (GACETA JUDICIAL. Sentencia de 1º de julio de 1948. Tomo LXIV, 480).

El servicio público.—En su reciente tratado sobre Derecho Administrativo trae el profesor Eustorgio Sarria varias definiciones de lo que se entiende por **servicio público,** no sin advertir antes que la noción de servicio público, con todo y ser tan esencial, es de las más confusas, y que ha sido difícil dar de él una definición satisfactoria y precisa.

Después de analizar varias definiciones y de cotejerlas entre sí, llega el mencionado profesor a esta:

"Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas".

Discurre luego el profesor nombrado sobre los elementos esenciales de los servicios públicos que son: "a) Una actividad; b) una necesidad de carácter general; c) un régimen jurídico especial; d) un gestor".

De la obra sobre Derecho Administrativo de Jéze, destaca el profesor Sarria estas ideas:

"Decir que en un determinado caso existe un servicio público es decir que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos.

"En todo servicio público propiamente dicho, obsérvese la existencia de reglas jurídicas especiales, que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, de dar, lo más rápido y completamente posible satisfacción a las necesidades de interés general. Estas reglas, por estas mismas razones, son susceptibles de modificación en todo instante.

"A veces las disposiciones legales han resuelto expresamente la cuestión disponiendo que tales o cuales reglas especiales rijan ciertos servicios. Pero muy raramente ocurre así, pues lo corriente es que no exista disposición legal especial.

"A falta de disposiciones legales, el jurista deberá averiguar si el servicio a cargo de la Administración es un servicio público al que es necesario aplicar las reglas especiales relativas a esta clase de servicios, o si, por el contrario, no es así y, por tanto, no es pertinente sino la aplicación de las reglas de derecho privado".

Siguiendo el consejo de Jéze y aplicándolo al caso **sub lite,** hay que ver que la obra de la muralla se ideó solamente para defender a la ciudad de Cúcuta y no a todos los predios riberanos de la región. Cuando el Departamento Norte de Santander propendió por esa construcción, la circunscribió a la principal de sus ciudades, obrando así de la misma manera que habría obrado cualquiera de los dueños de los predios riberanos del río Pamplonita que hubiera querido ejecutar el levantamiento de diques para premunir su heredad contra los desbordamientos de tal corriente. La misma Ley 22 de 1931 no enfocó la cuestión

de defensa contra tales irrupciones como una necesidad de carácter general, sino como una necesidad especial, particular, de la capital del Departamento norteño.

Ni éste último, ni el Municipio de Cúcuta han concebido la obra de la muralla como empresa retributiva o impositiva de tributos cobrables a los habitantes que de tal obra se han de beneficiar. No existen, por lo mismo, reglamentos jurídicos especiales que relieven la obra de la muralla como servicio susceptible de la intervención estatal prevista en el artículo 39 de la Constitución (Revisión y fiscalización de las tarifas y demás reglamentos).

Y, si aceptado ese criterio, no puede catalogarse como un servicio público administrativo organizado el de la existencia de la muralla, no parece lógico que se aborde la cuestión de responsabilidad por el aspecto de una mala organización de un servicio público.

El riesgo.—El doctor Zuleta no se limita a alegar que por trabajos públicos hay acción contra las entidades que los emprenden, sino que plantea esta otra tesis: "La administración es responsable cuando aun a falta de toda culpa, ha creado un riesgo excepcional, entendiéndose por excepcional el que excede los límites de los que resultan normalmente de las relaciones de vecindades".

En el desarrollo de esas tesis dice más adelante:

"Se crea un riesgo excepcional cuando ese riesgo traspasa los riesgos normales de la vecindad. La construcción de una muralla como la de que se trata en este juicio, implica la creación de uno de esos riesgos excepcionales. En efecto no es ni remotamente lo normal en nuestro país que los ríos se encajonen o encaucen por medio de murallas, que les cambien el rumbo o se les corrija éste por medio de obras de esa naturaleza; que a los riberanos se les ponga en peligro de inundaciones u otros accidentes en virtud de trabajos públicos como los que causaron los daños cuya indemnización se reclama.

"La vecindad de un río no implica normalmente riesgos como los que se crearon para la señora demandante con la obra emprendida por el Departamento .En el caso que se estudia, lejos, pues, de estar el juzgador en presencia de los llamados riesgos normales de vecindad, se encuentra frente a un caso típico de riesgo excepcional que por sí solo y aun independientemente de toda noción de culpa, comprometería, de por sí la responsabilidad del Departamento".

El señor doctor Zuleta habla de anormalidad, tópico que merece algún estudio en esta motivación.

La impetuosidad de las aguas puede causar perjuicios a los predios aledaños a los ríos. Es un peligro natural a que están sujetos los fundos riberanos. A los dueños les otorga la ley el uso y goce de las aguas de uso público, pero no los premune contra aquel peligro.

El caudal de agua de los ríos es susceptible de aumentos y disminuciones. Las creces y las bajas se registran como sucesos de natural frecuencia. Así como ocurre que lenta e imperceptiblemente se retiran las aguas de alguna de las orillas, ocurre también que de manera violenta las aguas cambian de rumbo y ocupan cauce distinto al que antes ocupaban. El caso de la avulsión se ha registrado también: la fuerza de las aguas en una avenida repentina, ha transportado de un sitio a otro porciones del suelo riberano con sus adherencias naturales. Es a todos esos fenómenos, extraña, de ordinario, la acción del hombre.

Los anotados fenómenos han traído la atención del Legislador, quien ha hallado necesaria la reglamentación de los derechos que de tales fenómenos pueden derivarse para los propietarios riberanos. (Título V, Libro II del Código Civil).

El río Pamplonita no podía ser la excepción, y en él se han registrado semejantes fenómenos, como que eso es lo natural en las corrientes de esa naturaleza.

Las avenidas o desbordamientos del río Pamplonita —lo dicen también los autos— no ocurrían a diario; pero sí se registraron en distintas ocasiones y con la periodicidad correspondiente a las épocas de invierno en la región bañada por él.

Riberano el marco destinado a área de población de Cúcuta, periódicamente se veía amenazado por los desbordamientos del río. De ahí que hubiera tomado el Departamento la determinación de amurallar la ribera amenazada. Fue una determinación indicada por la prudencia: había que proteger al conglomerado humano allí residente y a sus propiedades contra el riesgo o inminente amenaza de un mal tan grande como es una inundación. La intención clara que movió al Departamento —apoyada de manera enfática por el Legislador Nacional— fue la de proteger a la ciudad.

Operando, también con intención lícita, los dueños particulares habrían podido tomar a su turno medidas precautelativas para defender a sus predios de violentas irrupciones sin que con ellas violaran el régimen legal de aguas imperante en

la República. Las obras dedicadas a impedir la entrada de aguas a los predios están autorizadas por el Código Civil (artículo 995), cuando el dueño del predio no está obligado a recibirlas. Para que la construcción de esas obras de defensa pueda dar a terceros acción para hacerse indemnizar, es necesario que el tercero demuestre que el constructor tuvo intención de causar daño a sus tierras o edificios.

El levantamiento de la muralla como obra de defensa del área municipal de Cúcuta, no es, pues, anormal dentro de los preceptos del C. Civil.

En la legislación colombiana ulterior al código citado, no faltan disposiciones facultativas de esa clase de obras.

Para no remontar a muy atrás el recuento legislativo sobre la materia, basta recordar que desde 1887 se ha preocupado el Legislador por dictar medidas favorables a las regiones aledañas a los ríos. La Ley 23 de aquel año consideró como **empresa útil** a "las obras que tengan por objeto impedir o al menos disminuír las inundaciones de los ríos que bañen el territorio de más de un departamento o de los lagos que recibiendo aguas de distintos Departamentos aumenten en los inviernos el caudal de las suyas, causando graves estragos a los predios contiguos".

En el mismo propósito, y ya en defensa de los poblados, se pronunciaron las leyes 56 de 1890, y 21 de 1917 en las cuales se califica de **graves motivos de utilidad pública** "la construcción de obras que tengan por objeto evitar inundaciones o precaver a una población, caserío u obra pública de cualquiera calamidad".

Y cuando en 1921 creó la ley el impuesto de valorización sobre propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, incluyó en éstas la **limpia y canalización de ríos y la construcción de diques para evitar inundaciones.**

El Legislador de 1931, en acuerdo con sus nombrados antecesores, proveyó en la Ley 122 a la defensa de la ciudad de Cúcuta mediante la construcción de la muralla de autos; destinó del erario nacional una suma para ello; autorizó al Gobierno Nacional para hacer los traslados necesarios dentro del presupuesto y encargó a la Dirección de Obras Públicas del Departamento Norte de Santander de la realización de la obra.

Todo ello está pregonando que la construcción de defensas como las que vieron los funcionarios inspectores (folios 17, cuaderno número 4); 92, cuaderno número 4, 66, cuaderno número 8-bis), y copiaron las máquinas fotográficas (folios 56 a 60 del cuaderno número 8-bis), obedeció a mandatos legales impuestos por la necesidad de proteger a pueblos y regiones contra la violencia de las fuerzas naturales.

La Ley 122 no fue expedida para proteger a todos los predios particulares que puedan estar en las mismas condiciones en que se hallaba el terreno o área de población de Cúcuta respecto del río Pamplonita. Podría decirse que esa ley promotora de una obra pública consideró la necesidad urgente de una ciudad, pero dejó sujetos al peligro natural a todos los predios de particulares ubicados en las regiones bañadas por el Pamplonita y sus afluentes. ¿Quiere decir ello que el Legislador con su decisión creó algún riesgo para los últimos? ¿Lo habrán creado los ejecutores de la ley?

La programación previa de la obra con planos levantados por técnicos y presupuestos sobre inversiones de tiempo y de dinero; el sometimiento de esa programación a la ritual aprobación de las oficinas de control; el servicio que para sus fines prestó y ha seguido prestando la muralla, han estado subordinados a la finalidad indicada en la Ley 122, o sea, la defensa de la ciudad de Cúcuta.

La muralla en cuestión, a la medida de su avance, constituye simplemente un obstáculo para los desbordamientos del río Pamplonita sobre Cúcuta. Así considerada, se la puede reputar como fuerza de inercia contrarrestante de otra fuerza física en movimiento. La muralla en sí, carece de toda actividad; no es explotada ni comercial ni industrialmente, para que pudiera decirse que detrás de esa actividad o de esa explotación está escondido el peligro.

No parece, por lo expuesto, que la obra de la muralla considerada en sí, se la pueda calificar de hecho o empresa anormal o peligrosa, o constitutiva de riesgos para el vecindario del lugar.

Al exponer la teoría del riesgo, anotan los Hermanos Mazeaud, que es él un criterio nuevo que ha querido oponerse al de la culpa, y tomando como principales los sistemas llamados del acto anormal y del provecho, discurren así:

"Entre los innumerables sistemas propuestos, no estudiaremos sino los dos principales: el del acto anormal y el del provecho.

"En lugar de establecer una distinción entre el hecho culpable y el hecho no culpable, algunos autores distinguen entre el acto anormal y el acto normal: el primero es el único capaz de comprometer la responsabilidad del autor.

"De esta manera, como lo anota con razón Demogue, esos autores se acercan mucho a las ideas

de Durkheim, quien considera como ideal el hecho normal, es decir el hecho que, para un tipo social dado considerado en una etapa dada de su desarrollo, se produce en el término medio de las sociedades de esa especie en el período respectivo de su evolución'.

"En el dominio jurídico, el principal defensor de la tesis ha sido Ripert, quien la descubrió al estudiar un capítulo especial de la responsabilidad: el de la responsabilidad entre vecinos. Son muchos los que consideran al propietario de un fundo responsable del perjuicio que cause a los vecinos sin que sea necesario averiguar si cometió o no una culpa, desde el momento en que la actividad del dueño sea anormal. Ripert creyó que podía extender esta fórmula a todos los casos de responsabilidad: 'Un acto comprendido dentro de los límites legales compromete, sin embargo, la responsabilidad del autor, quien, al aprovecharse de los beneficios de su derecho, debe soportar sus riesgos. Pero el titular de un derecho sólo puede considerarse como autor responsable del acto cuando no ha obrado de conformidad con las condiciones normales de su época y de su medio... La irresponsabilidad proviene, no del ejercicio de un derecho, sino del hecho de que se obre dentro de las condiciones normales de la época y del medio...'.

"A primera vista este criterio parece muy seductor, porque es relativamente sencillo. Pero es fácil ver cómo a nada conduce, si no es a los principios tradicionales de la culpa, que se proponía no obstante demoler. Averiguar si un acto es **normal** o **anormal** es simplemente preguntarse si el autor ha cometido o no una imprudencia al ejecutarlo. Se precisa evidentemente que lo que hoy se considera anormal ya no lo será mañana y que el carácter de un acto debe apreciarse a través del medio social; pero los partidarios de la culpa no lo niegan: la noción de culpa se modifica sin cesar, se adapta a todas las transformaciones del mundo económico. ¿Querrá verse otra cosa en la teoría del acto anormal? ¿Podrá afirmarse que hay actos anormales por sí mismos y que se puede redactar la lista de ellos? ¿Se dirá, por ejemplo, que el hecho de circular un automóvil es un hecho anormal? Los partidarios de la tesis así lo creen. Pero entonces la palabra anormal ya no corresponde a la idea que se pretende expresar, porque nada es hoy más **normal** que servirse de un automóvil.

"Una de dos cosas: el criterio, en sí mismo, carece de sentido, o no es sino la expresión, bajo una forma nueva, de la necesidad de la culpa. La mejor prueba de ello estriba en que Ripert ha vuelto a la teoría tradicional, a afirmar que la culpa es elemento constitutivo de la responsabilidad civil, principalmente en su obra **La regla moral en las obligaciones civiles.** Asimismo nuestro lamentado colega Gaudemet, al pretender demostrar que la teoría del riesgo se ha infiltrado a cubierto de la culpa, hasta el extremo de que reina hoy entre ambas un 'acuerdo casi completo, mal disimulado por ciertas divergencias de forma', se ha visto obligado a concluír que el acto **anormal,** es decir, según él, el acto **peligroso,** constituye forzosamente una culpa de imprudencia". (Tomo I, pág. 173).

En el caso de autos encajan admirablemente las observaciones de los Mazeaud. Máxime cuando en verdad lo que persigue la demanda es una declaración sobre la responsabilidad que le puede caber al Departamento por fallas en la técnica y negligencias, elementos configurantes de la culpa civil y básicos de la acción reparadora consiguiente.

El aspecto del provecho lo plantean así los hermanos Mazeaud en su tan consultada obra sobre "Responsabilidad Civil":

"Entre los hechos perjudiciales se comprometen la responsabilidad del autor los que constituyen para éste fuente de provecho: **Ubi emolumentum, ibi onus.** Es la teoría llamada del riesgo-provecho. Pero, ¿qué debe entenderse por provecho? ¿En qué casos puede afirmarse que una persona deriva un provecho de su actividad? ¿Podremos tomar la expresión en un sentido amplio y decir que cualquier persona, que ejecute un acto cuya ejecución tenga algún interés, deriva un provecho del acto?"

Y dándole respuesta a esta última pregunta, dicen:

"El que aprovecha es el que especula económicamente; el que al crear un riesgo para los demás, crea para sí mismo una fuente de riqueza".

Un interés general, el de amparar a sú ciudad capital y a las propiedades amenazadas allí por el río Pamplonita fue el móvil primordial del Departamento. A sus arcas no entró, o al menos no se ha demostrado que haya entrado nada que pueda calificarse de utilidad pecuniaria producida por la obra. Económicamente no se ha explotado en el sentido que se explota un acueducto, una planta eléctrica, un tranvía, un teatro, etc.

El Legislador, en ejercicio de las atribuciones que ha tenido para decretar obras públicas y para fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo o apoyo (artículo 76 de la Constitución

de 1886), decretó, por hallarla útil y benéfica, esa obra de encauzamiento de la corriente del río Pamplonita, en frente de la ciudad capital de Santander del Norte. La Ley 122 de 1931 no es simplemente **permisiva.** Sino que **manda** que se proceda a la construcción, encomendando la dirección y el manejo de fondos a una determinada entidad oficial. Con lo cual pone de patente el Legislador su intención de proveer como le incumbe, cuando se trata de bienes nacionales. Porque de la República son los ríos y las aguas que corren por cauces naturales, aunque sea cierto también que pertenecen al uso público en los respectivos territorios (artículos 677 del C. C.).

La ley fue sancionada el veinte de noviembre de mil novecientos treinta y uno, y promulgada el veinticinco de noviembre del mismo año. La obra se inició con posterioridad, pues en el hecho 16 del libelo se dice que se le dio comienzo en el año de mil novecientos treinta y dos.

Cabe decir, entonces, que si la Nación para proteger a la ciudad de Cúcuta —sede de la administración seccional de Norte de Santander y residencia del agente que allí tiene el Gobierno Central (artículo 181 de la Constitución)— quiso sujetar en aquella parte el río Pamplonita a determinado cauce, no dejó de consultar en ello su propio provecho, lo que equivale a decir que si tal provecho podía esconder un riesgo para otros, la responsabilidad por ese riesgo no es solamente achacable al Departamento sino que lo es también a la Nación.

Para terminar el capítulo atañedero al riesgo, debe decirse:

Escuetamente tomada la afirmación de que la muralla en sí constituye un riesgo genitor de responsabilidad, no puede menos de advertirse que un enunciado tal lleva directamente a la tan debatida cuestión de la responsabilidad objetiva. Teoría que no ha tenido un arraigo firme en nuestra jurisprudencia, por no existir disposición expresa en nuestro Código Civil que la tenga consagrada.

Aquí cabe recordar que el Código de Napoleón fue el arquetipo, o al menos el derrotero que le sirvió a don Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno. En ninguno de los proyectos elaborados por el señor Bello se habla de responsabilidad "por las cosas que se tienen bajo guarda" como lo dice el Código Civil francés en el artículo 1384. La disposición correspondiente a tal artículo, adoptada en el Código Civil chileno, copió del francés el principio de que "toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Pero omitió decir que "se es responsable por las cosas que se tienen bajo guarda" que es lo que ha dado motivo para que se diga que el Legislador francés admitió la responsabilidad objetiva.

La disposición del Código Civil chileno fue literalmente trasladada al Código Civil colombiano. Lo que quiere decir que nuestro Legislador no quiso tampoco consignar en texto expreso la responsabilidad "por las cosas".

Cuando nuestros Tribunales han esbozado en sus fallos la teoría de la responsabilidad objetiva han buscado asidero en la disposición del artículo 2356 del Código Civil. Al amparo de tal disposición han resuelto reclamaciones por daños causados en actividades o explotaciones peligrosas tomando como ejemplo de tales actividades o explotaciones las de los vehículos de transporte, las de las empresas industriales de energía eléctrica, etc. Ya puede advertirse la diferencia entre actividades de tal naturaleza y la de la construcción de una muralla concebida más bien como un medio de defensa y que como tal ha servido a los propósitos legales antes y después de ocurrido el siniestro de la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

No parece necesario ahondar más sobre la cuestión del riesgo. Las mismas voces del libelo relevan de ese ahondamiento. Porque ellas invocan hechos y omisiones configurativos de la culpa aquiliana como son los enunciados en los hechos 17, 18, 19, 20, 24, 26 y 27 del libelo.

Responsabilidad por culpa. — Desde el derecho romano se ha considerado que el hecho que infiere injuria o daño a otra persona, es genitor de la obligación reparadora. No es preciso que el hecho dañino se haya cometido de manera voluntaria y maliciosa para que origine la reparación. Puede faltar la intención de dañar, y sin embargo el lesionado por el solo hecho de haber sido víctima del daño tiene en principio acción para hacerse indemnizar. Esa norma de equidad en vez de sufrir mengua, ha adquirido consistencia y cobrado incremento con el influjo del derecho social contemporáneo.

El progreso en todas sus manifestaciones impone hoy, con más apremio que antes, la regla de conducta del cuidado y atención en las empresas y negocios propios para que no vayan a refluír en perjuicio de los demás. El Estado mismo —y en esa expresión quedan comprendidas todas las entidades de derecho público que de él emanan— ya no puede escudarse en el concepto

de soberanía para obrar o dejar de obrar, si el hecho o la abstención hieren a personas o a patrimonios causándoles perjuicio.

La conducta que choca con esas normas, o que se aparta de ellas, es la que legisladores y jurisperitos convienen en llamar **culpa**..

Los expositores franceses anotan que el Código Civil no dá una definición de culpa civil. Hacen esa observación Planiol y Ripert para dar en seguida la idea que ellos tienen de culpa. "Se incurre en ella —dicen— cuando se actúa de modo diverso de como debía obrarse". Los hermanos Mazeaud hallan que hay culpa en "todo error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida, colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio". Otros autores consideran que hay culpa en "la carencia de precauciones que la prudencia hubiera inspirado a un hombre cuidadoso y diligente".

El Código Civil colombiano dice en el artículo con que inicia el libro reglamentario de las obligaciones y los contratos, que el hecho que ha inferido o infiera daño a otra persona, da nacimiento a una obligación civil. Pero al tratar de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, no da tampoco una definición de éstas. En el artículo 63 del Título Preliminar había dicho: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido"; y al descriminar lo que es culpa grave, lo que es culpa leve y lo que es culpa levísima, las relaciona con normas de conducta.

Inseparable la noción de culpa de la de responsabilidad moral, se explica que se la quiera configurar como un error de conducta.

"Toda la teoría de la responsabilidad —enseña Josserand— no es otra cosa que una vasta empresa de equilibrio de derechos rivales en permanente conflicto a los cuales importa conservar en su lugar, localizarlos y controlarlos en su expansión". Las disposiciones que el C. C. destina a la reglamentación de los delitos y cuasidelitos, le permiten al Juez conducir y desenredar la lucha de intereses que en cada caso se le ponga de presente. (Obra citada, T. 2º, número 426).

"Para justificar una demanda de perjuicios fundada sobre el artículo 1382 del C. Civil, no basta invocar un perjuicio y atribuír una causa determinada a ese perjuicio, sino que es preciso establecer que la causa invocada tiene efectiva relación con el perjuicio sufrido". Esa doctrina informa un gran número de fallos proferidos por los Tribunales franceses.

La Sala podría aquí rememorar los diversos fallos que los Tribunales de Colombia han pronunciado en el mismo sentido, cuandoquiera que se les han propuesto demandas por perjuicio, fundadas en la disposición general del artículo 2341, que en su esencia es el mismo artículo 1382 del Código Civil francés.

Ya con lo dicho puede advertirse que la responsabilidad en materia civil está configurada por tres elementos esenciales; el hecho culposo, el perjuicio, y la relación de causalidad entre uno y otro.

En los capítulos anteriores quedó ya establecido que la inundación del predio de "Sacamiles" ocurrida en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, causó el perjuicio que ha dado base a este pleito.

Se ha estudiado también como un hecho procesal demostrado, que antes de tal fecha el Departamento Norte de Santander concibió el plan de defensa de la ciudad de Cúcuta contra las irrupciones del río Pamplonita, y que a partir del año de mil novecientos treinta y dos acometió la empresa bajo la dirección de la Oficina de Obras Públicas del Departamento, porque así lo dispuso la Ley 122 de 1931, que destinó fondos del Tesoro Nacional a tal finalidad.

Procede ahora investigar, con el detenimiento que el caso requiere, si el proceso de la construcción se desarrolló con extralimitación de las normas legales determinantes de la empresa en sí misma; si se procedió con desconocimiento o mala aplicación de los dictados de la técnica; y si esa construcción así ejecutada, fue la causa decisiva y determinante del daño, y si ha de serlo de la reparación consiguiente que demanda la señora de Faccini. De paso habrá de analizarse el tópico de las relaciones de vecindad traído por el doctor Zuleta en su alegato. Pero por sobre todo habrá que examinar la consistencia probatoria de esta tesis afirmada una y otra vez por el doctor Zuleta en aquella pieza procesal: "el río se desbordó por causa de la obra de la muralla".

"Aunque se necesitara —que no se necesita— para la correcta interpretación que la Corte le ha dado al artículo 2356 del Código Civil probar la culpa de los agentes administrativos— dice el doctor Zuleta al cerrar el capítulo sobre la "Responsabilidad del Departamento"— en el presente juicio esa culpa aparece superabundantemente acreditada, con los siguientes elementos: conclusiones de los peritazgos rendidos por los ingenieros doctores Rafael Jaramillo (folio 114), Luis Ibáñez P. (folio 156), Emilio Gaitán Martín y V. Pérez P. (folios 6 vto. cuad. número 4); los conceptos de los doctores Lucio García y Manuel

Archila (cuadernos números 12 y 15); no inversión de saldos disponibles para la obra (letra g); modificación hecha por el Departamento al plano primitivo de la muralla (letra I)".

El análisis de las pruebas demostrativas de los hechos en que apoya la parte actora sus cargos y la opositora su defensa, se hará siguiendo el orden anotado en el aparte transcrito.

Pruebas apreciadas en el primer grado. Prueba pericial—En investigación del daño material causado al terreno de "Sacamiles" con la inundación, y de la influencia que en él haya tenido la muralla, ha habido intervenciones de peritos legalmente nombrados y posesionados.

Operaron como expertos los doctores Rafael Jaramillo, Fernando Tavera y Luis Ibáñez P., con el resultado de que el primero, nombrado por la parte demandante, y el tercero doctor Ibáñez, estuvieron de acuerdo con el punto de vista propuesto por la demanda, a saber: que la finca de "Sacamiles" no habría sido inundada si el Departamento no hubiera construído la muralla que construyó, o si se hubiera comenzado la construcción en dirección opuesta a la que empleó. Fundamento del dictamen de estos peritos es el que suministran los siguientes hechos: que la muralla constituyó un impedimento para que el río se desbordara en la zona contigua al puente de San Rafael como había sucedido en épocas anteriores; que la muralla al limitar el cauce del río, le imprimió mayor velocidad a la corriente; que las aguas así encañonadas tuvieron tal fuerza erosiva, que como avalancha se lanzaron sobre la finca de "Sacamiles" y la destruyeron en parte considerable de su extensión.

Por separado aparece rendido el dictamen de los mencionados expertos Jaramillo e Ibáñez (folios 114 y 116, cuaderno número 4). Las conclusiones a que llegaron, convincentes para el H. Tribunal, consultan unas mismas fuentes de información, a saber: testimonios rendidos en la primera instancia, fotografías y planos tomados y levantados en la misma instancia o traídos a ella. Entre los planos destacan el levantado por el doctor Leopoldo Monroy V. (fol. 53, cuaderno número 4). El doctor Jaramillo se remite a la autoridad de otros expertos que en diligencia extrajudicial habían dictaminado sobre el punto que aquí viene estudiándose (folios 6 v. a 7 v., cuaderno número 4).

De una vez conviene revisar los testimonios y demás elementos de información que dicen haber tenido los peritos, antes de hacer el análisis de tales dictámenes.

Fueron testigos:

Félix González: "Antes de hacerse la muralla —dice— una parte de las aguas del río Pamplonita en varias inundaciones se dividía hacia la izquierda abajo del puente de San Rafael (hoy Benito Hernández Bustos), por una playa o parte baja. Con la construcción de la muralla se logró impedir, a lo menos en la longitud de ella, que las aguas desbordaran en las inundaciones hacia la izquierda como acostumbraban, obteniéndose que quedaran reducidas a un solo cauce".

Eladio Soto: "Con la construcción de la muralla desde el puente de San Rafael (hoy Benito Hernández Bustos) hacia abajo, se logró impedir que esas aguas en las inundaciones se desparramaran o se explayaran hacia la izquierda, quedando definitivamente encauzadas en una sola corriente, por la derecha, en la longitud de la muralla, y después de ésta las aguas buscaron la vía más recta, causando daños en todas las fincas que encontró (sic) por delante, entre ellas la de la señora Virginia Soto de Faccini".

Pedro Felipe Lara: "Antes de hacer la muralla una parte de las aguas del río Pamplonita en varias inundaciones se dividía hacia la izquierda abajo del puente de San Rafael (hoy Benito Hernández) por el brazo de la toma pública, lo cual constituía para la ciudad de Cúcuta un gravísimo peligro. Con la construcción de la muralla se logró impedir, a lo menos a la longitud de ella, que las aguas desbordaran en las inundaciones hacia la izquierda, como se sucedía anteriormente obteniéndose que quedaran reducidas a un mismo cauce".

Eleuterio Maldonado declaró dentro de una diligencia de inspección ocular y en vista del río y de los terrenos afectados con la inundación, y dijo ante el Magistrado sustanciador: "En las inundaciones anteriores esta finca no sufría daños por la elevación del terreno en que tal finca estaba, elevación como de unos tres metros con relación al cauce del río, y por los árboles y vegetación que había en ella, que no permitían que el río escarbara en él. (Este testigo dice tener sesenta años de edad y conocer la finca de "Sacamiles" desde hace cuarenta años en la fecha de su declaración).

Andrés Solano —declarante dentro de la misma diligencia— dice: "En años anteriores conocí otras inundaciones del río Pamplonita pero esas inundaciones no perjudicaron la finca de 'Sacamiles' porque el río se explayaba, antes de construírse la muralla, o cuando sólo había un pequeño pedazo de ella, hacia el occidente de la finca

de 'Sacamiles', sin perjudicarla, inundaciones éstas que siempre fueron formidables. Las aguas de estas inundaciones eran recogidas por lo que se conoce con el nombre de brazo del Pamplonita. En las inundaciones anteriores, la finca de 'Sacamiles' no sufría daños, porque esta finca quedaba en parte alta y el terreno estaba fortalecido por arbustos y diferente vegetación. Al comienzo de la muralla las aguas del río se abrían hacia el occidente; al terminar la muralla yo observé al día siguiente de la inundación que se estrellaban contra la cabecera de la finca 'Sacamiles', por consiguiente en mi concepto la muralla sí influyó en la destrucción de la finca, porque al terminar la muralla las aguas buscaban cauce hacia estos predios. Antes de hacerse la muralla las inundaciones del río hacía (sic) estragos al desbordarse hacia la izquierda, en cambio de 1938 que ya estaba construída la muralla ya no los hacía porque no entraban las aguas hacia ese sector. (El concepto sobre la influencia que la construcción de la muralla tuviera en el predio de "Sacamiles" lo dio este testigo a solicitud del apoderado del actor).

Marco A. Cacique: "Antes de construírse la muralla las aguas buscaban las partes más bajas o sea hacia la toma o brazo del río por donde se encauzaban las aguas desbordadas. La zona intermedia entre el brazo del río y el cauce del río eran inundadas en las partes bajas". A este testigo le preguntó el sustanciador :"¿Cuáles fueron las causas de los estragos causados en esta finca en la inundación de 1938?" Y el testigo contestó: "Eso sí no lo puedo justificar yo, tan sólo Dios lo sabe". Y cuando el apoderado del actor le preguntó: "¿Por lo que usted vio, cree que la muralla fue causa de la inundación de gran parte de la finca?", el testigo contestó: "Yo no tengo conocimiento en eso".

A la creciente de mil novecientos treinta y uno se refiere la fotografía agregada al folio 27 del cuaderno número 4. Es un documento, como las otras que con conocimiento de las partes se han agregado al proceso, que operan como atestación de un hecho, que en este caso es el de la ocurrencia de crecientes en épocas anteriores a mil novecientos treinta y ocho.

La opinión escrita de los doctores Víctor M. Peñaranda y Emilio Gaitán, tomada como un respaldo o antecedente de la que debían emitir los doctores Jaramillo e Ibáñez dentro del presente juicio, no puede operar aquí con la fuerza de convicción atribuída por la ley a dictámenes emitidos por personas llamadas expresamente a intervenir en auxilio del Juez de la causa con el aporte de sus luces y experiencia (artículo 705 del C. Judicial). No fue admitida ante el Juez competente para conocer de este género de controversias en que se ventilan cuestiones en que tiene interés un Departamento, ni a la diligencia en que se surtió fue citado el representante judicial de tal entidad.

El H. Tribunal **a quo** la admitió como prueba documental en auto de veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y uno, y como documento corre agregado en copia del folio 42 al 45 del cuaderno número 4.

En cuanto a la inspección ocular de que hace parte el concepto de que se viene hablando, tampoco se le puede atribuír la fuerza probatoria que tiene una inspección ocular practicada por el Juez de la causa o su comisionado "para juzgar con más acierto" (artículo 724, C. J.).

Trasladada a este juicio la exposición que como versados en ingeniería hicieron en su oportunidad los doctores Víctor M. Peñaranda y Emilio Gaitán, libres eran los peritos Jaramillo e Ibáñez de reconocerle autoridad científica y de adherir a las opiniones allí emitidas, con la misma libertad con que hubieran de invocar en respaldo de sus propios pareceres el de consagrados maestros en ciencias exactas o enseñanzas consignadas en textos sobre las mismas materias. Leyendo el dictamen de los doctores Jaramillo e Ibáñez y cotejándolo con las exposiciones de los doctores Gaitán y Peñaranda, se ve que aquéllos siguieron las opiniones de éstos y las reprodujeron como propias.

¿Hay discrepancia esencial entre los peritazgos de los doctores Jaramillo e Ibáñez y el del doctor Fernando Tavera?

Con relación a las causas de la inundación del predio de "Sacamiles" en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, señala éste dos principales y se expresa así:

Primera: el invierno y la creciente del río Pamplonita que "en esa fecha fueron excepcionales, no habiendo recuerdo de haberse registrado otra igual antes; y segunda, a que la muralla de defensa construída en la margen izquierda del río Pamplonita en la parte alta antes de la finca de 'Sacamiles', impidió que las aguas desbordadas en la parte alta antes de la finca en mención, tomaran otros cauces como el del brazo y la toma".

Aclarando luégo su concepto, dice que si la muralla no hubiera existido, siempre la finca de "Sacamiles" hubiera sido inundada debido a la

fuerza de la creciente de esa noche, pero el daño causado a la finca de "Sacamiles" hubiera sido, seguramente, de menores consecuencias".

Para este ingeniero, "si no se hubiera construído la muralla de defensa en la margen izquierda del río Pamplonita, la finca de 'Sacamiles' no se hubiera inundado en la forma en que se inundó en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, sino en una forma menos perjudicial para dicha finca". Y si "la muralla se hubiera comenzado de abajo para arriba, es decir, del lindero de 'Sacamiles' hacia el puente, esta muralla hubiera llegado hasta unos cuarenta metros antes del puente", y explica: "Dada la topografía del terreno en esa parte de la margen del río, y dado que la creciente del río crecido tomó hacia la margen derecha, es decir se cargó a ese lado a su salida del puente, no habría influído para nada la falta de ese trayecto de muralla en los efectos producidos por la avenida del río sobre la finca de 'Sacamiles' en la noche citada".

En seguida contempla las otras situaciones así: "Si la muralla se hubiera prolongado más abajo de donde estaba en la noche del 25 al 26 de noviembre conforme a lo proyectado, los efectos de la avenida sobre la finca de 'Sacamiles' en la noche citada hubieran sido mucho menores a juzgar por la dirección de la muralla en el proyecto, pues esta prolongación hubiera protegido más la finca, desviando la acometida del río en la cabecera de la finca". "Si la muralla hubiera sido 150 metros más corta de lo que era en la citada noche, con toda seguridad la gran avenida del río hubiera desbordado por esa parte del terreno que quedaba fuera de la protección de la muralla, por dos razones: primera, porque el terreno en esa parte según lo muestran los perfiles transversales tomados por el ingeniero Monroy en 1932, es el más bajo de la margen izquierda del río, habiendo sido por esta parte por donde desbordaba el río en otras ocasiones; y segundo, porque la mayor acometida del río en esa gran creciente venía precisamente dirigida a esa parte de su orilla. En el caso de haberse realizado la hipótesis de la falta de muralla en esa parte, es imposible preveer los efectos de la avenida del río sobre la finca de 'Sacamiles', ya que seguramente la mayor fuerza de la creciente hubiera tomado la finca 'Sacamiles' por detrás, es decir, por su lindero occidental. En este supuesto, los efectos habrían podido ser muy diferentes: o el desbordamiento por esa parte hubiera podido servir de aliviadero al cauce del río y atenuar así los efectos destructores de su corriente sobre la margen izquierda, o, dado el enorme volumen de esa corriente, haber causado mayores estragos en toda la finca 'Sacamiles' ".

Como se ve, el doctor Tavera hace mérito de los mismos hechos que a los doctores Jaramillo e Ibáñez parecieron determinantes de la inundación del predio de "Sacamiles".

Pero hay algo más: en otro peritazgo en el que actuó con el señor Francisco Santos, peritazgo de que luego se hablará, repitió el doctor Tavera sus puntos de vista que conviene reproducir aquí:

"La parte de la finca 'Sacamiles' que da al río Pamplonita es en la actualidad fácilmente anegable en las fuertes avenidas del río, como puede constatarse a simple vista; en cuanto a la influencia de la muralla de defensa con respecto a la anegación de la finca, la existencia de dicha muralla hace que la finca sea mayormente anegable en caso de fuerte avenida del río, y menos anegable, de lo que es hoy, si dicha muralla no existiera, por la evidente razón de que la actual muralla de defensa reduce el cauce del río en una gran extensión antes de su llegada a 'Sacamiles', dando así mayor velocidad a la corriente, haciendo subir el nivel de las altas aguas, e impidiendo que aguas desbordadas en las grandes crecientes arriba de la finca 'Sacamiles', tomen otros cauces, como el de La Toma y el de El Brazo".

Intervinieron también peritos para reconocer la cabida de la finca; la posición de ella con respecto a la factura de ingeniería hidráulica llamada puente Benito Hernández; el estado que ya por entonces revelara en orden a su productibilidad agrícola; la muralla construída sobre la margen izquierda del río Pamplonita desde el mencionado puente aguas abajo.

El ya nombrado ingeniero Fernando Tavera y el señor Francisco Santos actuaron como peritos y de común acuerdo dictaminaron sobre la cabida, la ubicación geográfica de la finca, su posición respecto del río y de la muralla, diciendo a ese respecto lo mismo que atrás apuntó el fallo. Y agregaron:

"c) Estado en que se encuentra la finca e inutilidad actual de ella para cualquier explotación agrícola: la finca en una cuarta parte, que es una faja situada hacia el costado occidental, tiene terrenos aptos para cualquier cultivo de ese clima; en las tres cuartas partes restantes o sea hacia el oriente de la finca, el terreno es de arena y piedra, sin capa vegetal y por consiguiente inútil para cualquier cultivo. d) Causa del estado expropicio para cualquier explotación agrícola en

que se encuentra la finca: las tres cuartas partes impropicias para el cultivo de la finca, se hallan en ese estado debido a que el río en sus grandes avenidas pasó por allí".

Lo transcrito es, pues, parte de un dictamen rendido por peritos debidamente nombrados y posesionados. En cuanto al reconocimiento material de los hechos sobre los cuales dictaminan los señores Tavera y Santos, el mismo Tribunal **a quo** intervino en él, como que fue hecho en diligencia de inspección ocular llevada a cabo en la finca de "Sacamiles" el catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y uno. (Folios 17 v. y siguientes, cuaderno número 4). También tuvieron en cuenta los expertos, los testimonios de los nombrados Eleuterio Maldonado, Aurelio Velásco, Andrés Solano y Marco A. Cacique.

Hechas así las investigaciones que autorizan los artículos 728 y 730 del Código Judicial, pudo el Tribunal dejar constancia de que la finca en el estado en que la había encontrado, apenas era explotable y cultivable en una extensión calculada como en una cuarta parte de la cabida total, porque las partes restantes mostraban aún señales de haber sido arrasadas por la avenida del río Pamplonita en su capa vegetal.

Ninguna prueba hay tan adecuada para establecer los daños causados por las avenidas de un río y asentar bases para las indemnizaciones que por causas de esa índole se deban, como la de la inspección ocular. En el caso de autos, el H. Tribunal inspector racionalmente se persuadió del paso del río por sobre una parte considerable del predio de "Sacamiles". El reconocimiento del Tribunal estuvo auxiliado como lo permite el artículo 728 del C. Judicial.

Debe agregarse que en el curso de la primera instancia obraron, aparte de los testimonios transcritos anteriormente, los de Elpidio Bruno, Carlos Sus, Francisco Santos (folios 37, 38, 40, 85 y 86 del cuaderno número 4), que como conocedores de la finca de "Sacamiles" desde antes de la inundación la revelan como una finca productiva y de perspectivas económicas.

Puede decirse, en suma, que en la primera instancia se llevó al juzgador a que observara directamente los estragos; que se le suministraron conceptos sobre la causa y los efectos de éstos; que no faltaron testimonios de personas que, diciéndose conocedoras de los hechos y cosas por aplicación de los sentidos, pudieron relatarlos con fidelidad y que todo ello en conjunto produjo en el **a quo** la convicción de que la construcción de la muralla sí influyó en el daño que recibió la finca de "Sacamiles" en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho. En ese convencimiento, e impresionado principalmente por las conclusiones de los peritos, llegó a decir:

"Si bien la destrucción de los plantíos de vid y hortalizas se debieron a la acción de las aguas del río, ello no se debió a la creciente o avenida —ya que había resistido otras iguales o mayores— sino directamente a la manera como fueron encauzadas las aguas y luego abandonadas".

Pero tampoco puede pasarse por encima de estas observaciones que hace el Tribunal sentenciador: "nadie —dice en el fallo— podría afirmar que se pudo prever todo cuanto aconteció, como tampoco que la actora estuviera a salvo de todo riesgo sin la construcción de la muralla. En la misma demanda se admite que el daño hubiera sido menor sin la muralla".

Conviene aquí insistir en que el Departamento se limitó a demostrar con testimonios la magnitud de la inundación ocurrida en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, consecuente con su propósito de escudarse en la ocurrencia de una fuerza mayor para obtener su absolución. Esas pruebas del Departamento èn la primera instancia obran en el cuaderno número 3, de pruebas.

El Municipio de Cúcuta apenas coadyuvó la actitud del Departamento, porque su único interés era y es el que se declare que él es ajeno a toda responsabilidad. En su actitud de coadyuvante adhesivo ha perseverado ante la Corte.

Esta, a su turno, no puede desconocer el establecimiento del daño en términos generales, porque la demostración objetiva de él es completa. Lo que a esta Superioridad le incumbe investigar con un mayor detenimiento es la relación de causalidad que exista entre la construcción de la muralla y los perjuicios sufridos por la dueño de la finca de "Sacamiles". Y ha de hacerlo con mayor detenimiento porque a esta segunda instancia se han traído nuevas pruebas y se han expuesto mayores argumentos de parte y parte. De la actora, para fijar en cabeza del Departamento la responsabilidad y la obligación de indemnizar; y de parte de la entidad demandada para establecer qué causa a ella extraña produjo el efecto dañino y la excusa de responsabilidad.

Pruebas del segundo grado.—Del proceso probatorio en la segunda instancia puede decirse ya que la parte actora se esforzó por completar dentro de él la demostración dèl daño sufrido, suministrándole al juzgador datos más detallados so-

bre la naturaleza de ese daño, y sus repercusiones hacia lo futuro. Con ese fin aportó testimonios, peritazgos y documentos.

También con documentos de carácter público y privado se propuso demostrar: que hubo gestiones de los representantes del Departamento para que se aplicaran a otros menesteres administrativos fondos que debieran haberse invertido en la obra de la muralla.

Prueba de la misma naturaleza usó en la segunda instancia la parte demandada con el tangible objeto de establecer el hecho extraño y la fuerza mayor, y subsidiariamente para reducir las proporciones que al daño ocurrido en la finca de "Sacamiles" le asigna la parte promotora de la acción.

Como la prueba pericial fue la que más hondamente parece haber impresionado al Juez de primera instancia, por el examen de esa prueba aportada a la segunda debe iniciarse el presente capítulo de los considerandos de la Corte:

Los conceptos de los peritos sobre la causa del daño.—No fue posible que los ingenieros Lucio García y Luis M. Salamanca —nombrados peritos principales por los demandantes y el Departamento, rsepectivamente— uniformaran su criterio acerca de las cuestiones sometidas a su dictamen, y hubo de intervenir el tercero, ingeniero Manuel Archila M. Todos concurrieron a la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, pudiéndose decir que en el proceso de investigación actuaron juntos.

Los dictámenes de los mencionados peritos constituyen cada cual un cuaderno separado de la actuación, y son los marcados con los números 12, 13 y 15.

Todos hacen en un primer capítulo consideraciones generales. En otro capítulo absuelven punto por punto los cuestionarios a ellos propuestos por el abogado del Departamento. En otro capítulo consignan datos solicitados durante la inspección ocular practicada por la Sala de Negocios Generales. En un último capítulo absuelven el cuestionario formulado por el abogado del actor. Los peritos principales adjuntan a sus dictámenes planos y diseños que los complementan.

La primera parte de los dictámenes está dedicada a relacionar los hechos verificados durante la inspección ocular llevada a cabo en los días doce a diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos (actuación ésta que forma el cuaderno número 8-bis). Como apuntes preliminares consignaron los peritos los siguientes: el río Pamplonita en el trayecto comprendido entre la desembocadura de la quebrada Juana Paula y el límite norte del predio de "Sacamiles", corría en la época de la inspección por un valle de estructura geológica que los expertos llaman "sinclinal"; que esa corriente es portadora de considerable volumen de material de acarreo que se aumenta especialmente en la época de lluvias torrenciales, como se ha registrado desde épocas antiguas; que en el trayecto del río que queda abajo del puente Benito Hernández Bustos se han observado cambios de velocidad y ensanchamientos del cauce que ocasionan la deposición del material de acarreos y dan lugar a la formación del aluvión que se extiende posiblemente hasta debajo del suelo de gran parte de la ciudad de Cúcuta; que las capas de aluvión van engrosando, y que encima van colocándose materiales de acarreo cada vez más finos; que en algunos sitios aparece vegetación que contribuye a defender los terrenos así formados y a darles cierta estabilidad que los defiende de las erosiones dando lugar a orillas o bancos de alguna resistencia que definen el curso de las aguas o a islas que diversifican o dividen la corriente; y que también dejan playas que sin cosistencia suficiente aparecen o desaparecen con el transcurso de las épocas de incremento del régimen del río.

Tales, en sus puntos esenciales, las descripciones que hacen los peritos sobre la formación de los terrenos que en aquella región son riberanos del río Pamplonita, y entre los cuales está el predio de "Sacamiles".

Respecto del segundo capítulo, o sea el que dedican a absolver el cuestionario propuesto por el Departamento, hay discrepancias y acuerdos que el perito tercero destaca en su informe. En los puntos de discrepancia entra él a dar su personal opinión.

En número de veintiuna son las cuestiones que el apoderado del Departamento somete a peritación en la segunda instancia. Los peritos principales, doctores Lucio García y Luis M. Salamanca concuerdan, según lo advierte el tercero, doctor Manuel Archila M., en la solución de las siguientes:

"1ª En que no hay razón para suponer que la corriente principal del río Pamplonita después de pasar por debajo del puente Benito Hernández pudiera partir de la margen derecha hacia la muralla situada a la izquierda para dirigirse allí, encauzado por la muralla, a la margen derecha contra los espolones naturales o rocas situadas en la ribera oriental y de allí precipitarse por contragolpe, sobre el predio de "Sacamiles". La

inundación de tal predio, en concepto de los doctores García y Salamanca, no fue producida por un efecto de acción y reacción. Los pequeños espolones de la muralla, en concepto de esos profesionales, no son lo suficientemente grandes para que puedan afectar un cambio apreciable en la corriente del río.

2ª En que los rastros y señales que existen como dejados por el río tanto en los estribos del puente como en sus orillas, aunque perceptibles a la vista, no indican que ellos hayan sido precisamente el resultado de la creciente del río en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, pues bien pueden ser efectos de crecientes anteriores o posteriores a dicha fecha. Después de esa fecha se encuentran como datos más próximos los tomados por el ingeniero J. R. Córdoba, que aparecen en los planos presentados por él (folio 44, cuaderno número 4). Los peritos convienen en que lo más probable es que en noviembre de mil novecientos treinta y ocho las corrientes principales fueran las indicadas en los planos del ingeniero Córdoba.

3ª En que la muralla construída no pudo empujar la corriente del río en la gran avenida del 25 al 26 de noviembre contra las rocas o espolones naturales de la orilla opuesta. Esta conclusión contradice lo aseverado en el hecho 22.

4ª En repetir e insistir en que los pequeños espolones que de trecho en trecho tiene la muralla, no tienen poder suficiente para desviar y lanzar el río sobre las rocas de la margen derecha.

En la primera parte del 8º: por cuanto convienen en que el cauce actual del río se reduce considerablemente frente al predio de "Sacamiles".

9ª En que los cálculos del ingeniero José Faccini no son los que verdaderamente corresponden al caso especial del río Pamplonita y que las fórmulas y los datos tomados por él, no están bien aplicados.

11. En afirmar que la formación de "Sacamiles" pertenece a terrenos sedimentarios, lo mismo que la mayor parte de los terrenos en que está levantada y construída la ciudad de Cúcuta, o sea, por terrenos que han sido formados por la sedimentación de materiales acarreados por las corrientes de aguas. Anotan al respecto que las lluvias producían erosión de materiales en las partes altas e inclinadas de las cordilleras, y que arrastrándolas las depositaban en las partes bajas, en sitios en que ocurría una disminución apreciable de la pendiente de los terrenos.

15. En la aseveración de que las variaciones de los cauces de los ríos y que obedecen a muchos factores o circunstancias, como el caudal de aguas, la calidad y cantidad del material de acarreo y las pendientes.

16. En que el río Pamplonita presenta primero una pendiente fuerte y por consiguiente una velocidad apreciable desde Pamplona hasta el valle de Cúcuta; que después del Puente Benito Hernández Bustos la sedimentación se asentaba antes de la construcción de la muralla; que al llegar al predio de "Sacamiles" el cauce actual se reduce; y que todo esto hizo indispensable la construcción de la muralla por la margen izquierda del río Pamplonita para proteger a la ciudad de Cúcuta, que en otras ocasiones se había inundado por fuertes avenidas del río en épocas de invierno.

17. En negar, por una nueva vez, que la muralla de la margen izquierda lanzara al río sobre la derecha sobre determinados espolones, y que por contragolpe lanzara el río a la margen izquierda y de que sea ésta la causa exclusiva de la inundación del predio de "Sacamiles".

18. En la afirmación de que la cantidad de terreno que le quedó en buenas condiciones a la señora de Faccini fue la de ocho mil metros cuadrados.

19. En la afirmación de que el río Pamplonita formaba el límite oriental de "Sacamiles" en la fecha en que remató la señorita Ana Francisca Marciales, y que el lote tenía más o menos la forma que hoy tiene.

21. En el concepto de que el plano presentado por la señora Soto de Faccini no concuerda con lo indicado en las escrituras anteriores a la fecha del remate, ni tampoco está de acuerdo con las dimensiones señaladas en éste.

La primera discrepancia entre los peritos principales aparece en la contestación al punto 5º del cuestionario del Departamento. La hace anotar el perito doctor Manuel Archila M., así:

"El perito doctor García dice al contestar esta pregunta: 'Los espolones de la roca del pozo de las Alcántaras reducen el cauce del río y hacen cambiar la dirección de la corriente principal, en las crecientes, precisamente hacia la madre vieja occidental situada aproximadamente a quinientos metros del puente; pero al cerrarse la entrada a esta madre-vieja por medio de la muralla, la corriente toma un rumbo más hacia el Norte, en dirección del predio de 'Sacamiles', tal como aconteció en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, cuando el río penetró en el lote mencio-

nado produciendo la erosión que dejó el terreno en las condiciones que se observaron por el personal de la diligencia en la inspección ocular que tuvo lugar en el mes de diciembre próximo pasado'. En lo que acabo de transcribir se ve claramente que el doctor García considera que la causa inmediata de la destrucción del predio de 'Sacamiles' en noviembre de 1938 no fue otra que la existencia de la muralla que modificó el régimen del río, por haber cerrado la madre-vieja occidental por donde tenía lugar la evasión de parte del cauce del río en las grandes avenidas del mismo. El pensamiento del doctor Salamanca sobre este importante tópico se halla consignado en los siguientes párrafos de su informe, página 2ª: 'La dirección de la corriente principal está claramente determinada por la curva que existe en el pozo de las 'Alcántaras' y por el espolón rocoso que de ese sitio en adelante la fija de un modo definido y la dirige hacia el predio de 'Sacamiles'. De este hecho no queda duda al mirar desde las rocas las aguas visiblemente encaminadas hacia el vértice de 'Sacamiles', al examinar el plano del ingeniero Monroy, las aerofotografías, y el plano del ingeniero Córdoba donde, en trazo de líneas y punto, se indicaba el sitio del canal más profundo o **talweg** del río, por el cual se precipitaba la corriente principal'.

"Ahora bien, siendo el terreno de 'Sacamiles' sedimentario, es decir, formado por el acarreo del río, como aparece evidentemente, la explicación lógica de este hecho no puede ser otra sino que la corriente principal del río, en sus grandes crecientes, ha pasado no una sino muchas veces en el decurso de los años por sobre el mencionado predio".

Continúa el doctor Salamanca desarrollando su tesis de la formación de 'Sacamiles' para concluír que 'Sacamiles' está dentro del 'lecho mayor del río'. Finalmente el doctor Salamanca, a la página 22 de su concepto, dice: "Pero aún hay más: si se observan con algún cuidado las aerofotografías se ve que los dos antiguos cauces señalados, por el Instituto Geográfico Militar, y principalmente el segundo de occidente a oriente, están en la dirección del **talweg** que arranca del pozo de las 'Alcántaras'; este **talweg** es evidentemente predominante en casos de crecientes o aguas máximas; por tanto el sentido y la dirección que en una ocasión semejante lleva la masa principal del río, están encaminadas hacia el predio de Sacamiles".

Entra, en vista de esa discrepancia, a dictaminar el doctor Archila, y dice:

"Considero que: a) La construcción de la muralla introdujo un nuevo elemento en el régimen del río, que antes no existía y que produjo efectos en la creciente de noviembre de 1938; b) El predio de 'Sacamiles' formado como se explica en las consideraciones generales de mi informe, estuvo sometido antes de la construcción de la muralla a inundaciones del río Pamplonita, de cuyo acarreo es un producto, quizá mayores que la de 1938, pues fueron capaces de depositar sedimentos en el lugar que ocupa la casa y que según aparece del expediente, no fue inundado en 1938. En relación con la teoría de formación del predio de 'Sacamiles' expuesta por el doctor Salamanca, manifiesto mi conformidad, con la salvedad de que él no mencionó el hecho de la consolidación de los acarreos de los ríos por la cementación efectiva entre los cantos rodados, gravas, gravillas, arenas y limos ayudadas por las raíces de la vegetación, que en el caso de 'Sacamiles' le dieron estabilidad relativa al acarreo y la protegieron contra la erosión constante del río y acentuada en las épocas de grandes avenidas, anteriores a la construcción de la muralla; c) Es indudable que el predio de 'Sacamiles' está dentro de la planicie de **inundación** del río Pamplonita, entendiéndose por tal el área en donde el río en el transcurso de los años ha depositado acarreos, como lo está probablemente parte del área de la ciudad de Cúcuta, y si el doctor Salamanca llama a esta planicie **lecho** mayor, me hallo de acuerdo con su opinión; d) La muralla cegó en parte la madre-vieja occidental por donde tenía evasión parte del caudal del río en sus grandes incrementos, pues entre otras razones, éste fue el motivo de su construcción; e) El cauce del río se angosta en forma tal que produjo un aumento del nivel de la superficie líquida, incremento de la velocidad y una resultante de fuerzas que afectó el predio del litigio; f) El espolón o roca de las 'Alcántaras' había podido ser volado sin mayor costo mediante el empleo de dinamita eliminando o disminuyendo así los efectos sobre la dirección de la corriente y por ende sobre el predio de 'Sacamiles' y esta obra ha debido incluírse en el proyecto de protección de Cúcuta; g) La construcción incompleta de la muralla y su influencia sobre el régimen del río en las grandes avenidas es sólo un factor de los varios que intervinieron en la destrucción del predio tantas veces mencionado y es imposible de-

finir en qué porcentaje pudo influír sobre este hecho. En efecto, debe advertirse que no es imposible que la creciente del 25 al 26 de noviembre de 1938 pudiera ser excepcional, pero si la muralla no hubiera existido parte del caudal habría corrido por la madre-vieja y los efectos hubieran sido menores. En esto están de acuerdo los peritos principales".

La discrepancia que el perito tercero anota en orden al 6º de los puntos sometidos a la peritación, tiene menos trascendencia que el anterior, porque si el doctor García sostiene que el nivel de las aguas frente a "Sacamiles" hubiera sido menor si la muralla hubiera sido 150 metros más corta y que por lo mismo hubiera sido menor la velocidad y fuerza de arrastre de la corriente, concluye que "los efectos sobre el predio de 'Sacamiles' habrían sido mucho menos perjudiciales" en ese supuesto. El doctor Salamanca dice que en tal caso —en el de que la muralla hubiera sido 150 metros más corta— siempre hubiera entrado el río en el predio de "Sacamiles" o el Pantano. La diferencia está en que el doctor Salamanca afirma que en el caso del supuesto siempre hubiera penetrado el río en "Sacamiles". El otro perito no lo afirma, sino que deja entender que si se hubiera verificado esa penetración, los efectos para el predio de "Sacamiles" habrían sido menos perjudiciales. Con el doctor García está de acuerdo el perito tercero doctor Archila.

La discrepancia en cuanto a la segunda parte del punto 8º, consiste en que el perito doctor García no convine en que el predio de "Sacamiles" haga parte o esté localizado en tierras que ocupa el río en sus crecientes periódicas, y se funda para ello en las escrituras número 3 de 1854 de la Notaría de Cúcuta, 501 de 1877 y 147 de 1899 de la misma Notaría. Anota que de tales escrituras no resulta comprobado "el hecho de que el río Pamplonita haya dividido o haya atravesado el predio de 'Sacamiles' tal como aconteció en la creciente que tuvo lugar en el mes de noviembre de 1938".

El ingeniero Salamanca, en cambio, dedica una gran extensión de su informe a la demostración de que el predio de "Sacamiles" no estuvo a cubierto de toda inundación antes del 25 de noviembre de 1938, sino que las inundaciones y los cauces ordinarios del río han pasado por él. En apoyo de su dicho trae el estudio teórico de la formación sedimentaria del predio de "Sacamiles"; el estudio de los **talwegs** del río en esa parte; el estudio de las aerofotografías y testimonios y pruebas deducidos en la historia del predio.

El perito tercero se refiere a los conceptos del doctor Salamanca, y dice:

"a) No se ha comprobado que el predio de 'Sacamiles' antes de la construcción de la muralla estuviera en condiciones muy desfavorables, pues de realizarse la hipótesis del doctor Salamanca sobre curso de la corriente principal del río por curvas, alineamientos, restos y contracurvas, sin influencia del resto del caudal, el predio nunca se habría formado o habría sido destruído por crecientes de magnitud en épocas pretéritas. b) El predio fue formado como se explica al principio de mi concepto pericial por sucesivas capas depositadas por el río, hasta llegar el momento en que la diferencia de nivel entre su superficie y el fondo del río fue tal que quedó a cubierto de la inundación y se consolidó por el procedimiento atrás indicado y el río pudo correr ya por el Oriente, ya por el Occidente del mismo, por la madre-vieja o por el cauce principal según aparece de los linderos de los títulos mencionados en el expediente".

Como se ve, la discrepancia entre los dos peritos principales consiste en que para el uno, el Dr. Salamanca, sí hay pruebas de que el terreno de "Sacamiles" fue ocupado por el río en ocasiones anteriores, a tiempo que el perito Dr. García no encuentra tales pruebas. El perito tercero adhiere a la opinión del doctor García y forma con él mayoría. Este punto, en que los peritos se dedican a hacer apreciación de pruebas, será materia de capítulo especial en la presente providencia.

La discrepancia entre los principales que el perito tercero anota respecto del punto 10, trata de puntos de vista dilucidados con anterioridad, y no hay que volver sobre ellos.

La discrepancia sobre el punto 12 la hace notar el perito tercero en los términos siguientes:

"Por lo que hace a la primera parte de la pregunta dice el doctor García (folio 10 de su informe): 'Si se hubiera dejado un trayecto de cien (100) metros a partir del puente 'Benito Hernández Bustos' sin que se hubiera construído la muralla es evidente que —dada la altura a que llegaron las aguas en la mencionada creciente del mes de noviembre de 1938— una parte de la creciente hubiera pasado por este trayecto hacia los terrenos relativamente bajos que fueron inundados en otras ocasiones, antes de levantarse la muralla; por consiguiente, es evidente que los efectos, en este caso, sobre el predio de 'Sacamiles'

hubieran sido de menor magnitud'. El doctor Salamanca dice (página 15 de su informe): 'Lo primero que ocurre pensar como cosa evidente al examinar este punto es que si no hubieran existido los 100 primeros metros de la muralla a partir del puente, una parte del caudal del río hubiera salido por la abertura lateral que habría dejado la falta de muralla en este sitio. El caudal restante habría seguido corriendo por el cauce y se trata ahora de investigar, si este caudal hubiera podido producir la inundación del predio de 'Sacamiles' ".

Ambos peritos están de acuerdo en el concepto de que la abertura de cien metros de la muralla no habría evitado la inundación de "Sacamiles", sólo que los efectos habrían sido de menor magnitud, según el doctor García, y a ello adhiere el perito doctor Archila, con lo cual resulta uniforme el concepto de dos de los peritos sobre este hecho en particular.

La discrepancia sobre el punto 14 radica en el concepto de técnica aplicado a la construcción de la muralla. El perito doctor Salamanca afirma que fue técnicamente proyectada en cuanto a su finalidad, o sea a la defensa de Cúcuta. El doctor García la considera desde otro punto de vista, o sea el de la señora de Faccini y demás riberanos, y dice:

"Si se hubiera procedido con un criterio verdaderamente técnico, se ha debido calcular la sección o secciones transversales del trayecto Norte para que pudieran contener las grandes avenidas sin que se produjeran desbordamientos de las aguas hacia el occidente; se ha debido aumentar la altura de la muralla en la cantidad suficiente para que al llenar las aguas la sección transversal del cauce en las proximidades del puente, se obtuviera en la parte Norte, el mismo resultado sin rebasar la parte superior de la muralla".

La última discrepancia en orden a los puntos sometidos a peritación por el abogado del Departamento, la destaca el perito tercero en estos términos:

"El doctor García dice (folio 13 de su informe): 'El río Pamplonita separaba los dos predios mencionados (el de 'Sacamiles' del hipotecado al doctor Benito Hernández Bustos, folio 18, cuaderno número 9-bis), sin dividir el lote de 'Sacamiles', pues queda comprobado al analizar los títulos referentes a 'Sacamiles', que la baranca oriental que mencionan los alindamientos, se refieren a la barranca en la margen izquierda del río', y el doctor Salamanca asevera (página 39 de su informe): 'El río Pamplonita separaba los dos predios mencionados **probablemente** sin dividir el lote de 'Sacamiles', la situación de la barranca oriental que mencionan los alinderamientos, aunque se puede entender que es la de la margen derecha del río, tal situación no concuerda con las medidas del predio'. En el fondo y en mi concepto las opiniones de los peritos principales son semejantes y yo me adhiero a la del doctor García."

La parte demandante propuso cuestionario aparte para que lo absolvieran los peritos. Ese cuestionario puede considerarse dividido en dos partes: en la primera los requiere para que digan si les es posible afirmar de manera terminante "que en el caso de que no se hubiera construído la muralla o en el caso de que se hubiera construído con todo el cuidado posible para evitar inundaciones en la finca de 'Sacamiles' siempre se habría inundado esta finca en la forma en que lo fue como consecuencia de la avenida o creciente ocurrida en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938". En la segunda parte les pide que digan si "faltando la muralla las aguas en parte habrían buscado la 'madre-vieja' que pasa por el occidente de 'Sacamiles' y que, construída la muralla con las debidas precauciones y diligencia, se habrían podido evitar las consecuencias que la creciente tuvo en relación con 'Sacamiles', como se evitó que se inundaran los terrenos más bajos situados entre el puente y 'Sacamiles' que se inundaban siempre antes de la construcción de la muralla?".

El doctor García se remite a los conceptos que ya había emitido al responder al interrogatorio formulado por el apoderado del Departamento Norte de Santander en relación con la influencia que ejerció la muralla en la destrucción de la zona dedicada en "Sacamiles" a cultivos de vid; a la deficiencia del proyecto del ingeniero Monroy para contener en la parte norte todas las aguas provenientes de avenidas de aguas máximas como las registradas en los años de 1931 y 1938; y a las ventajas que hubiera tenido una modificación propuesta por el ingeniero J. R. Córdoba para la construcción de la muralla de defensa del barrio oriental de Cúcuta. Agrega que si se hubiera proyectado la obra con las tres especificaciones adecuadas para evitar perjuicios a terceros y al mismo tiempo para defender a Cúcuta de las inundaciones —cosa que en concepto del doctor García era posible— se habrían podido evitar, no en parte solamente, sino en su totalidad, las consecuencias de la corriente en relación con "Saca-

miles" en la noche de noviembre tantas veces citada.

El doctor Salamanca —después de advertir que afirmaciones terminantes respecto del fenómeno que caen dentro del dominio de la física, pueden hacerse cuando el sujeto que afirma ha tenido o tiene la evidencia inmediata o mediata del fenómeno— dice que en el caso cuestionado, o sea el acontecimiento de la noche de la inundación, no es posible tener evidencia inmediata porque para ello habría sido necesario presenciar el acontecimiento con ánimo de investigador; y que en cuanto a la evidencia mediata, que para él consiste en llegar a consecuencias y demostraciones concluyentes basándose en datos ciertos y siguiendo una cadena rigurosa de deducciones, tampoco es posible obtenerla por no permitirlo la misma complejidad del problema. Asentados esos postulados, contesta:

"1º Si no se hubiera construído la muralla. Habiendo dejado establecido en las páginas anteriores que el predio 'Sacamiles' es susceptible de inundarse, que está muy desfavorablemente colocado respecto de los **talwegs** del río y en especial del espolón de roca de las 'Alcántaras', que la creciente fue excepcional, decir que en esa creciente el predio no hubiera sido inundado equivaldría a admitir que probablemente nunca fue inundado, puesto que si en la mencionada avenida, que ha sido una de las más catastróficas que se han registrado, no fue inundado, sería probablemente que nunca lo hubiera sido antes; esto último no es posible admitirlo; por consiguiente, tampoco se puede aceptar que probablemente no hubiera sido inundado".

Hace luego hincapié sobre la restricción que contiene la pregunta en cuanto habla de la inundación "en la forma en que lo fue". Y contesta:

"2º Es natural pensar que si no hubiera existido la muralla, las aguas al expandirse sobre un espacio mayor, aun en el caso de inundación del predio 'Sacamiles', hubieran alcanzado una altura menor sobre el mismo, y por consiguiente los efectos destructores hubieran sido menores". Pero no se podría asegurar que la fuerza de arrastre que se hubiera producido en tal caso hubiera sido capaz o incapaz de causar efectos destructores".

Discurre largamente sobre este último tópico invocando autoridades en hidráulica, y concluye:

"3º En consecuencia, respondo que en este primer supuesto, dada la magnitud de la creciente, es probable que el predio se habría inundado, no con los mismos efectos que se produjeron en la de mil novecientos treinta y ocho, pero que es imposible saber si al no existir la muralla tales efectos hubieran sido destructores".

"4º Si se hubiera construído la muralla con todo el cuidado posible para evitar inundaciones en el predio 'Sacamiles'... Respondo, pues, al segundo supuesto diciendo que los constructores de la muralla no tenían motivos especiales para hacer la muralla 'con todo el cuidado posible para evitar inundaciones en 'Sacamiles', ya que las precauciones efectivas hubieran sido o imposibles de haber sido previstas, o imposibles de llevar a la práctica".

El doctor Salamanca insiste al contestar este punto en que "probablemente parte de las aguas hubieran buscado la madre vieja occidental a que se refiere el cuestionario, pero este hecho no implica que 'Sacamiles' se habría salvado de la inundación".

El perito tercero, que como se ha anotado ya, comparte en su mayoría los conceptos del perito de la parte demandante, llama la atención a lo siguiente:

"a) El doctor Salamanca reconoce que aunque el predio se hubiera inundado al no existir la muralla no se habrían producido los mismos efectos de la creciente de 1938. Este concepto es a mi entender fundamental y lo destaco en este lugar como base a mi opinión posterior sobre el particular".

b) Que los dos peritos principales concuerdan en que sí tuvo influencia la muralla en el régimen del río; y en que una madre-vieja occidental servía de aliviadero al río en las grandes crecientes.

Durante la inspección ocular las partes sometieron algunas cuestiones a los peritos, y éstos las absolvieron por haberlo dispuesto así el señor Magistrado sustanciador.

En orden a estas cuestiones los peritos principales estuvieron de acuerdo: en señalarle un ancho de 55 metros al río en el sitio de la discusión; en que el muro de pedraplén estaba destruído en una longitud de 18 metros, y que su construcción era de canto rodado o piedra, arena, alambre y rieles.

Los hechos capitales de la demanda que han de ser materia fundamental del fallo en relación con la obra de la muralla, son los siguientes:

1º Que constituyendo el río una amenaza permanente para la ciudad de Cúcuta, y para liberar a esta ciudad de las grandes avenidas del río, concibió la Asamblea Departamental la idea de

la construcción de la muralla, idea que fue patrocinada y tomada como propia por la Ley 122 de 1931.

2º Que de las tres clases de defensas que se emplean contra las inundaciones —a las cuales se refiere el perito doctor Salamanca en su dictamen (folio 36)— hubo de adoptarse el de la muralla o dique lateral, porque la hoya del Pamplonita no se presta para hacer colectores o embalses en condiciones económicas; y porque el procedimiento del dragado para la limpieza y ahondamiento del cauce, aplicado por una sola vez, resultaría ineficaz, dados el activo acarreo y la sedimentación constante del mismo.

3º Que el proyecto de la muralla se elaboró en la Dirección de Obras Públicas Departamentales por el ingeniero Leopoldo Monroy, y es el que en copia aparece agregado al folio 43 del cuaderno número 4.

4º Que ese proyecto fue elaborado en el año de 1929, o sea, con posterioridad a la Ordenanza que dispuso la construcción.

5º Que a esta obra se le dio comienzo, y se la adelantó hasta ponerla en el estado en que la encontró la gran avenida de 1938.

6º Que en relación con la finalidad que a la obra le asignaron la ley citada y la Ordenanza número 44 de 1928, el constructor aplicó los preceptos de la técnica, como lo demuestra la circunstancia de que la ciudad ha estado amparada contra desbordamientos del río Pamplonita.

Se tuvieron en cuenta esos preceptos de la técnica al calcular la capacidad del cauce; y al levantamietno del dique se procedió sobre la base de conservarle al lecho mayor una capacidad suficiente para que por él pudiera pasar el río en sus voluminosas crecientes? Ese es el busilis de la controversia.

El dictamen rendido en la segunda instancia por los mencionados peritos ingenieros, contiene puntos generales en los cuales no discrepan y que no requieren un examen más detenido que el que se ha hecho. De esos conceptos generales puede decirse que autorizan para asentar ya estos postulados:

1º Que la muralla se proyectó primero y luego se adelantó en todo el trayecto que alcanzó a cubrir hasta el día de la inundación, puesta la mira únicamente en la necesidad urgente de la ciudad de Cúcuta;

2º Que así procedió el Departamento urgido por la necesidad impostergable de ponerle remedio a una calamidad pública ya experimentada y en palpable posibilidad de repetirse; y

3º Que absorta en esa preocupación la entidad encargada de realizar la obra protectora, no previó la ocurrencia de desbordamientos del río Pamplonita de las proporciones que revistió el de la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938.

ella debía proceder la administración seccional por ella debía proceder ia administración secciona por imperio de la ley, la deducción de la responsabilidad depende ahora del esclarecimiento de estas cuestiones que, sometidas a los peritos, han dado lugar a discrepancias entre ellos:

1ª Si por causa de la muralla se produjeron cambios en el régimen o modo como en aquel sector se gobierna el dío Pamplonita; 2ª Si medió obstáculo natural, es decir, extraño a toda industria humana, para que se produjera la desviación de la corriente hacia la margen izquierda donde está ubicado el predio del litigio; 3ª Si determinado el cauce y hallado suficiente en épocas normales, podía el constructor reputarlo suficiente también para contener las aguas en las grandes avenidas; 4ª Si técnicamente se habría podido proyectar y desarrollar la obra protectora de Cúcuta en condiciones de no causarle daños a predios aledaños.

A estas últimas investigaciones —que según la mente de la parte actora la han de llevar al último triunfo de sus tesis sobre imprevisión y error de técnica— se agregarán, llegado el caso, estas otras: si el Departamento dejó de aplicar voluntariamente fondos destinados a la conclusión de la obra; y si la atención a otras necesidades de la administración debe tenerse en cuenta como factor de culpabilidad achacable al Departamento.

..**Criterio de la Sala.**—Antes de avanzar, es preciso fijar el criterio que la Corte tiene en lo que respecta a la apreciación de la prueba pericial, que tan preponderante papel desempeña en este fallo:

"Las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal", dice el artículo 601 del C. Judicial.

A la estimación de la de peritos por el Juez, corresponden las reglas de los artículos 721 a 723 del mismo Código.

Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba.

Hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a

los sentidos y lo que expongan según su arte, profesión u oficio sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos.

También cuando los llamados a cooperar en la investigación de cuestiones sometidas a la justicia, al evacuar su cometido lo hacen apoyados en lo que presumen, infieren, juzgan o deducen, y no en principios inconcusos de su ciencia o profesión, la ley les admite sus exposiciones y quiere que se tengan como experticias. Pero a tales exposiciones, como producto que son de un proceso mental, las subordina a la apreciación del juez de la causa. En otros términos: la ley les da entrada a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones de los expertos, pero al Juez le asigna la muy delicada función de hacer el análisis de todo ese proceso. Por el tamiz de la crítica del Juez han de pasar entonces: "la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes, y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Tal es el meollo y el espíritu de la disposición contenida en el artículo 723 del estatuto de Procedimiento Civil. En la exposición de motivos de la Comisión que lo redactó, se lee: "El proyecto acepta la doctrina "consignada en el artículo 80 de la Ley 105 de 1890, que le da fuerza obligatoria al dictamen pericial en el pleito en que se produce, porque hemos considerado en atención a los constantes y graves errores en que se suele incurrir en materia de inferencias y presunciones por extraordinaria que sea la competencia del perito, que dicha regla aplicada en toda su amplitud daría lugar a fallos desacertados e injustos, en lo cual está de acuerdo la opinión casi unánime de distinguidos Magistrados y eminentes jurisconsultos".

El artículo de la Ley 105 citada —que en su esencia quiso acoger la Comisión, y que el Legislador de 1931 prohijó— usa del término **inconcuso**, que equivale a evidente, palmario, firme o que no da lugar a duda ni contradicción.

Adviértese así que los dos estatutos de procedimiento nombrados están de acuerdo en establecer que al esclarecimiento de los hechos fundamentales de una demanda pueden cooperar peritos: unas veces lo harán exponiendo en forma magistral y decisiva, vale decir, como expositores de lo que la ciencia ha definido. La ley en tal evento le rinde pleitesía a la ciencia. Y, si por querer de las partes solamente un perito ha intervenido, el único dictamen de éste basta para tener como definida la cuestión de hecho. Si más de uno ha intervenido, la ley exige uniformidad en la exposición.

Puntos habrá de los sometidos al debate judicial en que los llamados a dictaminar sobre hechos o cosas, no pueden hablar como expositores o maestros, sino que debiendo discernir sobre tales cosas o tales hechos, tendrán que conocerlos, analizarlos, inquirir por sus causas y medir y pesar sus efectos, para así estar en capacidad de pronunciar un veredicto sobre ellos. Esa serie de operaciones que en tal caso tiene que realizar el perito para formarse un juicio y sacar deducciones, tiene que someterse al conocimiento del juez de derecho. Aquí ya entra a actuar éste como crítico, en ejercicio de la función de que se ha hablado atrás.

La Sala de Casación Civil de esta Corte, ha asentado la siguiente doctrina que viene a reforzar los postulados que se acaban de asentar:

"El perito es un auxiliar técnico del Juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza **sui géneris** de sus funciones y como lo tiene consagrado la doctrina universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del Poder Judicial, en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (art. 716 del C. J.).

"No obstante estar llamados los peritos —dice Dellepiane— a suplir o completar los conocimientos del Juez, ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieran saber especial, su opinión no liga imperativamente al magistrado, ni lo dispensa del deber crítico...'

"Pero la propia esencia de esta prueba, que busca completar la capacidad intelectual del juzgador para su función jurisdiccional, señala por sí misma el radio de apreciación judicial de su mérito o fuerza de convicción que será más o menos grande en relación, a más de las condiciones y calidades personales del experto, con el mayor o menor grado de tecnicismo o especialización científica o artística que distinga el punto concreto sometido a dictamen y que de esta manera resulte más o menos lejano y extraño a la órbita ordinaria y normal en que se muevan los conocimientos de un Juez.

"Casos habrá naturalmente en que el sentenciador ha de acoger como fuente de certidumbre completa los conceptos o afirmaciones perento-

rias que unánimemente le presenten dos peritos, como consecuencias indudables sacadas a base de sus conocimientos especiales, de hechos sujetos a los sentidos, por no estar en capacidad de asumir el papel de técnico en materias totalmente extrañas a su formación de jurista; pero al lado de estas ocurrencias, colocadas por su tecnicismo riguroso más allá de las posibilidades críticas del Juez, hay casos en que no tienen características exigentes de especialización intelectual o de técnica que los cierre al buen criterio y a la prudente apreciación del juzgador, que es a quien en definitiva corresponde determinar el alcance, importancia y fe que merezca el dictamen pericial en cada caso concreto.

"Un Juez culto —como dice Stoppato— no es presumible siquiera que pueda negar lo que está lógica y científicamente demostrado, o rechace lo que ha sido inevitablemente aceptado, sustrayéndose arbitrariamente a los resultados inequívocos que necesariamente proceden de hechos determinados". (Casación. 9 de mayo de 1938. G. J. número 1935, pág. 422).

Rindiéndole la Sala todas las consideraciones que le son debidas a los expertos que en este juicio han intervenido como autoridades en su profesión, tendrá que anotar que hay en las exposiciones conceptos que no pertenecen propiamente a la técnica en que ellos son expertos, y hará uso de la facultad de apreciación que al juzgador le otorga el artículo 723, en lo que respecta a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que contengan las exposiciones.

El dictamen en frente de los títulos. — Lo que éstos demuestran.—El apoderado de la parte actora hace resaltar ante la Corte las opiniones que los peritos emiten en vista de documentos traídos a la instancia segunda. Refiérese en especial a las deducciones que éstos sacan del estudio de documentos aducidos a los autos en ambos términos de prueba. Tales deducciones no son otra cosa que inferencias sacadas de los mismos títulos y que ellos aplican cuando se ven en el caso de responder a estas cuestiones: ¿cuál fue la influencia del río sobre el predio de "Sacamiles" antes de construírse la muralla, y cuál la influencia de ésta en el desastre que sobre tal finca produjo la avenida de mil novecientos treinta y ocho?

Del conjunto de títulos que en estos autos vienen a establecer la serie de tradiciones por las cuales ha pasado el predio de "Sacamiles", se saca esta conclusión que en el debate es de notoria importancia: el río Pamplonita no solamente ha cambiado de posición en relación con ese predio —pues unas veces lo citan los títulos como límite arcifinio de uno de sus lados, y en otros lo citan como el límite del lado opuesto— sino que los hay demostrativos de que, por lo menos una parte considerable del caudal del río lo atravesó seccionándolo en dos porciones perfectamente determinadas y sobre las cuales pudieron constituírse gravámenes reales que dieron lugar a acciones ventiladas ante la justicia.

Tómese la tradición hasta donde la remontan los títulos:

En la escritura pública número 3 de 1854, otorgada ante el Notario del Cantón de Cúcuta, conforme a la cual José Joaquín Castro le enajenó a Angel Corzo un potrero cercado en el sitio de la playa del río Pamplonita, aparece el citado río como lindero oriental (folio 35, cuaderno número 9-bis). La alinderación completa de conformidad con ese título, es la siguiente: "Por el oriente, el río Pamplonita; por el Norte, camino que conduce al Rosario, de por medio, con potrero de José Joaquín Cástro; por el poniente el potrero denominado la Quinta; y por el Sur, con un pedazo de playa del mismo vendedor".

Ese potrero situado en la playa del río Pamplonita le fue adjudicado a la muerte de Angel María Corzo a su hijo Vicente, según consta de escritura número 334 otorgada ante el Notario Primero de Cúcuta el 31 de agosto de 1865 (folio 32, cuaderno número 9-bis). La hijuela no contiene ninguna especificación distinta, de modo que hasta entonces determinaban la finca los mismos linderos.

Vicente Corzo le vendió el potrero que se le había adjudicado a Cristóbal Rangel por medio de la escritura número 171, otorgada ante el mismo Notario de Cúcuta el 25 de abril de 1871 (folio 31, cuaderno número 9-bis). Los linderos que esta escritura le asigna al potrero vendido, son los mismos de la adjudicación.

A la escritura número 171 hace referencia la 501, otorgada ante el mismo Notario el 12 de diciembre de 1877, para decir que Cristóbal Rangel le enajena a Elías Silva "un pedazo de terreno, o sea un pedazo o trozo de playa situado al sur de esta ciudad y en jurisdicción del Distrito de Cúcuta, el cual forma parte del contenido de la escritura número 171..., demarcado así: "Por el occidente, el brazo de en medio de por medio con terrenos de José de los Santos Pérez; por el Norte, la Callejuela que conduce al Pantano con terrenos de José del Rosario Jara; por el oriente,

con la madre-vieja del río Pamplonita; y por el Sur, con la citada madre-vieja del río Pamplonita y el brazo del medio" (folio 30, cuaderno número 9-bis).

Elías Silva le vendió a Herminia Gutiérrez por medio de la escritura número 227, otorgada ante el Notario Primero de Cúcuta el 28 de abril de 1883, el pedazo de terreno en la playa del río, que Silva había adquirido por compra a Cristóbal Rangel. Los linderos son los mismos que se detallan en la escritura anterior, y al pedazo vendido lo ubica en jurisdicción de la Aldea de Cúcuta. (Folio 28, cuaderno número 9-bis).

Según escritura número 70, pasada ante el Notario Primero de Cúcuta el 5 de febrero de 1907, se protocolizó en esa Notaría el juicio de sucesión doble de Constantino Cortés y Herminia Gutiérrez. En ese juicio se inventarió como uno de los bienes raíces el pedazo de terreno en la playa del río por los mismos linderos de la escritura número 171 atrás citada. Ese inmueble —que ya por entonces aparece ubicado en jurisdicción del Municipio de San Luis— fue adjudicado a los legitimarios César y Carlos Julio Cortés. Los linderos de la adjudicación tienen estas particularidades: anota que en la fecha de esa adjudicación el terreno que antes era de José de los Santos Pérez pasó a Pedro Jara; que el que antes era de José del Rosario Jara pasó a Eduardo Ramírez. No se expresa el lindero sur, pero señala como lindero oriental "la madrevieja del río Pamplonita y el brazo de en medio, antes, hoy, río por medio, y terrenos de Pedro Jara" (folio 24, cuaderno número 9-bis).

Los adjudicatarios Cortés le vendieron a Félix María Fernández el derecho de dominio proindiviso en el inmueble ubicado en el Municipio de San Luis, alinderado de la misma manera que lo está en la adjudicación anterior, según consta de escritura número 518, otorgada ante el mismo Notario el 18 de octubre de 1915. En esta escritura hay la particularidad de que se expresa la cabida del predio, y la de que ya se hace referencia a mejoras de pasto y de tomas correspondientes al predio. (Folio 22, cuaderno número 9-bis).

Por los mismos linderos que demarcan el terreno comprado por Félix María Fernández a los hermanos Cortés, le vendió aquél a César Cortés la finca, según consta de escritura número 74, otorgada ante el Notario de Cúcuta el 4 de marzo de 1918 (folio 21, cuaderno número 9-bis).

Por los mismos linderos, César Cortés le vende a Rosa Ramírez de Vejarano un terreno cultivado de pastos artificiales, con sus derechos de agua y tomas, según consta de escritura número 75, otorgada ante el Notario Primero de Cúcuta el 4 de marzo de 1918. (Folio 20, cuaderno número 9-bis). Hay en esta escritura una cláusula de retracto, y la constancia de que la compradora le deja en arrendamiento la finca al vendedor.

César Cortés le vende a Juan Bautista Corzo un terreno con mejoras de pastos y regadío, situado en jurisdicción de Cúcuta, y alinderado especialmente así: "Norte, la callejuela que conduce al Pantano en parte, y donde termina la Callejuela una cerca de alambre de por medio y terrenos de la señora Lía de Vargas; oriente, la barranca donde existe una cerca de alambre de por medio con terrenos de Pedro Jara hasta donde se conoce el Pozo de La Laja, y de aquí en adelante con el río Pamplonita; occidente, con una cerca de alambre de por medio con terrenos de Pedro Jara; y sur, con una playa del río Pamplonita proindivisa con el mismo Jara". De ello da fe la escritura número 494, otorgada ante el mismo Notario de Cúcuta el 9 de mayo de 1923. (Folio 18, cuaderno número 9-bis).

El 24 de noviembre de 1936, por medio de la escritura número 961, de la Notaría Primera de Cúcuta, protocolizó el Notario las diligencias de remate en el juicio de venta o adjudicación de bienes hipotecados, seguidos por Benito Hernández Bustos y Ana Francisca Marciales, contra Juan B. Corzo. En esas diligencias consta que el veintiseis de febrero de mil novecientos treinta y cinco, durante una licitación surtida dentro del mencionado juicio, se presentó Ana Francisca Marciales a hacer postura por algunos lotes de los hipotecados y que se le adjudicaron uno marcado con la letra a), que el deudor Corzo hubo por compra a César Cortés, según escritura número 494 anteriormente citada. Los linderos del lote rematado son los mismos de la compra hecha por Corzo a Cortés, con la diferencia que el primer lindero reza: "Norte, la callejuela que conduce al Pamplonita" (folio 15, cuaderno número 9-bis).

Esta tradición llega en el año de mil novecientos treinta y seis, veinticinco de noviembre, a la señora Virginia Soto de Faccini, a quien le vendió en esa fecha Ana Francisca Marciales por medio de la escritura número 962 de la misma Notaría, un lote de terreno denominado "Sacamiles", cultivado de pastos artificiales, con regadío propio, que mide 400 varas poco más o menos por la orilla del río Pamplonita en el costado occi-

dental, situado en la jurisdicción de Cúcuta, y con una alinderación que coincide con la de la escritura número 494 de venta de César Cortés a Juan Bautista Corzo, con estas diferencias: En el lindero norte, dice: "La callejuela que conduce al pantano en parte, y desde donde termina la callejuela". En el de oriente, cita como actual colindante a la sucesión de Josué Canal, y como colindante actual, por el occidente y sur, a Víctor M. Pulido.

Del estudio de todos estos títulos resulta evidenciado que el predio que hoy se llama "Sacamiles", que fue conocido también con el nombre de El Pantano, tiene una tradición que se remonta, conforme a los mencionados títulos al año de 1854. Que por su situación no ha estado libre de la acción de las aguas del río Pamplonita por ninguno de los linderos con que ha sido conocido o descrito en los títulos de tradición; que uno de estos linderos, el septentrional, ha sido el más constantemente señalado y el que sin interrupción aparece como línea de demarcación del predio con los limítrofes. Lo constituyen un sendero o camino seccional que el vecindario de Cúcuta ha usado para trasladarse de esta ciudad a la Villa del Rosario. Obstruído ese camino en algún tiempo, los vecinos elevaron una representación al Concejo para que le fuera restituído al público el uso del camino. El Concejo acogió la solicitud y le ordenó al Alcalde que procediera de conformidad, teniendo en cuenta la prohibición de construcciones sobre las vías públicas contenida en el Código de Policía (folio 9, cuaderno número 8-bis).

Ese camino, que es la callejuela que aparece en los diversos planos que de la finca de "Sacamiles" obran en los autos, tampoco se escapó a las inundaciones del río. En algunos desbordamientos pasó éste por allí y arrasó los árboles que allí existían. Testigos que depusieron en el juicio de deslinde ventilado entre César Cortés y Lía Lara de Vargas, deponen sobre estos hechos y sus testimonios se tomaron como fundamento del fallo según puede verificarse del folio 10 al 29 del cuaderno número 8-bis.

Diversos juicios ventilados en relación con "Sacamiles" delatan la acción de las aguas—A los ya repasados títulos de tradición, y al fallo que se acaba de mencionar, se agregan otros documentos con el sello de la autoridad pública que acudirían a reforzar la afirmación de que sobre el predio de El Pantano o "Sacamiles" ha dejado el río Pamplonita impresa la acción de sus aguas.

Del folio 55 al 73 del cuaderno número 8-bis, corre una copia tomada de los juicios sobre venta o adjudicación de bienes hipotecados propuestos por los señores Benito Hernández Bustos y Ana Francisca Marciales (tradente ésta de la señora Soto de Faccini) contra el señor Juan B. Corzo. Como de Corzo se sacaron a subasta pública dos lotes: el uno marcado con la letra a), que se dice cultivado de pastos artificiales, con regadío propio y alinderado de la misma manera que lo está el relacionado en la escritura número 494 de 9 de mayo de 1923; y el marcado con la letra c), que apenas se describe como situado "en la margen oriental del río Pamplonita, antes, en la actualidad en la margen occidental de dicho río, debido a las recientes avenidas de éste". Cuando la diligencia de secuestro se llevó a efecto, ya hubo que dejarse la constancia de que "los lotes de terreno distinguidos con los números a) y c), forman en la actualidad un solo lote".

El avalúo asignado a los lotes a) y c) fue de quinientos pesos, y la razón de este avalúo tan módico la expresan los peritos diciendo "que están amenazados por el río Pamplonita".

En el cuaderno número 9-bis, de los folios 113 a 134, puede consultarse la copia del juicio ordinario propeusto por Benilda Rangel de Ramírez contra César y Carlos Julio Cortés, sobre oposición a la entrega de los bienes en la mortuoria de Constantino Cortés y Herminia Gutiérrez de Cortés. Dentro de ese juicio se pidió la identificación del lote que Cristóbal Rangel le compró a Vicente Corzo mediante la escritura número 171 de 25 de abril de 1871. Durante la diligencia correspondiente, llevada a cabo por el señor Juez Primero del Circuito de Cúcuta el veintitrés de julio de mil novecientos siete (nueve años antes de la adquisición del Pantano o "Sacamiles" por la señora de Faccini), se dejó constancia de lo siguiente: "El terreno encerrado hoy por un brazo seco del río Pamplonita que lo formó en época anterior y el río propiamente dicho por donde hoy corre, forma parte del terreno a que se refiere la escritura número 171 de veinticinco de abril de mil ochocientos setenta y uno, otorgada por Vicente Corzo a Cristóbal Rangel y se halla situado, dicho terreno totalmente a la banda occidental del río Pamplonita y a la oriental de la que nombran hoy madre vieja, que es el cauce seco o brazo a que se ha hecho referencia, por donde corrió el río Pamplonita desde que se desvió de su curso principal, que es el que hoy ocupa, lo cual sucedió en mil ochocientos setenta,

dejando su mayor volumen de aguas en el cauce principal, las que pasaron de un todo el cuatro de diciembre de mil ochocientos ochenta y siete, hasta ahora unos treinta y seis meses más o menos que volvieron dichas aguas en su totalidad a su curso primitivo; que el terreno que vendió Elías Silva a Herminia Gutiérrez de Cortés según escritura número 227 de veintiocho de abril de mil ochocientos ochenta y tres y el que por escritura número 501 de doce de diciembre de mil ochocientos setenta y siete vendió a Cristóbal Rangel Elías Silva, forman parte del terreno que Vicente Gorzo vendió a Cristóbal Rangel por la ya mencionada escritura número 171, en la cual significa como lindero oriental del río Pamplonita, aun cuando en mil ochocientos setenta y uno parte de este río corría por donde hoy llaman madre vieja o canal seco; pero era en esa época siempre determinado el río por donde hoy existe que era su antiguo cauce".

A continuación de la copia que se acaba de mencionar corre en el mismo cuaderno una copia de la demanda de deslinde propuesta por César Cortés contra Felipe y Lía Lara (folios 134 a 185). El lindero que entre éstos se discutió fue el conocido de la Callejuela que de Cúcuta conduce al Rosario, y del cual se trató ya como de zona que no escapó a las inundaciones del río Pamplonita.

Motivo de querella de policía fue una obra emprendida por Luis Vargas V., consistente en un cauce o acequia artificial para conducir por ella aguas del río Pamplonita. En primera instancia resolvió el Alcalde negarle a Vargas el derecho a construír cauce dentro del terreno del querellante Juan B. Corzo, y considerando a aquél como perturbador le ordenó que restituyera las cosas al estado que tenían antes de la demanda, conminándolo bajo multa para que se abstuviera en lo sucesivo de toda perturbación a Juan B. Corzo. Este fallo, expedido el seis de junio de mil novecientose treinta y tres, fue recurrido para ante la Gobernación. La entidad **ad-quem** en el fallo revisorio empieza por decir "que la sentencia que se examina, se halla en todo ajustada a las prescripciones legales y se apoya en hechos plenamente demostrados, por lo cual sería el caso de confirmarla, si la situación jurídica no hubiera cambiado en la segunda instancia por la introducción de una circunstancia nueva, que resulta de la inspección practicada por este despacho y de los dictámenes periciales concernientes a la misma, y es la de que la obra nueva, que se trata de impedir, está asentada no sobre el predio que posee el demandante sino sobre la playa del río Pamplonita". El fallo termina absolviendo a Vargas de los cargos de la demanda, pero haciéndole la prevención de que "para continuar beneficiándose del cauce o acequia artificial que ha construído en la playa del río Pamplonita, adyacente al predio del señor Juan B. Corzo, necesita licencia del Gobierno Nacional". Este fallo de la Gobernación tiene fecha nueve de octubre de mil novecientos treinta y cuatro. (Folios 105 a 109 del cuaderno número 9-bis).

La construcción o sostenimiento del cauce que fue motivo de la querella de policía fue también motivo de un pleito con dos instancias que se surtió en la primera ante el Juez Primero del Circuito de Cúcuta, y la segunda ante el H. Tribunal de Pamplona. A aquél le sirvieron de bases para su pronunciamiento las consideraciones contenidas en el fallo de la Gobernación. Por eso resolvió absolver a los demandados, reconociendo que la toma o acueducto objeto de la litis estaba construído sobre terrenos pertenecientes al cauce del río Pamplonita. El Tribunal —que en el término de prueba había tenido ocasión de examinar el lugar por donde el acueducto se había construído y de dejar en la diligencia constancia de que "en la parte sur del terreno hay arenas y piedras de las que generalmente dejan los ríos en sus crecientes"— revocó tal sentencia, no sin dejar de reconocer y así lo constató en la motivación, "que la parte del terreno por donde va la toma, sólo es ocupado por las aguas del río Pamplonita en sus crecientes ordinarias".

La serie de escrituras traída a cuento en esta motivación, constata la tradición del dominio en más de ochenta años; pero también acredita cambios en los contornos de la propiedad denominada El Pantano o "Sacamiles", cambios que hicieron constar así los tradentes como los adquirentes del terreno. Semejantes constancias tenían que importarles a los adquirentes por el interés natural de que el título de su transferencia fuera claro en la especificación de la cosa adquirida. Porque en ese título habían de apoyar la posesión quieta y tranquila y también el ejercicio de los demás derechos emanados del dominio. A los tradentes les cumplía determinar por su situación y linderos la cosa de que se desprendían. Así le señalaban términos a su responsabilidad de vendedores de cosa cierta, y a su obligación de salir al saneamiento en caso de que la cosa vendida sufriera evicción. Las obligaciones y descargos recíprocos que las escrituras de venta contienen,

hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se han transferido dichas obligaciones y descargos (artículo 1759 del C. C.).

Los otros documentos escritos obran a la manera de testigos mudos que al través del tiempo siguen delatando hechos registrados por empleados públicos en ejercicio de funciones oficiales. A éstos hay que suponerlos veraces por la misma autoridad oficial de que están revestidos.

En el curso del debate hubo testimonios simples que resultan en contraposición. Los hay como los de César Castro, Marcelino Velandia, Sixto Vera, afirmantes de que el predio de "Sacamiles" se ha visto libre de la acción de las aguas; los hay también, en mayor número, que sustentan lo contrario, como son los de Federico Maldonado, Eduardo y Antonio J. Ramírez, Eladio Soto y Miguel Vélez. Alguno hay que da esta explicación: "Lo que sucede es que en tiempo de verano las aguas corren por el cauce de la margen derecha y en las abundadas periódicas de octubre y noviembre el mayor caudal de agua del río se viene por la margen derecha y entonces los dos lotes quedan divididos y anegada completamente la parte hipotecada al doctor Hernández Bustos". (Declaración del doctor Alipio Hernández. Fol. 86, cuaderno número 8-bis).

Todo este conjunto probatorio viene a establecer de manera fehaciente que el río Pamplonita en aquella parte no solamente ha cambiado su posición en relación con el predio del litigio: ha pasado por encima de él, lo ha seccionado; y algo más: ha llegado a despojarlo de su capa vegetal, como se infiere de las escrituras números 501 de 12 de diciembre de 1887; 227 de 28 de abril de 1883, y 70 de 5 de febrero de 1907, en las cuales consta que el objeto de las tradiciones fue un pedazo de playa.

Estas conclusiones, autorizadas por el examen minucioso de las aludidas pruebas del proceso, obligan a la Sala a considerar que no está suficientemente fundada la afirmación de que el predio de "Sacamiles" se haya mantenido inmune a la acción de las abundadas del río, afirmación contenida en los hechos 9º y 21 de la demanda, y patrocinada por algunos de los peritos que en el juicio han intervenido.

Dictamen prevalente—Para el **a quo** fueron decisivas, como ya se ha visto, las opiniones de la mayoría que se formó entre las personas llevadas ante él como técnicos para determinar la causa del daño registrado en el predio de "Sacamiles". A la Corte se han traído ingenieros matriculados (véanse folios 75 v., cuaderno número 9 y 20 v. cuaderno número 8-bis), quienes en algunos puntos de su dictamen discrepan entre sí, pero resultan de acuerdo en el rechazo de la teoría del golpe y el contragolpe que los técnicos de primera instancia y el H. Tribunal hallaron como causa determinante del daño.

El apoderado del Departamento alega que el dictamen de los peritos de primera instancia —en lo que se relaciona con la causa inmediata del daño sufrido por la finca de "Sacamiles"— expresada en el hecho veintidós del libelo, queda desvirtuado con el concepto de los peritos que sobre el mismo tópico se han pronunciado en la instancia surtida ante la Corte.

El aludido hecho 22 dice:

"El hecho anotado anteriormente que, como he dicho, nunca se había presentado en tiempos anteriores, tiene la siguiente explicación:

"a) La existencia de la muralla hacia la parte sur de mi predio redujo considerablemente el encauzamiento de las aguas aumentando la velocidad y el nivel de las mismas y por consiguiente el poder erosivo de la corriente en un alto porcentaje, debido a que la margen derecha del río, en todo ese sector, está constituída por estribaciones rocosas de cerros cercanos que de contragolpe lanzaron el caudal de las aguas sobre la margen izquierda en dirección a mis propiedades desviando el curso del río;

"b) Inconclusa la muralla en la parte comprendida por mi predio y el sector inmediatamente anterior a él, esto es, no efectuada la defensa en una forma completa y acertada conforme a un proyecto científico, el caudal violento de las aguas no encontró frente a mi terreno defensa apropiada para resistir el ímpetu y la nueva fuerza de arrastre de la corriente".

Con el propósito de demostrar la inconsistencia de tal hecho el abogado de la defensa destaca lo siguiente del informe del perito doctor Lucio García:

"La muralla construída —dice el doctor García— no tuvo efecto, o mejor, no pudo empujar la corriente del río en la gran avenida de las aguas ocurrida en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938 'contra las rocas o espolones naturales de la orilla opuesta', porque aquellos pequeños espolones que se encuentran en la parte construída de la muralla no alcanzan a ejercer influencia alguna suficiente para desviar la di-

rección de la corriente hasta el punto de lanzarla sobre la ribera opuesta".

A esa objeción se había adelantado el doctor Alberto Zuleta Angel en su alegato:

"El hecho anotado por los peritos de primera instancia y no por los de segunda instancia —dice el doctor Zuleta— de que la corriente principal del río pudiera haber partido el estribo oriental del puente hacia la margen izquierda, para ser dirigida por contragolpes sobre el predio de 'Sacamiles', no tiene importancia decisiva en el asunto que se debate, porque el hecho principal de la demanda queda en pie cualesquiera que sean las explicaciones de los peritos respecto de la manera como la muralla modificó el curso de las aguas en la noche del 25 de noviembre de 1938".

Para la Sala sí tiene importancia esa discrepancia de pareceres, porque el error de técnica es el cargo principal que se le hace al Departamento, y por él, especialmente, se le llama a responder en juicio.

A ese error de técnica le dio gran importancia el fallador de primer grado cuando dijo: "tratándose de una obra o gestión lícita el daño ha sido causado por defecto de ella: por su **mala construcción,** por su inoportunidad, por su interrupción", etc.... Y aparte de esa consideración hay que hacer la de que los hechos simples o motivos de la demanda tienen su importancia propia, ya que, si ellos resultan probados, el juez en la sentencia definitiva tiene que hacer el reconocimiento del derecho que en tales hechos ha buscado apoyo. O, de lo contrario, se abstendrá de reconocerlo o lo declarará inexistente. (Artículo 593, C. J.).

Tócale pues a la Corte como Juez de última instancia constituírse en prudente apreciador de las discrepancias entre técnicos, función reglamentada en el artículo 723 del C. Judicial, ya antes analizado. Por tal motivo hay que volver sobre los diversos dictámenes producidos en las dos instancias.

El doctor Lucio García, perito nombrado por la parte actora, dice: "Los pequeños espolones que existen en la cara oriental de la muralla tienen como único efecto el proteger su estabilidad, y su influencia sobre la dirección de la corriente sólo alcanza una corta distancia, produciendo un efecto que en ningún caso puede llegar hasta la orilla opuesta". (Fol. 3, cuad. número 12).

"El efecto de los pequeños espolones —dice a su turno el perito de la parte demandada, doctor Luis M. Salamanca— es prácticamente nulo sobre la dirección de la corriente y no pudo existir el efecto de la acción y reacción entre los espolones, las rocas y el predio". (Fol. 27, cuad. número 13).

El tercero doctor Archila hace notar que hay en ese punto acuerdo entre los dos principales, y emite sus propias opiniones que en nada contrarían a las de aquéllos.

A los conceptos en este punto concordantes los respaldan testimonios muy dignos de tenerse en cuenta por la calidad de los testigos, la información que tienen de los hechos atestiguados y la precisión con que se refieren a ellos.

Está el del ingeniero José Joaquín Cárdenas, quien, después de explicar la localización de la obra, el plano adoptado para su adelantamiento, todo por haber intervenido en la dirección de los trabajos, se expresa así: "Los rompeolas o espolones tienen por objeto aumentar la resistencia de la muralla y atenuar el ímpetu de las aguas en las avenidas. Dadas las dimensiones de los espolones y la dirección de sus aristas, en ningún caso servían para lanzar las corrientes de agua a la ribera opuesta". (Folio 78 v., cuaderno número 8-bis).

El ingeniero José María Rueda Ardila, conocedor de la muralla en todos los detalles de su construcción, dice, fundado en el examen técnico de ella, "que por el rumbo general que lleva el trazado de la muralla, se puede evidenciar que es una muralla de canalización o definición de la margen izquierda, mas no un contrafuerte o espolón que tienda a variar o a desalojar el cauce del río hacia su margen derecha". (Fol. 5, cuaderno número 9-bis).

Otro ingeniero, el doctor Antonio Vega Rangel, conocedor de la obra desde su proyectación, hasta las últimas etapas de su construcción, se produce así al respecto: "Para la solidez de la muralla y para su mayor defensa de las arremetidas, se le construyeron pequeños espolones o rompeolas con el objeto de restarle empuje a la corriente. Y esos espolones o rompeolas han llenado debidamente su fin sin que, ni remotamente, pueda asegurarse que por causa de ellos se interrumpe o se desvía la corriente y, mucho menos, que alcancen a arrojarla o desviarla a la opuesta orilla. Estos rompeolas son numerosos y por su misma pluralidad demuestran claramente que el objeto del ingeniero que los proyectó fue el indicado y no el de lanzar por medio de ella toda la corriente del Pamplonita sobre la ribera opuesta, pues en tal caso hubiera proyectado y construído uno solo que lograra dicho fin, aunque no sé cómo lo hu-

biera alcanzado, sin convertirlo en un dique". (Folio 217, cuaderno Nº 8).

Por propias y directas percepciones, algo más, por intervención directa en los hechos que relatan, los doctores Cárdenas, Rueda Ardila y Vega Rángel vienen a prestar el respaldo de sus testimonios a lo conceptuado por los doctores García, Salamanca y Archila. Los testigos nombrados han dado como razón de su dicho el conocimiento que tienen del hecho de la construcción de la muralla, y de las circunstancias atañederas al modo como esa obra fue concebida, el tiempo empleado en llevarla a cabo y la localización de los implementos que la integran. Ese respaldo de testigos tan idóneos, inclina a la Sala a aceptar la teoría de los ingenieros de la segunda instancia, como prevalente en relación con los de la primera. Se ajustan más aquéllos a la realidad de los hechos.

Hasta ahora la opinión de los expertos aparece favorable a los demandados, descartada como queda la tesis de que la obra de la muralla hubiera ocasionado el rechazo de las aguas hacia la ribera derecha para que de rebote se hubieran encaminado violentas sobre la finca de la señora de Faccini.

La teoría sobre la implantación de un nuevo régimen en el río.—La tesis sostenida por los doctores García y Archila sobre la implantación de un nuevo régimen en la mecánica del río, la asientan estos profesionales en los siguientes postulados:

a) La muralla obstruyó una madre-vieja por donde antes corrían las aguas superabundantes del río;

b) La muralla modificó el cauce primitivo del río;

c) En el sector en que la construcción se acerca a "Sacamiles", estrechó el cauce, con lo cual subió el nivel de la masa líquida y se aumentó la velocidad de la misma.

Examínense cada una de esas afirmaciones:

a) **El cegamiento de una madre-vieja.** — Si se lee con todo detenimiento la demanda, se advierte la ausencia de toda mención expresa de la madre-vieja del río. El mismo silencio se advierte en las alegaciones de primera instancia por parte del actor.

Refiérese aquélla en los seis primeros hechos a la titulación del predio de "Sacamiles", a su extensión y a sus condiciones como predio laborable. Los hechos 8º y 9º hablan del uso y destinación que de la mencionada finca han hecho sus dueños. Del 10 al 20 se ocupa en antecedentes de la obra de la muralla; la ingerencia que tuvieron en ella la Nación, el Departamento y el Municipio, y el modo como se adelantó. Del 21 al 24 se halla la relación del desastre de noviembre de 1938 con los alcances que el actor le ha querido señalar. Los últimos tres hechos formulan los cargos de responsabilidad contra el Departamento Norte de Santander y contra el Municipio de Cúcuta. Ninguno de tales hechos habla de la existencia de cauce especial o receptáculo de las aguas crecidas que hubiera sido obstruído o cegado por la obra de la muralla.

El hecho 5º le fija cabida al predio, y el 7º determina la parte ocupada en él con viñedos y otros cultivos. Esta zona, según la demanda, fue inaccesible a las avenidas del río. El hecho 21 —que es como una explicación de la inmunidad de la zona cultivable— afirma que las aguas del río Pamplonita se desbordaban antes, en casos de avenidas o crecientes, por los **terrenos bajos situados en la margen izquierda del río,** entre el puente y el inmueble de "Sacamiles".

Por tanto, y de acuerdo con las voces de la demanda, las aguas desbordadas se derramaban sobre los predios adyacentes quedándose allí, al parecer estancadas, y produciendo con ello las anegaciones y los empozamientos.

Nuestra jurisprudencia ha sido constante en sostener que los hechos expuestos en la demanda y en la contestación o al proponer excepciones perentorias, sirven para fijar el campo del litigio; lo determinan entre las partes y en la consideración del juzgador. Por lo que toca al actor, la ley le impone el deber de expresar con claridad y precisión los hechos en que funda la demanda. La prosperidad de ella depende de la demostración de tales hechos (artículos 205, 471 y 593 del C. Judicial).

"La causa de una demanda —dijo la Corte en Casación de 27 de julio de 1925— la constituyen precisamente los hechos en que se funda el derecho. Porque si es un hecho o una omisión lo que da lugar a ocurrir a la justicia, ese hecho o esa omisión son el fundamento de pedir, la causa que justifica la acción que se ejercita. En el libelo de demanda, causa y hecho son términos sinónimos". (**Jurisprudencia de la Corte,** Tomo 3º, número 587). Esta doctrina está relacionada con los artículos 265 y 932 del Código Judicial antiguo, sustituídos en el nuevo con los artículos 205, 737 y 738.

Con base en tal doctrina, sacada de disposiciones terminantes del estatuto procedimental, se po-

dría preguntar: ¿Habrá de tenerse en consideración en el presente fallo el hecho de la existencia de la madre-vieja, siendo así que tal hecho no aparece expresa y precisamente mencionado en la demanda?

La Sala pone de presente la omisión. Pero cree que la expresión echada de menos está implícitamente cobijada por la afirmación del libelo de que las aguas desbordadas "se extendían sobre predios adyacentes, moviéndose naturalmente con un mínimo poder erosivo". El movimiento había de ocasionar la erosión; y por el terreno erosionado habían de discurrir aquellas aguas sobrantes, como por sobre un cauce natural.

Dando así por subsanada la omisión, no debe dejar de advertirse que la demanda afirma que los predios situados a la margen izquierda y adyacentes al río, carecían de defensa sólida y que el Pamplonita en sus grandes avenidas los anegaba dejando sobre ellos empozamientos que no arruinaban la capa geológica superficial, porque el poder erosivo de las aguas era mínimo. Y se dice que es conveniente tal advertencia, porque "Sacamiles" es predio que aparece situado, respecto del río Pamplonita, a la misma margen izquierda, como lo está la ciudad de Cúcuta. Y carecía de defensas sólidas, esto es: se hallaba en las mismas condiciones de la ciudad cuando se hizo imperiosa la necesidad de construírle el muro defensivo. "Sacamiles" salvó su capa cultivable de la destrucción cuando la impetuosidad de las aguas no tuvo el poder máximo erosivo que tuvo en avenidas como la del año de mil novecientos treinta y ocho. Atrás se pudo ver que en ocasiones ese poder erosivo fue tan poderoso que llegó a despojarlo de su capa vegetal, dejándolo convertido en playa.

La consideración de la existencia de la madre-vieja suscita otra dificultad y es la de que, de acuerdo con comprobantes escritos ya examinados atrás, el río estuvo dividido en varios brazos que dieron alojamiento a las aguas por tiempos más o menos largos y que luego éstas abandonaron. A todos esos brazos o lechos abandonados les cabría el calificativo de madres-viejas.

Y si a alguno de los brazos o lechos que se dicen desprendidos de la ribera derecha en dirección a la izquierda se le quisiera dar en particular el calificativo de madre-vieja habría que apuntar lo siguiente:

1º Que en diligencia de inspección ocular practicada ante el **a quo** el 15 de mayo de 1941 (folio 45, cuaderno número 4), ambas partes dejaron constancias de que en alguno de esos brazos o tomas había acometido obras el Municipio para defender a la ciudad de Cúcuta contra las irrupciones del río Pamplonita, obras éstas defensivas que al decir de las mismas partes no tenían nada que ver con la obra de la muralla indicada como causa de los perjuicios cobrados por la señora de Faccini. En el capítulo destinado a tratar de la personería de las partes, se trató este punto como uno de los motivos para declarar fuera del debate al Muncipio de Cúcuta.

2º Que el Alcalde Municipal de Cúcuta emprendió por los años de 1904 a 1905 las obras atañeras a la reconducción del río hacia su antiguo cauce. De modo que establecido el hecho del cegamiento de brazos o tomas por el Alcalde Municipal, no hay razón para achacárselo a la obra planeada y adelantada por el Departamento en cumplimiento de la ordenanza y de la ley tantas veces nombradas.

3º Que el cegamiento del cauce, brazo, toma o madre-vieja establecido con declaraciones de Federico Maldonado, Eduardo Ramírez Rangel y Antonio J. Rodríguez (folios 41, 44 y 48 del cuaderno número 8-bis), tuvo lugar según esos testimonios antes del acometimiento de la obra de la muralla, y también antes de que la señora Soto de Faccini hubiera adquirido el predio lesionado. De estas declaraciones ya se hizo mención al describir en general el predio de "Sacamiles".

b) **Modificación del cauce.**—A la palabra cauce se la debe tomar en su sentido natural y obvio, en ausencia de una disposición legal que la defina (artículo 28 del C. Civil). Cauce, según el diccionario, es el conducto descubierto por donde corren las aguas. Ese concepto se aviene perfectamente con el que se deduce de las disposiciones en que el Código Civil Colombiano trata del cauce de los ríos o corrientes naturales.

Ese conducto descubierto es el que el Código reputa como bien de uso público, y conserva la calidad de tal mientras está sujeto a la ocupación y desocupación alternativa de las aguas (artículo 720). A ese conducto descubierto y consuetudinariamente reconocido como cauce, pueden los propietarios riberanos reconducir las aguas cuando ellas lo han abandonado, previo, sí, el concepto de la autoridad competente (artículo 724).

En ese entendimiento el **cauce acostumbrado** del río —para usar del lenguaje del Código Civil— lo es todo el suelo surcado por las aguas, que éstas ocupan y desocupan. Y abarca tanto el lecho menor como el mayor de que habla el pro-

fesor Cuënot citado por el perito doctor Salamanca. Menor, aquel que más habitualmente bañan las aguas; mayor, el constituído por partes surcadas de suelo, recubierto por las avenidas periódicas, y que, pasadas éstas, queda en seco, pero siempre sometido al dominio del río.

Asentadas estas nociones puede afirmarse, porque las pruebas en conjunto lo autorizan, que el río Pamplonita ha tenido un cauce menor muy marcado en el sector inmediatamente anterior a la finca de "Sacamiles"; cauce impreso, si así puede decirse, por el natural discurrir de las aguas y no por la obra artificial de la muralla. En las épocas de normalidad—abarcando con este vocablo las de sequía y las de creces medianas que no hacen salir de madre al río— ese cauce es el que pudo ver la Corte y que está apegado a la saliente de las Alcántaras.

En las épocas o períodos de crecientes, que ocurren de ordinario en la estación pluvial, ese cauce no desaparece; lo que ocurre es que, aumentado el caudal se ensancha y ocupa las partes ordinariamente secas del suelo, reconocido y habitualmente visto como cauce del río. Ese es el cauce mayor. Explícase así el que esas crecientes periódicas y no extraordinarias hubieran impuesto breves suspensiones de los trabajos de construcción durante los intervalos en que ellas ocurrían. Las aguas moderadamente crecidas, no destruyeron la obra en esos cortos períodos ni saltaron por sobre la muralla para invadir predios limítrofes. Fue necesaria la ocurrencia de avenidas de las proporciones que revistió la de noviembre de mil novecientos treinta y ocho para que produjera los desastres de que dan cuenta los autos.

Las avenidas extraordinarias, con ese epíteto denominadas, porque se apartan de lo que es usual o de ocurrencia, que no causa novedad en la vida lugareña, son fenómenos que acusan una verdadera revolución en el régimen habitual de las corrientes fluviales. Avenidas de esa naturaleza sobrepasan a todo cálculo y dejan sin aplicación a toda experiencia. Por su magnitud y efectos catastróficos marcan época. Para ellas nada valen en veces los valladares, así sean naturales o construídos por el esfuerzo humano.

Cabe aquí hacer presente que los peritos doctores Salamanca y Archila convienen en que el predio de "Sacamiles" se formó en el lecho mayor del río, y que lo ubican en la planicie de inundación del Pamplonita. El perito doctor García discrepa de esa opinión. Pero conviene en que el predio de "Sacamiles" "quedaba y permanecía antes de la construcción de la muralla entre las dos grandes corrientes en que se dividió siempre el río Pamplonita al tener lugar las grandes crecientes". Esas grandes crecientes son las que producen las inundaciones; de modo que no es errado pensar que sí está ubicado el predio en la planicie de inundación de que hablan los peritos Salamanca y Archila. A esa planicie de inundación se refiere el testigo José Joaquín Cárdenas, conocido ya en los autos como la persona más informada sobre la vida del río y la obra de la muralla, circunstancias que han inducido a ambas partes a ocurrir a su testimonio. En la planicie de inundación sitúa el doctor Cárdenas el predio de "Sacamiles".

En ese lecho mayor o planicie de inundación operó el río en la forma que los títulos constatan y que otros varios conocedores de la región atestiguan, batiendo terrenos que parecían consolidados y arrasando en ellos la capa apta para la vegetación.

Tomadas en cuenta esas opiniones y las pruebas escritas, no queda duda de que el cauce por donde han corrido las aguas, que en distintas épocas han bañado los contornos de la finca, no lo ha impuesto la obra de la muralla, como no fue impuésto por la mano del hombre el cauce en que cuajó el terreno de "Sacamiles", base de la fundación agrícola de la señora de Faccini.

c) **La reducción o angostamiento del cauce.**—La demanda afirma la reducción del **encauzamiento,** y si bien lo atribuye a la muralla, no descarta estos otros motivos: 1º Que la margen derecha del río en todo el sector está constituída por estribaciones rocosas de cerros cercanos que lanzan el caudal de las aguas sobre la margen izquierda en dirección a "Sacamiles", desviando el curso del río; 2º Que el caudal violento de las aguas no encontró frente al terreno de "Sacamiles" defensa propia para resistir el ímpetu y la fuerza de arrastre de la corriente. Significa ello que el cauce ordinario o acostumbrado lo delimitan o determinan, por su margen derecha, una barrera natural: las estribaciones rocosas de cerros cercanos de que habla el hecho 22; por la otra, terrenos de conformación aluvial.

La roca o espolón de las Alcántaras no está específicamente nombrada en la demanda. Pero el proceso la puso de presente: es una saliente rocosa de decisiva influencia en el encauzamiento de las aguas. Como detalle protuberante en la mecánica del río, la señalan planos y croquis

(fols. 50, 91, 96, 120, 156, cuaderno número 4; 48, cuaderno número 8) y a los Magistrados inspectores se les puso de presente.

El perito doctor García, al hablar del estrechamiento del cauce, dice:

"Los espolones o rocas naturales que se encuentran en la margen oriental del río —aproximadamente a unos cuatrocientos metros al norte del puente tantas veces mencionado— sí ejercen gran influencia en la dirección de la corriente, en primer lugar porque reducen apreciablemente la sección transversal del río, y también, porque desvían en las grandes avenidas la corriente del río que va por la margen oriental hacia la antigua madre-vieja que forma hoy el límite occidental del predio de "Sacamiles" (fol. 4 v. del cuaderno número 12).

Más adelante repite:

"Los esplones de la roca del pozo de las Alcántaras reducen el cauce del río y hacen cambiar la dirección de la corriente principal en las crecientes, precisamente hacia la madre-vieja occidental, situada aproximadamente a quinientos metros del puente".

Y todavía, al ampliar el dictamen a solicitud de la parte actora, insiste:

"Está demostrado con las aerofotografías y con los planos que figuran en el expediente, que existe un estrechamiento natural del cauce del río frente a "Sacamiles", y que debido a la existencia de la madre-vieja occidental que limita el precio de "Sacamiles" también por el occidente, al presentarse una avenida como la del año de 1938 las aguas se repartían en dos corrientes principales, una por el oriente, y otra por el occidente de "Sacamiles" y formando en este caso el lindero sur de dicha finca una sección transversal de la masa líquida de una amplitud y de un perímetro mojado también muy grande con relación al cauce del río que queda al oriente de "Sacamiles".

Pero una vez construída la muralla en la parte correspondiente a la madre-vieja mencionada, impide que en las grandes avenidas el río Pamplonita corra en gran parte por esta zona occidental, y entonces no se forma la gran sección de la corriente de aguas de que hemos hablado atrás y se produce un estrechamiento muy considerable de la sección transversal del río. Es decir el estrechamiento de que he hablado como producido por la muralla en esta parte del río se refiere exclusivamente a las grandes avenidas de éste, pues es claro que en las épocas de estiaje la muralla no reduce la pequeña corriente del río".

Las transcritas afirmaciones del ingeniero García dan base para concluír que aquellas **"rocas naturales"** constituyen, de suyo, un obstáculo para que las corrientes mayores del río Pamplonita puedan expansionarse por la margen derecha, provista como está ella de defensas tan fuertes e inamovibles. Y si la saliente pétrea de las Alcántaras tiene el efecto de reducir la sección transversal del río —o sea el espacio comprendido entre una y otra ribera— y en proporción **apreciable** a los ojos de la técnica, entonces no es la obra de la muralla única causante del angostamiento que el mismo perito dice ocasionó estragos sobre el indefenso predio fronterizo. Lo es principalmente aquel muro pétreo o espolón que allí se interpone para gobernar la corriente y lanzarla hacia los terrenos, playas y cauces que, según el hecho 5º de la demanda, integran el predio de "Sacamiles".

Estas conclusiones que lógicamente resultan de lo afirmado por el doctor García no las halla la Corte reñidas con las consideraciones que hace el perito doctor Salamanca al hablar del régimen del río en el folio 21 de su informe:

"En la margen derecha —dice el doctor Salamanca— encuentra la curvatura formada por el pozo de las Alcántaras y el espolón natural o roca ayuda más efectivamente a imprimir al caudal el movimiento tangencial hacia la margen opuesta que es la izquierda; sobre esta margen y en la dirección de la tangente se halla precisamente el predio de 'Sacamiles'; la situación de éste no puede ser más desfavorable ni más expuesta, si se considera en su conjunto y de modo global la dinámica del río tal como lógicamente aparece en los planos existentes en el terreno y en las aerofotografías".

El **estrechamiento natural** del cauce del río demostrado con las aerofotografías y con los planos que figuran en el expediente, y que los dos peritos principales mencionan en sus exposiciones, fue también materia tratada ampliamente por el ingeniero constructor de la obra, doctor Cárdenas, a quien se ha mencionado tantas veces en este fallo por la importancia que tienen sus declaraciones. Y ya atrás se había anotado cómo ese testigo tan conocedor del río había dicho que el pozo situado al pie del espolón de las Alcántaras en las épocas normales sirve de regulador de la corriente del río y permite que las aguas tranquilamente tuerzan hacia el oriente en una curva más bien forzada. Esas aguas tranquilas pasa-

ban por el pie del predio de "Sacamiles" sin causarle daño. Dejada la tranquilidad y sobrevenida una abundada extraordinaria, las aguas así impulsadas habían de buscar la línea recta a que se refiere el testigo doctor Cárdenas, y en esa línea recta tenían que hacer víctima de su empuje al triángulo aluvial de "Sacamiles".

El perito doctor Archila, en concordancia con el perito doctor García, se expresa así en su informe:

"14. El doctor Salamanca considera que la muralla fue técnicamente proyectada en cuanto a su finalidad, o sea la defensa de Cúcuta. El doctor García dice (página 11 de su informe): "Si se hubiera procedido con un criterio verdaderamente técnico, se ha debido calcular la sección o secciones transversales del trayecto Norte para que pudiera contener las grandes avenidas sin que se produjeran desbordamientos de las aguas hacia el occidente; se ha debido aumentar la altura de la muralla en la cantidad suficiente para que al llenar las aguas la sección transversal del cauce en las proximidades del puente, se obtuviera en la parte Norte, el mismo resultado sin rebasar la parte superior de la muralla". Por mi parte manifiesto que estoy de acuerdo con las apreciaciones del doctor García, agregando que si como lo anota el doctor Salamanca (página 37 de su informe) "cabe aquí declarar que el suscrito en repetidas ocasiones le sostuvo al propietario de la finca "Sacamiles", el señor Paco Faccini, que no era posible técnicamente reducir el cauce del río a los cincuenta metros que él decía ceder para prolongar la muralla"; en el proyecto de construcción de la muralla ha debido incluírse la eliminación del espolón en el pozo de las "Alcántaras", trabajo éste poco costoso y que habría permitido ensanchar el cauce creado por el río".

La Sala toma esas opiniones que se complementan, no sin anotar que al estrechamiento del cauce contribuye el factor natural de que hablan los peritos. Pero tiene que convenir también en que existiendo aquella estribación recosa determinante de la desviación de las corrientes, no debía haberse planeado, menos emprendido en la construcción del dique defensivo de Cúcuta, sin meditar en los efectos de la existencia de aquella estribación rocosa y de la desviación natural que ella había de imprimirle a las aguas crecidas.

No era óbice para que se procediera con cautela, la circunstancia peculiar del predio de "Sacamiles" de hallarse situado en la zona de inundación y que su conformación sea aluvial, es decir, más expuesto a ser erosionado por las crecientes del río. Quizás estas mismas circunstancias indicaban que la construcción debía haber adquirido las variantes respectivas, para lograr que el cauce fuera adecuado para la contención de las aguas crecidas y no causara perjuicio a los predios aledaños a aquella angostura.

No significa ello que la Corte llegue a pensar que el Departamento Norte de Santander hubiera tenido que sustituír a los dueños de los predios situados en la planicie de inundación en la acción defensiva a ellos atañedera por ley (artículo 995 del C. C.), para poner a sus predios a salvo de las inundaciones del río. Mucho menos puede aceptarse que el Departamento para defender a la ciudad de Cúcuta tuviera que hacerse cargo de construírle muros o defensa a todos los predios aledaños al río Pamplonita lesionables por los cambios naturales de la misma corriente.

Ni deja de estimar la Corte estas consideraciones que hace el perito doctor Salamanca en su informe:

Que cuando se inició la construcción de la muralla en el año de 1933, el predio de la disputa no estaba cultivado en la forma en que lo fue después; que despojado de su capa vegetal, la formación de "Sacamiles", o reducida ella a mínimas proporciones, cuando tuvo lugar el remate adjudicado a la señora Ana Francisca Marciales —tradente de la señora de Faccini— la mejor postura no pasó de quinientos pesos, porque el predio rematado — llamado entonces El Pantano — estaba amenazado por el río Pamplonita. Esas consideraciones sirven para demostrar que siempre ha estado expuesto al daño y destrucción por las grandes abundadas del río.

Pero ya existente el predio reconocido como un bien particular, a ninguna persona o entidad le era dado emprender obras que pudieran aumentar el natural peligro a que pudiera estar expuesto ese factor de una riqueza particular.

Que la muralla se llevó hasta un punto que relacionado con la posición de las Alcántaras contribuyó a estrechar el cauce, es cuestión definida por los peritos. Dos de ellos lo califican de error de técnica. La Sala no puede dejar de reconocer —apoyada en las razones que se acaban de exponer— que ello acusa imprevisión por parte de los empresarios de la obra, y esa imprevisión que la demanda ha alegado como culpa, permite la prosperidad de la acción dentro de las circunstancias atenuantes que favorecen a la parte de-

mandada, y que en capítulo posterior habrán de enumerarse.

..**La lentitud de la obra.**—No cree la Corte que a la imprevisión —que en el caso presente vendría a circunscribirse a no haber procurado el ensanchamiento del cauce con la eliminación del obstáculo que para la corriente del río representa el espolón de las Alcántaras— se pueda complicar achacándole al Departamento una deliberada morosidad en el adelantamiento de la obra. Al Departamento lo apuraba la necesidad de defender su ciudad capital.

Pero la obra de defensa debía acomodarse a las posibilidades fiscales y sin desatender las apremiantes necesidades administrativas.

Circunstancias de todo género confluyen a la lentitud con que se desarrollan las obras públicas en nuestro país. Ya son las exigencias de índole fiscal que las someten a multitud de trámites establecidos en los reglamentos de contabilidad y de control. Ya son las condiciones materiales de la obra que exigen operarios idóneos y en adecuado número, y elementos de la misma construcción cuya consecución no siempre está al alcance de los administradores o empresarios. Ni pueden descontarse las condiciones estacionales de la región, pues ya se ha visto aquí mismo que en las épocas de invierno la obra sufría sus interrupciones por causa de las crecientes. Fuera de eso, la administración pública no tiene una sola empresa a su cargo. Muchos son los capítulos que en el ramo de obras públicas demandan la atención constante y minuciosa de los administradores nacionales, departamentles y municipales, y a ninguna de ellas les es dado desatenderlas, sin riesgo de estancar el progreso de las secciones y de perturbar el bienestar común. Ni es la sección de Obras Públicas la única que demanda gastos y atenciones de la administración.

La atención a otras obras.—Llevan estas consideraciones a tratar de un punto que la demanda coloca entre las bases de una obligada condena a indemnizar perjuicios: Se dice que los representantes del Departamento obtuvieron que el auxilio decretado por la Nación para el adelantamiento y construcción de la obra fuera trasladado en el presupuesto para atender a otra obra que interesaba al Departamento.

Gran parte del cuaderno número 9 (de los fólios 1 a 7 y del 16 al 48) obran piezas atinentes a demostrar que el Departamento Norte de Santander propuso y consiguió que los fondos destinados por ley a la construcción de la muralla, se dedicaran a la construcción de la "carretera de pacificación" (Salazar-Arboledas-Cucutilla).

En el cuaderno mencionado de pruebas de la parte demandante, se halla en copia las cartas y telegramas cruzados entre el Gobernador del Departamento y los Ministros de Guerra, Obras Públicas y de Hacienda, en los cuales se trata de le urgencia que tenía el Departamento de que se auxiliara una carretera que había de poner en comunicación a la capital del Departamento Norte de Santander con regiones en donde estaban ocurriendo acontecimientos gravemente lesivos de la tranquilidad ciudadana y atentatorios del orden público. Del contexto de toda esa correspondencia se deduce que tanto el Gobierno seccional como el central estaban empeñados en restablecer la normalidad en el Departamento, y se deduce también que uno y otro encontraban necesaria para ese fin la construcción de la carretera. En el mismo sentido de cooperación a esa obra se dirigió el Gobernador a los Senadores y Representantes elegidos por el Departamento Norte de Santander.

Para no dilatar este fallo, se entresaca del telegrama dirigido por el mandatario del Departamento Norte de Santander al Gobierno Central, lo que en lo pertinente dice: "De las medidas que el Consejo de Gobierno de este Departamento considera de gran importancia para la obra de pacificación, indudablemente figura en primer término la rápida construcción de la carretera Salazar - Arboledas - Cucutilla, que traería estas ventajas: la ocupación de muchos campesinos que por abandono de sus predios están en la miseria y se dedican al pillaje, la valorización de los frutos de la agricultura, que permita a los propietarios rurales plantar nuevos cultivos con las perspectivas del consumo del personal de la carretera; y la facilidad para el transporte de tropas y policía y el aprovisionamiento de éstas, así como la supervigilancia de los respectivos jefes sobre dicho personal. Creo que por ahora y para iniciar trabajos en la región de Arboledas, la Nación podría destinar cuarenta mil pesos distribuídos en seis mensualidades, suma que, agregada a la parte con que contribuye el Departamento, servirá para comunicarnos, ante todo con Arboledas, foco de mayor intranquilidad".

Como se ve en el telegrama transcrito —y semejantes a él son los demás dirigidos por el Gobernador y lo son las cartas enderezadas al fin de que se viene hablando— ninguna sugerencia

se hace en el sentido de que se debe abandonar la obra defensiva de la ciudad de Cúcuta.

Al entonces Contralor General del Departamento Norte de Santander se le recibió testimonio a instancias de la parte actora y de ese testimonio se destacan los siguientes apartes:

"No me consta absolutamente nada sobre la gestión del señor Gobernador a la sazón, sobre traslado de la partida apropiada por el Gobierno Nacional para la construcción de las murallas del río Pamplonita, para la carretera de pacificación de las regiones de Salazar-Arboledas-Cucutilla. Estas gestiones de traslado de partidas de auxilios por parte de la Nación para el Departamento son de exclusiva iniciativa del señor Gobernador del Departamento. La Contraloría Departamental simplemente registra, en contabilidad especial, esos traslados o esos ingresos pero en ello no da concepto el Contralor del Departamento. Por tanto sobre el traslado del auxilio decretado para la carretera Salazar - Arboledas - Cucutilla, sólo puedo afirmar que el Gobierno Nacional en esa época tomó mucho interés en la construcción de tal carretera, pero desatendió el auxilio que correspondía a las murallas de defensa de la ciudad de Cúcuta, seguramente por concepto de orden público que primaba sobre el interés local"..... "Puedo afirmar que las rentas departamentales tuvieron en el año de mil novecientos treinta y seis un ascenso tal que culminó cuatro años después en un millón ochocientos mil pesos de presupuesto. De modo que mensualmente, después de verificar promedios trrimestrales, el Gobierno Departamental pudo disponer de sumas de dinero para distribuírlas entre las obras iniciadas, tales como la muralla del río Pamplonita, el matadero moderno y la pavimentación de las calles de Cúcuta... Como la Nación aportaba mensualmente una suma determinada con la condición de que el Departamento aportara suma igual, el Gobierno Departamental puso todo su interés en conseguir la mayor suma de dinero nacional para la construcción de la carretera Salazar-Arboledas-Cucutilla, que traducía una necesidad social apremiante, para la misma economía del Departamento".

Del testimonio transcrito debe subrayarse que el Gobierno Nacional tomó mucho interés en la construcción de la carretera de Pacificación desatendiendo el auxilio a la obra defensiva de Cúcuta, porque seguramente en concepto del supremo mandatario, el orden público debía primar sobre el interés local. Y en verdad, la construcción de la carretera Salazar-Arboledas-Cucutilla, dadas las condiciones en que vivía por entonces esa región norteña, traducía una necesidad social apremiante para la misma economía del Departamento, y sobre todo para el restablecimiento del orden público en parte considerable del territorio patrio. El interés que podía tener el Departamento en defender a la ciudad de Cúcuta era, de acuerdo con las circunstancias del momento, un interés regional que debía ceder al interés público o social. Las expresiones del ex-Contralor declarante, encajan muy bien dentro del precepto contenido en el artículo 30 de la Constitución actual.

Y que, la finalidad que el Gobernador se propuso al hacer sus sugerencias, se realizó, lo dice la correspondencia de que se está haciendo mérito y de la cual es pertinente destacar la siguiente pieza:

"Cúcuta, junio 23 de 1936—Minobras—Bogotá. Número 1246 — En Municipio Arboledas acaban realizarse regocijos públicos tradicionales dentro absoluto orden, mayor cordialidad, no obstante enorme afluencia personas pertenecientes distintas filiaciones políticas. El Gobierno desde 1930 vióse obligado suspender fiestas en dicho Municipio, debido al estado inseguridad social reinante allí. El pueblo arboledano con esta demostración civismo viene a corresponder los muchos esfuerzos del gobierno en la obra de pacificación y a darle fuerzas para no desmayar en ese empeño. Nos resta que ese Ministerio gire el auxilio decretado para la carretera llamada de Pacificación, que considero como la más eficaz medida para establecer definitivamente en esas ricas comarcas el orden público y la seguridad social".

En resolución:

El Gobernador propuso una medida inaplazable, urgente, para la marcha normal de la administración en su Departamento. Se la propuso al Jefe del Estado. Este, o sus Ministros en su representación, vieron conveniente la medida. La inculpación de que se atendió preferencialmente la carretera de Pacificación caería sobre estos altos funcionarios. El Gobernador, en lo que mira al remedio de necesidades nacionales es, apenas, agente del Ejecutivo. El Presidente de la República es quien tiene, constitucionalmente, la obligación de conservar en todo el territorio el orden público; y para obrar en consecusión de ese fin, no necesita de esperar las sugerencias de sus subordinados.

Una concurrencia que establecen las pruebas

del proceso.—En el capítulo que en este fallo se dedica al estudio de la responsabilidad por culpa, se asentó el principio de que la carencia de precauciones que una prudencia elemental indica, compromete la responsabilidad de quien de tal manera procede.

El tantas veces nombrado testigo doctor Cárdenas, dice en su declaración visible al folio 78 y ss. del cuaderno número 8-bis, que por haber sido director de los trabajos de la muralla le consta que ésta fue localizada tomando como base la luz total del antiguo puente de San Rafael, es decir, dejando entre las riberas el espacio suficiente para el movimiento del río en todas sus avenidas, y que este criterio se adoptó porque el río cupo siempre por la luz del puente. "Al tomar una anchura inferior para el cauce, automáticamente se reducía su capacidad y se aumentaba la velocidad de las corrientes, o sea el poder de excavación por concepto de la mayor erosión".

Si aquél fue el criterio, a la reducción ocasionada por el obstáculo material constituído por la saliente de las Alcántaras en la ribera derecha, tenía que corresponder un ensanchamiento adecuado hacia la orilla izquierda, que aminorando la velocidad de las corrientes, impidiera la destrucción de los terrenos colocados por delante de aquellas corrientes desviadas por el obstáculo material tantas veces citado.

Si el ensanchamiento no se procuró, sino que, por el contrario, se afirmó el angostamiento por la dirección que llevaba la muralla en las cercanías de "Sacamiles" en el año de mil novecientos treinta y ocho, y con ello se aumentó la velocidad de la corriente, la imprevisión tenía que convertirse en factor del daño que ha dado lugar al presente litigio.

¿Pero fue esa imprecaución la causa única del daño?

Todos los testimonios y los dictámenes periciales que han operado en este voluminoso expediente, se refieren a estados del río, que no son peculiares solamente del Pamplonita, sino que lo son de todas las corrientes de alguna importancia, estados respecto de los cuales se trató en el Capítulo que en este fallo se dedicó a hablar sobre "El servicio público".

En los tiempos que esta providencia —autorizada por los conceptos de la técnica— ha llamado normales, el río sólo beneficios les ofrece a los predios riberanos, aun cuando no fuera sino por aquella consideración que el perito doctor Gervasio Obregón consigna en la introducción de su dictamen: "Los suelos producen solamente por el agua, y los que carecen de ella aun cuando tengan los cuerpos minerales fertilizantes (nitrógeno, fósforo, potasa y cal), constitutivos del organismo vegetal, son inservibles si falta este líquido". (Fol. 1 v. cuaderno Nº 14).

El hecho ocurrido en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938 se apartó de esa normalidad y por eso quedó registrado como uno de esos fenómenos de la naturaleza de muy rara ocurrencia. Oiganse algunos testimonios sobre el particular:

El doctor José María Rueda Ardila, dice:

"Realmente el día veinticinco de noviembre, en la noche y en la madrugada del veintiseis, sobrevino un imprevisto e irreductible aguacero que aumentó en forma inusitada el caudal de aguas del río, incontenible dentro de su cauce natural, de tal manera que se convirtió en una avalancha que destrozó e inutilizó grandes trayectos de la carretera central Cúcuta-Pamplona, produciendo fuertes derrumbes y destruyendo varios kilómetros de vía, siendo necesario hacer varios y nuevos trayectos de ésta por otras razones, como sucedió entre Villa Marina y la Dorada, adelante de la finca de Los Mangos, donde se hizo una variante de un kilómetro en frente del puente unión, en el trayecto de la finca de Valero; llegando a la Donjuana; y en el caserío de la Donjuana derrumbó varias casas de comercio y habitación. En la noche del veinticinco al veinseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, la enorme creciente llegó al puente de San Rafael, que luégo se llamó Puente Benito Hernández Bustos, aumentada con las crecientes de todos sus afluentes en todo su trayecto, algunos de los cuales, como la quebrada de Iscalá y la Honda recogen muchas aguas de otras extensas hoyas hidrográficas, y después de causar grandes destrozos en los predios aledaños al río en su extenso recorrido en más de ochenta kilómetros, se precipitó sobre el estribo derecho del puente citado, socavándolo y derribándolo y de ahí tomó la mayor corriente o la corriente más fuerte sobre un espolón natural o roca que allí existe donde se consideraba un posible ponteadero y este espolón situado casi de frente al río, sobre su margen derecha, lo encauzó sobre las fincas situadas en la ribera opuesta, inundándolas. Este fenómeno es una cuestión de frecuente ocurrencia, y en todo cauce las aguas estrelladas contra los obstáculos indestructibles, buscan las partes más vulnerables para por ellas escoger su lecho.

Como ingeniero me correspondió arreglar la carretera en sus grandes trayectos destrozados, daños que para repararlos representaron un valor aproximado de doscientos mil pesos ($ 200.000), según cómputo o presupuesto verificado por el suscrito en asocio de otro ingeniero del Ministerio de Obras Públicas, comisionado especialmente para tal fin. Igualmente me correspondió como ingeniero jefe de la zona, el arreglo provisional del puente San Rafael, hoy puente Benito Hernández Bustos, lo mismo que el puente de San Luis, llamado también puente Araújo, que fue aislado por el río. Realmente los daños causados por el río en su enorme recorrido y teniendo en cuenta el nivel de aguas que alcanzó la corriente, la inundación de ese día fue algo extraordinario, imprevisto e imposible de contrarrestar".

En esa misma inundación o aumento desmedido del caudal del río Pamplonita observé los siguientes fenómenos: 1º Que en el punto de Rionegro el río abandonó su cauce dejando un terreno sedimentario que fácilmente hubiera podido destruír para lanzarse contra la carretera recostada a las rocas; 2º Que cerca del Diamante, en predios de Rosendo Contreras, el río abandonó una vega para buscar un nuevo cauce por terrenos de la misma contextura sedimentaria pero de más altura, de tal manera que el río atacó y penetró terrenos más altos que los del curso que traía sin que allí hubiera muralla a la cual achacarle este fenómeno, sino simplemente porque la calidad de los materiales sedimentados en su propio cauce, robaron lecho y el agua lo buscó por donde lo encontró más fácil, acarreando materiales que siendo quizás en mayor cantidad, eran más fácil de acarreo por sus reducidas dimensiones". (Folio 4 del cuaderno número 9-bis).

El doctor José Joaquín Cárdenas, dice a su turno:

"La avenida del año de mil novecientos treinta y ocho fue excepcional; hizo los siguientes perjuicios: 1° Destruyó la banca de la carretera entre el Diamante y la Donjuana en una extensión de 15 kilómetros. 2º Se llevó varias casas de la Donjuana; 3º Destruyó el estribo del puente metálico en el ramal que se desprende a Bochalema; 4º Destruyó el tramo oriental del puente Benito Hernández; 5º Destruyó la banca de la carretera a la frontera en la parte oriental del puente Alfonso Araújo. El volumen de aguas según cálculos que se hicieron en la noche de la avenida de 1938 fue más de 600.m³ por segundo". (Folio 79 vto., cuaderno número 8-bis).

Circunscritos algunos a determinados lugares, pero todos referentes al mismo hecho ocurrido en aquella noche trágica, se encuentran en el proceso distintos testimonios demostrativos de que no solamente la finca de "Sacamiles" ni los lugares vecinos o inmediatos a la ciudad de Cúcuta, sino toda aquella región bañada en una larga trayectoria por el río Pamplonita, fueron blanco de la impetuosidad de las aguas. Así, está constatado que sufrieron grandes daños los puentes de San Rafael o Benito Hernández Bustos muchas veces nombrado en este fallo, como que uno de sus extremos sirvió de punto inicial para la muralla de la querella; el puente Araújo o de San Luis, del cual se dice que nunca antes había sido lesionado por el río; y el puente de La Unión, que comunica al Municipio de Bochalema con la Carretera Central.

Los sufrió la Carretera Central que se acaba de nombrar, quedando suspendido el tránsito en ella por algunos días; los sufrieron predios como la hacienda de Valero, donde las aguas derrumbaron una toma y anegaron las huertas y cultivos de cañas. La de Agua Clara, sembrada de cañas y también cubiertas por las aguas. La de La Victoria, despojada en una grande extensión de su capa cultivable. La llamada Quinta Pamplonita, en donde quedaron en playas muchas hectáreas de terreno que antes tenían cultivos florecientes.

Ni fueron sólo predios aislados los que recibieron la visita de las aguas con los arrasamientos consiguientes: caseríos como el de la Donjuana sufrieron la invasión de las aguas con daños muy apreciables para edificios destinados al servicio público y al comercio.

De todos estos hechos hacen una relación testigos que atrás se mencionaron, pero que importa volverlos a nombrar aquí: Pedro Felipe y Hernando Lara, Pedro Rafael Cárdenas, Rafael González, José Trinidad Moreno, Víctor Camacho (folios 13 a 16, y 105 a 108 del cuaderno número 8-bis; 236 a 238 del cuaderno número 8). Rafael Mora Ortiz y Norberto Santos (folios 208 y 209 del cuaderno número 9-bis).

Y si a eso se agrega que en documento auténtico se constató ese suceso —como lo constató a poco de ocurrido un Juez en acta que la parte demandante ha hecho agregar a los autos (folio 92, cuaderno número 4)— no puede dejarse de reconocer la existencia de la fuerza mayor que la parte demandada ha alegado desde un principio en su defensa, y que por sí sola redimiría a esa parte de toda responsabilidad si no fuera porque

también los autos establecen que el Departamento constructor incurrió en el error de técnica de prolongar la muralla sin tener en cuenta el obstáculo material de la roca de las Alcántaras y el encauzamiento forzado que esa saliente y su pozo adyacente le imprimen a las aguas en tiempos de crecidas.

Con lo que se acaba de decir, queda establecido que el estudio detenido del proceso ha llevado a la Sala al convencimiento de que la incontestable fuerza mayor de la inundación fatalmente habría operado sobre la finca de "Sacamiles" que su dueño mantenía en completa indefensión, pero que el Departamento Norte de Santander incurrió en el error de técnica de no haber previsto aquel detalle del angostamiento natural. En trance tal, le es imposible a la Corte como juzgador establecer absoluto divorcio entre el hecho probado del catastrófico desbordamiento —con repercusiones sobre predio tan desfavorablemente situado y tan desprovisto de defensas— y el hecho de la imprevisión o falta de pericia del constructor.

La excepción de fuerza mayor.—Un suceso imprevisto, al cual no puede oponerse resistencia, es lo que el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 llama fuerza mayor o caso fortuito.

Cayo había dicho: "Vis major est ea quae consilio humano neque provideri neque vitari potest".

Los hermanos Mazeaud, en la obra que aquí se ha citado tantas veces, ponen de presente que el Código Civil francés no da una definición de la fuerza mayor, y que solamente la estudia por los efectos que ella tiene o puede tener en los contratos. Anotan que los autores de ese Código no creyeron necesaria la definición. A quienes se la exigieron —dicen— "les respondieron: sabemos que no se da ese nombre sino a los accidentes que la vigilancia y la industria humana no pueden prever ni impedir". (Tomo 2º, pág. 71).

Lo extraordinario de un acontecimiento, dice otro autor, se mide por su importancia y notoriedad; por aquello que queda grabado en la memoria de los hombres. Para que el juez deba admitir la fuerza mayor, le basta que el hecho que se alega como revestido con ese carácter, tenga tal intensidad, que manifiestamente sobrepase a lo que se puede prever en el curso ordinario de la vida. (Cita del doctor Arturo Valencia Zea en su curso de Derecho Civil Colombiano. Tomo VI).

Nuestra Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia pronunciada en juicio de indemnización de perjuicios por culpa aquiliana, hizo el siguiente comentario en relación con el artículo de la ley 95 citado atrás:

"El artículo 64 del C. C. definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto o que no es posible resistir. Con la conjunción **o**, que en esta vez no separa sino que denota equivalencia, se identificaba en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1° de la ley 95 de ese año cambió la conjunción **o**, en donde se leía "es lo mismo", por la preposición **a**, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de "El imprevisto" **o** "que no es posible resistir", dijo "el imprevisto **a** que no es posible resistir". Cambiada la conjunción por la preposición surgieron con toda nitidez los dos caracteres de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber: imprevisto e irresistible". (Casación. Mayo 26 de 1936. G. J. Tomo XLIII, pág. 581).

La doctrina de nuestra Corte ha podido, como se ve, hallar antecedentes en las instituciones romanas, y apoyo en la jurisprudencia de otros países. Aplicándola al caso de autos, se tiene: la ocurrencia de inundaciones en la parte en que la capital del Departamento Norte de Santander es ribereana del río Pamplonita, no era, ciertamente, un acontecimiento desconocido. La obra de la muralla se acometió, precisamente en previsión de las inundaciones. Pero quién, en lo humano, podrá impedir que los elementos naturales manifiesten su potencialidad en forma inusitada y en superior escala de lo que en otros tiempos y lugares se pudo registrar? En las grandes catástrofes —sucesos infaustos que alteran gravemente el orden regular de las cosas— no juega la conducta prudente ni las prevenciones científicas.

Avenidas ocurrieron en años anteriores a mil novecientos treinta y ocho. Al impulso de una creciente ocurrida en uno de esos años, cedieron las estructuraciones del puente de San Rafael, técnicamente edificado para dar paso permanente por él a peatones y vehículos que necesitaran transitar de Cúcuta a la capital de la República o viceversa. El Departamento, dueño de ese puente, apeló a todos los recursos de la técnica para darle mayor estabilidad a la obra. Y estable fue hasta noviembre de mil novecientos treinta y ocho, cuando las dimensiones de tal obra resultaron diminutas ante la inmensidad del caudal de las aguas.

Otro ejemplo: Quienes planearon y construyeron la carretera central aplicaron todas las pres-

cripciones que la ingeniería señala para ese género de construcciones a fin de que tan importante arteria vial tuviera la solidez y la resistencia proporcionadas a la intensidad del tránsito. Y, con todo y haber servido adecuadamente a esa finalidad la carretera, ocurrió el desbordamiento de mil novecientos treinta y ocho, y las aguas no solamente la inundaron, sino que socavaron los asentamientos que le daban firmeza, y la dejaron inútil e inapta para el tránsito en una considerable porción de su trayecto.

Esos hechos, que se destacan entre los muchos que fueron efectos de la acción impetuosa del desbordamiento de mil novecientos treinta y ocho, demuestran que las previsiones de la técnica fueron insuficientes para evitar daños, precisamente porque la magnitud del acontecimiento sobrepasó a lo que de ordinario había sucedido en la región y en esa corriente fluvial.

Esporádicas son esas ocurrencias. Pero cada vez que se repitan habrá que catalogarlas entre los acontecimientos imprevistos e imposibles de resistir. Se hace la observación porque la demanda se ha empeñado en decir que, porque en otras ocasiones el río Pamplonita se desbordó y causó daños de mucha significación, el acontecimiento de la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, a pesar de su magnitud, fue previsible, y que, por lo mismo, no se les debe reputar como fuerza mayor irresistible.

En el Departamento Norte de Santander se registró en el año de 1875 un terremoto que en pocas horas acabó con la ciudad de Cúcuta. A semejante suceso, no por ya acaecido, se le podría quitar el carácter de fuerza mayor, imprevisible e incontrastable en el caso de que volviera a ocurrir otro sismo, y aun cuando no revistiera igual magnitud.

La distribución.—En la ocurrencia de pluralidad de causas de un daño, los autores optan por una distribución: "Si el daño es resultado en parte de la culpa del demandado, y en parte de fuerza mayor, el demandado sólo responderá de una porción del daño", llegan a decir Planiol y Ripert. (Tomo 6º, número 541).

La gran avenida, en el caso de autos, ocasionó desastres en bienes de particulares y de entidades oficiales. Pero la anotada falta de previsión del Departamento —aunque circunscrita a lo que en apartes anteriores de este fallo se señala— fue parte para que el daño tuviera la magnitud que se registró en la finca de "Sacamiles", de suyo expuesta al daño por su desventajosa localización respecto del río y por la absoluta indefensión en que la mantenía su dueño. Dados esos factores, ¿qué parte de responsabilidad tiene el Departamento? ¿En qué proporción se le puede aminorar la condena contra él pronunciada por el H. Tribunal del primer grado?

Los peritos de segunda instancia, doctores García, Salamanca y Archila, están de acuerdo en que dada la magnitud de la inundación de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, el predio de "Sacamiles" se habría inundado aun cuando no se hubiera construído la muralla. Pero también conceptúan que si la construcción no se hubiera hecho en la forma en que se llevó a cabo, los efectos de la creciente habrían sido menos perjudiciales para tal predio. Este concepto, dice el doctor Archila, es fundamental.

La inundación de "Sacamiles", según ello, tenía que haber sucedido por tratarse de una avenida de tan exagerada magnitud. ¿En qué grado contribuyó al desastre el error de técnica del Departamento? No lo dicen los peritos. La construcción de la muralla hasta el sitio en que llegó cuando ocurrió el siniestro de mil novecientos treinta y ocho, "es un solo factor de los varios que intervinieron en la destrucción del predio tantas veces mencionado y es imposible definir en qué porcentaje pudo influír sobre este hecho", anota el perito tercero, apuntando que en ello no hay discrepancia entre los principales.

Llegado, pues, el momento de pesar las circunstancias que obran en pro y en contra de la defensa propuesta por la parte demandada, hay que recordar lo que, con respaldo en las pruebas del proceso se ha dicho sobre las condiciones en que se halla la finca de "Sacamiles" respecto del río Pamplonita. En ese resumen pueden apuntarse las siguientes circunstancias:

1ª El predio sugestivamente nombrado antes El Pantano, después "Sacamiles", se formó entre brazos del río, según el perito doctor García; lo formaron avenidas anteriores y cuajó en la planicie de inundación del río, según lo dicen los otros dos peritos.

2ª Esa formación aluvial o de acarreos que van superponiéndose desde los cantos gruesos y las gravas hasta las arenas menudas, tiene sus capas superiores, que son las cultivables y las más dóciles a la erosión.

3ª Ubicada a la margen izquierda del río Pamplonita, participa de las características de los terrenos donde está asentada la ciudad de Cúcuta, muchas veces invadida por las crecientes del río.

4ª Al valle, donde reposa la ciudad, y los predios que la circundan, desciende el río después de pasar por terrenos altos, lo que hace que en la pendiente adquiera particular fuerza erosiva, que apenas se atempera al llegar a la planada de Cúcuta.

5ª En un trayecto de muchos kilómetros recorridos antes de llegar a la planada, ha recibido el tributo de diversas quebradas, cada una de las cuales tiene su hoya propia, que, en períodos invernales, acopia las aguas lluvias.

6ª Por su situación riberana el predio de El Pantano o "Sacamiles" ha estado sujeto a la acción de las aguas: éstas han corrido alternativamente por los dos brazos o madres de que habla el perito García, y en tiempo de abundadas ambos han dado alojamiento a las aguas crecidas.

7ª Avenidas extraordinarias, ocurridas con anterioridad a la adquisición del predio por la señora de Faccini, pasaron por sobre el predio destruyendo su capa vegetal.

8ª El apuntado arrasamiento de la finca, de acuerdo con dictamen de peritos que actuaron en juicio hipotecario a que dio lugar un gravamen constituído sobre ella, hizo que su valor venal fuera ínfimo.

9ª Con ocasión del reavalúo de lo hipotecado, opinaron los peritos que la muralla, entonces en proyecto, podría ser una defensa para el predio, que a esa sazón estaba sometido de continuo a la amenaza de las inundaciones.

10. No obstante esa amenaza, y el palpable estado de indefensión de la finca, ninguna providencia tomaron sus dueños para construírle estacadas o trincheras que impidieran la entrada de las aguas y le causaran perjuicios.

11. A los Magistrados inspectores de la segunda instancia se les puso de presente que una creciente mediana ocurrida en los días de la inspección y sin contacto alguno con la parte de la muralla hasta entonces construída, hizo que las aguas se encaminaran hacia el predio de "Sacamiles" y sobre el mismo punto por donde penetraron impetuosas en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

12. La formación aluvial de "El Pantano" o "Sacamiles", que es triangular y colocada entre dos brazos en que se divide el río, tiene como base la llamada callejuela de El Pantano o Mapurito, inundada en varias ocasiones, como ya se dijo y por la cual podían encontrar las aguas crecidas un aliviadero o fácil salida, en concepto del perito doctor Lucio García.

13. El mismo perito doctor García apunta:

"La parte de 'Sacamiles' que sí se ha inundado, es la extremidad sur, o sea aquella que se encuentra al sur de los árboles decenarios, que limitan la zona que nunca ha sido cultivada por estar expuesta a ser afectada por las avenidas del río Pamplonita".

14. Los cauces, madres o tomas que en un tiempo lanzaban aguas sobre los barrios bajos de la ciudad de Cúcuta fueron cegados por el Alcalde de esa ciudad antes de la construcción de la muralla y de que la señora de Faccini hubiera adquirido el predio.

15. Todas estas circunstancias le hacen decir al perito doctor Luis M. Salamanca: "El predio está colocado en condiciones muy desfavorables".

Y si el apunte del doctor Salamanca tiene justificación, como que las circunstancias en que se funda las pregona el proceso, se impone la conclusión de que el error de técnica que se le atribuye al Departamento constructor contribuyó, por lo menos, en tres cuartas partes al desastre. La otra cuarta parte le corresponde al hecho natural de la posición del predio, que necesitado de defensas, no las tuvo.

El trabajo de la muralla no contempló una finalidad recursiva o de la cual pudiera derivar proventos el Departamento. Defender a su ciudad principal, donde tienen su sede las autoridades y donde se mueven con ritmo más acelerado los intereses de la industria y el comercio; en donde funcionan los establecimientos principales de que se sirve el público, es procurarle a éste el mayor bienestar. Y aunque de esta premisa no podría sacarse la conclusión de que por atender al bien público se les pueda causar perjuicios a particulares sin dejarlos indemnes, tampoco puede aceptarse que al Departamento se le pueda tratar como obligado en especial, y como si hubiera emprendido la obra sujeto a determinadas obligaciones contractuales.

Porque parece que el actor tiene esa pretensión, y la deja ver cuando alega, v. gr.: que la muralla debía haberse principiado a partir de "Sacamiles"; que la construcción debía haberse acelerado hasta poner a ese predio a salvo de las inundaciones; que antes ese empeño debería haberse pospuesto cualquiera otra atención o iniciativa de la administración; y que "las precauciones y diligencias debían haberse encaminado solamente a darle protección al predio de la señora de Faccini, aunque hubiera necesidad de encaminar los desbordamientos sobre otros predios, que necesariamente tendrían que sufrir las ruinosas consecuencias.

Aspiraciones tales no podían prosperar. Y la sugerencia de que al Departamento se le pudiera tratar como un obligado contractual con la señora de Faccini, no puede admitirla la Corte. En ese entendimiento la Sala hace suyos los siguientes apartes del alegato que le ha elevado el apoderado del Departamento:

"Si se tratara de una responsabilidad contractual entre el Departamento y la señora de Faccini, es claro que el Departamento habría incurrido en una culpa por no construír la totalidad de la muralla. Pero tratándose de una responsabilidad extracontractual, no basta probar que con la muralla construída en toda su longitud el predio habría quedado protegido sino que la inundación obedece exclusivamente a la parte de la muralla existente en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, fecha del accidente".

La condena.—Dos de los pronunciamientos del **a quo** resultaron en armonía con la intención de la demanda: El primero, que condena al Departamento Norte de Santander al pago de la suma de $ 19.000.00 como único responsable de los perjuicios sufridos por la señora de Faccini; y el tercero, que la libera de la obligación de pagar costas reputando que no hubo temeridad en la imputación hecha al Municipio de Cúcuta.

Fue desfavorable el fallo a la demandandante por estos aspectos: primero, por la absolución del Municipio de Cúcuta; y segundo, porque únicamente condenó al demandado a la indemnización del daño emergente absteniéndose de hacerlo por el lucro cesante.

Al notificársele al apoderado de la señora de Faccini la sentencia, dijo: "apelo de ella en lo desfavorable para ante la Corte Suprema de Justicia".

La indemnización de perjuicios que genera el incumplimiento de las obligaciones civiles comprende el daño emergente y el lucro cesante, según el artículo 1613 de nuestro Código Civil.

"Entiéndese por daño emergente —dice el 1614— el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento".

Los siguientes, hasta el 1617, dan reglamentos sobre liquidación de perjuicios como efectos de las obligaciones contractuales.

La aplicación de tales disposiciones al caso de autos procede. Porque no hay norma expresa que provea lo pertinente en el tratado de la **Responsabilidad común por los delitos y las culpas;** pero sí hay la general del artículo 8º de la ley 153 de 1887, según la cual "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Que si no hubiera esta norma del artículo 8º, ni ninguna de las otras contenidas en la ley 153, estaría la del artículo 32 del C. Civil que remite al intérprete, en ausencia de disposiciones expresas, a lo que resulte más conforme con el espíritu general de la legislación y con la equidad natural.

Precisamente a dictados de equidad ha obedecido ese movimiento innovador en las instituciones y en la jurisprudencia para ampliar y darle consistencia al derecho del lesionado. El aforismo **"neminem laedere"** lo ha recordado el derecho contemporáneo para actualizarlo y hacerlo más efectivo.

Del artículo 1614 arriba citado puede decirse que está calcado en la enseñanza de Paulo: "Damnum emergens quantum mihi abest; lucrum cessans, quantum lucrari potui".

Escriche, en su Diccionario al comentar las Leyes de Partida que reglamentan lo relativo a **daños y menoscabos,** dice: "Aunque los daños y perjuicios consisten, generalmente hablando, en la pérdida que uno ha tenido y en la ganancia de que se le ha privado, exige la equidad que no se condene al deudor sino en aquellos daños y perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, cuando no ha dejado de cumplir la obligación por su dolo o engaño. Y aun en el caso de dolo no deben comprenderse en la condenación otros daños y perjuicios que los que fueren una consecuencia **inmediata y directa** de la inejecución o de la mala ejecución..."

Planiol y Ripert —que en criterio de amplitud sobre reparaciones no le van a la zaga a ningún otro expositor de esas materias— se expresan así, al comentar el artículo 1150 del Código Civil francés, contentivo de una doctrina similar a la que se halla en el artículo 1616 del colombiano:

"No debía aplicarse, dicen, sino a la responsabilidad contractual, en atención a sus propios términos. Sin embargo, como no puede atribuírse a la voluntad probable del acreedor, la limitación a

los **perjuicios que se previeron o debieron preverse,** porque esa limitación contrariaría los intereses del acreedor, entonces se está en presencia de una regla legal de responsabilidad que en materia extracontractual debe aplicarse a quien incurrió en culpa no intencional.

Hacen luego la advertencia de que en materia extracontractual también deben tener en cuenta los jueces, llegado el caso, la ganancia frustrada y la pérdida sufrida. Y recalcan en que la indemnización no debe ser superior al daño aun cuando el autor de éste resulte enriquecido por haber obtenido con el uso de la cosa sustraída, v. gr.: un beneficio superior al perjuicio ocasionado con la privación de ella. (Tomo 6º, Nº 618).

Véase cómo en todos los tiempos han entendido los legisladores y los doctrinantes que la reparación por daños no se puede salir de los límites que marca la equidad.

Daño emergente.—La condena en el fallo apelado se concreta al daño emergente, aunque en sección separada trata del lucro cesante.

La pérdida de una porción del terreno cultivable y de unos sarmientos plantados de veinte, y seis meses respectivamente, antes de ocurrir el siniestro, es lo que, según el fallo, debe pagar el Departamento por concepto de daño emergente. El H. Tribunal pensó, sin duda, en que eso fue lo que en la noche de noviembre de mil novecientos treinta y ocho dejó de pertenecer al patrimonio de la señora de Faccini, y que eso es lo que ella puede reclamar como daño que emergió o se manifestó como una consecuencia del error de técnica del Departamento.

Por concepto de ese daño fijó la suma de diez y nueve mil pesos, acogiendo para esa fijación la regulación que en cifra numérica hicieron dos de los peritos actuantes en la instancia surtida ante el H. Tribunal, y que se pueden consultar a los folios 118 y 157 del cuaderno número 4. "Hay dos peritos, dice, que concuerdan en cuanto al daño emergente correspondiente al valor del cultivo, que es de cinco pesos por mata de vid, y el del terreno arrasado que es el de mil quinientos pesos, o sea en total la suma de diez y nueve mil pesos".

Al leer con detenimiento el alegato del apoderado de la señora de Faccini, se observa que en relación con la condena al pago del daño emergente se limita a reproducir las alegaciones que sobre ese punto formuló el apoderado de la demandante ante el Tribunal. Solamente al referirse al dictamen del doctor Gervasio Obregón observa el doctor Zuleta que "según este perito, cuyo concepto fue rendido en la segunda instancia, el daño emergente vale $ 19.750.00, es decir, apenas un poco más de lo fijado por los peritos en la primera instancia". (Fol. 54, cuaderno número 7). Todo lo demás del alegato citado se concreta al lucro cesante.

En cuanto al Departamento, el representante de esa entidad en el alegato de conclusión diserta largamente sobre el avalúo que los peritos doctores Gervasio Obregón, Jesús Atehortúa y Manuel J. Rivero hicieron en la segunda instancia, sin hacer mención de los avalúos dados en la primera. Al hablar en el capítulo que lleva el mote de "avalúo de los perjuicios" de las pretensiones que respecto de éstos tiene la parte demandante, las halla insólitas. "No otra cosa significa, dice, el pretender que a vuelta de tres cosechas de uvas sembradas en cuadra y media de terreno, con una inversión de unos cuantos miles de pesos contaderos en los dedos de una mano, se fuera a percibir una suma que excede en mucho de doscientos mil pesos según las cuentas del doctor Gervasio Obregón..." Todo lo demás del alegato se relaciona con el lucro cesante o ganancias computadas por la parte actora como pérdida sufrida por la obra de la muralla.

Es tiempo, pues, de considerar lo relativo al lucro cesante como cuestión que ambas partes tienen interés en que la dilucide la Corte.

El lucro cesante.—Lucro o logro, del latín "lucrum", encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo el provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es **lucrativa** cuando produce rendimientos a quien la ejercita. Y como éstos, en lo ordinario, se estiman en dinero, ha resultado que en el comercio y en la industria la idea de lucro se confunda con la del interés que produce el capital.

Entendido así el **lucro,** la actividad o cosa que lo produce deja de ser lucrativa cuando deja de producir utilidades. En el lenguaje mercantil e industrial se dice que una empresa deja de ser lucrativa cuando no se le saca al capital invertido el interés que le corresponde.

En ese plano se coloca Escriche cuando dice en su Diccionario: "Lucro cesante es la ganancia o utilidad que regularmente podría producir el dinero en el tiempo que ha estado dado en empréstito o mutuo".

Aplicadas esas nociones al caso de autos, hay que averiguar cuál era el rendimiento que la fin-

ca de "Sacamiles" le estaba dando a su dueño en el día de la inundación de mil novecientos treinta y ocho, para poder establecer el lucro que en ese día cesó o terminó para él.

De la demanda hay que destacar, ante todo, cuál era la cosa que estaba produciendo el lucro, y las bases que a la justicia le propone la misma demanda para que en la sentencia pueda deducirse la pérdida del lucro y la cuantía de éste.

La demanda hace una descripción de la cosa que allí se dice lesionada: un plantío de vid con dos mil matas de veinte meses de edad, y mil quinientas de seis meses, establecido en dos hectáreas de las cinco que constituyen la finca que doña Virginia Soto de Faccini le compró a Ana Francisca Marciales según el hecho primero de la demanda.

La misma demanda advierte que en las cinco hectáreas se encuentran comprendidos: un cauce (el mismo que en las riadas le sirve de aliviadero a las aguas sobrantes); unas playas, que atestiguan que el río ha estado golpeando en esa parte del predio; una zona de quince metros de ancha (no dice la longitud) "dedicada sólo a la siembra de hortaliza, lo mismo que otras regiones laterales". (Hechos 5º 6º, 8º y 9º).

Los perjuicios sufridos consistieron, según el hecho 23, en la pérdida de la capa vegetal del terreno y con ella la de los cultivos puestos allí. Como ya queda apuntado, la pérdida de ese terreno y el de los cultivos qué existían allí en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, han de considerarse como daño emergente, de acuerdo con la noción que de éste da el artículo 1614 del C. Civil. Porque ese es el daño que emergió o se puso a la vista de todos en el día del siniestro, y que la demandante pone de presente para obtener la consiguiente reparación.

¿Qué utilidad, qué rendimiento estaba percibiendo la señora de Faccini en aquella fecha trágica, producidos por ese terreno y por el plantío que ha quedado circunscrito? El esclarecimiento de este punto constituye la incógnita, que, despejada, dejará resuelto por completo el problema propuesto por la señora de Faccini.

Muy clara es la demanda al afirmar que el plantío apenas estaba en vía de producción, o en otros términos, que de él se esperaba apenas una rendición de frutos. Hay que buscar entonces, dentro de las pruebas del proceso, cuáles son las pruebas que tienen la virtualidad legal de establecer que ese plantío en estado de simple gestación, de frutos posibles pero no seguros, habría de producir el lucro que se cobra, y de ordenar el resarcimiento que apetece la señora de Faccini.

Y es eso más apremiante por cuanto a que el *a quo* ha afirmado que, "la cuantía fijada para el daño emergente cubre a plena satisfacción todos los perjuicios que se pudieran derivar en sano juicio, pues excede en mucho al valor del terreno dado por la actora".

El examen de la titulación ha puesto de patente las etapas varias por las cuales ha pasado la existencia del predio.

Formado por acarreos del río Pamplonita y desprovisto de muros que defiendan sus contornos, ha tenido sus aumentos y disminuciones. Si crecientes medianas le han engrandecido su capacidad productiva al depositar en sus capas superiores los limos impregnados de materias orgánicas, otras corrientes impetuosas que por allí han pasado, talaron sus plataformas de cultivo poniendo al descubierto los cantos que le servían de fundamento. La naturaleza ha hecho allí su obra con toda independencia de la acción humana.

Y puesto que se trata aquí de escudriñar la productibilidad de esa finca en uno de esos momentos —en el de una riada violenta— preciso es que la investigación no se desvíe de ese momento. Que no sería igual la productibilidad de "Sacamiles" en aquella época en que los títulos la muestran como un pedazo de playa, que cuando ya recuperada de la capa vegetal y fecundada ésta por la decantación de los limos, produjo pastos donde pudieran adehesarse los ganados.

La historia que los títulos constatan, hace aparecer convertida en potreros a la finca que doña Ana Francisca Marciales transfirió a la señora de Faccini. Para que ésta última la pudiera dedicar al cultivo vinícola, indispensablemente tuvo que desnudarla de los pastos, o sea de los cultivos que estaban produciendo el rendimiento que ellos procuran, bien sea que se apliquen a la ceba, al levante o a la explotación de lecherías.

Nada, sino su libre arbitrio, pudo hacerla cambiar la efectividad del lucro perceptible de sus dehesas, por la expectativa de los que pudiera producirle su nuevo experimento.

Y si pensó en que la vendimia compensaría el lucro cesante de los pastos, a ese sencillo cálculo no se le puede dar categoría de cosa en producción y de utilidades liquidables.

No hay dato cierto de lo que "Sacamiles" le estuviera dando en efectivo a la señora Soto de Faccini en el momento del desastre. Todo allí es-

taba pendiente del resultado de un experimento.

Obra en el expediente el cuaderno número 14, y en él se contienen los dictámenes de los doctores Gervasio Obregón, Jesús Atehortúa y Manuel J. Rivero. Por separado rinden el dictamen porque no pudieron ponerse de acuerdo. Los informes del primero y el último aparecen fechados en la ciudad de Bogotá. El del doctor Atehortúa aparece firmado en la propia ciudad de Cúcuta.

El dictamen se compone de varios capítulos. De ellos se debe destacar primero lo relacionado con los suelos que son más propicios para el cultivo de la vid; segundo, las condiciones particulares del predio de "Sacamiles" en relación con el mismo cultivo; tercero, los resultados que ha dado la importación de vid en nuestro suelo y particularmente en climas como el de la región tropical de Cúcuta; y cuarto, el resultado que en particular ha tenido el plantío de vid establecido por la señora de Faccini.

Los puntos de este cuestionario les dan a los peritos ocasión para disertar sobre climas, suelos, conducción de los cultivos y gastos que éstos demandan, para llegar después del estudio de todos esos detalles, al punto capital de la encuesta que es el de la productibilidad.

Suelos propicios—El perito Obregón hace suya la siguiente nota tomada del Diccionario Agrícola de Larrouse: "La vid se acomoda muy bien de los terrenos silicosos, aun cuando sean muy pobres, porque sus raíces pueden ir a buscar muy lejos su alimento y la humedad que puede faltar en la superficie. Así se han plantado sobre las arenas movedizas de las orillas del mar o de los ríos viñedos que han dado buenos resultados. Los viñedos de los alrededores d'Aigues Mortes, los de Landes, los de ciertos huertos de las cercanías de Burdeos están en este caso.

"Los suelos sílico-arcillosos son los más favorables para el cultivo de la vid. Las tierras francas que contienen en proporciones convenientes la arena, la arcilla, el calcáreo y el humus **y que convienen a los otros cultivos convienen mucho mejor para la vid".**

El otro perito principal participa de la opinión del doctor Obregón en lo que concierne a los suelos propicios para el cultivo de la vid. También destaca la circunstancia de que las raíces tienen un enorme desarrollo.

El suelo de "Sacamiles"—Por el análisis de las muestras del suelo y del subsuelo hecho después de cateos en la propia finca de "Sacamiles", llega el perito Atehortúa a esta conclusión: "Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y los análisis del suelo y del subsuelo del predio 'Sacamiles' que insertamos en la parte primera de este informe, podemos concluír que en cuanto al terreno se refiere, tanto la región de Cúcuta, como en particular el predio 'Sacamiles' presentan condiciones bastante ventajosas para el cultivo de la vid".

El perito de la parte demandante, para dar su dictamen sobre este tópico en particular, se expresa así: "Por lo que dicen los autores, por lo que pude observar en Italia, por lo que se ve entre nosotros como en Villeta, como en el Rosario de Cúcuta, como en San Gil, como en Galán, la vid se da en los terrenos pobres. **Es indudable que se debe dar mejor en un suelo mejor como era el de 'Sacamiles'".** El subrayado, que pertenece a la Sala, podría dar margen para suponer que el perito doctor Obregón no hizo cateos especiales en la propia finca de "Sacamiles". Sin embargo, en lo esencial de su dictamen, está de acuerdo con el doctor Atehortúa.

La implantación de la vid en Colombia. — En este punto hay que considerar dos cuestiones: la de si la vid importada de otras latitudes es aclimatable en Colombia, y la de saber el tiempo que se requiere para esa aclimatación.

En orden a lo primero, y para demostrar que en nuestro país se aclimata la vid, argumenta el doctor Obregón:

"En tiempos de la dominación española se exportaba vino por el puerto de Realejo (Nicaragua). Esto indica que los españoles cultivaron la viña en esos países. Más tarde, según se dice, los mismos españoles destruyeron las viñas, temiendo que la fabricación del vino se extendiera en las colonias con perjuicios de la industria vinícola de la metrópoli".

Insistiendo en el mismo tema, discurre más adelante así:

"Si se tuvieran en cuenta las estaciones de esos países (los de estaciones fijas) para nuestra agricultura y especialmente para la de frutas, seguramente que el Gobierno con sus ministros de agricultura, de economía, de industrias y sus representaciones diplomáticas habrían prohibido la introducción de semillas o de estacas desde la época colonial".

Poco convincente es el argumento histórico del doctor Obregón, en lo que hace a Colombia. Independizada ésta de la Corona, quedaron abolidas las trabas que la legislación española les im-

puso a las industrias terrígenas. Y en casi siglo y medio de vida independiente, la industria vinícola no muestra gran florecimiento en Colombia, florecimiento como para competir con los países de la Europa meridional; pero ni siquiera para incluír la explotación de viñedos entre los renglones salientes de la economía patria.

El argumento que se basa en que no hay prohibición para importar estacas o semillas, convence menos. Toda industria lícita y de utilidad es implantable en el suelo colombiano. La implantación de viñedos que reúna esas condiciones contaría con el favor del Estado, y por lo mismo, la importación de semillas y estacas contaría con ese favor. Pero los reglamentos que se dictaran para apoyar la industria vinícola y para estimularla, no tendrían la virtud de suplir a las condiciones naturales que el cultivo exige para su prosperidad. En refuerzo de tal tesis se podría decir: en Colombia no se ha prohibido tampoco la importación y el ensayo de aclimatación de ciertas especies animales, que, como la de la cebra y la vicuña son cifras apreciables de riqueza en países vecinos. Y no se han expedido reglamentos fomentadores de esas industrias por una razón rudimental de economía: los ensayos implican inversión de capital; y los que lo poseen, no lo aventuran, si no median las mejores posibilidades de conseguir que éste dé utilidad.

Recorriendo el mapa marca el doctor Obregón los Municipios que en nuestro territorio "tienen matas de uva".

Con ese motivo hace presente que no hay en el país empresa alguna que pudiera vender un número considerable de sarmientos en variedades puras, sanas y garantizadas. Y con ello quiere el doctor Obregón justificar la necesidad de importar semillas o estacas de otras latitudes, como, dice, tuvo que hacerlo la señora de Faccini.

Ese argumento tampoco es convincente. Porque la falta de empresas productoras de semillas o sarmientos, pregonando está que la industria de viñedos no está aclimatada aún en el territorio colombiano. Y esta premisa lleva a esta otra conclusión: el cálculo sobre los copiosos rendimientos a que, según el doctor Obregón está llamado el cultivo de ensayo que la señora de Faccini implantó en "Sacamiles", no tiene apoyo sólido en la realidad.

El doctor Atehortúa dice en relación con la aclimatación:

"A pesar de que los expertos en fructicultura coinciden en afirmar que la industria de la vid no podrá ser trasplantada con éxito a países distintos de los situados en la Zona Templada, es lo cierto que hasta el presente no se ha llevado a cabo, en ninguna de las Estaciones Experimentales de los países tropicales, estudios que verdaderamente nos obliguen a aceptar esta tesis como definitiva. Hasta donde mis informaciones me lo permiten, parece que todos los que nos interesamos por estas cuestiones nos encontramos de acuerdo en aceptar la dificultad y aun la imposibilidad de obtener en un principio iguales rendimientos de variedades que ya han sido probadas con éxito en países donde ellas encuentran el clima óptimo para su desarrollo y producción. Esto no quiere decir, en ningún caso, que luégo de estudios realizados técnicamente por alguna de las Estaciones Experimentales de Cultivos Tropicales, no puedan obtener, por medio de creces y selecciones bien llevadas, variedades que por su rendimiento y calidad de la fruta, sean recomendables para el establecimiento de viñedos con carácter industrial".

En desacuerdo los dos peritos principales, resultaría aquí la mayoría con la opinión del doctor Manuel J. Rivero, que en el tópico que se está tratando aquí concuerda en opinar con el doctor Obregón.

Pero la Corte encuentra que la opinión del doctor Rivero emitida en este juicio no coincide con la que el mismo profesional emitió cuando era ingeniero agrónomo y jefe del Departamento de Floricultura de la Estación Agrícola Experimental de Palmira, y que está emitido en los siguientes términos que copia el ingeniero doctor Atehortúa en su dictamen:

"La importación de plantas de California no resuelve ningún problema, por las razones siguientes: 1º Por razones de aclimatación y cultivo en un medio enteramente diferente no se conocen los resultados que den las variedades importadas y la experiencia enseña muchos casos de fracasos rotundos sufridos con estas plantas; 2º Las condiciones de bondad de la fruta y la mayor o menor resistencia de aquellas variedades en las condiciones de California, no serán en ningún caso iguales, si se conservan en medios y condiciones de cultivo diametralmente diferentes".

El concepto que se acaba de copiar fue emitido evidentemente por el doctor Rivero como lo dice y reconoce él mismo al folio 4 vto. de su informe (fol. 60 cuaderno número 14). "En algunos estudios y conceptos emitidos por mí anteriores, dice, juzgué difícil una aclimatación inmediata de

las plantas importadas directamente de las zonas templadas". Para la Sala constituye una dificultad decidirse por cualquiera de las dos opiniones del doctor Rivero, dada la respetabilidad de su nombre. Pero viéndose precisada a adherir a alguno de esos conceptos, opta por el que tiene un carárter oficial, dada la posición que tenía el doctor Rivero como agrónomo consultor puesto allí por el Ministerio del ramo. Es de suponer que un concepto emitido por persona investida de tales calidades constituye doctrina, prevalente sobre una opinión dada para un caso aislado, mientras no haga pública su opinión en contrario.

La Sala, después de lo dicho, se inclina a aceptar el dictamen del doctor Atehortúa, por creerlo más preciso y convincente, y porque ese profesional hizo sus cateos en el lugar de los acontecimientos, o sea la finca de "Sacamiles".

Resultados del cultivo en la región.—También en este punto discrepan los peritos principales: el de la parte demandante afirma que la vid que logra germinar en regiones como la del Valle de Cúcuta, alcanza a producir tres cosechas al año. En corroboración de su dictamen, dice el doctor Obregón:

"Este número de cosechas se confirma por las temperaturas, por el número de grados de calor que necesita para fructificar, por las declaraciones recibidas en el expediente, por las exposiciones de la revista "Vid" en los números 4 y 5, revista que se ha dado cuenta de las condiciones tan apropiadas para este cultivo. Este dato de tres cosechas lo publican igualmente el señor Secretario de Agricultura del Departamento Norte de Santander, doctor Carvajalino, al hablar de las características extraordinarias que ofrece Cúcuta para el cultivo de la vid, en su informe a la Asamblea".

El perito doctor Atehortúa se pronuncia así:

"Aun cuando en años de lluvias bien distribuídas, puede ser posible llegar a obtener hasta tres cosechas en catorce meses, considero que al calcular la producción de un cultivo con carácter industrial, para estar más cerca de la realidad, no deben tenerse en cuenta más que dos cosechas en los doce meses del año. Es verdad que en nuestro país, y en general en las regiones situadas en la zona tropical, no tenemos estaciones bien marcadas de lluvias y sequías, pero sin embargo, existe un régimen pluviométrico de tiempos lluviosos y tiempos secos que regulan nuestras cosechas. Observando los datos pluviométricos de la región de Cúcuta se verifica que en medio de la irregularidad de nuestros fenómenos meteorológicos, tenemos dos períodos de lluvias durante el año, que corresponden: el primero a los meses de marzo, abril y mayo; y el segundo, a los meses de octubre, noviembre y parte de diciembre. Esta distribución de lluvias es la que mejor conviene a todas nuestras cosechas. La falta de lluvias durante largos períodos trae las fatales consecuencias de las sequías con el agotamiento de las fuentes de riego. Por otra parte, lluvias excesivas son en extremo nocivas, y muy especialmente para cultivos como la vid. En épocas lluviosas las enfermedades producidas por hongos aumentan su virulencia y la floración y fructificación sufren muchísimo, repercutiendo estos trastornos en la cosecha. En conclusión: en las circunstancias óptimas más deseables, sería muy satisfactorio lograr obtener dos cosechas fijas anuales".

Adviértese que el perito no se aventura a dar por seguras tres cosechas, atento a que las lluvias que en nuestro trópico son índice certero de la obtención de aquéllas, no se presentan sino en dos épocas del año, y eso no siempre. En veces los estiajes tienen una mayor duración en nuestras tierras cálidas. Sacadas de hechos físicos, por todos perceptibles, estas consideraciones del doctor Atehortúa influyen en el ánimo del juzgador para tener como ciertas las conclusiones a que él llega.

El viñedo de "Sacamiles" — Todos los peritos que como agrónomos han emitido concepto en el presente negocio, parten de lo afirmado en el hecho octavo de la demanda, que dice:

"La mencionada finca fue destinada por mí al cultivo de viñedos y hortalizas en una extensión de dos hectáreas sobre la plataforma alta. Al efecto, por intermedio de mi esposo el señor Luis Francisco Faccini, hice una plantación en la zona a que me refiero de 3.500 matas de uva,, de las cuales dos mil (2.000) en noviembre de 1938, estaban en vía de producción y de veinte (20) meses de edad, instaladas sobre espalderas de madera de anacao y alambre liso galvanizado y las mil quinientas (1.500) restantes, de seis meses de edad".

El doctor Obregón se remite expresamente a las declaraciones de Marco A. Cacique, Campo E. Moreno y Gotardo Pérez, según los cuales a fines de mil novecientos treinta y ocho había en el predio de "Sacamiles" las tres mil quinientas matas de uva de que habla el hecho copiado. (El doctor Atehortúa se refiere a los testigos sin nominarlos).

A esos testimonios —en este punto básicos del dictamen— es preciso examinarlos a la luz de las disposiciones del Código Judicial para fijar su alcance probatorio, en orden al cultivo mismo fuente de la producción y de las ganancias que la parte actora dice haber perdido por la culpa del Departamento.

Marco A. Cacique declaró dos veces en la primera instancia. Una durante la inspección verificada por el H. Tribunal. La otra ante Juez comisionado. Atrás se hizo la glosa de esa declaración como deficiente. Ahora puede agregarse que las dos declaraciones de Cacique son contradictorias entre sí, y que, para obrar de acuerdo con el artículo 701 del C. Judicial se deben rechazar. (Ver folios 22 y 72 del cuaderno Nº 4).

Los testigos Campo Aníbal Moreno y Gotardo Pérez se ciñen estrictamente al interrogatorio que les formuló la parte actora, y el funcionario que les recibió la declaración no puso empeño en hacerlos expresar la manera precisa y distinta como hubieran sabido los hechos que afirmaron.

En lo que se relaciona con el punto que se está tratando, dicen: "Me consta por haberlo visto que antes de la inundación referida se habían plantado en esta finca y en una extensión de dos hectáreas aproximadamente correspondiente a la plataforma alta de la finca, tres mil quinientas matas de uva, más o menos, de las cuales aproximadamente dos mil estaban en noviembre de mil novecientos treinta y ocho en vía de producción y de veinte meses de edad, instaladas sobre espalderas de madera de anacao y alambre liso galvanizado y las mil quinientas restantes, de seis meses de edad".

Para que esas declaraciones fueran completas y responsivas en lo que se relaciona con la edad **exacta** que hubieran alcanzado los sarmientos de uva puestos en **exacta** porción de terreno, faltó que expresaran la manera como supieron esos detalles que tanta importancia revisten ahora que se trata de fijar el monto del lucro que ese terreno y esas matas le pudieron proporcionar a su dueño. (Artículo 688, C. J.).

Ni dicen con precisión las fechas en que se hizo la plantación de los sarmientos para que hubieran alcanzado las edades que les atribuyen, ni explican cómo saben que en dos hectáreas de terreno —en parte desaparecidas— se hizo el plantío. ¿Midieron ellos el terreno? ¿Intervinieron en la faena de las siembras en forma tal que se grabara en su memoria el tiempo que cada mata podía tener de plantada y el que les faltaba de gestación para dar fruto?

Y esa base que los peritos tuvieron para dictaminar sobre el producido del viñedo —en porción de terreno comprendido dentro de las cinco hectáreas que de acuerdo con los hechos de la demanda integran la finca de "Sacamiles"— no parece, ciertamente, muy sólida. Que si el viñedo quedó enmarcado dentro de la plataforma cultivable, ya hubo ocasión de advertir que a ésta le cercena la demanda el campo que fue necesario para otros cultivos.

Esa duda que suscita la misma demanda viene a agravarla la discrepancia que hay entre los peritos principales acerca de la distancia o espacio vital que necesitan las matas de uva para tener un desarrollo normal y dar racimos por su número y calidad adecuados para satisfacer la demanda de las plazas que tengan ese renglón en su comercio.

El perito de la parte demandante y el tercero opinan que la distancia de dos metros de mata a mata o sea de cuatro metros cuadrados entran en las medidas normales que se establecen en los grandes cultivos y en las regiones tropicales.

El perito doctor Atehortúa se prenuncia así en este punto preciso:

"La distancia más apropiada de acuerdo con el suelo y el clima de la región es la de 7 metros en cuadro, por mata. Los primeros cultivadores de la zona por falta de experiencia, incurrieron en el lamentable error de sembrar a distancias demasiado cortas. Aunque ya está aceptado por los cultivadores de vid que la distancia más aconsejable es la de siete (7) metros, por uno de esos caprichos tan propios de nuestros agricultores, continúan la tendencia a sembrar a distancias menores, eso sí, no inferiores a cinco (5) metros. Tenemos el caso del doctor Alfredo Lamus Girón, quien acaba de establecer un viñedo de una hectárea y ha dejado a sus matas a una distancia inicial de unos cinco metros, en cuadro por mata".

Y en el capítulo sobre productibilidad agrega lo siguiente el doctor Atehortúa:

"Es necesario rectificar el error en que se encuentran quienes toman como base para calcular el rendimiento de la vid, los datos de producciones fantásticas que se han obtenido en matas aisladas. De ninguna manera estos datos pueden servir para el cálculo de producción en cultivo económico. Matas en tales condiciones no sólo disponen de un mayor espacio para la extracción de nutrientes, sino que sobre ellas no pesa el factor

población que trae consigo los problemas de plagas y enfermedades".

El doctor Atehortúa llega a las transcritas conclusiones **"después de hacer numerosas observaciones en todos los cultivos de vid de la región por espacio de más de un año".**

El doctor Obregón, en contraste, observa como una corroboración de su dictamen lo siguiente: "El señor Giordana tiene en Villeta sus cultivos de uva sembrados a razón de 3.300 cepas por hectárea o sean 3 metros cuadrados por planta. En Europa la distancia de siembra es ordinariamente inferior a dos metros y aun hay regiones que plantan hásta 50.000 piés por hectárea como en la región de Champaña".

Como el perito doctor Obregón pone un ejemplo singular —el del cultivo que el señor Giordana tiene en Villeta— y a la Corte no se le ha demostrado que las condiciones del terreno de Villeta sean exactamente las mismas que caracterizan al terreno de "Sacamiles", queda en la duda sobre el resultado que pudiera tener el experimento de la señora Soto de Faccini al poner mayor número de cepas que las que la prudencia indica que se deben plantar en un suelo aún no experimentado para obtener un seguro rendimiento. ¿Cómo saber si el señor Giordana apenas ha querido establecer en Villeta un vivero para repartimiento de estacas como el de Chía, citado en otra parte del informe del doctor Obregón?

Por lo demás, la Corte se inclina a creer que el espacio vital necesario para la extracción de nutrientes es factor que debía consultarse sobre todo en cultivos de ensayo como lo era el de la Sra. de Faccini, por aquello mismo que anota el perito doctor Obregón de que las raíces de la vid pueden ir hasta muy lejos en busca de alimento. Planta que no esté bien nutrida, no puede dar opimos rendimientos. El apiñamiento de los seres orgánicos, así sean plantas o animales, puede redundar en daño para el conjunto, que así se ve privado de condiciones indispensables para un sano vivir individual.

El concepto de los peritos agrónomos consta de dos partes que pudieran decirse motiva la una y definitiva la otra. En la primera exponen las causas o razones que tienen para fijar en guarismos el monto del perjuicio. En la segunda fijan este monto como una deducción de aquella exposición de motivos. De esa suerte, no sería dable dislocar a la una parte de la otra. Y si la Sala, por el análisis que acaba de hacer de las exposiciones de los agrónomos no puede prohijar los argumentos que los peritos de la mayoría hacen para sostener una productibilidad asombrosa del cultivo de vid en nuestro suelo tropical y de manera particular en el triángulo aluvial que constituye el predio dominado por la señora Soto de Faccini, tampoco puede aceptar la regulación del lucro cesante hecha por dichos peritos y que se apoya en aquellos argumentos.

Y suponiendo viables aquellas razones —suposición que repugna a la realidad de nuestro medio— la diferencia en el avalúo de los peritos arroja un porcentaje que sobrepasa al que señala el artículo 721 del C. Judicial, para la adopción del medio aritmético.

Ya en ese extremo, y haciendo uso la Sala de la facultad de regulación que para tal evento le otorga el artículo 721 nombrado, tendría que buscar en los demás elementos del proceso bases para tal regulación. Y ya en ese empeño tropezaría con la realidad que los autos establecen, y que en la introducción de este capítulo se puso de presente: la señora Soto de Faccini había destinado parte del terreno cultivable de su predio de "Sacamiles" para implantar una siembra de vid. En ese experimento estaba aún cuando sobrevino la catástrofe de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, que no le permitió siquiera saber el resultado de una primera cosecha. No hay, por lo mismo, base para hacer cómputos de utilidades, provechos o ganancias que es lo que la ley reputa como lucro cesante. El juzgador tiene que amoldar su sentencia a la norma del artículo 741 del C. Judicial, según la cual al imponer una condena debe buscar la conexión que haya entre las cuestiones de derecho propuestas en la demanda y las pruebas de los hechos que se le hayan propuesto como fundamentales de la litis.

Consideraciones finales. — El H. Tribunal halló pertinente la súplica contenida en el punto B) de la demanda, o sea la segunda subsidiaria, y en esa virtud redactó la parte dispositiva del fallo. Este fue condenatorio del Departamento. El de esta Superioridad lo será pero con las reformas coherentes con lo dicho en la parte motiva de esta providencia, cuyo resumen es:

La Sala de la Corte ha encontrado que la acción de perjuicios establecida por la señora Virginia Soto de Faccini contra el Departamento Norte de Santander, fundada en la comisión de una culpa extracontractual procede, por cuanto está demostrado en autos un error de técnica en

que incurrió el Departamento en la construcción de la muralla.

Ese terror de técnica influyó en parte muy considerable para que se realizara el daño que la finca de "Sacamiles" sufrió cuando ocurrió la avenida de la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

La culpabilidad de la entidad demandada tiene atenuantes que la justicia está obligada a reconocer, como son: la desventajosa situación del predio y la falta de toda obra previsora por parte de su dueño, que impidiera la entrada de las aguas a ese predio en casos de grandes desbordamientos.

Estima la Corte que en razón de la concurrencia de los factores que se acaban de anotar, la condena contra el Departamento hecha por el Tribunal **a quo** debe reducirse en la proporción de una cuarta parte.

Con esa reducción, la condena al pago del daño emergente debe ser confirmada.

No hay base para pronunciar condena sobre pago de lucro cesante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Primero—CONFIRMANSE el primero y el tercero de los pronunciamientos contenidos en el fallo apelado.

Segundo.—REFORMASE el segundo de los pronunciamientos, en los siguientes términos:

Se CONDENA al Departamento Norte de Santander al pago de la suma de catorce mil doscientos cincuenta pesos ($ 14.250.00) como responsable en parte de los perjuicios sufridos por la señora Virginia Soto de Faccini, pago que se verificará seis días después de la ejecutoria de esta sentencia.

Tercero.—Sin costas en la presente instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

Acción reivindicatoria.—Necesidad de que el predio reivindicado esté individualizado en la demanda para que pueda prosperar la acción.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario sobre reivindicación seguido por Félix Antonio Otero contra Antonio Dimaté. — Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 341

Prescripción adquisitiva—Requisitos de la ordinaria y de la extraordinaria y diferencias entre una y otra.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa en el juicio ordinario seguido por Alberto Pinto contra Luis S. Pinto y Rosa Buitrago sobre dominio del primero en una cuota proindiviso en la hacienda "Las Tapias".—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 344

Revisión por la vía ordinaria de una sentencia de excepciones proferida en juicio ejecutivo—Diferencia entre inexistencia y nulidad.—En el juicio ordinario seguido sobre los fines expresados por Simeón Castañeda contra Manuel Antonio Peláez no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga.—Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 350

Recurso de hecho. — No se admite el interpuesto por el doctor Carlos Adolfo González en las diligencias de ejecución de la sentencia proferida en el juicio ordinario seguido por Beatriz Pacheco de Van Meek contra Isabel Rodríguez de Albarracín, para que la Corte concediera casación contra un auto proferido en Sala Unitaria por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 353

Págs.

Dolo y culpa en materia civil.—Influencia de la demanda en la sentencia.—Inaplicabilidad del artículo 2356 del Código Civil al caso de dolo.—Inaplicabilidad por los jueces ordinarios del artículo 21 de la Ley 200 de 1036 (Ley de Tierras).—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Octavio Sánchez contra la Unión de Productores de Leche, S. A. y contra Belisario Agudelo y Alfredo Vallejo, sobre indemnización de perjuicios—Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 354

Acción reivindicatoria.—Para que esta acción prospere es necesario que en el juicio se acredite que la finca reivindicada es la misma a que se refieren los títulos. — En el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por José María Leiva contra José Galera Simón, no se casa la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Santa Marta. — Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 358

Acción de cumplimiento de unos contratos y de indemnización de perjuicios. — Errónea apreciación de pruebas. — Valor probatorio de las copias de documentos públicos. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por Ricardo Galvis contra el Municipio de Mariquita.—Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo..... 361

Contratos.—El incumplimiento de solemnidades no cambia el contrato celebrado.—En el juicio ordinario sobre resolución de un contrato de sociedad y sobre pago de una suma de pesos, seguido por Manuel Coral P. contra Laercio Lagarda, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Supe-

Págs.

rior de Pasto—Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 368

Apreciación de dictámenes periciales.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Pedro J. Osorio e Inés González de Osorio contra Eduardo Ortiz sobre rescisión de un contrato de compraventa, por lesión enorme.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 371

Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de promesa de contrato de arrendamiento.—Requisitos para que tenga existencia dicho contrato de promesa. — En el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados Hijos de G. Richard contra Francisco Valenzuela de la Torre y otros, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo 374

Requisitos para que se opere la subrogación de un bien raíz propio de uno de los cónyuges, por otro bien raíz, estando vigente la sociedad conyugal.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por María Luisa Villà de Jiménez contra el Banco Hipotecario de Bogotá y otros sobre nulidad de un juicio especial de venta de cosa hipotecada. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 378

Acción de simulación de un contrato.—Requisitos para que prospere el recurso de casación por errónea apreciación de pruebas.— No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Rosario Torres de Córdoba contra Temístocles Insuasti. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 384

SALA DE CASACION PENAL

Nulidades.—Defensa y asistencia de los menores de veintiún años que sean procesados en proceso penal.—No invalida la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Buga en la causa contra Jaime Mejía Cardona por robo.—Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 387

Causales 1ª y 7ª de casación.—Facultades del jurado en la apreciación y calificación de las circunstancias modificadoras del delito y de la responsabilidad.—Ira o intenso dolor.—Qué se requiere para que sean tenidos como constitutivos de la circunstancia del artículo 28 del C. P. en los juicios por jurado.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en la causa seguida contra Pedro José Rodas por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 393

Tránsito de legislaciones en materia penal y procesal penal. — Complicidad correlativa. — Cuándo puede haber lugar a la objeción por no haber expresado la sentencia los hechos probados.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa en la causa contra Noé Puerto y Tomás Cárdenas por los delitos de homicidio y robo. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 397

Causales 2ª y 7ª de casación.—Veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. — No casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Luis Camacho Rojas por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 401

Delito de lesiones personales.—Nulidades.— En la causa contra Ezequiel Velasco Quintana por el delito de lesiones personales no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán—Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 404

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Agustín Gómez Prada a la sentencia anterior.. 408

Confesión.— Indivisibilidad de la confesión.— Consonancia de la sentencia con el auto de proceder. — Aplicación del artículo 60 del

Págs.

C. P.—**Casos en que hay lugar a la conversión allí mismo señalada.**—Invalida la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali por la cual condenó a Luis Carlos Klinger como responsable del delito de lesiones personales en Eladio Díaz. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 409

Causales tercera y cuarta de casación.—Hechos que deben proponerse al jurado.—Homicidio ultraintencional y lesiones. — Competencia del jurado. — No casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en la causa contra Luis Eduardo Jiménez Angarita por el delito de homicidio en Eduardo Maz. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 415

Parte civil.—El ejercicio del poder por parte de su apoderado o mandatario no está sujeto a los requisitos previos señalados en el artículo 108 del C. de P. P. — Se declara fundado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Guillermo Zarama V. para actuar en un proceso contra Eduardo Ramírez por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 419

Sobreseimiento definitivo y cesación del procedimineto.—Diferencias entre una y otra providencia—Confirma la Corte la cesación del procedimiento decretada por el Tribunal Superior de Ibagué en favor de los doctores Jesús María Quiroga y Francisco Restrepo Echandía por los cargos que les formuló el doctor Pedro J. Castillo.—Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 422

Se declara desierto un recurso de casación por no reunir la demanda los requisitos legales.—Cuáles son éstos.—Qué se requiere que contenga aquélla para que la Corte pueda considerar la objeción fundada en la causal 2ª—Se declara desierto el recurso interpuesto por el defensor de Luis Alfonso Ocampo contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en la causa contra aquél por el delito de lesiones personales en Horacio Sánchez.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 426

Págs.

Causal tercera de casación.—Homicidio preterintencional—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Marco Tulio Vigoya por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 429

Causal 4ª de casación.—Nulidades en el proceso penal—Declara la Corte nulo parte del proceso seguido contra Luis Ernesto Maldonado por los delitos de robo y lesiones personales, por estar fundada la causal 4ª de casación propuesta contra la sentencia proferida en dicho proceso por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 432

Cambio de radicación de un proceso criminal. — La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso adelantado contra Eusebio Quiroz por el delito de homicidio en el doctor Braulio Henao—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 435

Nulidades en el proceso penal.—El hecho de haber actuado como defensor una persona que no tiene licencia de abogado no es causal de nulidad. — Circunstancia de mayor peligrosidad.—Sevicia. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali por la cual condenó a Luis Carlos López (a. Fiebre) a la pena de diez y siete años de presidio por homicidio en Ricardo Chica, y en su lugar lo condena la Corte a diez y seis años de la misma pena.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 436

Cambio de radicación de un proceso criminal. Emite la Corte concepto favorable al cambio de radicación del proceso seguido en el Distrito Judicial de Bucaramanga contra Luis Antonio Herrera por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 443

Las acusaciones y denuncias notoriamente temerarias pueden y deben ser rechazadas por los funcionarios instructores.—En estos casos debe proferirse un auto interlocutorio, pero no una orden de cesación del pro-

Págs.

cedimiento.—El error en que incurre honradamente un funcionario al rechazar una acusación no configura delito.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor José Vicente Amarís, por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 446

Acción civil de reparación del daño privado ocasionado con el delito. — No invalida la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por la cual fue condenado Gonzalo Leaño Leaño a la pena de tres meses de arresto y multa de diez y seis pesos con sesenta y seis centavos, como responsable del delito de lesiones personales en Nicolás Carrera.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 450

Cambio de radicación de un proceso—La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso contra Jorge Reinales Bárcenas, por el delito de estafa, que se adelanta en el Juzgado Superior de Garzón. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 454

Prescripción de la acción penal.—Cuándo se entiende interrumpida por el proferimiento del auto de proceder, si contra esta providencia se interpone apelación. — Requisitos de la providencia que declara la prescripción.—Se confirma la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín declaró prescrita la acción penal en el proceso contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, enjuiciado por abuso de autoridad. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 455

Cambio de radicación de un proceso—Requisitos para que la Corte pueda emitir concepto favorable—Interpretación del artículo 22 de la Ley 4ª de 1943. — Emite la Corte concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Superior de Sta. Marta contra Manuel Polonio Bolaño por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 456

Págs.

Delito de abuso de autoridad.—Requisitos de la presentación personal.—Terminación del mandato.—El error en la interpretación de la ley no configura delito alguno.—Confirma la Corte la providencia del Tribunal Superior de Pereira por medio de la cual ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Alonso García Bustamente, ex-Juez Civil del Circuito de esa ciudad, en el proceso contra él por abuso de autoridad—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 459

Abuso de autoridad.—Demoras. — Se confirma la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Barranquilla sobreseyó definitivamente en favor del doctor José Vicente Amarís por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 462

Delito de lesiones personales. — Competencia para su juzgamiento—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Heliodoro Gaitán Calderón por el delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 464

Intervención en política por parte de funcionarios de la Rama Jurisdiccional.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en favor del doctor Ramón Cardoso S. por el Tribunal Superior de Ibagué, por el delito de abuso° de autoridad. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 469

Delito de prevaricato.—Publicación y registro de la sentencia.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Julián Llinás Vega por el delito de prevaricato y el de abuso de autoridad. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 471

Se declara desierto un recurso de casación. La causal 2ª de casación es improcedente en los juicios en que intervino el jurado. Se declara desierto el recurso de casación

Págs.

interpuesto por Zabulón Torres España contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que lo condenó a quince años de presidio por un delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 474

El delito de falsedad—Invalídase parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual se condenó a Delio de Jesús Velásquez Mejía a cuatro años de presidio por falsedad documental.—Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.... 476

Impedimentos y recusaciones. — Diferencias entre unos y otras.—Se declara cesado todo procedimiento contra los doctores Mario García Gómez y Euclides Argüello, Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga, por no haber existido los delitos a ellos imputados por el doctor Alfonso Villalobos Serpa. — Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 489

Recurso de hecho.—Cuándo hay lugar a recurso de casación en materia penal contra sentencias proferidas por los Tribunales Superiores en causas de las cuales conocieron en la primera instancia los Jueces de Circuito. — Se concede el recurso de casación interpuesto de hecho por el apoderado de Laurentino González, procesado por lesiones personales, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que le impuso la pena principal de siete meses de prisión. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 493

No se repone el auto anterior.—No se accede a la reposición pedida por el señor Procurador Delegado en lo Penal del auto que precede. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 498

Concepto de riña—Para que ésta sea circunstancia modificadora de las consecuencias del homicidio y de las lesiones personales debe ser imprevista.—Cuándo la riña tiene este carácter.—La apreciación de las circunstancias modificadoras corresponde al Jurado.—No invalida la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Neiva profirió contra Silvano Ramírez por el delito de homicidio en Arturo Gutiérrez. — Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre.. 504

Causal segunda de casación—Su improcedencia en los juicios en que intervino el Jurado.—El examen de la responsabilidad del procesado no es tema de casación.—En el proceso contra José Vicente Jaimes por el delito de homicidio en Carlos Becerra, no se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 508

Abuso de autoridad—Demoras.—Confirma la Corte el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Manizales profirió en favor del doctor Aníbal Echeverri Sánchez por el delito de abuso de autoridad (demoras).—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 512

Recurso de hecho.—Cuándo es procedente el recurso de apelación.—Niégase la apelación pedida por medio de recurso de hecho por el doctor Humberto Carrasquilla, como defensor de Alfonso Ramos Mondragón, contra varios autos proferidos en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín en un proceso contra Ramos.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 514

Delito de incendio y abuso de confianza.—Lo innoble como circunstancia de mayor peligrosidad.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso contra Enrique y Prudencio Henao Marín por los delitos mencionados. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 515

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Reconstrucción de procesos civiles destruídos durante el incendio del Palacio de Justicia de Bogotá, ocurrido el 9 de abril de 1948. Confírmase la providencia del Tribunal Su-

Págs.

perior de Bogotá por medio de la cual se rechazó la solicitud de reconstrucción de un juicio que hizo el apoderado de los señores Salustiano Martín y otros. — Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado..... 523

Acción de indemnización de perjuicios.—No sólo los parientes de la víctima y las personas que tengan el carácter de herederos de ésta pueden demandar la indemnización por el daño que la misma sufrió, sino que puede hacerlo todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño.—Revoca la Corte la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido sobre los puntos expresados, por Manuel Alfredo Wiesner y otros contra la Nación.—Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D. 526

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles a la sentencia anterior.. 531

Acción de indemnización de perjuicios. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por el doctor Antonio M. Amézquita Ch. contra la Nación.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles.... 533

Acción de indemnización de perjuicios—Competencia del juzgador de segundo grado en relación con la revisión de la providencia apelada—Facultades constitucionales de las Asambleas en relación con los intereses seccionales.—Responsabilidad por las cosas que se tienen bajo guarda. — Responsabilidad por culpa.—Peritazgo. — Fuerza mayor y caso fortuito. — Noción de lucro cesante. Se confirma con algunas reformas la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario seguido por la señora Virginia Soto de Faccini contra el Departamento Norte de Santander y el Municipio de Cúcuta. — Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado..... 535

..NOTA—En el próximo número de la GACETA JUDICIAL, correspondiente a este mismo Tomo LXVI, que llevará los números 2077—2078, se publicarán las otras providencias dictadas por la Sala de Negocios Generales en el mes de agosto de 1949, las que no fue posible incluir en este número por falta de espacio.—**El Relator.**

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS «MUNDO AL DIA»
CALLE 14, No. 13-56 — TELEFONO 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono No. 14-325, y será atendido inmediatamente

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

TOMO LXVI - BOGOTA, COLOMBIA. - SEPTIEMBRE - OCTUBRE Y NOVIEMBRE DE 1949 - NUMEROS 2077-2078

PROPOSICION APROBADA POR LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SU SESION DEL 28 DE OCTUBRE DE 1949, CON OCASION DEL FALLECIMIENTO DEL H. MAGISTRADO DR. BELISARIO AGUDELO D.

La Corte Suprema de Justicia,

CONSIDERANDO:

Que en el día de hoy ha fallecido en esta ciudad el Magistrado de esta Corporación señor doctor Belisario Agudelo;

Que el doctor Agudelo fue un eminente jurista, que en distintas ramas de la ciencia del Derecho descolló por su profunda versación;

Que fue también destacado profesor universitario, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, donde orientó en las disciplinas jurídicas a varias generaciones, distinguiéndose en la cátedra por su admirable sentido del Derecho y por la capacidad para transmitir los profundos conocimientos que poseía a sus discípulos;

Que en la rama jurisdiccional cumplió una parábola ascendente, desde el cargo de Juez Municipal, Juez de Circuito, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín hasta la Corte Suprema de Justicia;

Que en todos estos importantes cargos el señor doctor Agudelo, se distinguió por su alto espíritu de justicia y por su ecuanimidad y probidad,

RESUELVE:

a) Deplorar, de la manera más profunda, el fallecimiento del señor doctor Belisario Agudelo, que priva a esta Corporación de uno de sus miembros más distinguidos;

b) Concurrir en corporación a las exequias del doctor Agudelo en esta ciudad;

c) Comisionar para que represente a la Corte Suprema de Justicia en el sepelio del doctor Agudelo en Medellín, al Tribunal Superior del Distrito Judicial, cuyo Presidente llevará la palabra en nombre de la Corte Suprema en esa ceremonia;

d) Levantar la sesión en señal de duelo por tan infausto acontecimiento.

En nota de estilo se pondrá en manos de la señora viuda del señor doctor Agudelo y de su familia la presente proposición, que se publicará en la GACETA JUDICIAL y en la Prensa.

Dada en Bogotá, a veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Es fiel copia. — **Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION CIVIL

EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION

1.—Muchas veces ha repetido ya la Corte que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia.

2.—La simple contraposición de la manera como el recurrente, en el sitio del juzgador, habría apreciado el material de decisión no basta para poner de relieve un error evidente de hecho.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre primero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Para obtener que la justicia declarara absolutamente nulo por ser simulado, por carecer de causa, o por ser una donación no insinuada, el contrato de compraventa que Juan Garcés y Rufina de la Torre consignaron en la escritura pública número cuarenta y uno pasada ante el Notario de Quibdó el veintiseis de febrero de mil novecientos treinta y seis, Pastora Arriaga demandó por la vía ordinaria a la compradora ante el Juzgado del Circuito de la ya nombrada ciudad.

Los hechos fundamentales de esa pretensión consisten en la falta de voluntad real en los contratantes de transferir y de adquirir el dominio, en la conducta de aquéllos después de la celebración del contrato, que en modo alguno se ajustaba a la que sería normal si hubieran pactado sinceramente, en el valor de los bienes materia de la compraventa, y en el vínculo de consanguinidad que como hermana uterina unía a la demandante con el vendedor, ya fallecido.

En fallo fechado el diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis el Juez de la causa absolvió a la demandada, solución que recurrida ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmó éste en sentencia del diez de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Contra tal providencia propuso la actora el recurso de casación que en ésta se decide.

En el fallo recurrido el Tribunal examinó los diversos aspectos presentados por las acciones ejercidas en el libelo, para concluir que ninguno de ellos puede prosperar por no haberse demostrado que el contrato **sub judice** estuviera absoluta o relativamente afecto de simulación.

Contra esas reflexiones, especialmente en cuanto a su contenido probatorio, formula el recurrente dos cargos, a saber:

a) El de violación, por haberlos aplicado indebidamente, de los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, y b) el de quebranto del artículo 1857 del C. C. como consecuencia de error en la apreciación de las pruebas.

Respecto del primer cargo se observa, desde luego ,que se refiere a preceptos meramente reguladores del mérito probatorio de la prueba testimonial en cuanto restringe su admisibilidad, y de la excepción que a tales restricciones se consagra; en tal virtud es del todo aplicable al caso de autos la tesis tantas veces expuesta por la Corte, a saber: "Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva

que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio,** porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (G. J. Nº 1986, pág. 640).

Tal la doctrina tantas veces expuesta y reiterada en fallo del cuatro de mayo último, cuya sola enunciación basta para desechar el primer cargo.

En cuanto al segundo se observa:

El error que en materia probatoria imputa el recurrente al Tribunal sin calificarlo como de hecho o de derecho, debe considerarse planteado como del primer tipo ya que para destacarlo adelanta la parte demandante un análisis de las pruebas que, a su juicio, ha debido ser el del Tribunal para solucionar adecuadamente la litis.

Esta contraposición de la manera como el recurrente, en el sitio del juzgador, habría apreciado el material de decisión no basta para poner de relieve un error evidente de hecho; éste, como lo ha dicho la Corte, presupone el suministro de la contraevidencia a lo tenido por cierto en la sentencia recurrida, y es notorio que la simple discrepancia de criterios o métodos para la estimación de pruebas, entre quien falló y quien ataca el fallo, no puede configurar esa indispensable y sustancial circunstancia.

No evidenciándose el error, que es la vía señalada por Pastora Arriaga a la transgresión que alega del artículo 1857 del C. C., no puede haberse obrado tal quebranto en la forma propuesta.

Con base en lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.



ACCION DE SIMULACION Y ACCION DE NULIDAD. — DIFERENCIA EXISTENTE ENTRE UNA Y OTRA EN CUANTO A EFECTOS CONTRA TERCEROS POSEEDORES

Como lo ha dicho la Corte, la acción de simulación consagrada por el artículo 1766 del C. C., a diferencia de la de nulidad consagrada por el artículo 1748 del mismo Código, no surte efectos jurídicos contra terceros poseedores, salvo que éstos hayan participado en la simulación o la hayan conocido o debido conocer antes de adquirir los bienes o al adquirirlos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Los consortes Aurelio T. Galeano y Rebeca Baños de Galeano entablaron juicio ordinario contra Miguel Roberto Ardila para que se declare que ellos son dueños exclusivos de la finca llamada "Vizcaya", ubicada en Bolívar, Municipio de Santander, alindada como el libelo reza, y que Ardila está obligado a restituírsela y pagarles sus frutos. Piden también se decrete la cancelación de la escritura, así como de su registro, aducida por Ardila, que es la de venta de ese inmueble que le otorgó Luis Enrique Galeano ante el Notario 1° de Bogotá el 21 de diciembre de 1939.

Son hechos fundamentales: si en escritura de 22 de febrero de 1932 los actuales demandantes aparecen vendiendo a Luis Enrique Galeano aquel predio, entre otros, tal compraventa se invalidó por simulada en el juicio ordinario seguido al efecto, según sentencia de 17 de marzo de 1941, confirmada por el Tribunal el 21 de octubre de 1943, que condena al aparente comprador a restituir a dichos demandantes ese fundo; y como ese aparente comprador había otorgado a Ardila la citada escritura de diciembre de 1939, el presente juicio se encamina a que Ardila cumpla esa orden de entrega. Su fundamento cardinal está en el derecho de las partes contratantes a ser restituídas al estado en que se hallarían si no hubieran contratado y en el alcance que tiene contra terceros una sentencia de nulidad, según los artículos 1746 y 1748 del C. Civil. Dicen los actores que el título de Ardila carece de asidero legal de tradición en favor de quien figura como su tradente, por haberse cancelado el título de éste y su registro en fuerza de su vencimiento en el citado juicio anterior. Advierten también que Luis Enrique Galeano al absolver posiciones el 7 de marzo de 1939 confesó que su citada compra era de confianza, y añaden que al saber que se había presentado la demanda de ellos inicial de ese pleito se apresuró a otorgarle a Ardila la dicha escritura.

Este contestó oponiéndose como dueño a las pretensiones de los demandantes, aunque conviniendo en los hechos fundamentales relativos a la compra que había hecho a ellos su vendedor y a su vencimiento en dicho juicio.

El Juzgado cerró la primera instancia con sentencia absolutoria de 20 de septiembre de 1946, confirmada por el Tribunal Superior de San Gil el 26 de julio de 1948, sin más salvedad que la de suprimir la condenación en costas que el Juez había pronunciado a cargo de los demandantes.

El apoderado de los actores recurrió en casación. Concedido y admitido el recurso y completada su tramitación legal, hoy se decide.

Como queda visto en el resumen de las súplicas y hechos fundamentales de la demanda, el problema consiste sencillamente en que Luis Enrique Galeano se deshizo de la finca transfiriéndosela a Ardila en vez de entregársela a sus demandantes vencedores, y ahora ellos sostienen que la sentencia favorable que obtuvieron entonces ha de cumplirse por Ardila en lo que falta por cumplirla, o sea la entrega del inmueble y el pago de sus frutos, porque la ejecutoria de aquella sentencia contentiva de la orden de entregar obliga al nuevo adquirente, pues declaró una nulidad y esta declaración tiene efecto contra terceros por precepto expreso de la ley (artículo 1748 del C. C., y, de otro lado, al cumplir-

se ese fallo en lo relativo a cancelación de la escritura de 1932 y su registro, no puede reputarse dueño a Ardila, careciendo de título, en tal virtud, su vendedor.

La absolución a que llegaron Juez y Tribunal se basa en un razonamiento que se resume así: aquella sentencia no tiene alcance contra Ardila que no fue parte en el juicio en que se dictó, y si los terceros están expuestos a acción reivindicatoria en el caso del artículo 1748, tal caso no es el presente, porque se trata de simulación y no de nulidad. A Ardila no puede perjudicarlo, por no ser suya, la confesión de su vendedor Galeano, ni pueden producir efecto contra él hechos ocultos cuya existencia no estaba en capacidad de saber, como no lo estaba de que más tarde hubieran de comprobarse y de determinar la declaración de ser simulado el título de su vendedor.

La demanda de casación acusa ante todo de aplicación indebida del artículo 1766 del C. C. y de falta de aplicación del artículo 1748 del mismo. Según ella, la compra de Galeano a los actuales demandantes no existe, por absolutamente nula, de conformidad con la sentencia ejecutoriada que declaró su simulación y ordenó la cancelación antedicha y, además, como era de rigor, profirió orden de devolución a cargo del reo vencido. A más de estas disposiciones violó el Tribunal, al decir del recurrente, estas otras: el artículo 1769 del C. Civil y el 635 del Judicial, porque negó la fuerza probatoria de esa sentencia y de la confesión de Galeano y desconoció la calidad de poseedor de Ardila acreditada, entre otras pruebas, por su misma respuesta de la demanda, y también los artículos 1758, 1759, 752, 946, 759, 950, 952 y 2637 del C. C. al negar la identidad del inmueble, la posesión del demandado y la situación legal de éste creada por la sentencia y cancelación antedichas.

Lo cardinal de la acusación, repítese, está en la falta de aplicación del artículo 1748, porque la referida sentencia que invalidó la compra de Galeano es de nulidad, por lo cual esta disposición se quebrantó por el sentenciador de instancia en el presente juicio al negarle a ese fallo el alcance que la ley le concede expresamente contra terceros.

Se considera:

El recurrente, para dar por colocado el presente litigio dentro del artículo 1748, reclamar la aplicación de éste y acusar al Tribunal por no haberlo aplicado u obedecido, da por sentado que la sentencia que invalidó la compraventa de 1932 declara la nulidad de ese contrato. Pero esto no es así, porque lo declarado es su simulación y esta circunstancia es decisiva en lo que mira a la cuestión capital del presente recurso y del pleito mismo. Cabalmente el alcance contra terceros es una de las principales diferencias entre la simulación y la nulidad.

Mientras en nuestro foro se reputó que la simulación era nulidad, hubo de darse un quiebre al artículo 1748 en lo tocante al efecto de la sentencia contra terceros. Ajenos éstos a lo oculto, fiados en lo que aparecía en instrumento respaldado por la fe pública, ignorantes de cuanto tras de ella o contra ella hubiera, no podían ser perjudicados por fallo surgido de estas fuentes. Se recordaba desde luego el artículo 1934 del C. C. que ampara al tercero cuando la escritura de su tradente declara el pago del precio, al punto de no caber contra él más prueba que la de nulidad o falsificación de la escritura misma. Estas reflexiones y, en su caso, la de que simulación probada por medio de confesión no podía comprometer a persona distinta del confesante, guardaron a los juzgadores de entonces de conceder alcance contra terceros a la sentencia de simulación cuandoquiera que eran extraños a la ficción y no la habían conocido antes de adquirir, aunque para esa época, repítese, en hallándose la simulación, se declaraba nulidad.

Pero desde la sentencia de 27 de julio de 1935 (G. J. Vol. XLIII, 1899, págs. 333 y ss.) reconoció esta Sala que nulidad y simulación, como venían exponiéndolo de tiempo atrás graves autores, son dos fenómenos distintos, con sus características propias cada cual y, por decirlo así, con su idiosincrasia, y así, ya sin necesidad de aquel quiebre o esguince, sencillo fue llegar legalmente a los referidos anhelos de equidad, porque concretándose a la nulidad el artículo 1748, ya no hubo por qué entender que en algo tan diferente como es la simulación hubiera también de aplicarse reputando a los terceros bajo el alcance de sentencia pronunciada en juicio entre otros, y no contra ellos.

A esta conclusión se ha llegado siempre; pero antes, por motivos de equidad que afrontaban la apariencia de estarse esquivando un terminante precepto de la ley; y ahora, por razones estrictamente legales a cuya luz no podrían tenerse por cobijados por ese precepto (artículo 1748), que es de excepción, casos diferentes y extraños.

La sentencia de 1935 ya citada hizo ver con sólida fundamentación esa diferencia, la que de ahí en adelante se ha sostenido por nuestra doc-

trina jurisprudencial, como puede verse en las respectivas y múltiples sentencias dictadas al respecto, por ejemplo las publicadas en los números 1911, 1912, 1914, 1915, 1925, y 1927 de la GACETA JUDICIAL. Es de citarse en particular, como muestra de insistencia en esa distinción, la sentencia de 24 de octubre de 1936 (Vol. XLIV, págs. 163 y ss.).

En la de 30 de octubre del mismo año (Vol. XLIII, pág. 832, se lee:

"La acción de simulación consagrada por el artículo 1766 del C. C., a diferencia de la de nulidad consagrada por el artículo 1748 del mismo Código, no surte efectos jurídicos contra terceros poseedores, salvo que éstos hayan participado en la simulación o la hayan conocido o debido conocer antes de adquirir los bienes o al adquirirlos".

A este último respecto es de advertirse que la demanda del presente juicio se concreta a que se reconozca el dominio de los actores y se declare que Ardila está obligado a cumplir la sentencia que aquéllos obtuvieron contra Galeano, en cuanto ordenó la entrega del inmueble y el pago de sus frutos. En la demanda de casación se habla de la mala fe de Ardila, de que su compra a Galeano es simulada, de que éste, advertido de que aquel juicio iba a incoársele, al pedírsele posiciones en marzo de 1939 y hasta haber sabido que la demanda se había presentado el 1º de diciembre de ese año, el 21 del propio diciembre otorgó la citada escritura en favor de Ardila; pero la demanda ni en sus súplicas, ni en sus hechos fundamentales contiene lo que debiera contener para entender que esta simulación o la mala fe de Ardila o su conocimiento de lo que había entre su vendedor y los vendedores a éste ocultó bajo la compraventa aparente de 1932. No estando **sub judice** estos temas, no puede extenderse a ellos el sentenciador para conocer y decidir en cuestión extraña al litigio.

Si la venta de Galeano a Ardila hubiera sido posterior a la notificación e inscripción de la demanda contra Galeano tan citada aquí, habría adolecido de la ilicitud que corresponde al precepto contenido en el artículo 1521 del C. C. Celebrada esa compraventa con anterioridad, la situación legal es diferente. Apenas habrá para qué decir que la demanda no contempla la situación a que se alude ante el artículo 1521, ni la afirma, y cómo no es fundamento ni pedimento del libelo, no lo es del litigio.

Los conceptos del Tribunal acerca de la posesión de Ardila y de la identificación de la finca, en nada influyen sobre la decisión pronunciada, ante la consideración decisiva ya estudiada aquí, cual es, en suma, la de que por haberse declarado una simulación, no son las disposiciones legales sobre nulidad las pertinentes o, más concretamente: no tratándose de nulidad, no puede pedirse que se aplique el citado artículo 1748 ni acusar diciendo que se violó al no aplicarlo.

Vuelve a decirse que esta reflexión es decisiva en el presente recurso.

De ahí que, por inoficioso, no se entre en el estudio de la analogía que el recurrente invoca entre nulidad absoluta e inexistencia, fenómenos acerca de los cuales, tanto en su analogía aludida cuanto en sus desemejanzas, se ha detenido la Sala en los varios fallos en que ello ha sido pertinente. Puede citarse al respecto el de 19 de julio de este año en el juicio ordinario de Simeón Castañeda contra Manuel Antonio Peláez, sentencia no publicada aún en la GACETA.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil de fecha veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS—RECURSO DE CASACION

1.—La desaparición de un documento, sobrevenida después de dictada una sentencia fundada en él, no puede tener lo que pudiera llamarse efecto retroactivo, en cuanto ella hubiera de infirmarse por esa circunstancia ulterior. No sería lógico juzgarla sobre bases distintas de las que arrojaba el proceso al dictarse.

2.—El recurso de casación está reglamentado con toda lógica, en cuanto para prosperar forzosamente el recurrente ha de justificar sus cargos; de manera que cuando, por cualquier circunstancia que sea, no los justifica, la sentencia recurrida no se casa. Si la acusación tiene por clave una errónea apreciación de pruebas, el recurrente tiene que demostrarla, y al deducir de ahí el quebranto de tales o cuales disposiciones legales sustantivas y demostrar esto también, a su vez, obtiene la infirmación del fallo acusado; pero con no demsotrar ese error basta para que no triunfe ese en su empeño y la sentencia recurrida quede en pie.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado Civil del Circuito de Girardot cursó en primera instancia el juicio ordinario de Gustavo Martínez contra la Cooperativa de Choferes y Propietarios de Automotores de Girardot, Limitada, y se cerró la primera instancia en fallo de 28 de noviembre de 1946 que, acatando las súplicas del libelo, condenó a la Cooperativa a pagar el valor de los dos bultos de mercancías que había recibido del demandante para su transporte. Apelación de la parte demandada llevó el asunto al Tribunal Superior, quien en fallo de 19 de febrero de 1948 confirmó el del Juez.

No se había notificado aún esta última sentencia cuando sobrevino el incendio del subsiguiente 9 de abril que destruyó el expediente. Reconstruído al favor del Decreto número 683 de 19 de mayo del mismo año, se procedió ante todo a surtir esa notificación. El apoderado del demandado interpuso casación, recurso que se ha sustanciado y hoy debe decidirse. Como fuera fundamento cardinal de la decisión recurrida el documento que el Tribunal tuvo como prueba del contrato de transporte aludido y de la entrega de la mercancía al transportador, así como el dicho de los testigos presentados al respecto, el primero de los cargos que en su demanda de casación hace el recurrente es el de error de hecho en la apreciación de tales pruebas, y consecuencial violación de los artículos 258, 263, 266 y 290 del Código de Comercio.

Se considera:

Como salta a la vista, la desaparición de un documento, sobrevenida después de dictada una sentencia fundada en él, no puede tener lo que pudiera llamarse efecto retroactivo, en cuanto ella hubiera de infirmarse por esa circunstancia ulterior. No sería lógico juzgarla sobre bases distintas de las que arrojaba el proceso al dictarse.

El recurrente observa que si se ha de dar por probado todo lo dicho en la sentencia del Tribunal, se crearía una situación inconstitucional porque se suprimiría al demandado el recurso de casación. Agrega que la Corte no puede fallar ateniéndose únicamente a lo que rece la sentencia recurrida por haberse destruído las pruebas.

Pero debe tenerse en cuenta que, sin afirmarse en manera alguna la infalibilidad de un Tribunal, sobre lo cual bastaría recordar que contra sus decisiones existen recursos, entre ellos el de casación, es de reconocerse que una sentencia se presume bien dictada y no viene a romperse en este recurso sino cuando se demuestra que se halla en alguno de los casos del artículo 520 del C. J. De ellos se invoca aquí el motivo 1º, acusando de violación de disposiciones sustantivas por error de derecho y error manifiesto de hecho en la apreciación de determinadas pruebas. Si éstas no existen porque con posterioridad a la sentencia del Tribunal en un incendio desapa-

recieron, no puede deducirse de ahí que la sentencia haya de casarse por faltar hoy esos elementos probatorios.

En otras palabras: la reconstrucción a que provee el citado decreto no puede tener entre sus resultados el alcance que el recurrente le atribuye en relación con el recurso de casación. Las normas extraordinarias y excepcionales establecidas en el Decreto 683 para la reconstrucción, se encaminaron, según sus propias palabras, a facilitar la continuación de los juicios. En providencia de 26 de abril último dijo esta Sala: "Esta legislación de emergencia, como es natural y obvio, no tiene el poder de remediar completamente el estrago judicial que causó aquella calamidad pública. Sus efectos restauradores, como se desprende del contexto de sus disposiciones, no operan sino dentro del sector ordinario del procedimiento, sobre el desarrollo jurisdiccional de los grados, para que sobre los hechos en que las partes estuvieron de acuerdo o que se probaran fehacientemente en las diligencias reconstructivas, declarados ciertos en auto del Juez o Magistrado que hubiere conocido últimamente del negocio, pudiera continuarse el procedimiento por las normas comunes, a fin de que pudiera sentenciarse definitivamente en cualquiera instancia. El mecanismo legal de la casación colombiana requiere la integridad procesal para la calificación jurídica de la legalidad del fallo acusado, la que no puede hacerse a la vista de la sola sentencia, como en otras legislaciones. Y aquí existiría un vacío incolmable que no ofrecería base ninguna para el análisis jurídico que corresponde hacer a la Corte en casación".

Tratábase entonces de un recurso de hecho por haber denegado el Tribunal el de casación; se ignoraba, pues, cómo habría de atacarse la sentencia en el recurso, caso de que se concediera, y sin embargo, la Corte denegó porque encontró que ninguno de los motivos del artículo 520 del C. J. podría prosperar o alegarse válidamente, dada la visible carencia de base que lo reconstruído ofrecía.

Ahora se trata de algo que con mayor claridad aún obliga a solución igual puesto que hay demanda de casación, la que arroja plena luz sobre que no puede prosperar por la decisiva circunstancia de que la acusación básica y cardinal estriba en la confrontación de la sentencia recurrida con ciertas pruebas y que a tal cotejo no puede ni procederse siquiera porque éstas desaparecieron. Lamentable en grado sumo es que en el presente, como en tantos otros juicios, la mencionada calamidad pública cerrara el camino a la plenitud del estudio y a la culminación de todos los recursos procedentes de ordinario. Pero esta consideración no podría en manera alguna respaldar la infirmación cabalmente por no poderse ni estudiar el ataque contra ella formulado.

El recurso de casación está reglamentado con toda lógica, en cuanto para prosperar forzosamente el recurrente ha de justificar sus cargos; de manera que cuando, por cualquier circunstancia que sea, no los justifica, la sentencia recurrida no se casa. Si la acusación tiene por clave una errónea apreciación de pruebas, el recurrente tiene que demostrarla, y al deducir de ahí el quebranto de tales o cuales disposiciones legales sustantivas y demostrar esto también, a su vez, obtiene la infirmación del fallo acusado; pero con no demostrar ese error basta para que no triunfe en su empeño y la sentencia recurrida quede en pie. Y en manera alguna puede desconocerse que esto último es lo que aquí ocurre, puesto que el recurrente no ha demostrado aquel error, y para que esto sea lo que en verdad acontece, no es óbice la circunstancia de que esa ausencia de demostración provenga de haber perecido después del fallo las pruebas mismas cuya apreciación errónea es la base del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REQUISITOS PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE CASACION POR ERROR EN LA APRECIACION DE PRUEBAS — —TECNICA DE CASACION

El recurrente olvidó señalar precisamente las pruebas que en su concepto fueron equivocadamente estimadas por el Tribunal y demostrar que el sentenciador incurrió en error de derecho que aparezca de manifiesto en los autos, y que estos yerros probatorios lo llevaron a una inadecuada aplicación de la ley sustantiva, y estas fallas en el manejo y aplicación de la ineludible preceptiva legal del recurso cierran completamente el camino a la Sala para la consideración o examen de los puntos que plantea la demanda de casación. La jurisdicción de la Corte cuando se trata de violación indirecta de la ley no puede moverse sobre el terreno probatorio de los litigios, sino por los caminos del error que en la valoración de las pruebas hayan incurrido los Tribunales Superiores, y no oficiosamente, sino conducida por el razonamiento concreto y convincente de los recurrentes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antonio Rubio Ayala dio en arrendamiento a Luis B. Contreras tres potreros llamados San Antonio, El Secreto y La Ceiba, ubicados en el municipio de Beltrán, singularizados por sus límites particulares. El contrato de arrendamiento se consignó en documento privado, suscrito en San Juan de Ríoseco el 10 de marzo de 1939. Las obligaciones que expresamente contrajo el arrendatario Contreras en lo que se refiere a la controversia, son según este instrumento:

"5ª De las maderas de los terrenos materia de este contrato, sólo hará uso el arrendatario para beneficio de los mismos en cercas y beneficio del arrendatario. 6ª El arrendatario queda obligado al sostenimiento por su cuenta de las cercas usando para ello lo más posible postes de corazón, y al final del contrato las entregará en buen estado y competentes para contener ganado vacuno. 7ª El arrendatario entregará al final del contrato una puerta de golpe construída de cumulá colocada en cada potrero y en perfecto servicio. 8ª El arrendatario entregará al final del contrato dividido en dos potreros por medio de cerca de alambre a su cuenta y por donde designen de acuerdo con el arrendador, el potrero de San Antonio empradizados de pasto propio de la región, y los otros dos potreros El Secreto y La Ceiba en mejores condiciones de las en que se hallan actualmente... 13ª El arrendatario hará tres quemas a los potreros distribuídas de acuerdo con el tiempo propio para ello. Después de la primera quema y de la última quema los contratantes harán practicar un reconocimiento por medio de peritos nombrados uno por cada parte para que dictaminen sobre el estado que el arrendador entrega y luégo en que recibe al final del concontrato... 18ª La infracción por uno de los contratantes a cualquiera de las cláusulas de este contrato dará derecho al otro para demandar la resolución del contrato con pago de la suma de quinientos pesos moneda corriente que de común acuerdo fijan como multa para tal fin, salvo que para ello haya mediado fuerza mayor o caso fortuito".

Con base en este contrato sobre cuya existencia no se debate, Antonio Rubio Ayala, en libelo de 4 de julio de 1945, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá, demandó a su arrendatario en juicio ordinario para que se declare:

"1º Que el demandado Luis B. Contreras incumplió el contrato de arrendamiento que celebró con Antonio Rubio Ayala por medio del documento de 10 de marzo de 1939, por cuanto devolvió al arrendador Antonio Rubio Ayala las fincas de San Antonio, El Encanto y La Ceiba, en jurisdicción de Beltrán, en completo estado de abandono enmalezadas, sin pastos, con las cercas caídas, sin dividir con cerca de alambre el potrero de San Antonio, sin las puertas que debía construír a sus expensas, cegado el abrevadero de los ganados que se tenía con las aguas invernales y sin que hubiera hecho las quemas oportunas o apropiadas que se comprometió a

llevar a cabo en dichos inmuebles;

"2° Que el demandado Luis B. Contreras debe pagar a mi poderdante Antonio Rubio Ayala, por vía de multa, la suma de $ 500.00, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 18 del documento mencionado, de fecha 10 de marzo de 1939;

"3º Que el señor Luis B. Contreras debe pagar al señor Antonio Rubio Ayala la suma de $ 10.000 m. c., por los perjucios provenientes del incumplimiento de las obligaciones que contrajo como arrendatario, en lo que dice relación con el completo estado de abandono de los inmuebles, falta de cercas divisorias, destrucción de pastos, falta de sostenimiento de cercas medianeras y divisorias, disminución de aguas, etc., o la suma de dinero que se fije por medio de peritos, como monto de los perjuicios; pues, lo que se debe por cánones de arrendamiento no es materia de la presente acción;

"4º Que se condene al demandado en las costas del presente juicio, en caso de oposición".

Los hechos fundamentales de esta acción son los que resultan comprendidos y expresados en las preinsertas súplicas. El demandado, al contestar la demanda, acepta la existencia del contrato con las estipulaciones conocidas y se opone a las pretensiones del actor. A su turno, en la debida oportunidad, demandó en reconvención a su demandante para que se declare:

Que el arrendador Rubio debe pagarle el valor de los perjuicios que le causó con el incumplimiento del contrato, por no haber puesto de su parte los medios necesarios a fin de que el el de su expiración, en la cuantía que se establezca en este juicio o en otro separado.

Que el arrendador debe pagarle el valor de las mejoras de los inmuebles, representadas en los trabajos hechos por el arrendatario en los inmuebles arrendados y equivalente a la diferencia de valor de los potreros en el día del contrato y en el de su expiración, en la cuantía que se establezca en este juicio o en otro separado.

Subsidiariamente pide que se declare que Rubio debe pagarle al arrendatario el valor de las mejoras, incluyendo en éstas los pastos que el arrendatario entregó al final del contrato; y el valor de los perjuicios que se le pudieron ocasionar por acción u omisión del arrendador, más las costas del juicio.

El actor en la acción directa contestó la demanda de reconvención oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas, negando que el arrendatario hiciera mejoras en las fincas y afirmando que aunque las hubiera ejecutado el contrato ni la ley lo obligaban a pagarlas. Trabada de esta suerte la litis, el Juzgado del Circuito sentenció definitivamente el 11 de octubre de 1946 declarando que el arrendatario Contreras incumplió el contrato de arrendamiento, y condenándolo en consecuencia a pagar al arrendador Rubio Ayala la suma de $ 500.00, a título de multa estipulada, según la estipulación de la cláusula 18 del contrato. Negó todas las peticiones de la demanda de reconvención, absolviendo en razón de ellas al arrendador. Costas a cargo del demandado Contreras.

Sentencia acusada

Se surtió la segunda instancia del juicio por apelación de ambas partes. El Tribunal de este Distrito Judicial la decidió en sentencia de 25 de noviembre de 1947 en que confirmó totalmente la recurrida también con costas a cargo del demandado Contreras.

La sentencia del Tribunal en una pieza ordenada y clara en que se examinan minuciosamente y de manera concreta todos los aspectos de incumplimiento del contrato de arrendamiento, confrontando separadamente cada una de las obligaciones del arrendatario Contreras con las pruebas producidas al respecto —declaraciones testimoniales, inspección ocular con peritos—, de las cuales se hace una valoración precisa, para concluir que se ha establecido fehacientemente el incumplimiento parcial del demandado Contreras". De lo expuesto se desprende —dice el Tribunal— que el arrendatario no cumplió en su integridad el contrato: no puso las puertas de cumulá, ni dividió en dos el potrero de San Antonio con cercas. Por este aspecto tiene que prosperar la petición primera de la demanda, pero no por todos los hechos que allí se señalan, sino sólo por los indicados anteriormente... La avaluación anticipada de perjucios que las partes hicieron por el incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato fue fijada en $ 500. Y como el arrendatario incumplió, en parte, ha incurrido en la pena fijada y, por consiguiente, la segunda súplica debe prosperar... El demandante pidió se condenara a Contreras a pagar la multa, luego no puede pedir indemnización, ya que en el contrato no se pactó expresamente que podía pedirse la indemnización y la pena. Basta esta razón para no acceder a la tercera petición de la demanda". Respecto de las súplicas de la reconvención estimó el Tribunal que en manera alguna se probó que Rubio Ayala dejara de cum-

plir en la medida legal su obligación de mantener a su arrendatario en el goce de la cosa arrendada, y porque de acuerdo con las estipulaciones contractuales el arrendador no se obligó a pagar mejoras, ni esta calificación jurídica corresponde a los trabajos a que alude el contrademandante de conservación de las cercas y empradizamiento de potreros, obligaciones éstas que legal y contractualmente corren a cargo del arrendatario de predio rural.

El recurso

Concluída la tramitación correspondiente, se decide hoy el recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de segunda instancia, sintetizada en sus consideraciones fundamentales.

La demanda de casación, que aspira a apoyarse en la causal primera del artículo 520 del C. J., está formada en su mayor parte por un recuento historial de las instancias del juicio y por una larga serie de consideraciones y conceptos en torno de las pruebas producidas, a semejanza de los alegatos de bien probado en los grados, pero sin mención ni imputación ninguna de errores de hecho o de derecho cometidos en el juicio estimativo de su mérito. "Debemos concluir — añade el recurrente— que el señor Lus B. Contreras no estaba obligado a construir las cercas ni a sembrar los pastos que dicen los testigos fueron construídas y sembrados por este señor; que esas mejoras son necesarias, y que Contreras construyó esas cercas y sembró esos pastos durante la época en que fue arrendatario". En desarrollo y conclusión de estos raciocinios, formula el recurrente, al final de su demanda, los cargos de ilegalidad que imputa a la sentencia, y que pueden resumirse así:

No es exacto ni justo afirmar que la construcción de las cercas nuevas y la siembra y cultivo de pastos de los potreros arrendados que hizo el arrendatario Contreras sean el cumplimiento de una obligación emanada del contrato, de acuerdo con éste y con las pruebas que obran en el expediente. Alegar lo contrario es ilógico. Con la argumentación del Tribunal a este respecto se violaron los artículos 1602, 739, 1993 y 1994 del C. C.

El Tribunal violó el artículo 697 del C. J. al no aceptar las declaraciones de los testigos citados por el demandado y quienes acordemente declaran que el arrendatario, durante el contrato, construyó cercas y sembró y cultivó pastos de que luégo se benefició el demandante Rubio Ayala.

Igualmente violó los artículos 721 y 722 del mismo Código Judicial ya que el concepto de los peritos fue uniforme acerca de que la siembra y cultivo de pastos y construcción de cercas se hicieron durante la vigencia del contrato, y por no aceptar lo relacionado con el valor de las mejoras y con la determinación de que éstas son necesarias.

También violó el Tribunal el artículo 575 del C. J. al condenar en costas del segundo grado al demandado Contreras y confirmar la condenación del Juzgado, pues ambos apelantes perdieron el recurso ante el Tribunal y Contreras no sostuvo ante el Juzgado temerariamente sus puntos jurídicos.

Considera la Corte:

Ningún problema, como ya se sabe y quedó dicho, se plantea en el litigio sobre la existencia del contrato de arrendamiento de los tres potreros en jurisdicción municipal de Beltrán, contenido en el documento que obra en autos otorgado con todas las formalidades requeridas y legalmente reconocido por sus otorgantes. Las cuestiones controvertidas versan sobre el cumplimiento de las prestaciones contractuales, esto es, sobre la personal conducta jurídica de arrendador y arrendatario en relación con su contrato, de tal manera que el estudio del pleito y su decisión se reducen a problemas de estricto carácter probatorio, más concretamente, a la confrontación de las pruebas aducidas por los dos contratantes para demostrar el pago de sus respectivas obligaciones. Pero resulta, como se advirtió al reseñar la sentencia recurrida, que su acusador ante la Corte olvidó señalar precisamente las pruebas que en su concepto fueron equivocadamente estimadas por el Tribunal y demostrar que el sentenciador incurrió en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, y que estos yerros probatorios lo llevaron a una inadecuada aplicación de la ley sustantiva, y estas fallas en el manejo y aplicación de la ineludible preceptiva legal del recurso cierran completamente el camino a la Sala para la consideración o examen de los puntos que plantea la demanda de casación. La jurisdicción de la Corte cuando se trata de violación indirecta de la ley no puede moverse sobre el terreno probatorio de los litigios sino por los caminos del error que en la valoración de las pruebas hayan incurrido los Tribunales Superiores, y no oficiosamente, sino conducida por el razonamiento

concreto y convincente de los recurrentes. Las demandas formuladas con olvido o desprecio de los preceptos legales que configuran la casación como recurso extraordinario sustancialmente distinto de las instancias convierten con mucha frecuencia los fallos de la Corte en insignificantes páginas en que se amontonan lugares comunes sobre la técnica del recurso.

Olvidando la inutilidad de la acusación advierte la Sala que en torno de la construcción de cercas nuevas de los potreros arrendados, punto éste a que con la siembra de pastos se contraen los reparos del recurrente, la sentencia del Tribunal no es especialmente minuciosa en el examen y confrontación de las pruebas aducidas sobre el particular. Discriminadamente, uno a uno, examina los testimonios producidos por el arrendador y los aducidos por el arrendatario contrademandante, los confronta, y concluye: "Así, pues un número igual de testigos a los presentados por el demandante, o sea, siete, afirman que Contreras sostuvo las cercas y que las existentes el día de la diligencia de inspección ocular eran las construídas por dicho señor. Además, en la misma inspección ocular aparece que las cercas se encontraron en buen estado y los peritos llegaron a la conclusión de que debieron encontrarse mejor el día en que las entregó Contreras a Rubio. En consecuencia, es preciso llegar a la conclusión de que el actor no produjo prueba más convincente que la del demandado para demostrar que éste hubiera violado la cláusula sexta del contrato de arrendamiento". Ninguno de los siete testigos presentados por el demandado-contrademandante Luis B. Contreras hace referencia al hecho de que éste construyera cercas distintas de las existentes en los inmuebles al tiempo del contrato, y aluden simplemente a la circunstancia de que el arrendatario reconstruyó y conservó los cerramientos de los fundos como estaba obligado por la ley y el contrato, lo que le valió la absolución en razón de los perjuicios que le demandaba el dueño de los potreros por haberlos devuelto con las cercas caídas. En punto a siembra de pastos, en forma y extensión que excediera la obligación legal y contractual de Contreras de conservar los que recibió, ninguna prueba se produjo. Apenas hay que rectificar el error jurídico de calificar la reconstrucción de cercas y conservación de pastos como mejoras necesarias.

Respecto del cargo de violación de los artículos 697, 721 y 722 del C. J. tampoco se acomoda la demanda a las exigencias de la ley. No hay para qué alargar innecesariamente este fallo con la reproducción, hecha innumerables veces, de las razones técnicas que imponen el rechazo de un cargo así formulado, y que pueden verse, entre otras, en la sentencia de esta Sala visible a la página 640 del número 1986 de la G. J.

Finalmente, por lo que hace al cargo de quebranto del artículo 575 del C. J. basta recordar "que en repetidas ocasiones ha dicho esta Sala que sólo excepcionalmente, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede la condena en costas dar lugar y materia al estudio de casación como cargo de violación legal contra una sentencia, porque siendo siempre las costas cosa accesoria del derecho principal deducido en el pleito, las cuestiones relativas a su reconocimiento no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, y porque la condenación a su pago está subordinada a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho controvertido, de modo que es este derecho el que debe atacarse y no la condena en costas, que es ya la represión legal a la temeridad con que aquel derecho fue ejercitado..." (G. J. número 1953, pág. 104).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 25 de noviembre de 1947, materia de este recurso de casación.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, notifíquese, cópiese insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribnal de origen.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca — Arturo Silva Rebolledo— Emilio Prieto H., Ofl. Mayor en ppdad.

NO PUEDE HABER LUGAR A CASACION POR INFRACCION DE NORMAS SIMPLEMENTE ADJETIVAS. - ESTIMACION DE PRUEBAS EN CASACION

1.—El precepto del artículo 472 del C. J. —como lo ha dicho la Corte— cuando por algún respecto ha sido infringido, por sí mismo no puede motivar la infirmación del fallo; siendo como es de simple recordación a los Jueces de lo que se persigue por el procedimiento judicial, quienes a él faltan habrán infringido con él otras disposiciones más radicales de las que sí dan margen al recurso; en ese caso lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, pero no meramente la del artículo 472.

2.—Es verdad que, como lo recuerda el recurrente, la Corte, por intermedio de su Sala Civil de Unica Instancia, ha dicho que: "Para que una prueba sea estimada debe ser producida dentro de una de las cuatro oportunidades que autoriza el artículo 597 del C. J. De donde se infiere que no puede formar parte del proceso si no ha sido pedida, decretada y practicada conforme a una de las cuatro formas o maneras que establece el artículo citado". (Auto de 20 de octubre de 1937, G. J. XLV, página 948). Pero adviértase al respecto que uno es y debe ser el criterio de la Corte cuando obra como Tribunal de instancia, y otro muy distinto cuando actúa como Tribunal de Casación, ya que en este último caso se halla grandemente limitada, en atención a la esencia misma del recurso.

3.—La violación de las normas contenidas en los artículos 597 y 636 del C. J., y en los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 no da base para la casación, por carecer dichas normas de contenido sustantivo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el representante del Municipio de Cartagena contra la sentencia del Tribunal de Bolívar, de 12 de diciembre de 1945, que puso término a la segunda instancia del juicio ordinario seguido por Marciela Gutiérrez v. de Puello; Félix, Ubaldina, Tulia Ester Puello Gutiérrez y otras contra aquel Municipio.

Ha versado la litis sobre la responsabilidad civil por la muerte de Emigdio Puello, que afirman los actores haber acaecido en Cartagena el 1º de noviembre de 1942, a consecuencia de una descarga eléctrica que recibiera al tocar la puerta o reja metálica del edificio del Pabellón de Carnes de la plaza de mercado, de propiedad del Distrito. Se sostiene en el libelo principal que la puerta o reja aun estando cerrada y por falta de fijeza, hacía contacto con los cables conductores de electricidad que pasan sobre ella, motivo éste que determinó la electrocución de Puello, expendedor de carnes, quien terminaba ya su labor y cuando conversaba con algunos amigos y compañeros, al rozar con ella recibió la descarga, a consecuencia de la cual falleció instantes después.

Los demandantes son la cónyuge e hijos legítimos de la víctima y también su madre, llamada Ubaldina Fuentes o Condé.

El Personero Municipal aceptó varios de los hechos fundamentales, dijo ignorar otros, y aunque no se opuso expresamente a la demanda, sí manifestó que rechazaba la acción de la Fuentes o Condé por considerar que carecía de interés jurídico para demandar "ya que hay herederos de mejor derecho que ella".

El Juez de primer grado, que lo fue el Tercero Civil del Circuito, sustanció debidamente el pleito y por considerar demostrados los hechos base de la demanda, en su fallo de 17 de julio de 1944 condenó al Municipio como culpable de la muerte de Puello, al pago en favor de los demandantes de la suma de veintidós mil quinientos pesos ($ 22.500.00) m. cte., en que pericialmente fueron estimados los perjuicios materiales. No atendió a la súplica sobre perjuicios morales.

A virtud de apelación que interpusieron las partes, en sentencia de 12 de diciembre de 1945, el Tribunal de Bolívar después de revocar la del

inferior, condenó al Distrito de Cartagena a responder civilmente de los perjuicios demandados, tanto de orden material como moral. Respecto de los primeros indicó que "deberán ser determinados mediante el procedimiento que se señala en el artículo 553 del C. J.", y trazó normas para su fijación pericial ulterior. Dispuso, además, el pago a los demandantes por el Municipio de la cantidad de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) m. cte. para satisfacerles el daño moral subjetivo solamente, pues no hizo condenación de perjuicios inmateriales objetivados.

Previo estudio detenido, se acepta en la providencia el hecho del accidente de que fue víctima Puello, la consiguiente pérdida de su vida y la relación de causalidad entre el hecho y el daño, con fundamento en el abundante acervo probatorio que el expediente contiene.

Efectivamente —según la sentencia— los actores recibieron con la muerte de Puello "un perjuicio material que se manifiesta en la carencia de los recursos indispensables para atender a la subsistencia de todos y a la educación de sus hijos", como lo declaran varios testigos (c. 2, folios 13 v., 38, 39 y 41 y c. 4, folio 22 v. a 24), y les fue irrogado también un daño moral que no se objetivó.

La condena sobre reparación de los perjuicios materiales se hizo en abstracto sobre la consideración de "que el cálculo de los peritos se inició con el vicio de una equivocación documental que lo dejó al margen de toda exactitud, desde luego que el resultado de las tablas, en cuanto a los años de vida probable de Puello, está rigurosamente subordinado a la edad cierta que se tome como base para consultarla", y que consiguientemente "no tiene —el experticio— la debida fundamentación" (C. J., 721). La valoración del daño moral subjetivo se hizo con arreglo al artículo 95 del Código Penal y dentro de los límites de esta disposición que se juzgó aplicable.

El Tribunal sitúa el caso dentro del campo de la culpabilidad extracontractual, y comparte la tesis de la Corte sobre la responsabilidad civil de las entidades de Derecho Público, expuesta en casación de 21 de agosto de 1939 (G. J. número 1950, T. XLVIIII), en la que se desarrolla "la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar el daño que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios".

La prueba de la defunción de Puello fue objeto de especial estudio por el Tribunal. Admitió como tal la partida de origen eclesiástico acompañada a la demanda y la copia del acta civil presentada directamente por los interesados dentro del término probatorio de la segunda instancia, no sin advertir que la certificación parroquial, dentro de la vigencia de la Ley 82 de 1938, tiene el simple carácter de prueba supletoria y que los instrumentos públicos como la partida notarial, deben traerse a los procesos en la forma exigida por el artículo 636 del C. J. No obstante opinó que en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 472 del Estatuto Procesal, estaba en el deber de aceptar como demostrada la muerte, que por lo demás no había sido siquiera debatida.

El recurso de casación

Contra el fallo de segundo grado el Municipio de Cartagena por intermedio de apoderado constituído en forma, interpuso el recurso de casación que fundó oportunamente y que, debidamente sustanciado, se decide en esta sentencia.

Invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del código de la materia, quejándose de la transgresión de normas legales sustantivas en su acusación, que distribuye en los cuatro cargos que separadamente se estudian en seguida.

Primer cargo

Es el de "violación directa del artículo 597 y violación por aplicación indebida o interpretación errónea del artículo 472, ambos del C. J., incurriendo el Tribunal en **error de derecho** al estimar como prueba de la defunción de Emigdio Puello, no debiendo estimarlas, la partida eclesiástica..... y el acta notarial....., la primera acompañada con la demanda y la segunda presentada directamente por el apoderado de los actores en segunda instancia. Al estimar la primera partida como prueba de la defunción de Puello, el Tribunal violó, además, directamente el artículo 18 de la Ley 92 de 1938".

Afirma que "la partida de defunción de Emigdio Puello es un documento fundamental en este proceso, que deriva de esa muerte, hasta el punto de que sin ese documento el juicio actual queda sin base y el Municipio tiene que ser absuel-

to"; que "la de origen eclesiástico se acompañó a la demanda, y por ese aspecto solamente podía ser apreciada por el Tribunal, pero el artículo 18 de la Ley 92 de 1938 quitó el carácter de prueba principal del hecho a esa clase de documentos, y al darle el Tribunal un valor que la ley le niega, incurrió en error de derecho violando la disposición prohibitiva".

Agrega que: "El acta notarial aducida tardíamente por el apoderado de los actores en segunda instancia, pudo servir de prueba de aquel hecho, pero la forma en que fue llevada al proceso impide que ella pueda ser estimada por los Jueces: El Tribunal, sin embargo, interpretando erróneamente el artículo 472 del C. J., le dio el valor que la ley le niega".

En resumen: El Tribunal incurrió —según el mandatario del Municipio— en error de derecho, que lo condujo a la violación de los artículos 472, 597 y 636 del C. J., al estimar como prueba válida de la muerte de Puello la partida de origen eclesiástico llevada al juicio en forma correcta, pero sin demostrar que no existiera el acta notarial correspondiente, único caso en que podía dársele aquel valor, conforme al artículo 19 de la Ley 92 de 1938; al darle ese valor, el Tribunal violó por la misma causa el artículo 18 de esta última ley".

Se considera:

Las disposiciones que el recurrente cita como quebrantadas no dan base a la casación del fallo.

El artículo 472 del C. J. se limita a recordar a Jueces y Magistrados la natural finalidad de los procedimientos judiciales, que no ha de ser otra que la efectividad de los derechos que las normas sustantivas reconocen, y a fijar el criterio de interpretación y aplicación de las reglas procesales y de las disposiciones sobre pruebas que si bien no son adjetivas propiamente, por no estar destinadas a la consagración de los derechos de las personas, su violación no debe ni puede motivar el rompimiento de la sentencia.

Esto ha sostenido la Corte al respecto: "....el artículo 472 del C. J. tampoco funda la casación por la misma circunstancia. Este precepto cuando por algún respecto ha sido infringido, por sí mismo no puede motivar la infirmación del fallo; siendo como es de simple recordación a los Jueces de lo que se persigue por el procedimiento judicial, quienes a él faltan habrán infringido con él otras disposiciones más radicales de las que sí dan margen al recurso; en ese caso lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, pero no meramente la del artículo 472". (Casación de 28 de abril de 1939. G. J. Nº 1947, p. 72).

"...en lo que hace a la violación del artículo 472 del C. J., que consagra la misma disposición del 837 del Código anterior, ya se ha dicho que tal disposición es meramente exhortativa. Ella "sólo contiene una regla de conducta para los Magistrados y Jueces, encaminada a asegurar la justicia en los fallos judiciales, por lo cual la Corte ha decidido repetidas veces que el apartamiento de tal regla no constituye un motivo especial de primera causal de casación, puesto que, caso de inobservancia de ese precepto legal, las disposiciones sustantivas violadas serán otras, por los errores en que incurre el sentenciador". (Casación de 29 de septiembre de 1920, G. J. número XXVIII, 187, 1ª). "Cuando una sentencia no se amolda al precepto del artículo 837 del C. J. —se dijo en casación de 10 de agosto de 1922—es porque se ha cometido error en la apreciación de las pruebas, o porque se ha apartado de lo dispuesto por la Ley; y para que sea casable por tal motivo habrá necesidad de hacer patentes dichos errores o indicar la ley infringida." (G. J. XXIX, 234, 1ª). (Casación de 22 de marzo de 1935 G.. J. número 1895-B, pág. 234).

Los artículos 597 y 636 del C. J. y el 18 de la Ley 92 de 1938, relativos el primero al mérito en general de las pruebas y a la oportunidad de producirlas, el segundo a la manera como deben traerse a los autos las consistentes en instrumentos públicos, y el último al valor probatorio de las partidas del registro civil, tampoco pueden servir de fundamento a la infirmación de la sentencia acusada.

En casos similares la Corte ha expresado:

"Ninguna de las disposiciones que el demandado recurrente cita como infringidas por las sentencias del Tribunal es de naturaleza sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1° del artículo 520 del C. J., esto es que otorga o reconoce un derecho, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. Tales preceptos en cuya transgresión se funda la demanda de casación son meramente procesales y de carácter modal unos, que se limitan a señalar el camino que ha de seguirse para obtener el reconocimiento judicial de los derechos; y otros contentivos de reglas para la producción de unas pruebas y determinantes de su mérito o valor demostrativo. Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino

un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva, que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no se necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siemper se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medio de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho—, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio,** porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación. (Casación, 16 de junio de 1942. G. J. Nº 1986, pág. 640)".

"La Corte considera: "Siguiendo en hipótesis estos conceptos, de esos cargos se deduciría la justificación del error en la apreciación de tales pruebas, error de derecho ante lo que estos artículos establecen; de manera que el cargo de violación de estas disposiciones no conduce sino a fundar, demostrar y corroborar el error de apreciación de pruebas.

"Este error no basta por sí solo al recurso de casación. La sola demostración de él, sea manifiesto de hecho, sea de derecho, sea de ambos, no es suficiente para romper la sentencia recurrida, en ese caso, sino que debe, además, formularse y demostrarse el cargo de violación consecuencial de una o más disposiciones sustantivas. Aquí el cargo de violación de disposiciones de esta clase (los citados artículos 395, 396 y 1055) se hizo sólo en lo relacionado con la apreciación de las pruebas, y el recurrente, limitándose a esto dejó en visible estado de inoficiosidad cuanto alegó sobre esa apreciación, puesto que, aun en el evento de acogerse este cargo, faltaría la formulación del cargo complementario, coronación de esa labor, que poniendo en relación esa errónea apreciación con el fondo del mismo pleito, permitiese estudiar ese fondo, indagar si la sentencia violó tales disposiciones sustantivas referentes al mismo y decidir en forma de evitar esta violación, caso de hallarla". (Casación de 3 de octubre de 1936. G. J. Nº 1918, pág. 448)".

"...La Corte se refiere a las acusaciones fundadas en las disposiciones del C. J. ya mencionadas y observa al respecto:

"Las disposiciones del C. J. citadas, que son meramente normativas.... no son susceptibles por sí solas de dar base para que prospere un recurso de casación. Las disposiciones del mismo código que tienen **per se** el carácter de sustantivas, como la referente a pruebas, tampoco por sí solas pueden dar base para casar una sentencia sino que es preciso que de la infracción de una de esas disposiciones, resulte infringida la otra norma sustantiva, por no haberse aplicado o haberse aplicado erróneamente una disposición del Código Judicial. Cuando sólo se cita, como violada la disposición del C. J., pero sin hacer referencia a la otra norma sustantiva que queda desconocida por esa violación el cargo resulta incompleto y entonces no puede prosperar, porque el juzgador no sabe cuál es la otra norma sustantiva que el recurrente estima violada y no puede proceder de oficio al respecto.

No quiere decir ni significa lo anterior ,que no existan disposiciones en el C. J., cuya sola invocación y sin referirse a ninguna otra norma, puedan dar lugar en su caso, a la casación de un fallo, tal es por vía de ejemplo el artículo 474 del C. J., entre otros, y así lo acaba de aplicar y resolver la Corte en sentencia de 26 de noviembre de 1943".

Mas en materia de disposiciones del C. J. sobre pruebas en la meramente normativa, es preciso cuando ellas se invocan en casación, la relación

con otras normas. La anterior es la doctrina de la Corte sustentada en numerosos fallos. Un ejemplo aclara y pone en evidencia la doctrina de la Corte. Suponiendo que se tratara de un juicio de reivindicación no le bastaría al recurrente afirmar que se había violado el artículo 697 del C. J., sustantivo, sino que esa violación debería hacerla incidir, por ejemplo sobre el artículo 946 del C. C. En el caso de ejemplo propuesto podría decir el recurrente: Al no estimar dos declaraciones, se violó el artículo 967 del C. J.; y esa violación condujo a la no aplicación del artículo 946 del C. C."

"Como en los capítulos a que ya se hizo mérito el recurrente se refiere a los artículo del C. J. que señala como violados pero sin relacionarlos con otras normas sustantivas los cargos contenidos en ellos no pueden prosperar, no dan base para una casación, por lo que ya se ha expresado". (Casación, 2 de diciembre de 1943. G. J. números 2001 a 2005, pág. 319).

En fallos más recientes ha profundizado la Corte en estas materias: "...de manera constante y uniforme ha venido repitiendo el concepto que sin desconocer a los preceptos puramente probatorios linaje sustantivo los priva, sin embargo, de entidad suficiente para que su solo quebranto incida en la prosperidad de un recurso de casación.

Tal idea se reafirma ante la tendencia contemporánea de cobijar bajo las calificaciones de sustantividad o adjetividad de las normas jurídicas, conceptos un poco más precisos que los vagos y ambiguos que hasta ahora se han contenido en esas instrucciones del léxico forense: Gallinal observa a este propósito que la expresión "ley adjetiva" aplicada a los mandamientos procesales, y contrapuesta a la de "ley sustantiva", tuvo su origen en una caprichosa y anticientífica clasificación de Benthan quien, influído por la escasa importancia que en su época se atribuyó al estudio del proceso, concebía dos géneros de normas comparables la una a la acepción gramatical del sustantivo, enunciador de la naturaleza de las cosas, y la otra el adjetivo destinado apenas a expresar las cualidades o modos de ser de la sustancia. Dentro de ese artificial cotejo del contenido de dos partes de la oración con el de los preceptos positivos, se consideró la ley sustantiva, es decir, la que atribuye o reconoce el derecho subjetivo, como permanente y sólida base del ordenamiento jurídico, al paso que la adjetiva se reputaba como accesoria o accidental, y en todo caso, de inferior calidad a las reglas que caían bajo el prestigio del otro calificativo.

"Con criterio tan incierto pronto se destacó que normas de estructura meramente procesal eran de entidad relevante dentro de la realización y operancia normal del derecho, y que otras, como las probatorias, no podían catalogarse con precisión y propiedad dentro de alguna de esas categorías por no coindicir con las características absolutas de la una, ni con las secundarias de la otra.

"Se abrió así el campo para que en cada caso concreto el juzgador, teniendo en cuenta los lineamientos generales del sistema comparativo que se deja visto, asignara a cada mandamiento jerarquía y alcance, habida consideración de su contenido.

"Tal estado de cosas, como es obvio, se resentía del inevitable casuismo consiguiente a la aplicación de principios indecisos, imprecisos e incompletos, a fenómenos reales que por su naturaleza escapan a este linaje de configuración teórica.

"Los autores que actualmente investigan sobre la naturaleza y alcance de los diversos géneros de mandamiento continúan asignando una índole propia y eminente a los que regulan en forma directa la conducta de los asociados en frente de la distribución y goce de los derechos generadores de sus posibles intereses, tal el precepto sustantivo o sustancial, si se le quiere libertar de su calificación gramatical por considerarla inductiva de ambigüedad o error. Pero en frente de esas leyes hay otras destinadas a actuar cuando la libre voluntad de los obligados no es eficaz para que el ordenamiento sustancial halle cumplio efecto; es entonces cuando el Estado ha de imponer la observancia de aquél contrariando la renuencia individual a realizarlo, y es también, entonces, cuando se hace indispensable la pauta jurídica que gobierne el comportamiento de los jueces y de las partes en el mecanismo previsto por la ley para que puedan alcanzarse las finalidades ya dichas. Surge así el derecho procesal como un instrumento del sustancial, en el sentido de que el primero no es fin de sí mismo sino medio de observancia del segundo.

"Se destaca así la circunstancia, comentada por Calamandrei, de que mientras el derecho instrumental es norma de actividad para el juez y las partes dentro de una realización dinámica no concluída, pues apenas lo estará con la sentencia, el derecho sustancial entra en el proceso "como

tema de investigación y de reconstrucción histórica, respecto de la cual discute únicamente para establecer como debía ser observado y así fue osbervado fuera del proceso en una relación ya agotada que se considera estáticamente como perteneciente al pasado.

"De esta diferencia surge con nitidez que hay preceptos de aplicación necesaria en el desarrollo del proceso para que éste cumpla su objeto, y que sin embargo no coinciden cabalmente, participando de ambas, con la naturaleza de los sustanciales, cómo tampoco con la de los instrumentos; lo primero porque apenas pueden considerarse como medio de penetrar en el proceso las normas sustanciales, y lo segundo porque no regulan las formas de los actos procesales propios del juez o de las partes; estos mandamientos se consideran como medio de comunicación entre el derecho sustancial y el proceso en el logro de la indispensable unidad del ordenamiento jurídico.

"Refiriéndose a esta clase de disposiciones legales y especialmente a la dificultad de calificarlas como sustanciales o formales, se expresó así la relación Grandi al motivar el Código de Procedimiento Civil Italiano: "Sin embargo, tiene sus profundas razones la colocación tradicional en el Código Civil de algunas normas procesales en su apariencia, como aquellas relativas a las pruebas y cosas juzgadas, o a la ejecución forzosa. Algunas instituciones bifrontes, que representan un puente de tránsito entre el proceso y el derecho subjetivo, pueden tomarse útilmente en cuenta mirándolas bajo el aspecto con que juegan en el proceso, o en cuanto a los efectos que producen sobre el derecho sustancial fuera del proceso; por consiguiente, las mismas son susceptibles de sistematizaciones diferentes, según sea el punto de vista desde el cual se enfoquen. Esto vale especialmente para las normas que regulan la admisión y la eficacia de los medios probatorios que, particularmente cuando se establecen por los casos de relaciones jurídicas especiales, se adhieren y obedecen comúnmente a los mismos principios de derecho sustancial y de derecho transitorio.

"Estas nociones contribuyen a robustecer la tradicional tesis de esta Sala en cuanto a que el quebranto de reglas legales probatorias no incide por sí mismo en el recurso de casación comoquiera que siendo ellas apenas un medio de hacerse tangible en el proceso la existencia y medida del derecho subjetivo, sólo cuando éste se desconoce como efecto de yerros probatorios se vulnera la norma sustancial reguladora de la conducta de las partes fuera del proceso, y dirigida dentro de éste al Juez para que imponga a aquéllas su observancia; tal la doctrina tantas veces reiterada, y que concretamente se expuso en el fallo de esta Sala. (G. J. Nº 1986, pág. 640).

Por las razones expuestas y con base en las doctrinas que se dejan transcritas, se rechaza el cargo estudiado.

Segundo cargo

Sustenta el recurrente su segundo cargo así:

"El fallo que acuso es casable por otro error de derecho cometido en él por el Tribunal, con violación de los artículos 472, 597 y 636 del Código Judicial ya citado en el punto anterior, al estimar como pruebas del derecho de los actores a ejercitar la acción que ejercitaron las partidas de origen eclesiástico..." (enumera en seguida varias partidas que hacen relación al parentesco de los demandantes con la víctima del accidente, y también el acta de autopsia del cadáver de Puello, la diligencia ocular, etc.). Agrega que todos ellos son documentos públicos, han debido ser traídos al juicio en la forma prevenida en el artículo 597 en concordancia con el 636 del Código Judicial.

Afirma que los actores fundaron la acción, no sólo en verse privados de la protección de Puello a causa de su muerte, "sino en su carácter de esposa e hijos legítimos y madre legítima del occiso", habiendo podido ejercitar su acción fundándola solamente en la falta de protección..... sin invocar su parentesco..."; y de su afirmación deduce que por haber invocado los demantes el parentesco con la víctima del accidente, "estaban legalmiente forzados a acreditar el carácter especial que invocaron". "Para ello habrían servido las partidas citadas si ellas se hubieran aportado en la forma legal, pero no habiéndolo hecho así, carecen del carácter de pruebas, y la acción no tiene base jurídica".

Se considera:

Este cargo, similar al anterior, debe tratarse en igual forma y denegarse por tanto. En efecto los artículos citados como infringidos, por razón de la naturaleza de las normas que encierran, escapan a estudio dentro del recurso extraordinario de que se trata, según se dijo antes.

Es verdad que, como lo recuerda el recurrente, la Corte, por intermedio de su Sala Civil de única instancia, ha dicho que: "Para que una prueba sea estimada debe ser producida dentro de una de las cuatro oportunidades que autoriza

el artículo 597 del C. J: De donde se infiere que no puede formar parte del proceso si no ha sido pedida, decretada y practicada conforme a una de las cuatro formas o maneras que establece el artículo citado". (Auto de 20 de octubre de 1937, G. J. XLV, 948). Pero adviértese al respecto que uno es y debe ser el criterio de la Corte cuando obra como Tribunal de instancia, y otro muy distinto cuando actúa como Tribunal de Casación, ya que en este último caso se halla grandemente limitada, en atención a la esencia misma del recurso.

Se rechaza consiguientemente este cargo.

Tercer cargo

Puede sintetizarse así: El demandante Félix Puello no acreditó su derecho a reclamar indemnización de perjuicios por la muerte de su padre, pues no estableció la dependencia económica con relación a éste. Es mayor de edad y además casado y no es por tanto alimentario conforme a la ley de su padre, como emancipado que está. El derecho de alimentos lo contempla nuestra ley sólo en favor de las personas que enumeran los artículos 411 y siguientes del Código Civil, y precisamente el artículo 422, inciso 2º, excluye a quienes han cumplido veintiún años, salvo que por algún impedimento se hallen inhabilitados para subsistir de su trabajo. En el caso de Félix Puello no se ha demostrado que "estuviera incapacitado para trabajar por algún impedimento corporal o mental...".

Considera el apoderado del Municipio, pues, que el Tribunal **"erró en derecho al interpretar la demanda,** admitiendo que existe 'la certeza de que la famiila de Emigdio Puello, compuesta por las personas enumeradas (entre ellas Félix), recibió con su muerte un perjuicio material que se manifiesta en la carencia de los recursos indispensables para atender a la subsistencia de todos y la educación de sus hijos'; y que con esa interpretación errada de la demanda, "el Tribunal violó, por aplicación indebida o interpretación errónea, los artículos 2341, 2342, 2356 y 2359 del C. C., que dan acción para pedir indemnización a quien ha sufrido un perjuicio, y no está demostrado que Félix lo hubiera realmente sufrido, al menos en el terreno económico".

Se considera:

Ya se dijo que el recurrente funda sus cargos todos en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., lo que obliga a ubicar esta parte de su acusación en el inciso del ordinal 1º del citado precepto, hasta donde ello fuere aceptable.

Se observa que en la sentencia de segunda instancia se tienen como pruebas de los perjuicios materiales, no los hechos respectivos relatados en el libelo principal por los demandantes, sino las varias declaraciones testimoniales recibidas dentro del proceso. "Las anteriores declaraciones —dice el sentenciador refiriéndose a los testigos Aguilar, Suárez, Jiménez, Gaviria, Bonfante y Mordecay, analizadas al folio 67 del cuaderno 3º, recibidas en forma regular, forman con el valor completo que la ley les da, la certeza de que la familia de Emigdio Puello, compuesta por las personas enumeradas —incluye allí a Félix— recibió con su muerte un perjuicio material que se manifiesta en la carencia de los recursos indispensables para atender la subsistencia de todos y la educación de sus hijos". Así, basada la convicción del Tribunal, no en la demanda que se dice mál interpretada, sino en testimonios cuya interpretación no ha sido atacada en casación, se impone el rechazo del cargo estudiado.

Cuarto cargo

Es éste una reproducción de los enumerados como primero y segundo. Dijo el Tribunal: "La Sala les reconoce fuerza probatoria (a las partidas antes analizadas), para acreditar la muerte de Emigdio Puello". "Con esta afirmación—sostiene el vocero del Distrito— el Tribunal incurre en error de derecho, que lo llevó a violar los artículos 597 y 636 del C. J. y 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, por lo antes expuesto".

"Además —continúa— al ordenar que los perjuicios se liquiden sobre la base de lo que producía el difunto, pero sin tener en cuenta lo que él hubiera necesitado para subsistir personalmente en buen estado de salud a fin de producir lo necesario para las personas que dependen de él, cometió igualmente una equivocación.

"Cometió otro error el Tribunal —añade el recurrente— al apreciar las pruebas testimoniales que cita en el punto que analizó, y especialmente al apreciar supuestas pruebas (que no he visto en el expediente), de que **las niñas** (?) Tulia Ester, Mercedes y Lucila, suspendieron su educación, que recibían en el Colegio Biffi, por causa de la muerte de su padre". Observa en la demanda de casación el autor que en 1942 Lucila tenía 17 años de edad, Mercedes 19 y Julia Ester 20, y que ordinariamente en Colombia "las mu-

jeres —sobre todo si son del pueblo, como las señoritas Puello— suspenden su educación antes de los 17 años". Agrega, en fin, que el certificado del Colegio Biffi, "único documento que podría acreditar la educación de esas personas, fue traído al juicio sin los requisitos del artículo 597 del C. J., por lo cual no puede estimarse como prueba. El Tribunal, pues, violó de nuevo esta disposición por este motivo".

Este aspecto de la acusación se funda por tanto en la violación de las normas contenidas en los artículos 597 y 636 del C. J., y en los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, las que por carecer de contenido sustantivo no dan base a casación.

Por tanto, se rechaza este último cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal de Cartagena el doce (12) de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), que ha sido objeto del presente recurso.

Sin costas por ser un Municipio el recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de donde procede.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca— Alvaro Leal Morales — Arturo Silva Rebolledo. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA CONTRACTUAL. OPCION Y PROMESA DE CONTRATO.—PARA QUE PUEDA HABER LUGAR A CONDENA ES NECESARIO QUE EL ACTOR COMPRUEBE QUE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO LE HA CAUSADO PERJUICIOS

1.—Cualesquiera que sean las diferencias existentes entre la opción y la promesa de contrato, ello es que ni la promesa ni la opción confieren derecro real sobre la cosa que constituye su objeto y que ambas generan tan sólo obligación personal cuyo incumplimiento puede dar lugar a los reclamos del caso, y a las acciones correspondientes.

2.—La Corte ha estimado estrictamente lógico que para condenar a indemnización de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se se los haya causado a la otra parte contratante y no sería lógico condenar a indemnización de perjuicios inexistentes.

El juzgador no tiene por misión repetir lo que dicen las leyes, sino aplicarlas y obedecerlas. Si una disposición legal establece en principio un derecho a indemnización, el respectivo fallo no puede limitarse a recordar que la ley así lo establece, sino que para darle contenido y eficacia en el respectivo litigio, tiene que pronunciar la consecuencial condena, y como ésta forzosamente necesita sobre qué recaer, el actor debe suministrar este elemento, esta base SINE QUA NON.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre trece de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Los señores Evaristo Obregón, Ramón Mejía y Santiago Pizano tomaron en arrendamiento a los señores Miguel José y Carlos Alfonso Neira y Román Quiñones el globo de tierra denominado Cantera de las Reinas, ubicado en esta ciudad y alindado como reza el documento privado que al efecto suscribieron aquí el 31 de julio de 1942. Además, pactaron lo que expresa la cláusula 6a de ese documento, a saber:

"Sexto. — Los arrendadores, que a la vez son dueños del inmueble en común y proindiviso, otorgan a los arrendatarios una opción de compraventa de los derechos de los arrendadores sobre el inmueble demarcado, en estas condiciones: a) Término un año contado desde el primero de agosto próximo; b) Precio que los arrendatarios pagarán por dicho predio, siete mil quinientos pesos ($ 7.500) que corresponden a los tres derechos de los antiguos comuneros Lupercio y Rosa Elena Reinas y General Neira, cuyo precio los arrendatarios pagarán así: la mitad o sea la suma de tres mil setecientos cincuenta pesos, el propio día en que dentro del plazo estipulado los arrendatarios hagan uso de la opción de compraventa y el resto o sea la cantidad de tres mil setecientos cincuenta pesos dentro del término de los seis meses subsiguientes, pagos que deberán hacerse en esta ciudad a los arrendadores vendedores o a su orden en esta ciudad, reconociendo los arrendatarios sobre la dicha última mitad el ocho por ciento (8 %) anual de interés que pagarán por mensualidades anticipadas. Los arrendadores abonarán al primer contado del precio estipulado hasta tres cuotas de las que los arrendatarios hayan pagado por concepto de arrendamiento o sea hasta la cantidad de trescientos pesos ($ 300)".

Obregón, Pizano y Mejía, aduciendo dicho documento y las cartas con que éstiman haber avisado oportunamente a los arrendadores que optaban por comprar y afirmando que éstos incumplieron las obligaciones impuestas por la opción, entablaron por medio de apoderado contra los prenombrados Neiras y Quiñones la demanda inicial del presente juicio en que solicitan se declare: a) que los demandados faltaron al cumpli-

miento de las obligaciones que les imponía la opción; b) que los demandantes cumplieron las suyas, de suerte que, si la respectiva escritura pública no se otorgó, fue por aquel incumplimiento; c) que éstos deben pagarles los perjuicios que les causó tal incumplimiento, y d) que han de pagarles las costas del juicio.

Repartida la demanda al Juzgado 4º Civil de este Circuito el 29 de septiembre de 1944, y admitida y notificada, los demandados, sin contestarla, nombraron un apoderado común. La instancia se cerró con fallo de 21 de enero de 1947 que declaró todo lo suplicado por los actores y remitió a las partes a la actuación del artículo 553 del C. J. para la fijación del importe de los perjuicios. Apeló el apoderado de los demandados y el Tribunal Superior, surtida la segunda instancia, confirmó aquel fallo en el de 9 de julio de 1948, contra el cual la parte demandada interpuso el recurso de casación que hoy se decide después de recibir su tramitación legal.

El Tribunal se funda en que se pactó lo que reza la clásula 6ª ya transcrita; en que las cartas presentadas con el líbelo inicial acreditan que los demandantes noticiaron efectiva y oportunamente a los demandados que aceptaban la opción y estaban dispuestos a pagarles el precio convenido y les solicitaban la entrega de los títulos y certificados para su estudio, y en que la escritura pública de compraventa no se otorgó; y como tal había sido la opinión del Juzgado, el Tribunal la acoge con algunas salvedades de concepto acerca de la naturaleza de la opción y su calidad de bilateral o unilateral y a mayor abundamiento razona sobre las distintas fases del problema planteado tal como informa en seguida el relato y estudio de los cargos del recurrente, que son:

I. Error de derecho en la apreciación del documento y cartas aludidas al dar por demostrado con ellos que los demandantes manifestaron oportunamente a los demandados aceptar la opción y estar dispuestos a pagar el precio convenido, y consecuencial quebranto de los artículos 1496 y 1568 del Código Civil y 23 de la ley 51 de 1918, por estas razones: porque la opción impone obligaciones al que la concede y la solidaridad estipulada entre los arrendatarios versa sobre sus obligaciones y no sobre sus derechos correspondientes a las de los arrendadores; de suerte que cuando el Tribunal entiende que las cartas firmadas por Obregón bastan para entender que esa aceptación es de todos, en fuerza de la solidaridad pactada en el documento, aplica indebidamente el artículo 1568; y proque no hay constancia alguna de pago de la parte del precio que debían entregar al hacer uso de la opción, acerca de lo cual agrega que el documento no tiene estipulación alguna sobre entrega y estudio previo de títulos; de manera que, sosteniendo los demandantes que con esas cartas hicieron uso de la opción, para ponerse en estado de demandar han debido pagar entonces mismo la mitad del precio pagadera, según el documento, el propio día en que hicieron tal uso.

Se considera:

Las cartas están suscritas en verdad por Obregón solamente; pero en todas ellas habla en plural y no tan sólo en nombre propio sino en el de los restantes arrendatarios, esto es, por el grupo a cuyo favor habían concedido la opción los arrendadores. Además, sin necesidad de la solidaridad que el Tribnual dijo encontrar para ello, es de reconocerse que al menos como gestión oficiosa podía Obregón haber asumido la representación de sus compañeros, y como éstos concurren a formular la demanda inicial del presente juicio y a adelantarlo, no puede echarse menos su refrendación o ratificación de lo hecho por Obregón en nombre de todos mediante las cartas.

En cuanto al pago inmediato, o sea desde luego al escribirlas, se halla inadmisible esta interpretación del recurrente a tan importante detalle del pacto, no simplemente por reñida con la costumbre según la cual nadie compra sin cerciorarse de que el vendedor es dueño y de que lo que se le vende está libre, sino también y ante todo, porque ello es lo que corresponde a los fines que asigna al registro el artículo 2637 del C. C., los que, en lo pertinente, son, según su numeral 2º, "Dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble".

Si la voluntad de los contratantes hubiera sido que el solo aviso determinara el pago antes de celebrarse o ejecutarse la compraventa mediante la escritura pública indispensable para perfeccionarla según el artículo 1857 del C. C., ello significaría venta con arras, lo que exige estipulación especial, que aquí brilla por su ausencia, ante el artículo 1861 ibídem.

Así, la inteligencia que legalmente tiene esa estipulación es que el otorgamiento de la escritura pública señala el momento del pago de la mitad del precio y el comienzo del plazo acordado para la otra mitad, tanto en virtud de lo ya

dicho, cuanto por la circunstancia de que hacer uso de la acción es lo que acaba de decirse, distinto del mero anuncio o aviso de que los que la obtuvieron optan por comprar.

El recurrente, sin duda en la mira de reforzar sus conceptos referidos sobre pago inmediato, anota que para la fecha del aviso los demandantes no tenían en cuenta bancaria dinero para el pago de dicha primera mitad del precio. Este reparo nada indica, puesto que no es preciso tener dinero en determinado banco en cierta fecha y sólo así pueda entenderse que la persona que en ella ha de hacer un pago esté en capacidad de hacerlo.

Lo dicho indica por qué no prospera el primer cargo de la demanda de casación.

II. Violación de los artículos 23 y 24 de la ley 51 de 1918 y 1500, 1758, 1760, 2577, 2652, numeral 4º y 2637, numerales 2º y 3º del C. C., a consecuencia, de darle valor probatorio sobre el contrato de opción al documento privado antedicho.

Sostiene el recurrente que la opción limita el dominio y deduce de ahí que al versar sobre inmuebles debe constar en escritura pública registrada y que, por tanto, yerra el Tribunal al aceptar como prueba de la opción el documento y no reclamar aquella solemnidad. En este capítulo de su demanda se detiene en las diferencias entre opción y promesa de contrato.

Se considera:

Cualesquiera que sean esas diferencias, ello es que ni la promesa ni la opción confieren derecho real sobre la cosa que constituye su objeto y que ambas generan tan sólo obligación personal cuyo incumplimiento puede dar lugar a los reclamos del caso y a las acciones correspondientes. Si en el presente caso las personas a quienes se concedió la opción para comprar un inmueble no han obtenido escritura de venta y si sólo con ésta podría entenderse legalmente traspasado el dominio y si mientras tanto ninguno tienen sobre él, no cabe echar menos una escritura pública de opción de cuya ausencia se derive quebranto de dichas disposiciones legales.

III. Violación de los artículos 1608, 1609 y 1610 del C. C. por falta de pago inmediato de la mitad del precio. En este sentido el recurrente advierte que los demandados no pueden entenderse en mora de cumplir la opción, porque los demandantes no cumplieron por su parte lo de su cargo en la forma y tiempos debidos, no habiendo procedido al pago de la primera mitad del precio al hacer uso de la opción, esto es según el recurrente, al avisar que optaban por comprar. Como se ve, en este capítulo invoca la **exceptio, non adimpleti contractus.**

El cargo queda rechazado con lo ya expuesto acerca de la estipulación sobre pago de esa primera mitad. Sin embargo, no sobra añadir que la opción es de compraventa, pero esto no impide reconocer que una cosa es la opción y otra la compraventa misma, y que no hay lógica en pretender juzgar la una con reflexiones que, en su caso, corresponderían a la otra.

IV. Violación de los artículos 1610 y 1757 del C. C. por haberse aplicado aquél condenando en perjuicios sin que los demandantes comprobaran haberlos sufrido, a pesar de ser de su cargo la prueba de este hecho, esto es, de la obligación que exigen, y a pesar de que reiteradamente nuestra doctrina ha establecido que para obtener decreto de indemnización se necesita comprobar los perjuicios sobre los cuales ella ha de recaer, sin que baste la invocación de las disposiciones legales que en principio deducen aquella obligación de una culpa, sea contractual o extracontractual.

Se considera:

En verdad esta Sala ha estimado estrictamente lógico que para condenar a indemnización de perjuicios el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte contratante y no sería lógico condenar a indemnización de perjuicios inexistentes.

El juzgador no tiene por misión repetir lo que dicen las leyes, sino aplicarlas y obedecerlas. Si una disposición legal establece en principio un derecho a indemnización, el respectivo fallo no puede limitarse a recordar que la ley así lo establece, sino que para darle contenido y eficacia en el respectivo litigio, tiene que pronunciar la consecuencial condena, y como ésta forzosamente necesita sobre qué racaer, el actor debe suministrar este elemento, esta base **sine qua non.**

La regla segunda del artículo 1617 del C. C., relativo a mora del deudor de obligación de dinero, dice: "el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo". Esto indica a **contrario sensu** y por lo excepcional del precepto, que la regla general es la de que el acreedor al demandar perjuicios tiene que justificarlos.

Por su lado, en las obligaciones con cláusula penal, en las que en principio se supone la pena como valoración previa que las partes hacen del perjuicio en caso de incumplimiento y una declaración antelada de ellas de que éste precisamente causará perjuicios, el artículo 1599 establece: "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

Esta disposición, también excepcional, hace ver por su lado, que la regla general es la antedicha, esto es, que quien demanda que se le indemnicen perjuicios debe demostrar que se le han causado, cuáles son, cuánto valen.

El recurrente funda su acusación en que los demandantes no demostraron los perjuicios de que se quejan, ni siquiera dicen en qué consisten, cómo los dañó el incumplimiento de donde afirman que se les dedujeron. En controversias de esta clase logra el actor acreditar los perjuicios sufridos y hasta fijar su precio, redondeando así su esfuerzo probatorio algunas veces; en otras queda faltando esto último, a que se provee en tramitación ulterior. (C. J., artículos 480 y 553). En la presente nada hicieron los demandantes en tales sentidos.

Dicho artículo 1610 es de este tenor: "Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

Es, pues, terminante la ley en su atribución o concesión del derecho a indemnización de perjuicios al acreedor cuyo deudor falta a las obligaciones del respectivo contrato. Por tanto, no es esa acción en sí o en principio lo discutible ni lo discutido en el presente recurso, dentro del cual, en el cargo que se está estudiando, el reclamo se basa en no haberse comprobado los perjuicios, circunstancia ésta que efectivamente se ha producido por no haber los demandantes levantado prueba alguna al respecto y haberse limitado a formular su acción, en sí misma incuestionable. No basta demostrar el incumplimiento, que no siempre, inexorablemente, determina la realidad de un perjuicio sufrido por el actor.

Esto significa que el cargo está justificado, en cuanto se ha aplicado indebidamente el artículo 1610 del C. C., no porque no establezca en principio la acción indemnizatoria, sino porque la indemnización se ha decretado sin haber demostrado los demandantes el perjuicio que afirman haber sufrido.

Así, pues, en esta parte debe infirmarse la sentencia recurrida. Pero, al propio tiempo, en fuerza de lo antedicho sobre los demás cargos, las declaraciones sobre cumplimiento e incumplimiento ya referidas deben mantenerse, no sin reconocer que por sí solas no producen el resultado perseguido, mediante ellas, por la parte actora. Esta las obtuv o y los cargos de su contraparte contra ellas en casación no han prosperado, y esto basta.

En mérito de lo expuesto, lá Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el nueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho y reformando la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado cuarto Civil de este Circuito el veintiuno de enero de mil novecientos cuarenta y siete, falla el pleito así: quedan en pie las declaraciones hechas en los numerales primero y segundo de la parte resolutiva de esa sentencia y se revoca la condena a indemnizar perjuicios contenida en su numeral tercero, de que se absuelve a los demandados.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio, en ppdad.

MANDATO — LA SUSTITUCION NO TERMINA EL MANDATO

A la luz de lo dispuesto por los artículos 2162 a 2164 del C. C. y por el artículo 262 del C. J., se tiene que la sustitución de un poder hecha por el mandatario no rompe el vínculo que sobre representación creó el mandato entre mandante y mandatario, y que, por consiguiente, no puede contarse desde aquélla el lapso de tiempo señalado por el artículo 2542 del C. C. para la prescripción de las acciones allí mismo consagradas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá cursó en primera instancia y en el Tribunal Superior de Tunja en la segunda, el juicio ordinario de la señora María Elisa Morales viuda de Gil contra la Junta de Patronos del Colegio Público de Jesús, María y José de Chiquinquirá sobre pago de los servicios profesionales de abogado prestados a esta Junta como su mandatario por el doctor Aparicio Gil en el juicio posesorio de ella contra la Nación detallado en la demanda, los cuales se relacionaron en la causa mortuoria del abogado como crédito a cargo de la Junta que en la partición se adjudicó a su viuda, la actual demandante. La parte demandada se opuso, conviniendo en la prestación de los servicios pero alegando que había dado al abogado durante ellos partidas de dinero que sin duda los pagaban, porque él después no le pasó cuenta alguna, invocando, a más de la excepción de pago, la de prescripción extintiva de la acción, en cuanto al notificársele la demanda el 13 de marzo de 1946 habían transcurrido más de tres años a partir de la sustitución del poder que él hizo en otro abogado el 5 de junio de 1941, sustitución que, dice, puso término al mandato.

El Juzgado halló comprobado este contrato, pero no su ejecución, y observó, además, que no estaba acreditada la personería de la parte demandada. Sobre este pie falló el 18 de abril de 1947 absteniéndose de hacer las declaraciones pedidas.

El Tribunal anotó la diferente situación en que las pruebas levantadas ante él habían colocado el asunto y entró a conocer en el fondo, pero, aunque halló que el doctor Gil había trabajado en ejercicio del mandato, estimó probada la prescripción y con esta declaración reemplazó la sentencia del Juez en la de 4 de mayo de 1948, contra la cual el apoderado de la demandante interpuso el recurso de casación que hoy se decide.

Sostiene el recurrente que la sustitución no pone término al mandato; de manera que no figura en la lista formulada por el artículo 2189 del C. C., y que el Tribunal al tomar como punto de partida la fecha de la sustitución para contar los tres años señalados en el artículo 2542 de esa obra, lo aplicó indebidamente, en vez de reconocer que las gestiones materia de ese mandato continuaron después de esa fecha y concluyeron en una época muy posterior, al punto de que contando desde ella, no había transcurrido ese lapso al notificarse la demanda inicial del presente juicio. Agrega que el sustituyente puede reasumir el poder en cualquier momento y que, de otro lado, mal podía el doctor Gil pasar su cuenta antes de conocer el resultado definitivo de las aludidas gestiones, pues es sabido que el éxito o el fracaso influyen en el valor de los honorarios.

Esas gestiones se iniciaron con demanda redactada por el doctor Gil y presentada con su documentación y las sostuvo en el respectivo juicio posesorio en el Tribunal Superior de Tunja hasta apelar ante él de su decisión adversa, y entonces sustituyó su poder en abogado residente en Bogotá y sostuvo y ganó ese recurso ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, después de lo cual se acordó una transacción entre la Nación y la Junta, según consta en escritura de 14 de julio de 1944, no sin que antes hubieran celebrado un contrato de arrendamiento que puede entenderse como preparatorio de ese arreglo definitivo, el 14 de marzo del mismo año (1944).

El abogado de la Junta observa en el presente juicio que el doctor Gil no intervino en nada de lo posterior a su sustitución de 5 de junio de 1941.

Así las cosas, la diferencia actual, o sea la presentada en la casación, consiste en si al notificarse la demanda de la señora de Gil habían transcurrido o no los referidos tres años. El recurrente sostiene la negativa, porque no los cuenta sino a partir de la terminación de dichas gestiones ,y la Junta sostiene la aifrmativa, y así el Tribunal, porque los cuenta desde la sustitución.

Se considera:

De las varias causas y ocasiones de terminación del mandato enumeradas por el artículo 2189, la pertinente es la primera: "el desempeño del negocio para que fue constituído". Aquí no ocurre pensar ni en plazo o condición, por no haberse sujetado a ellos el poder que la junta confirió al doctor Gil, ni en revocación del mandante, ni en renuncia del mandatario, ni en quiebra o insolvencia o interdicción, ni en cesación de las funciones del mandante.

Lo que sobre delegación establecen los artículos 2162 a 2164 de dicho Código hace ver que en casos como el que aquí se estudia, no queda por ella roto el vínculo que sobre representación creó el mandato entre mandante y mandatario. A que se agrega que, según el artículo 262 del C. J., "sustituído un poder, el sustitutor puede volverlo a asumir cuando lo tenga a bien..."

Estas breves reflexiones bastan para reconocer que el Tribunal erró al estimar la sustitución como terminación del mandato y al aplicar en consecuencia el artículo 2542 citado contando desde aquélla el lapso de tiempo señalado para la prescripción de acciones como la ejercitada en esta causa. Si el negocio para el cual se confirió mandato al doctor Gil no quedó concluído o desempeñado sino cuando se otorgó la citada escritura de 1944 y la demanda se notificó el 13 de marzo de 1946, no cabe declarar la prescripción que declaró el Tribunal en la sentencia recurrida.

Esto es suficiente para casarla, sin lugar a estudiar los demás cargos que se le hacen, dado lo que dispone el artículo 538 del C. J., del que se deduce también la obligación de la Sala de dictar "en su lugar la resolución que corresponda".

Para ello se agregan a las consideraciones precedentes estas otras:

Está plenamente acreditado que la Junta hoy demandada confirió su referido mandato al doctor Gil y que él lo desempeñó preparando, formulando y presentando la demanda del juicio respectivo y sosteniéndolo hasta que el Tribunal decidió y él apeló de esta decisión. No hay disputa entre las partes sobre que dichos mandante y mandatario no habían fijado la remuneración de éste, lo que significa que aquél debe pagar a éste la remuneración usual (C. C., artículo 2184), que es lo demandado. Estimados pericialmente tales honorarios en el término probatorio de la segunda instancia, quedaron fijados en $ 4.000.00, avalúo que rindieron los peritos de común acuerdo con la debida fundamentación. De los pagos que la parte demandada dice haber hecho al doctor Gil, no hay constancia en el expediente.

Se desprende de estos hechos la condena a pagar la suma que acaba de expresarse. La demanda pide condena también a pagar intereses; pero a este respecto debe observarse que si mandante y mandatario no contrataron los servicios de éste por determinada suma pagadera en determinada oportunidad, si el mandatario no pasó cuenta y si sólo ahora mediante este litigio y la fijación pericial viene a condenarse al pago de dicha suma, carece de base lo atañadero a intereses en lapso anterior a la situación que hoy queda así creada o aclarada.

La señora demandante comprobó en debida forma su dominio sobre el crédito de que se trata, pues trajo a los autos la hijuela y demás piezas pertinentes del juicio de sucesión de su marido, protocolizado y registrado en legal forma.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho y revocando la del Juzgado 2° Civil del Circuito de Chiquinquirá, de diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta y siete, falla este pleito así:

Condénase al Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá, representado por su Junta de Patronos, a pagar en esa ciudad a la señora María Elisa Morales, viuda del doctor Aparicio Gil, la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), valor de los honorarios de éste como mandatario de dicha Junta en el juicio posesorio de ella con-

tra la Nación seguido ante aquel Tribunal y la Corte Suprema de Justicia, decidido por la Sala de Negocios Generales de ésta en sentencia de 2 de junio de 1943. El pago se hará al quedar ejecutoriada la presente sentencia.

Se absuelve a la parte demandada de los demás cargos de la demanda.

No están probadas las excepciones opuestas.

No hay lugar a condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA — BUENA Y MALA FE

Como lo ha dicho la Corte: "Esta manera de considerar la BONA FIDES como una realidad y no simplemente como intención de legalidad y una creencia de legitimidad se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitécnica, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción legal de que la fe es buena. El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruír la presunción misma con una clara prueba de los hechos en que funda su impugnación (Ricci). La mala fe no debe tampoco ser una creencia en cuya formación no intervenga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la seducción acertada hecha sobre la plena comprobación de los hechos precisos de naturaleza incompatible con la BONA FIDES... Sin olvidar tampoco que en la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible la buena fe en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adaptada a las situaciones de cada caso..."

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado promiscuo del Circuito de Charalá, por medio de apoderado y en libelo de fecha 19 de septiembre de 1944, Abelardo Toledo demandó en juicio ordinario de reivindicación a Francisco A. Gualdrón para que se le condene a restituírle, libre de todo gravamen, embarazo y limitaciones, dentro del término que señale la sentencia, el predio rural denominado Vega del Tablón, ubicado en la vereda de Menizaque, en el Municipio de Charalá por los linderos que expresa, con sus frutos correspondientes a posesión de mala fe y el valor de los daños sufridos por el fundo más las costas del juicio.

En los hechos fundamentales de su acción explica el reivindicante Toledo que el derecho de dominio sobre el fundo de la vereda de Menizaque lo adquirió por compra a Jerónimo Sarmiento como consta de la escritura pública número 197 de 4 de julio de 1939, otorgada en la Notaría de Charalá, y que esta finca fue a dar a manos del demandado Gualdrón por virtud de una promesa de venta que de ella le hicieron Carlos, Jerónimo y María Gregoria Sarmiento el 1º de diciembre de 1937 como herederos de Francisco A. Sarmiento antes de liquidarse su sucesión, en la cual le fue adjudicado a Jerónimo, por lo cual la venta prometida no fue celebrada. Añade que a pesar de sus gestiones extrajudiciales y algunas judiciales no ha obtenido la entrega de su predio.

Manifestó el demandado al contestar la demanda que los hechos en que la apoya el actor debían probarse y se opuso a las pretensiones del reivindicante, manifestando que no era poseedor de mala fe y que el predio cuestionado tenía mejoras y expensas de conservación que se le debían indemnizar previamente a cualquier despojo.

Concluída la tramitación del primer grado sin aprovechamiento probatorio por parte del demandado, el Juzgado del Circuito profirió sentencia definitiva el 31 de enero de 1946 en la cual fueron acogidas y despachadas de conformidad todas las peticiones de la demanda. Se condenó al pago de los frutos "teniendo como base para el pago el avalúo dado por los peritos en la diligencia de inspección ocular practicada el día 7 de febrero de 1945. La condena al pago de frutos en la forma en que se hace, sólo debe tener efecto a partir de la fecha de la contestación de la demanda en el juicio de perturbación iniciado en este Juzgado por Toledo contra Gualdrón el

día 7 de octubre de 1942, relacionado en este fallo". Costas a cargo del demandado.

Al cabo de la segunda instancia a que dio lugar la apelación interpuesta por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en sentencia de 1º de julio de 1947 reformó la recurrida en punto a las prestaciones de la reivindicación, así: "a) El valor de los frutos podidos percibir, será liquidado en la ejecución de la sentencia, según los datos que para entonces se allegaron; b) Los mismos se cobrarán desde la notificación de la demanda en el juicio especial sobre entrega material seguido en el Juzgado por Abelardo Toledo contra Francisco Antonio Gualdrón y otros; c) Se absuelve al demandado por los daños y deterioro en la finca que debe restituir". Sin costas en la segunda instancia.

No es necesario compendiar la motivación de este fallo de segunda instancia en lo que se refiere a las bases de la acción de dominio, que en ninguna forma se ataca ante la Corte. El recurso de casación que hoy se decide se plantea exclusivamente en torno de las condenaciones accesorias por prestaciones mutuas de la reivindicación, que se irán viendo a la medida de los cargos.

El recurso

Invocando la causal primera de casación (artículo 520 del C. J.) el demandado recurrente formula contra la sentencia del Tribunal los cargos por violación legal que en seguida se enuncian y compendian:

a) Violación del artículo 964, inciso 3º, del C. C. que dispone que "el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda", mal interpretado, porque la demanda a que allí se alude no puede ser otra que la del juicio de reivindicación que origina las prestaciones recíprocas, de tal modo que habiéndose contestado ésta con posterioridad al 19 de septiembre de 1944, no puede condenarse al demandado a pagar frutos desde el 7 de octubre de 1942, como lo hace la sentencia.

b) Infracción directa del artículo 769 del C. C. porque el Tribunal desconoció abiertamente la presunción de buena fe allí consagrada en favor del poseedor, puesto que está probado con la promesa misma de contrato de venta que el demandado Gualdrón entró en posesión material de la finca por virtud de la entrega que por aquella promesa se le hizo, y la justicia ordinaria lo amparó según la sentencia proferida en el juicio que le siguió el demandante Toledo para la entrega del fundo reivindicado ahora.

c) Violación del artículo 721 del C. J. en que incurrió el Tribunal al fundar su condena al pago de frutos en el avalúo pericial, como lo hizo el Juez de primer grado, cuando los peritos no fundamentan debidamente el dictamen.

Considera la Corte:

Lo primero que se advierte al comenzar el examen de los cargos es la inversión lógica en que se presentan, pues el primero, relativo a la extensión temporal de la obligación de restituir frutos de la cosa reivindicada, es una consecuencia legal de la calificación judicial de la fe con que ha poseído el demandado vencido, a que se alude en el segundo.

"Esta manera de considerar la **bona fides** como una realidad y no simplemente como intención de legalidad y una creencia de legitimidad—como lo ha dicho esta Sala— se proyecta en la apreciación de su modalidad antitécnica, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción legal de que la fe es buena. El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma con una clara prueba de los hechos en que se funda su impugnación". (Ricci). La mala fe no debe tampoco ser una creencia en cuya formación no intervenga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de los hechos precisos de naturaleza incompatible con la **bona fides**... Sin olvidar tampoco que en la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible la buena fe en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adaptada a las situaciones de cada caso... (G. J. Nº 2053, p. 49).

El Tribunal, en este caso, examinó objetivamente la conducta del demandado Gualdrón a la luz de las pruebas procesales para efecto de calificar la fe de su posesión a fin de deducir la

extensión de las prestaciones a su cargo como poseedor vencido en el juicio de dominio. Y consideró que aunque originalmente tuvo la condición de poseedor de buena fe cuando en el año de 1937 recibió materialmente el fundo de la Vega del Tablón por virtud de la promesa de venta conocida, no puede aceptarse que Francisco Gualdrón permaneciera en dicha fe después de que Abelardo Toledo lo emplazó junto con Jerónimo Sarmiento en el juicio especial del artículo 887 del C. J. para obtener la entrega del inmueble, porque aunque fuera absuelto en ese juicio posesorio por no ser él tradente de la Vega respecto de Toledo, no hay duda de que entonces conoció judicialmente su situación jurídica respecto del inmueble sobre el cual no tenía ningún título de los que confieren originaria o derivativamente la propiedad de las cosas, sin lo cual como lo ha repetido esta Sala, no es posible la conciencia de haber adquirido la cosa por los medios que autoriza la ley.

Dice el Tribunal en referencia a este juicio: "Nada objetó éste (Gualdrón) contra el derecho de dominio que ya entonces Abelardo alegaba y si Francisco Antonio resultó absuelto, esto provino de haberse constatado que no fue, ni podía ser, tradente de Toledo. De modo pues que Gualdrón, mediante ese juicio, quedó ilustrado sobre el derrotero del derecho de dominio en Vega del Tablón, y hubo de percatarse de que en vez de tener cumplimiento el contrato prometido, la propiedad ambicionada se fijó en cabeza de su contrincante. Es de anotar que en este juicio especial el Tribunal, aunque confirmó la sentencia absolutoria del Juzgado, consideró ya á Gualdrón como poseedor irregular. Estos antecedentes desvanecieron la presunción de buena fe de que hasta entonces gozó el demandado...." La buena o mala fe se refiere, relativamente a la prestación restitutoria de frutos en la acción reivindicatoria, al tiempo de su percepción como lo establece el artículo 969 del C. C.

A pesar de advertir que la Sala encuentra ajustada a la ley y a la doctrina esta calificación de fe jurídica, anota, sin embargo, la falla sustncial con que se ha formulado el cargo al respecto, porque siendo esta conclusión judicial, como se vio, fruto de examen y análisis de pruebas mencionadas y concretas, no se ha atacado en la única forma técnicamente aceptable en casación, esto es, demostrando en las condiciones de la ley que el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas que le sirvieron de apoyo y que como efecto violó un precepto sustantivo.

El último cargo referente a la violación del artículo 721 del C. J. resulta inexplicable porque el dictamen pericial a que alude y en que se basó la sentencia del primer grado, fue detenidamente considerada por el Tribunal y por no haberlo hallado satisfactorio por su fundamentación fue desechado. De ahí por qué fuera modificada la decisión del Juzgado que condenaba a pagar frutos conforme al avalúo pericial, pronunciando una condena **in genere** para que fueran liquidados en la ejecución de la sentencia. Esta acusación no tiene contenido. Y no son más los cargos.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el 1º de julio de 1947, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales. Arturo Silva Rebolledo—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. — CAUSAL 1ª DE CASACION

Como el sentenciador infiere la culpa que imputó a la víctima de dos hechos que tuvo como plenamente demostrados, no le bastaba al recurrente concretar, como lo hizo, su acusación a uno de ellos sin referirse siquiera al otro, pues, por el contrario, sólo atacando conjuntamente la estimación probatoria de la cual el Tribunal los desprende a ambos, podría prosperar la acusación, en caso de que estuviera fundada.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Nelia Rosa Rodríguez v. de Alzate y su menor hijo Hugo de Jesús Alzate R. demandaron por medio de apoderado al Municipio de Medellín para que en juicio ordinario y mediante sentencia definitiva se hagan estas declaraciones:

"a) Que el Municipio de Medellín es civilmente responsable de la muerte del finado señor Tulio Benjamín Alzate, ocurrida por electrocutación en esta ciudad el día 28 de agosto del corriente año.

"b) Que el Municipio de Medellín está en la obligación de pagar a la viuda del finado Alzate, señora Nelia Rosa Rodríguez, y a su hijo menor Hugo de Jesús Alzate, la cantidad de veinte y cinco mil pesos moneda corriente, o la que en este juicio o en otro sea fijada por peritos o se compruebe en alguna otra forma que sea la indemnización justa, por los daños o perjuicios materiales y morales que les causó con la muerte de su esposo y padre, señor Tulio Benjamín Alzate.

"Subsidiariamente:

"a) Que las declaraciones anteriores se hagan en favor de la sociedad conyugal, disuelta pero ilíquida, habida entre el finado Tulio Benjamín Alzate y la señora Nelia Rosa Rodríguez;

"b) Si no se hicieren como se deja dicho, que se hagan en favor de los mismos como herederos del finado Tulio Benjamín Alzate.

Los hechos en que estas súplicas se fundamentan están contenidos en los siguientes que puntualiza el libelo:

"Sexto.—El día 28 de agosto del corriente año, el finado Tulio Benjamín Alzate, marido de la señora Nelia Rosa Rodríguez y padre del menor Hugo de Jesús Alzate, se hallaba trabajando en la reconstrucción de un edificio de propiedad de los Reverendos Padres Salesianos en esta ciudad, en el crucero de la calle de Caracas con la carrera Giraldo.

"Séptimo—En los momentos en que Tulio Benjamín Alzate se ocupaba en transportar una varilla de hierro de esas que entran en el armazón de las baldosas y las columnas de los edificios, al llevarla del primer piso al segundo, una saliente de dicha varilla, la cual era muy larga, seis o siete metros que es la dimensión corriente de ellas, hizo contacto con los alambres primarios conductores de electricidad de alta tensión, correspondientes a la planta eléctrica de propiedad del Municipio de Medellín, y quedó inmediatamente electrocutado, como lo quedó también el trabajador Pedro Nel Rodríguez que ayudaba a conducir dicha varilla.

"Octavo.—Los alambres primarios conductores de electricidad a alta tensión, seis mil seiscientos voltios, los tiene colocados el Municipio de Medellín a poca distancia, un metro y medio del plano vertical de los muros del edificio en reconstrucción de que se ha hablado, en forma que entrañan una fuerte peligrosidad para la vida humana.

"Noveno.—El Municipio de Medellín, no sólo tiene esos alambres colocados de manera peligrosa, a poca distancia del plano vertical de que se habló, sino que dichos alambres de alta tensión, 6.600 voltios, están "pelados" o sea desprovistos del caucho o capa material aislante con que se acostumbra forrarlos para quitarles la peligrosidad".

Aceptada y tramitada la demanda con la oposición del demandado, el Juez del conocimiento, que lo fue el 2º Civil del Circuito de Medellín, la decidió en sentencia de 14 de agosto de 1945, por la que condenó a la entidad demandada a

pagarle a los actores perjuicios materiales y morales. La cuantía de los primeros dispuso que se fijara mediante el trámite del artículo 553 del C. Judicial y la de los segundos la señaló en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00).

Ambas partes apelaron de esa sentencia y el Tribunal Superior de Medellín, que conoció de la alzada, la reformó en la suya de seis de junio de mil novecientos cuarenta y siete, mediante la cual condenó al Municipio a pagar el 30% de la suma que se fije como monto de perjuicios materiales sufridos por los demandantes y por perjuicios morales en total para los mismos la suma de quinientos pesos ($ 500.00).

En la motivación de esa providencia el Tribunal tiene como un hecho plenamente establecido en el proceso que Tulio Benjamín Alzate falleció electrocutado junto con otro compañero de trabajo cuando se ocupaba en conducir unas varillas de hierro a la parte alta del edificio en construcción en que acaeció el hecho y después de transcribir el testimonio de Benjamín Alzate Ramírez (padre del finado), aludir al dicho de otros testigos y de copiar el acta que levantó la Inspección Municipal de Permanencia el mismo día de los sucesos, dice:

"Está, pues, comprobado que el accidente en que perdieron la vida Tulio Benjamín Alzate y otro de los trabajadores al servicio de los Padres Salesianos en el edificio en construcción de la plaza Boston, ocurrió cuando aquéllos se ocupaban en subir varillas de hierro a uno de los pisos altos, lo que hacían por la parte interior. Al tratar de pasar un relleno de la escalera y para facilitar el trabajo determinaron sacar por una ventana que da a la calle Caracas, una de las extremidades de la varilla y levantaron éstas casi verticalmente, en forma que hizo contacto con los alambres de la corriente primaria de la energía eléctrica. La descarga fue tan intensa que los arrojó al suelo en estado agónico. Pocos momentos después fallecieron por causa de la electrocutación. Los hilos conductores van desnudos, absolutamente desprovistos de cobertura aisladora. No había sido costumbre conducir las varillas a la parte alta por el interior del edificio. Se levantaban por medio de lazos y por el lado de la calle. En esta forma se eliminaba el peligro fácilmente previsible que traía el roce con los alambres de la energía. Contra este prudente y precavido procedimiento, Alzate y su compañeron insistieron en subir a hombros las varillas por las escaleras, y como, según se dijo antes, al atravesar un descanso no les fue posible hacerlo sin sacar por una ventana parte de la carga sin tomar ninguna precaución para evitar tocar los alambres de la energía eléctrica, se produjo el accidente relatado ya".

Después encontró que el Municipio incurrió en culpa y que como con ésta concurrió también de manera decisiva la actitud imprudente de la víctima, el daño estaba sujeto a reducción, de conformidad con el artículo 2357 del C. Civil.

En atención a esa misma culpa concurrente redujo la condenación por concepto de perjuicios morales a la cantidad de quinientos pesos ($ 500).

Al demandante se le concedió el recurso de casación, que hoy se procede a decidir.

Apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente propone contra la sentencia los cargos que en seguida se resumen:

a) El Tribunal incurrió en error de hecho al no apreciar o al apreciar equivocadamente las pruebas que cita y quebrantó, por apllicación indebida, el artículo 2357 del C. Civil, pues de las aludidas pruebas résulta evidenciado que Tulio Benjamín Alzate no incurrió en culpa, ni fue el directo conductor de la varilla que hizo contacto con los alambres transmisores, y que su muerte se debió al acto de desinterés, generosidad, nobleza y valor si se quiere de ayudar a su compañero de trabajo Rojas a conducir la varilla que éste cargaba, con la cual se encontraba en dificultades en el descanso de la escalera y que en esas condiciones su acto es más bien virtuoso que culposo.

b) El Tribunal apreció erróneamente la declaración de Benjamín Alzate Ramírez y el acta que practicó la Inspección Municipal de Permanencia, al dejar de relacionarlas con otras pruebas a que el recurrente se refiere, y no tener, en consecuencia, como consumado el suceso en la forma de que se habla en el cargo precedentemente sustentado; que como resultado de esos errores y al compensar las culpas, no existiendo sino la del Municipio, quebrantó, por aplicación indebida, los artículos 2356 y 2357 del C. Civil, y

c) Que el Tribunal incurrió en infracción directa y mala interpretación de los artículos 2341 y 2342 del C. Civil y 94 del C. Penal en atención a que "la entidad demandada no fue condenada **a pagar a cada uno** de los demandantes los perjuicios morales" a que conforme a esos textos tienen derecho, ya que la condena se profirió en beneficio de uno de ellos con prescindencia del otro que también es acreedor a la indemnización.

La Corte considera:

La culpa que el Tribunal, tomando en cuenta

las pruebas del proceso, la imputó a Tulio Benjamín Alzate para darle así aplicación al precepto del artículo 2357 del C. C. según el cual la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, no la hizo consistir en el hecho para ese efecto intrascendente de que la víctima condujera directamente o ayudara a otro trabajador a conducir en el momento en que ocurrió el suceso la varilla metálica que hizo contacto con los alambres transmisores de energía eléctrica, pues sea de ello lo que fuere, es lo cierto que lo que da el sentenciador por demostrado es que el accidente "ocurrió cuando aquéllos se ocupaban en subir varillas de hierro a uno de los pisos altos, lo que hacían por la parte interior" del edificio en que trabajaban. Y esto es tan indiscutible, que hay que considerarlo como un punto que está colocado fuera del debate, como que constituye uno de los hechos fundamentales de la demanda, el séptimo que antes se dejó copiado, en el cual se da la misma versión a los sucesos que el Tribunal acoge y que el recurrente pretende —inútilmente— desvirtuar en casación.

Además, la actividad culposa de la víctima la desprendió el sentenciador de los siguientes hechos: que "Alzate y su compañero se empeñaron en subir a hombro las varillas por las escaleras", contrariando las órdenes o costumbres establecidas en la obra; que las varillas se levantaban "por medio de lazos y por el lado de la calle", con lo cual se eliminaba el peligro de contacto con los alambres transmisores; y que tanto Alzate como el otro trabajador determinaron sacar por una de las ventanas del edificio en construcción, una de las extremidades de las varillas, levantándola casi verticalmente, sin tomar ninguna precaución y en forma que hizo contacto con la corriente de la energía.

Para demostrar un error evidente del Tribunal al tener como probado el primero de esos hechos el recurrente invoca tres declaraciones de testigos, según los cuales en Medellín "el transporte vertical de elementos o materiales a los pisos altos de una construcción se efectúa generalmente por la parte interior de una construcción"; pero bien se ve que dada la generalidad de este concepto no resulta contradicción o incompatibilidad con lo que el Tribunal dio por establecido al analizar otras pruebas, o sea que en el caso concreto de la obra en que ocurrió el transporte de las varillas debía hacerse, conforme a lo ordenado por el jefe de trabajos "por medio de lazos y por el lado de la calle".

De otro lado, obrando, como obran en el proceso, pruebas que a lo sumo permitirían llegar a la conclusión que desprende el recurrente a la que deduce el Tribunal, no es posible, ante esa situación probatoria, configurar el error de hecho evidente, pues donde siquiera exista duda no puede darse o no tiene cabida un error de semejante naturaleza y entidad.

Además, como el sentenciador infiere la culpa que imputó a la víctima de dos hechos que tuvo como plenamente demostrados, no le bastaba al recurrente concretar, como lo hizo, su acusación a uno de ellos sin referirse siquiera al otro, pues por el contrario sólo atacando conjuntamente la estimación probatoria de la cual el Tribunal los desprende a ambos podría prosperar la acusación, en caso de que estuviera fundada.

Las razones que anteceden son suficientes para rechazar los cargos que se compendiaron en los apartes a) y b) precedentes, puesto que haciéndose depender de la violación de la ley sustantiva los errores en la apreciación de las pruebas y no alcanzándose a demostrar tales errores, la acusación cae por su base.

Finalmente, el cargo sintetizado en el aparte c) es totalmente infundado, pues se sustenta en que el Tribunal prescindió de uno de los demandados al decretar la reparación debida en concepto de perjuicios morales y no hay tal, porque bien claro se ve en la parte resolutiva del fallo que la cantidad de quinientos pesos ($ 500) a que por ese concepto se condenó al Municipio se ordena pagarla "a los actores", que son dos y no uno solo de ellos.

No prosperan los cargos propuestos.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de seis de junio de mil novecientos cuarenta y siete, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca — Arturo Silva Rebolledo— Emilio Prieto H., Ofl. Mayor en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO.—CUANDO UNO DE LOS CONTRATANTES NO ESTA DECLARADO EN INTERDICCION JUDICIAL, ES NECESARIO PARA QUE EL CONTRATO SE DECLARE NULO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO, QUE SE ADUZCA LA PRUEBA DE QUE LA PSICOSIS PADECIDA POR AQUEL SUPRIMIA LA DETERMINACION DE LA VOLUNTAD Y QUE TAL HECHO ES CONCOMITANTE CON EL DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO. CONFESION FICTA

1.—Como el contratante que se afirma celebró el negocio sin estar en el pleno uso y goce de sus facultades mentales, motivo por el cual se demanda la nulidad del acto, no estaba, en el momento de realizar el negocio, declarado en interdicción judicial, en el examen de la cuestión ha de partirse de la base de la presunción de capacidad para contratar, ya que según el artículo 1503 del Código Civil, toda persona lo es legalmente, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

Cuando un individuo no está, ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos sus actos mediante la simple demostración de que tal persona ha adolecido de una psicosis; es necesario que se aduzca una doble prueba, a saber:

a) Que ha habido una "perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad", según la terminología muy técnica del Código Alemán, o que excluye la "capacidad de obrar racionalmente", como dice el Código Suizo; b) que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato.

Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda psicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico.

De acuerdo con esta doctrina, reiteradamente sostenida por la Corte en innumerables fallos, el momento en que jurídicamente interesa y es necesario establecer la existencia de la enfermedad mental, es en el de la celebración del contrato, porque es ahí donde se presta el consentimiento en la forma plena y eficaz que requiere la ley, con conciencia de la naturaleza del acto y de la extensión de sus efectos y obligaciones, sin ninguna confusión de espíritu que merme la potencialidad mental y volitiva en la medida que garantiza el adecuado ejercicio de las actividades civiles.

2.—Lo único que a la Corte le incumbe averiguar al estudiar el cargo sobre error en la apreciación de la prueba, es si hubo o no una contravención a la ley resultante de un error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

3.—La confesión ficta o presunta tiene lugar, entre otros casos, cuando citado personalmente el absolvente, con señalamiento de la fecha y hora para responder al cuestionario propuesto y prevenido de que si no comparece se presumirán ciertos los hechos sobre los cuales tenga obligación de contestar o da respuestas evasivas e inconducentes, o, lo que es lo mismo, elude sin motivo razonable la respuesta categórica, en las circunstancias previstas por el artículo 617 del C. J. Entonces, previa la amonestación que le hará el Juez para que conteste o para que no eluda hacerlo, de lo cual se dejará constancia en la respectiva diligencia de absolución, el Juez, al estimar el mérito probatorio de la diligencia, que será al pronunciar el fallo, tendrá por cierto el hecho preguntado, es decir, tanto valdrá esto como si el absolvente hubiera admitido el cargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El señor Miguel Méndez Amaya, vecino de la población de Agrado, en el Departamento del Huila, viudo, de edad mayor de setenta y cinco años, vendió a Misael Pastrana, por medio de la escritura pública número 109 de 10 de marzo de 1942, pasada ante el Notario del Circuito de Garzón, los derechos que por concepto de gananciales o por cualquier otro título, le pudieran corresponder en la liquidación de la sociedad conyugal que tuvo formada con su esposa, la señora María Losada y en la sucesión de la misma, por la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00), que dejó en poder del comprador, con cuatro años de plazo, garantizándose el pago con hipoteca de lo adquirido; se excluyeron de la venta, los ganados y una casa de habitación, en la mencionada población de Agrado.

Pastrana se hizo presente en el juicio mortuorio de la señora Losada de Méndez y obtuvo se le adjudicara en pago de los derechos adquiridos, la finca o campo "La Primavera", ubicada en el paraje de "Yaguilda", municipio de Agrado, y un lote de terreno situado allí mismo, llamado "Mojarra" y algunos muebles.

El contratante vendedor Méndez Amaya murió poco tiempo después, dejando como sus herederos a sus legítimos hijos José Méndez Losada, Guillermo, María de los Angeles y otros.

Considerando el heredero José Méndez Losada, que su padre Miguel Méndez Amaya, en la "época y fecha" en que cedió a Pastrana los derechos de que se ha hablado, estaba demente, y que para entonces ya se habían iniciado las diligencias conducentes para obtener su interdicción judicial, demandó la nulidad del contrato consignado en la referida escritura 109 y en consecuencia, pidió se devolvieran por el comprador a la sucesión del señor Miguel Méndez Amaya, las fincas que le fueron adjudicadas en la mortuoria de la señora de Losada, debiéndose practicar la liquidación de la herencia entre sus hijos como herederos legítimos, y cancelar las adjudicaciones hechas a Pastrana en la causa sucesoral de que se habló atrás.

El demandado, al evacuar el traslado correspondiente, acepta haber celebrado con Méndez el contrato de compra de lo indicado, así como el que hubiera quedado en su poder, en préstamo, el valor de lo vendido, con cuatro años de plazo, con garantía hipotecaria de los mismos derechos cedidos, y negó los demás fundamentos en que se apoya la acción propuesta. A su vez, contrademandó al actor, para que le cubriera la suma de un mil pesos ($ 1.000), valor de un lote de ganado que le dio en pago de los derechos que a Méndez Losada le pudieran corresponder en la mortuoria de su padre.

Sentencia de primera instancia

Trabada la litis en las condiciones expuestas, el Juez de la causa absolvió tanto al demandado en el pleito principal, como al contrademandado, de las acciones que recíprocamente se propusieron.

La sentencia recurrida

Por apelación interpuesta por ambos litigantes, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, donde luégo de la tramitación correspondiente, se puso término a la segunda instancia por fallo de cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, en que se confirma la providencia del inferior en la parte en que se absuelve a Pastrana, y se reforma condenando a Méndez Losada a devolver a aquél la suma que le había entregado como parte del valor de sus derechos en la mortuoria paterna.

Como consecuencia del fallo desfavorable tanto en la acción principal, como en lo contrademandado, el perdidoso, señor Méndez Losada, interpuso recurso de casación, por cuyo motivo los autos fueron enviados a la Corte, donde el juicio ha tenido la tramitación necesaria y siendo la oportunidad legal, la Sala pasa a fallarlo.

La sentencia recurrida se apoya en el estudio minucioso de la numerosa prueba testimonial allegada a los autos, en que, por un lado se establece la conducta del señor Méndez Amaya en los últimos años de su existencia, presentándosele como un individuo perturbado en sus facultades psíquicas, debido a la edad y a la afección moral que le pudo ocasionar la muerte de su esposa, y en tales condiciones, se le exhibe como falto de memoria, incoherente en sus expresiones, atacado de manía religiosa, se le ve con frecuencia ir a la iglesia, no recuerda la muerte de su mujer, hace llamar a alguna persona para tratar asuntos con ella y al presentarse, niega

haberla solicitado, hace actos de perturbado mentalmente a decir de algunos testigos, como saludar de rodillas a las Hermanas de la Caridad, entra sin razón y de improviso en ataques de cólera. Se demuestra que después de haber vendido su finca, no recuerda el hecho y ordena allí trabajos y, en fin, que adopta actitudes y conducta nada acordes con una mente sana. Se presenta también la declaración del médico, doctor Velasco Cabrera, quien ha recetado en sus últimos años a Méndez, y expresa o juzga este facultativo, que el citado señor sufría de demencia senil por su avanzada edad, excesos alcohólicos y haber sido afectado de arterioesclerosis, enfermedad que en su período avanzado produce anemia cerebral; que observó en Méndez épocas de perturbación mental, alternadas con otras de discernimiento; que "en las conversaciones con él, unas veces aparece con ideas bien coordinadas y razonando normalmente y en otras, tiene alteraciones emotivas que lo hacen llorar sin causa justificada, se le presentan perturbaciones afectivas consistentes principalmente en un profundo odio o antipatía a uno de sus hijos sin causa razonable".

Por otro lado observa el Tribunal que se adujeron también declaraciones testimoniales encaminadas a establecer que, si bien existían en Méndez algunas actitudes no ajustadas a una mente sana, tales perturbaciones eran pasajeras; que en la época en que celebró el contrato con Pastrana, se comportó como una persona normal, discutió las condiciones del negocio, se hizo asesorar de su hermano Samuel Méndez, quien fue a buscar a Pastrana para efectuar el negocio y luégo de celebrarlo, le expresó a su mismo hermano estar muy satisfecho con la operación realizada. En los mismos términos encuentra el sentenciador que declaran los testigos instrumentales y a su vez, el Notario, quienes no observaron en el otorgante vendedor ninguna circunstancia anómala; por el contrario, lo hallaron en su cabal juicio. Hace especial examen del testimonio del médico doctor Valenzuela, quien dijo haber tenido oportunidad de recetar como facultativo al señor Méndez, en ausencia de su médico el doctor Velasco Cabrera. Quien no tuvo ocasión de hacer estudio especial de sus condiciones mentales, lo cual hubiera demandado varias sesiones; pero que, "en todo caso no se trataba de una psicosis de manifestaciones latentes y diagnóstico inconfundible". Que oyó hablar del estado mental irregular del enfermo, cosa explicable por su avanzada edad, entre setenta y cinco y ochenta años. Anota la sentencia que este mismo testigo médico, que fue llamado a tratar al señor Méndez, el diez de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, precisamente en el momento que otorgaba la escritura de venta cuya nulidad se demanda, por razón de una afección cardíaca que se le presentó allí, lo halló normal en el ejercicio de sus facultades mentales. Que la afección cardíaca motivo de su presencia en aquel lugar como médico, no era circunstancia para tener a Méndez Amaya como persona inhábil desde el punto de vista de su inteligencia; que ese día conversó con Méndez, quien le relató el negocio que acababa de realizar.

Entra luégo el sentenciador a considerar la prueba pericial practicada en el juicio a solicitud del demandante, consistente en el estudio realizado por los expertos en la ciencia de la medicina, doctores Duque Gómez y González García, designados por las partes, quienes luégo de hacer el examen de todos los elementos de prueba allegados al proceso, en pro y en contra del estado mental del otorgante vendedor señor Méndez Amaya, estuvieron acordes en sostener, en primer término, que no existen en el expediente "pruebas fehacientes de que el señor Méndez Amaya estuviera afectado desde 1938 en adelante hasta su muerte en 1942, de demencia senil". En el proceso, afirman, no hay testimonios basados en hechos científicos y de personas expertas en patología mental, solamente existe la atestación del médico doctor Velasco Cabrera, en cuya exposición no se presenta como observado en Méndez, el verdadero cuadro clínico de la demencia senil, sino síntomas de hipertensión arterial, debido a una arterioesclerosis generalizada, que se puede considerar como una evolución natural de un individuo de setenta y siete años. Sostienen los peritos que "no es posible considerar que la lesión cerebral correspondiera en el señor Méndez Amaya a una demencia senil, toda vez que dicho señor manejó sus intereses sin pérdida de dinero, ni merma en su capital, hasta cuando hizo partición de bienes con sus hijos; después de este tiempo, continúa efectuando negocios con pleno uso de sus facultades, en relación directa sí, con sus escasos conocimientos y poco cultivo intelectual, tratándose como se trataba de un analfabeta". Agregan que en relación con su conducta o estado psíquico para los meses de febrero y marzo del año de 1942 (la época en que se celebró el contrato que se demanda), no existe prueba alguna en el expediente demostrativa de que el señor Méndez padeciera de desequilibrio

mental; los testigos instrumentales y el señor Notario aseveran que efectuó la venta en pleno goce de sus facultades. Termina el estudio médico legal, reproducido en su totalidad por el Tribunal como fundamento del fallo, expresando que en las circunstancias en que se hallaba el señor Méndez para celebrar un contrato o efectuar un negocio o acto jurídico, puede considerarse como consciente y obrando con pleno goce de sus facultades mentales, según el aserto de las personas que concurrieron a atestiguar y solemnizar tales actos.

Considera el Tribunal, que al tenor de los principios de nuestro derecho civil, toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la misma ley ha declarado incapaces. Hace la distinción de los casos que contempla el artículo 553 del C. C. sobre actos ejecutados por un individuo antes de ser declarado en interdicción judicial y los realizados con posterioridad a tal decreto, siendo nulos —concluye— los últimos, de nulidad absoluta.

Dice también, que a Miguel Méndez se le consideraba por el demandante, para el momento de la celebración del contrato, en estado de perturbación mental, pero no habiendo sido declarado en interdicción, sus actos o contratos deben presumirse válidos, a menos de demostrarse que para entonces estaba afectado de demencia, cosa que no se hizo y que, por el contrario, según lo atestiguan muchas personas de entero crédito y lo confirman los peritos gozaba del ejercicio pleno de sus facultades, cuando celebró el contrato cuya invalidez se solicita.

Estudia luégo la sentencia, los demás motivos de nulidad alegados, error y dolo, para concluir que no se demostró en forma alguna, ninguno de tales vicios.

La contrademanda

El Tribunal reforma el fallo del Juez **a quo**, en el sentido de condenar a Méndez Losada a pagar a Pastrana la suma de un mil pesos ($ 1.000.00), entregada por éste a aquél como parte del precio de los derechos que Méndez ofreció venderle, referentes a la mortuoria de su padre. Cree el sentenciador, que tal obligación está demostrada ya con la confesión extrajudicial acreditada en el juicio con dos testigos, ya con el dicho de otros, y sobre todo, con la confesión ficta, declarada así por el Juez a virtud de la renuencia del demandado a dar contestación a las posiciones que se pidieron en el término de prueba, y a las cuales respondió con evasivas, persistiendo en ello no obstante las amonestaciones hechas por tal funcionario.

Los motivos de casación alegados

Acusa la sentencia el recurrente por violación de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley, a la vez que por violación indirecta, por apreciación errónea de algunas pruebas, y por falta de apreciación de otras. Es decir, se ataca el fallo del Tribunal, por la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J. Los cargos pueden sintetizarse así:

a) Error de hecho en la apreciación de pruebas.

Lo fundamenta en que se tuvo por válido el contrato de compraventa celebrado por Méndez con Pastrana, por entender el Tribunal que tal convenio se llevó a cabo "en un intervalo lúcido" dentro del estado de demencia del contratante vendedor.

A su juicio, el demente senil es un enfermo mental que no goza de tales "intervalos de conocimiento", ya que su afección es de carácter progresivo y no entra en receso en ningún momento, lo que presupone que no es posible la prueba de "intervalos de lucidez mental en un paciente atacado de tal psicosis".

Se querella de que no se tuvo en cuenta la numerosa prueba testimonial, aducida para demostrar la demencia senil en el vendedor Méndez. Entre los testimonios no apreciados, cita especialmente la declaración del doctor Benigno Velasco Cabrera, médico habitual de Méndez.

Enumera también los nombres de más de veinte testigos, con cúyas deposiciones, que juzga mal apreciadas, cree haber establecido que Méndez Amaya presentaba con anterioridad al diez de marzo de mil novecientos cuarenta y dos y con posterioridad a tal fecha, una serie de síntomas reveladores de desequilibrio mental, tan graves, como pasar intempestivamente y sin causa razonable, de las manifestaciones de odio a las de aprecio de una persona, olvido de hechos trascendentales en su vida, como el fallecimiento de su esposa; actitudes de pródigo, como regalo de semovientes, de entregas de dinero, desorientación en lugares muy conocidos y frecuentados por él; olvido del valor de las espemies monetarias; actitudes místicas; actos de exhibicionismo en lugares públicos; cambios emotivos, de la risa al llanto, de la alegría franca a la tristeza.

Alega falta de apreciación de los testimonios médicos de los facultativos que trataron al enfermo con regularidad, como la atestación del doctor Velasco Cabrera, quien dice que "Méndez presentaba toda la sintomatología del demente senil, tanto en el estado evolutivo como en su etiología".

Manifiesta igualmente su inconformidad con la estimación de lo aseverado por dicho médico, pues al expresar éste, que el enfermo presentaba en ocasiones síntomas de demencia y en otros no, el Tribunal tomó erradamente esta opinión, para concluir que las manifestaciones de demencia de Méndez eran esporádicas, encontrándose en el goce de sus facultades, cuando no estaba afectado de la psicosis, lo que señala como una equivocación, dado que no siempre, un enfermo mental está en período agudo, sino que entra en situación de reposo, que no puede tomarse por intervalo lúcido, como si la falta de manifestación de los síntomas en un momento dado, pudiera tenerse como la no exsitencia de la entidad patológica.

El Tribunal —dice— estimó erradamente aquel cúmulo de pruebas sosteniendo que sólo podían tenerse como elementos ilustrativos del criterio de peritos psiquiatras, mas no como medios directos pertinentes para fallar por lo demostrado con ellas, o sea, que a juicio del fallador, la demencia senil no es susceptible de ser establecida con cualquier prueba, sino únicamente con la pericial, lo que está en desacuerdo con varias sentencias de la Corte, entre ellas, la de diez de octubre de mil novecientos vienittrés, Tomo HI de la **Jurisprudencia,** pág. 272, donde claramente la Corte expresa que para comprobar el estado de demencia, es admisible toda otra prueba aun distinta de la pericial.

Concluye afirmando que hubo "falta de apreciación de unas pruebas y equivocada apreciación de otras", lo cual aparece, a su entender, de modo manifiesto en los autos.

b) Error de derecho en cuanto a la prueba del intervalo lúcido.

Erró el Tribunal —dice— al aceptar como válida la tesis de que en la demencia senil pueden existir intervalos lúcidos, ya que tal enfermedad mental es de carácter progresivo. Habiéndose demostrado que Méndez estaba demente antes de efectuar el contrato de compraventa cuya nulidad se demanda y lo estuvo después hasta su muerte, no se podía admitir el intervalo de lucidez mental, porque en tal afección no lo acepta la ciencia médica, por caracterizarse en un apagamiento o muerte lenta de la inteligencia.

Que los testigos aportados por el demandado para demostrar el estado normal del otorgante en el momento de celebrar el contrato **sub judice,** como son el Notario que lo solemnizó, el médico doctor Valenzuela y otros, expresa sólo, que el instrumento público que lo contiene, se firmó en casa de Pastrana, que ya estaba redactado, que el otorgante vendedor se encontraba moribundo, todo lo cual hace ineficaz su deposición sobre la capacidad y discernimiento de Méndez Amaya, para prestar su consentimiento, de donde concluye que hubo indebida apreciación de tales testimonios.

c) Error de derecho y de hecho, en la apreciación del dictamen de los peritos médico.s

Lo deduce de haber aceptado el Tribunal las conclusiones a que llegaron los facultativos doctores Duque Gómez y González García, a pesar de que éstos, al opinar así, no se ciñeron, dice, a las cuestiones que les fueron sometidas, ya que se les exigió dictaminaran, dados los testimonios aportados al proceso, sobre la conducta habitual de Méndez Amaya en los últimos años de su vida, sobre su estado mental y los expertos en su exposición, hacen constar que no existen en el expediente elementos de prueba suministrados por médicos psiquiatras sobre la situación mental de Méndez Amaya, para apoyarse en ello, y deducir las condiciones mentales de tal individuo, siendo así que lo propuesto por el Juez a su ciencia, era dictaminar, teniendo en cuenta los testimonios de todo orden allegados al pleito, sobre la capacidad del referido señor para contratar y no, si existía en el proceso prueba de expertos médicos sobre lo que se indagaba; que precisamente se les pidió hicieran el estudio de la cuestión al través de lo relatado sobre el modo de actuar Méndez por testigos profanos en la ciencia médica.

No habiendo cumplido los peritos, dice, su encargo de "examinar el material que se sometía a su estudio, su dictamen ha debido rechazarse", por haber conceptuado sobre cuestiones ajenas al caso propuesto.

Por lo tanto —añade— hubo error de derecho y de hecho, al tener en la sentencia como prueba la exposición experticia y al darle valor "contra los demás elementos del proceso".

Señala esta circunstancia como razón suficiente para que el Tribunal no hubiera aceptado la

pericia, y al hacerlo incurrió, según su criterio, en error de hecho y de derecho.

Se citan como violados por los aspectos que se dejan enunciados, los artículos 553, 1502, 1504, 1741 del Código Civil y el artículo 593 del C. J. sobre derecho probatorio, disposición según la cual, dice, los hechos en que se apoya la demanda pueden demostrarse por cualesquiera de los medios indicados en los capítulos sobre pruebas del Código de Procedimiento Civil, siempre que tal medio no esté prohibido o se indique un medio especial de prueba.

Se considera:

Al través del estudio de la sentencia de primer grado, que el Tribunal prohija por encontrarla ajustada a las normas legales, éste hace, a su vez, el estudio de las pruebas allegadas en las dos etapas del proceso.

Ellas consisten, por parte del demandante, en un numeroso grupo de testimonios, entre los que figura el del facultativo doctor Velasco Cabrera, encaminados uno y otros a demostrar perturbaciones psíquicas en el señor Miguel Méndez Amaya, antes y después del otorgamiento de la escritura de traspaso de sus gananciales al señor Pastrana, y por parte de éste, la declaración del Notario que legalizó la venta, la del médico doctor Valenzuela, que ocasionalmente estuvo presente en el momento en que se celebraba tal contrato, la de los testigos instrumentales y la de otras personas quienes por su lado están acordes en afirmar la conducta normal de Méndez al realizar su venta, con quien los deponentes tuvieron ocasión de departir sobre el particular, oyendo de sus labios la expresión de estar satisfecho de la operación efectuada y quienes observaron en él una conducta normal que revelaba el goce de sus facultades mentales.

Tuvo en cuenta el Juzgador, de manera primordial, el examen pericial de los médicos, doctores Duque Gómez y González García, a quienes se sometió el acervo de elementos probatorios del proceso, a fin de que dictaminaran de acuerdo con los principios de la ciencia de la psiquiatría, si dados los antecedentes de Méndez y su conducta, relatada por los testigos para la fecha del contrato, consideraban que estaba afectado de demencia senil o perturbación mental, que hiciera ineficaz su consentimiento en el contrato tantas veces nombrado, o por el contrario, disfrutaba del goce de sus facultades y su acto pudo considerarse como consciente y realizado con plena voluntad y raciocinio normal, decidiéndose los peritos de común acuerdo por esta última solución.

No considera el sentenciador que Méndez Amaya fuera un enfermo mental que en un momento de lucidez celebró su contrato, sino que por el contrario, apoyado en el dictamen de los peritos médicos, y en lo expresado por los testigos, el juzgador llegó a la convicción de que Méndez era una persona normal, aun cuando presentaba cierto decaimiento mental propio de su edad avanzada, que no impedía la prestación legal de su consentimiento.

No se trata en el caso en estudio, de un sujeto bajo el régimen de interdicción judicial, que hubiera celebrado un acto o contrato, sino de un individuo a quien se atribuye un estado de demencia senil, que sin haber sido declarado en interdicción realizó un negocio, que uno de los interesados en su invalidez, lo tacha de nulo por falta de capacidad para consentir. Por consiguiente, en el examen de la cuestión, ha de partirse de la base de la presunción de capacidad para contratar, ya que según el artículo 1503 del Código Civil, toda persona lo es legalmente, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

Cuando un individuo no está, ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos sus actos mediante la simple demostración de que tal persona ha adolecido de una psicosis, es necesario que se aduzca una doble prueba, a saber:

a) Que ha habido una "perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad, según la terminología muy técnica del Código Alemán, o que excluye la "capacidad de obrar racionalmente", como dice el Código Suizo; b) que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato".

Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda psicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió, que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico". (G. J. Tomo 63, pág. 799).

De acuerdo con esta doctrina, reiteradamente sostenida por la Corte en innumerables fallos, el

momento en que jurídicamente interesa y es necesario establecer la existencia de la enfermedad mental, es en el de la celebración del contrato, porque es ahí donde se presta el consentimiento en la forma plena y eficaz que requiere la ley, con conciencia de la naturaleza del acto y de la extensión de sus efectos y obligaciones, sin ninguna confusión de espíritu que merme la potencialidad mental y volitiva en la medida que garantiza el adecuado ejercicio de las actividades civiles.

La demencia senil se caracteriza por un déficit intelectual, que hace decaer algunas facultades, como la memoria, hasta llegar a la amnesia profunda, como consecuencia del desgaste cerebral que se efectúa en la edad avanzada. Un cerebro que no se nutre bien y se desgasta, tiende a atrofiarse y por ende, sobreviene disminución de las capacidades mentales. Todas las facultades, progresivamente van oscureciéndose y el paciente, con inconciencia de la vida, sólo está atento al momento presente; en un período más avanzado es completa la anulación de la personalidad psíquica, evolucionando hasta la ruina absoluta y definitiva, que coloca al enfermo en un estado de completa idiocia y en la cual sólo queda en pie una vida vegetativa sobre la personalidad arruinada. Esta situación patológica, no la halló demostrada en el proceso el juzgador de segundo grado.

La prueba del demandante consiste en un numeroso grupo de testimonios, entre ellos, el del facultativo, doctor Velasco Cabrera, médico habitual del señor Méndez, como ya se dijo, quien luégo de advertir que sus exámenes y tratamientos sobre Méndez, fueron simplemente clínicos, afirma que padecía "demencia senil", que atribuye a su edad avanzada y abusos alcohólicos, y el de otros individuos que aseveran haber conocido al mismo señor, y quienes están acordes en afirmar que observaron cierto estado de perturbación mental en la vida ordinaria del señor Méndez, como exceso de misticismo, tránsito de la alegría a la tristeza sin razón justificativa, accesos intempestivos de cólera, etc., etc.

A su vez, el demandante adujo, por su parte, otra serie de testimonios relativos al estado mental del señor Méndez para el momento o época en que se realizó la escritura de traspaso de los derechos de Méndez a Pastrana, donde se presenta al vendedor en un estado de completo equilibrio mental, conversa con los testigos, manifiesta estar satisfecho de la operación comercial que realiza, aprobó claramente la escritura en cuestión, y no sabiendo firmar, rogó a Guillermo Alvarez que lo hiciera en su nombre. Entre tales testimonios, destaca el Tribunal la declaración del hermano del vendedor, señor Samuel Méndez, quien relata todos los pormenores del contrato y de qué modo fue comisionado por Méndez para entenderse con Pastrana, dando detalles que precedieron al negocio, de donde se deduce el completo dominio de las facultades en su hermano en la realización de la operación demandada. El Tribunal encuentra también de especial significación y valor, en orden al esclarecimiento del problema, la declaración del médico doctor Valenzuela, quien fue llamado a ver a Méndez con motivo de un síncope cardíaco sufrido por éste cuando efectuaba la venta materia del pleito; el facultativo tuvo, con tal motivo, ocasión de conversar con Méndez, recetarlo e indagarlo sobre el negocio que acababa de efectuar, y de todo ello dedujo y así lo expresa en su exposición, que Méndez estaba en el completo uso de sus facultades, observando en él simplemente el desgaste mental propio de una persona de su edad avanzada.

Este cúmulo de testimonios, es decir, tanto los llevados al proceso para demostrar un estado anormal psíquico, capaz de inhibir el conocimiento en el vendedor Méndez, que se encaminan a demostrar en él un estado de demencia senil, así como los presentados por la contraparte, en orden a establecer las condiciones de normalidad y capacidad mental suficientes en el otorgante en el momento de realizar el contrato de compraventa, que se legalizó por medio de la escritura pública número 109 de 10 de marzo de 1942, o sea la demostración de la conducta del vendedor, concomitante con la época de celebración de tal contrato, fue apreciado y examinado por el Tribunal, decidiéndose por la tesis de completo discernimiento en Méndez, y además se sometió la aludida prueba testimonial al estudio de expertos médicos, los doctores Duque Gómez y González García, peritos que estuvieron acordes en sostener, en contradicción con lo afirmado por el testigo médico, doctor Velasco Cabrera, que Méndez no padecía de demencia senil, sintetizando su pensamiento en el siguiente pasaje de su exposición pericial:

"En síntesis y como conclusión: Se trata del estudio retrógrado acerca del psiquismo del señor Miguel Méndez Amaya, ya fallecido hace tres años. No se trata de un demente senil, debemos recordar que vejez no es senilidad; en cambio la senilidad es una vejez patológica. El cerebro del

senil ha sufrido infecciones, sífilis la más común, o algunas veces intoxicaciones como la del **etiliso crónico,** sin dejar por esto de ser un cerebro arterioescleroso; en la arterioesclerosis natural del viejo con facultades psíquicas intactas, existe una senilidad bajo forma muy ligera que pudiéramos denominar "carácter de senil" sin ser el verdadero demente; en este caso catalogamos al señor Miguel Méndez Amaya. Por consiguiente, el señor Miguel Méndez Amaya, celebró la venta de sus bienes el día diez de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en pleno goce de sus facultades mentales".

Sentadas estas bases, planteado el asunto en la forma en que lo estudió y resolvió el Tribunal, se ve que todos los cargos propuestos se encaminan al problema probaticio, ya por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba testimonial y de la pericial.

El sentenciador no entendió que el acto demandado era válido por haberse producido en el momento lúcido de un individuo atacado de demencia, la cual se hubiera demostrado, sino que del examen de la prueba testimonial allegada a los autos tenida en cuenta para su dictamen por los expertos, junto con la exposición correspondiente de éstos, sacó la conclusión de que, si bien se observó en el señor Méndez cierto estado irregular en su conducta habitual en los últimos años de su vida, ello se debió a su edad avanzada, pero en manera alguna, a una perturbación psíquica, que obnubilara sus facultades hasta el extremo de ser inhábil de prestar su consentimiento en un contrato. De tal manera que la sentencia no se basa en la prueba del momento lúcido, sino en la capacidad del contratante, en quien no se demostró que estuviera afectado de demencia senil.

La Corte tiene que respetar la apreciación que el Tribunal haya hecho de las pruebas porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatida en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de los medios de convicción, ni a rectificar el criterio del Juez de la causa sobre las cuestiones de hecho. Lo único que a la Corte le incumbe averiguar, al estudiar el cargo sobre error en la apreciación de la prueba, es si hubo o no una contravención a la ley resultante de un error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Es decir, que en el caso presente lo que hay que examinar es si aparece de un modo manifiesto en los autos que el señor Méndez Amaya, al celebrar el contrato cuya nulidad se pretende, padecía una perturbación patológica de su actividad psíquica, que hubiera suprimido la libre determinación de su voluntad o lo hubiera privado de su capacidad de obrar razonablemente, o en una palabra, no le hubiera permitido dar un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como creador del respectivo vínculo jurídico. Tal circunstancia no se demostró porque si bien es cierto que se trajeron al pleito declaraciones de testigos encaminadas a establecer ciertos indicios sobre la incapacidad de Méndez, no lo es menos, que por el demandado se presentaron otros testimonios que demuestran la sanidad mental del otorgante en el momento de la celebración del contrato y correspondía al Juez según su criterio, determinar cuáles de tales testimonios merecían mayor credibilidad y en ello, no se ha demostrado, como ya se dijo, error evidente en su apreciación. Esos mismos testimonios fueron tenidos en cuenta por los peritos al rendir el dictamen sobre la capacidad del vendedor y con respecto a la apreciación de tal dictamen tampoco se estableció el error en cuestión, como se verá en seguida.

En la estimación de los diversos y encontrados testimonios aducidos al proceso, el Juzgador se atuvo al dicho de quienes expresaron circunstancias o hechos relativos a la sanidad mental de Méndez Amaya, a su capacidad para prestar su consentimiento en el contrato cuya nulidad se demanda y tal apreciación que la ley deja al criterio del juzgador conforme al artículo 702 del C. J., atendidas las condiciones allí señaladas, no puede ser motivo de casación, a menos que, como se ha dicho y repite, aparezca error evidente de hecho en ello, que en el presente caso no se ha demostrado. (v. G. J. Tomo 43, pág. 799).

Objeta, por último, el recurrente, el dictamen pericial practicado en el juicio por medio de facultativos en la ciencia de la medicina para determinar según los testimonios aducidos la situación mental del contratante vendedor en el momento de traspasar sus derechos a Pastrana, por cuanto dice, los expertos no se ciñeron en el estudio del problema, a los puntos encomendados a su pericia, a sus conocimientos científicos, al tenor del artículo 716 del C. J., sino que salidos de la cuestión, iniciaron su concepto "haciendo constar que en el expediente no se encontraban elementos de juicio suministrados por médicos psiquiatras, siendo así que el examen debía referirse a toda la prueba testimonial".

Sobre el particular se observa que para rendir su concepto los peritos médicos se refieren a to-

dos los elementos de juicio aportados por las partes, entre los cuales aparecen las deposiciones de los médicos Velasco Cabrera y Valenzuela y precisamente refiriéndose a tales testimonios, en su dictamen pericial hacen constar que no se hizo por quienes asistieron al señor Pastrana un estudio de psiquiatría desde el punto de vista de una posible afección mental. Tal es y no otro el sentido de la frase donde hacen constar "que en el expediente no se encuentran elementos de juicio suministrados por médicos psiquiatras".

Igual suerte ha de tener el reparo final referente a la "petición subsidiaria de la demanda" en que se pide la casación del fallo "por error de hecho y de derecho consistente en que se constituyó una garantía u obligación accesoria, consistente en la hipoteca de derechos herenciales, que no son susceptibles de tal gravamen", porque siendo la hipoteca cuestión accesoria del contrato principal de préstamo, la nulidad de ella no lo afectaría. Si hubo algún error, no sería de hecho, sino de derecho y éste último no vicia el consentimiento al tenor del artículo 1509 del C. C.

Contrademanda

Acusa también el recurrente señor Méndez Losada la sentencia, en su carácter de contrademandado condenado en los términos propuestos por el señor Pastrana para el pago de cierta cantidad entregada a él como parte de un negocio, por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de posiciones, cometido al calificar y tener el Tribunal como respuestas evasivas que motivaron una declaración de confeso, las dadas por Méndez Losada al absolver posiciones en el presente litigio. Señala como violados los artículos 617 del C. J., 89 y 91 de la ley 153 de 1887, artículos 1494, 1502 y 1526 del C. C.

Se considera:

La confesión ficta o presunta tiene lugar, entre otros casos, cuando citado personalmente el absolvente con señalamiento de la fecha y hora para responder al cuestionario propuesto y prevenido de que si no comparece se presumirán ciertos los hechos sobre los cuales tenga obligación de contestar, el notificado se presenta, pero se niega a contestar o da respuestas evasivas o inconducentes, o, lo que es lo mismo, elude sin motivo razonable la respuesta categórica; en las circunstancias previstas por el artículo 617 del C. J. Entonces, previa la amonestación que le hará el Juez para que conteste o para que no eluda hacerlo, de lo cual se dejará constancia en la respectiva diligencia de absolución, el Juez, al estimar el mérito probatorio de la diligencia que será al pronunciar el fallo, tendrá por cierto el hecho preguntado, es decir, tanto valdrá esto como si el absolvente hubiera admitido el cargo.

Del acta de absolución de posiciones en el presente negocio consta que el señor Méndez Losada contestó negativamente cada una de las preguntas que le fueron hechas del pliego respectivo, agregando la frase "que presente la escritura". Así, por ejemplo, se lee en el acta, lo siguiente: "Al 4, ¿es verdad, sí o nó, que usted convino con el señor Pastrana en recibirle en ganado la suma de mil pesos como parte del precio referido? Contestó: Nó, porque no hay escritura de contrato... Al 7, ¿es verdad, sí o nó, que usted recibió ese ganado en la finca de La Primavera, jurisdicción de Agrado? Contestó: No es cierto. Presente la escritura de contrato. Al 8, ¿Es verdad, sí o nó, que en esa entrega estuvieron presentes los señores Luis Trujillo y Santiago Botello? No, presente la escritura de contrato. Leída al absolvente su anterior contestación, la aprobó. En este estado como el absolvente da una respuesta inconducente, el Juez le amonestó en cumplimiento del artículo 617 del C. J. y le previno, que si no contestaba de modo preciso, se tendrá como cierto el hecho preguntado. En seguida contestó: me ratifico en mi anterior respuesta". Y así continuó dando respuesta a las subsiguientes preguntas.

Como puede observarse de la simple lectura del acta respectiva de absolución de posiciones, Méndez Losada fue negando cada uno de los hechos sobre que se le preguntó, absolvió las posiciones, agregando una circunstancia, si se quiere impertinente, que en nada altera la negación de los hechos, y aun cuando el señor Juez amonestó al absolvente al considerar que evadía dar respuesta categórica a lo preguntado y también lo estimó así el Tribunal, es lo cierto que erró el juzgador al tener como evasivas tales respuestas y dar por confesados los hechos a que se contraen las posiciones, lo cual es un evidente error de hecho en la estimación de aquella prueba, que daría lugar a casar la sentencia en la parte en que se condenó a Méndez Losada, al tenor de lo contrademandado. Pero observando la Corte que el fallo se apoya también en otra prueba, como la considerada como confesión extrajudicial de los mismos hechos, no atacada en

casación, tan sólo le es dable a la Sala anotar el error cometido sin que éste incida en el resultado final de la controversia, por lo ya expuesto.

Teniendo, pues, el fallo sobre lo contrademandado otros soportes no acusados en casación, se ha de sostener la providencia recurrida.

Por lo expuesto se declara que no hay lugar a casar la sentencia.

Sentencia

Por las razones que se dejan consignadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva de fecha cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y seis.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE DESLINDE DE DOS PREDIOS

1.—Para que proceda el juicio de deslinde de dos o más propiedades, ante todo se exige que sean ellas contiguas entre sí, lo que vale decir, que no haya entre ellas solución alguna de continuidad. Si como en el caso de estudio, aparece que un río, que es límite arcifinio y constituye un bien de propiedad nacional, se interpone entre las heredades que se pretende deslindar, y en los respectivos títulos figura ese río como término o lindero de una y otra de ellas, no cabe duda alguna de que es inaplicable el artículo 900 del C. C. que otorga al dueño de un predio el derecho a que se fijen los límites que lo separan de los "predios colindantes".

2.—Quien alegando ser dueño de una heredad, solicite la delimitación de ella, debe exhibir la prueba plena de su dominio, puesto que escapa a la naturaleza del juicio de deslinde, que tiene una finalidad propia y conocida, el examen y declaración de aquel derecho, sea cual fuere el modo de adquisición que se invoque. El objeto de este procedimiento es la determinación espacial de los títulos y no su existencia misma, y de allí que la sentencia con que se concluye no puede ser declarativa, sino meramente atributiva.

Lo que se dice del trámite especial, se extiende al procedimiento ordinario que tiene lugar cuando por alguna de las partes se presenta contradicción sobre la línea. Tampoco puede discutirse entonces el dominio, sino la simple comprensión material de este derecho, para definir si ha sido o no debidamente hecha la delimitación controvertida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

El río Cauca separa la finca de "Sorrento" de Publio y Ana R. Ortiz de Londoño, situada en la ribera izquierda perteneciente al Municipio de Santa Fe de Antioquia, y la finca denominada "Corral Falso", de propiedad de Antonio Tamayo ubicada en la margen derecha en jurisdicción del Distrito de Sopetrán. En el lecho y frente a una y otra finca, existe una isla de extensión considerable y sobre ella ha versado el presente juicio.

Los Ortiz, dueños de "Sorrento", ejercitaron contra Tamayo, propietario de "Corral Falso" y ante el Juez Civil del Circuito de Santa Fe de Antioquia, la acción especial de deslinde de sus fundos, no obstante estar separados por el río, para definir el dominio de la isla que reputan de su pertenencia total o parcial, por accesión, de conformidad con el artículo 726 del C. C. que en su favor invocan.

El demandado se opuso a la acción de deslinde alegando haberla poseído por más de treinta años, lo que en su concepto había creado en su favor una situación jurídica especial que no podía ser modificada por el reciente distanciamiento de la isla con relación a su predio, ocasionando — según dice — por la variación del mayor caudal de las aguas que a partir del invierno precedente a la demanda corre por el brazo derecho y no como antes por el izquierdo. Al propio tiempo propuso la excepción de inepta demanda que fundó en el hecho de no ser colindantes los predios cuyo deslinde se pedía y ser improcedente la vía especial para la solución de un problema de dominio.

El Juzgador rechazó la excepción y decretó el deslinde el 13 de agosto de 1940, pero llegado el momento de efectuarlo se declaró inhibido para ello por considerar errada la acción incoada. Mas habiendo luégo el Tribunal infirmado esa decisión inhibitoria que ante él fue recurrida, el mismo Juzgador, obedeciendo la orden expresa del Superior practicó la diligencia el 4 de abril de 1940 y fijó el cauce principal (actual brazo derecho), como límite de los predios de "Sorrento" y "Corral Falso", determinando así implícitamente que pertenecía la isla a los Ortiz como parte integrante de "Sorrento".

En el acto de deslinde privó el Juzgador a Tamayo de la posesión de la isla, pero ulteriormente, revocada esta medida por el Tribunal ante el reclamo que formulara el lesionado, fue éste reintegrado en ella.

Descontento Tamayo con el resultado para él desfavorable de la diligencia de apeo, se opuso dentro del término legal al deslinde en libelo de 22 de abril de 1941, cuyas súplicas pueden sintetizarse así:

Declaración sobre la improcedencia del deslinde, desaprobación de la línea trazada y señalamiento, en su lugar, de la que pasa por el eje del brazo izquierdo del río; declaración de pertenencia por prescripción "ordinaria y extraordinaria" de la isla en su favor, y condenación en costas a la parte contraria.

El Juzgador sustanció la oposición mediante el trámite ordinario que se abrió a continuación de lo actuado antes, y sentenció la instancia el 25 de mayo de 1944 en forma desfavorable al actor Tamayo basado en estas razones: Procede el juicio de deslinde para resolver problemas de accesión, sin que importe que el río separe los predios; la isla está más cercana a "Sorrento" que a la propiedad del opositor Tamayo y legalmente pertenece a aquélla a título de accesión no pudiendo declararse por tanto que la línea divisoria siga el brazo izquierdo del río. Además, agregó, el demandante no ha demostrado que lo asista justo título ni buena fe para ganar la cosa por prescripción, para considerar este distinto aspecto del problema.

La sentencia acusada

Subió el negocio al conocimiento del Tribunal Superior de Medellín por apelación del demandante Tamayo y, previo el trámite de rigor, el segundo grado se decidió en sentencia de 8 de julio de 1947, en la que se revocó la del inferior y se infirmó el deslinde practicado, declarándose que "los predios están separados por el brazo izquierdo del río Cauca, porque los títulos de los señores Publio Ortiz y Ana R. Ortiz de Londoño, no comprenden la isla mencionada". Sin costas.

El sentenciador, no obstante aceptar que los predios de "Sorrento" y "Corral Falso" se hallan separados por el río Cauca, que es límite arcifinio, reputa procedente la acción de deslinde para definir el dominio de la isla existente frente a ambas, en el lecho del río, mediante la determinación previa de los modos de adquisición por una y otra parte alegados; la prescripción que favorece al demandante, o la accesión que a los demandados aprovecha, que son de suyo incompatibles dentro de este planteamiento; y así, por hallar plenamente acreditados los hechos y circunstancias constitutivos de la prescripción por Tamayo, deduce que a éste le pertenece y que por este motivo debe infirmarse la línea señalada por el Juez y sustituírla por la que el opositor sugiere. Sin embargo, en la parte decisoria del fallo no declara tal prescripción, sino que al fijar el nuevo lindero, y ya fuera de lugar, expone una razón que realmente no le asistió para fallar, la de que los títulos de los Ortiz no comprenden la isla.

El recurso de casación

Los actores iniciales, señores Ortiz, quienes asumieron el carácter de demandados a partir de la contradicción de Tamayo, interpusieron el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Medellín, y en escrito de 18 de septiembre de 1948, formulan contra ella tres cargos separados. La Sala, por considerarlo fundado en parte, estudia solamente el segundo de ellos, para decidir como ha de hacerse en esta sentencia, del presente recurso.

Violación de los artículos 725, 900, 2512, 2518, 2531 y 2532 del C. C.

Dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente ataca el fallo del Tribunal "por violación de los artículos 725 y 900 del C. C., que debieron aplicarse y no se aplicaron, a la vez que por violación de otros referentes a la prescripción, que fueron indebidamente aplicados....."

Para sustentar este ataque, el recurrente alega que "en el fondo, lo que... Tamayo planteó con su oposición y peticiones tercera y siguientes, es un derecho de dominio en la calidad de **actor** que toma el opositor a una diligencia de deslinde. También en el fondo y por lo esencial y formal de la parte motiva, el Tribunal le reconoce el dominio de la isla... sin que el opositor tenga título de dominio, porque él confiesa que no lo tiene y sólo invoca un modo de adquisición que no es aducible en la acción opositora al deslinde del mismo".

Manifiesta que, como lo aceptó el Tribunal, la acción que emana del artículo 726, considerado en armonía con el 900 del C. C. no puede ser otra que la especial de deslinde, e insiste en que la parte que no se conforma con la línea judi-

cialmente fijada, si bien puede impugnarla en juicio ordinario, debe limitarse exclusivamente a ello al formular la respectiva demanda. Critica de consiguiente el que el opositor Tamayo haya acumulado la acción de pertenencia por prescripción a la de impugnación de la línea judicialmente trazada.

Agrega: "Al fl. 19 el Tribunal hace referencia a las pruebas que obran en autos y que demuestran que Tamayo poseyó o usufructuó la isla delimitada, durante un período de más de treinta años, antes de demandar la alineación (sic) y **ello es cierto** (subraya la Corte), como lo es que los antecesores en dominio de "Sorrento" poseyeron o usufructuaron por más de diez años. Pero el propio opositor expresa en posiciones al fl. 129: "Es cierto que no tengo título alguno inscrito sobre la isla en particular, pero siempre la he considerado como parte integrante de la finca 'Corral Falso' de mi propiedad, siendo dicha isla la misma sobre la cual versa el juicio al que se refieren estas posiciones", y agrega que ha ocupado por ser propietario riberano, de manera que nunca la ocupó con ánimo de adquirirla por prescripción, sino por el error de pensar que era suya...".

Comenta desfavorablemente de nuevo el que se haya sustanciado una acción de dominio dentro de un juicio ordinario de oposición de un deslinde, y el que el Tribunal, no obstante aceptarla en la parte motiva del fallo, haya aclarado en la resolutiva que los títulos de los demandados "no comprenden la isla mencionada" y no haya hecho allí aclaración de pertenencia en favor de Tamayo.

Conceptúa que en el juicio ordinario de oposición al deslinde, no se discute el derecho del demandante a solicitarlo sino el que tenga para impugnar la línea; y que siendo actor en el ordinario el opositor, mal puede proponer excepciones, como la de prescripción. Y observa que en juicio especial no propuso Tamayo esa excepción perentoria, sino simplemente la dilatoria de inepta demanda, aclarando que aquélla no era procedente entonces por razón de su naturaleza perentoria.

Dice, apoyado en una antigua doctrina de la Corte, que "en el juicio de deslinde, que se convierta en ordinario por oposición no se ventila el dominio de la zona en litigio", por no ser declarativo sino meramente atributivo de propiedad. (Sentencia de 26 de julio de 1919).

Si bien acepta que en el juicio de deslinde, cuando hay deficiencias y oscuridad en los títulos para fijar la línea divisoria puede invocarse por la parte interesada la posesión de la zona como elemento para la fijación de la línea, y niega que en la sentencia ordinaria sobre deslinde pueda considerarse la prescripción del inmueble alegada por una de las partes. En su respaldo cita las jurisprudencias contenidas en fallos de 30 de agosto de 1919 y 9 de junio de 1920, pronunciadas por la Corte.

Y concluye: "Con su fallo el Tribunal ha reconocido el dominio de Tamayo por prescripción adquisitiva aunque no lo diga exactamente en esos términos, pero sí lo fundamenta en su parte motiva, pues sin ese reconocimiento la sentencia se habría limitado a confirmar la del Juzgado en instancia. No se trata de que la ley conceda a mis poderdantes como riberanos derecho a parte proporcionada de la isla, sino que han perdido el derecho a ella por la ocupación por parte de Tamayo. De manera que aunque expresamente no lo dice el Tribunal en su fallo, sólo pudo dictarse, concediendo a la parte opositora el derecho que le dan los artículos 2512, 2518, 2531 y 2532 del C. C., a los cuales da aplicación indebida, causa por la cual se abstiene de dar la debida aplicación a los artículos 726, Regla Tercera y 900 del C. C., que son de rigurosa aplicación y consagran el derecho a mis poderdantes".

"Por eso... acuso el fallo recurrido por violación directa de los artículos sobre prescripción que he citado, ya que en el fondo sustancialmente y como base única de su determinación, les dio indebida aplicación sin ser aplicables en casos como el presente donde no se debate sobre el dominio que tuviera cualquiera de las partes. Y a su vez como violatorio de los artículos 726 y 900 del C. C. en la forma dicha porque a causa de aplicar indebidamente los otros no aplicaron debidamente éstos que dan el derecho que los poderdantes han estado haciendo valer desde el juicio especial de deslinde hasta el ordinario en que se convirtió".

Se considera:

"El deslinde o apeo — según la Corte — es la operación que consiste en señalar los límites de dos propiedades contiguas por medio de la colocación de mojones o de cualquier otro signo de separación entre dos predios usado en el país. La conveniencia de esta operación es manifiesta porque evita las discusiones entre propietarios vecinos por lo tocante a la cabida o extensión de sus respectivos fundos. Por esta razón, cuando los propietarios no logran ponerse de acuerdo acerca de las rayas divisorias comunes, el artícu-

lo 900 del C. C. establece la acción de deslinde consistente en que "todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigirse a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes".

"El Código de Procedimiento Civil en el capítulo XXVI del Libro Segundo reglamenta ampliamente el ejercicio de la acción de deslinde. El acto esencial de ese juicio, consiste en la diligencia de amojonamiento en que el Juez, trasladándose a la zona controvertida asociado de peritos y de las partes, luégo de oír las alegaciones de éstas y de estudiar la exposición pericial de aquéllos "señala los linderos y hace poner los mojones en los lugares en que ello sea necesario para marcar ostensiblemente la línea divisoria.

"Las partes pueden o no conformarse con la línea divisoria señalada. Si lo primero, ahí habrá terminado la controversia, si lo segundo, surge el juicio ordinario promovido por la parte que se crea agraviada, destinada entre otras cosas, a determinar en una más amplia discusión si la línea divisoria señalada por el Juez tiene sólido fundamento o de lo contrario, cuál es la línea que debe prevalecer". (Casación, agosto 5 de 1938, G. J. Nº 1940, pág. 48).

En cuanto a la naturaleza de este juicio, ha sostenido la Corte: "El juicio de deslinde no es declarativo sino atributivo de propiedad. No se afecta en estos juicios el derecho de propiedad en sí mismo, sino que se determina su comprensión en relación con los predios en que respectivamente se ejercita el dominio según títulos y pruebas fehacientes". (Casación, julio 26 de 1919, pág. 242, T. XXVII).

"Como el juicio de deslinde sólo tiene por objeto fijar la línea divisoria que separa dos heredades, cualquiera otra acción incoada en la demanda que tenga por objeto recabar del juzgador una declaración distinta de la fijación de la línea divisoria, es improcedente; así como también lo es la que tiene por objeto que se declare expresamente si los predios son o no colindantes, o las partes son o no dueñas o usufructuarias. El Juzgador no tiene por qué admitir esta clase de demandas que son exóticas en el juicio de deslinde". (Casación, mayo 3 de 1917, Tomo 26, pág. 43).

Consecuente con estos principios, ha sostenido la Sala de Casación que "en un juicio de deslinde no puede declararse o reconocerse una prescripción que permita alterar la línea divisoria de los predios". (Casación, octubre 6 de 1919, Tomo XXVII, pág. 321). Reitera esta tesis la Corte en sentencia de casación de 4 de agosto de 1926 (T. XXXIII, pág. 117), y en sentencia de 8 de noviembre de 1929 (G. J. Nº 1856, pág. 288), entre otros fallos.

Lo que dice del juicio especial de deslinde se aplica al ordinario de oposición a la línea fijada en aquél: "En los juicios ordinarios que se inician como consecuencia de la oposición a todo o parte de la línea o líneas divisorias fijadas por el Juez que conoce del deslinde, no puede contemplarse otro extremo ni fallarse otra cuestión sino la relacionada con la fijación que hizo el Juez, para estudiar y resolver si ella se ajusta o no a las pruebas presentadas por las partes. Cualquiera otra cuestión es extraña al juicio, y no puede ser decidida dentro de él". (Casación, julio 30 de 1943, G. J. Nº 1998, pág. 608).

Ha sido constante la jurisprudencia sobre que no procede la alegación, ni el estudio ni menos el reconocimiento de la prescripción adquisitiva del dominio en juicios de esta naturaleza: "En el juicio de deslinde, aunque se convierta en ordinario por la oposición, no se ventila el dominio de la zona en litigio. Por tanto, la excepción de prescripción adquisitiva de dominio no es alegable en la oposición; no constituye una pretensión legítima y el no resolverse acerca de ella no hace incongruente el fallo con las oportunas y legítimas pretensiones de las partes en esta clase de litigios". (Casación, agosto 30 de 1919, T. XXVII, pág. 275).

"Son exóticas en el juicio de deslinde, y el juzgador no debe por consiguiente admitirlas, las acciones incoadas en la demanda de deslinde o en la contradicción a éste que no tengan por objeto fijar la línea divisoria, o saber si los predios son o no colindantes, o si las partes son dueñas o usufructuarias. En juicio independiente es donde debe ventilarse la cuestión relativa a la prescripción adquisitiva de una parte de la zona por donde debe pasar la línea divisoria de los predios". (Casación de 9 de junio de 1920. Tomo XXVIII, pág. 73).

Analizando el presente caso a la luz de las anteriores doctrinas que reitera la Corte y estudiando en orden lógico los varios aspectos de la acusación que se formula en este cargo, se tiene:

Que los preceptos de los artículos 2512, 2518, 2531 y 2532 del C. C., referentes a prescripción adquisitiva del dominio en manera alguna podían ser aplicados por el Tribunal en su sentencia por ser improcedente el debate sobre prescripción en esta clase de juicios; y que esa pro-

videncia no puede mantenerse precisamente por estar principalmente edificada sobre el concepto de la pertenencia del demandante al indicado título, como se desprende inequívocamente de su estudio.

De consiguiente, por haberse aplicado indebidamente en la sentencia disposiciones legales sustantivas sobre prescripción del dominio en favor de una de las partes, hay lugar a casar la sentencia, sin necesidad de considerar los ataques restantes de acuerdo con lo previsto en el artículo 538 del C. J.

Motivación del fallo sustitutivo

Como de conformidad con esta disposición, al infirmarse el fallo acusado, debe dictarse la resolución que corresponda, la Sala procede a ello, previo el siguiente razonamiento:

Para que proceda el juicio de deslinde de dos o más propiedades, ante todo se exige que sean ellas contiguas entre sí, lo que vale decir, que no haya entre ellas solución alguna de continuidad. Si como en el caso de estudio aparece que un río, que es límite arcifinio y constituye un bien de propiedad nacional, se interpone entre las heredades que se pretende deslindar, y en los respectivos títulos figura ese río como término o lindero de una y otra de ellas, no cabe duda alguna de que es inaplicable el artículo 900 del C. C. que otorga al dueño de un predio el derecho a que **se fijen** los límites que lo separan de los **"predios colindantes"**. (Subraya la Corte).

Quien alegando ser dueño de una heredad, solicite la delimitación de ella, debe exhibir la plena prueba de su dominio, puesto que escapa a la naturaleza del juicio de deslinde, que tiene una finalidad propia y conocida, el examen y declaración de aquel derecho, sea cual fuere el modo de adquisición que se invoque. El objeto de este procedimiento es la determinación espacial de los títulos y no su existencia misma, y de allí que la sentencia con que concluye no pueda ser declarativa sino meramente atributiva.

Lo que se dice del trámite especial, se extiende al procedimiento ordinario que tiene lugar cuando por alguna de las partes se presenta contradicción sobre la línea. Tampoco puede discutirse entonces el dominio sino la simple comprensión material de este derecho, para definir si ha sido o no debidamente hecha la delimitación controvertida.

Se desprende de lo dicho:

1º Que los Ortiz carecen de derecho a la delimitación de "Sorrento" con relación a "Corral Falso" de propiedad de Tamayo, por no ser limítrofes esas dos propiedades y estar por el contrario, según los títulos respectivos y según también la realidad constatada, perfectamente separados por las aguas de un río que son de la pertenencia del Estado.

2º Que tampoco Tamayo puede pretender que en sete juicio se declare la pertenencia por prescripción de la isla en su favor, pues es exótica esta declaración en el juicio que se trata.

Forzosa conclusión de lo anterior es la de que no hay lugar al deslinde pedido por los Ortiz al que se ha referido la oposición de Tamayo, y que son improcedentes las demás súplicas de éste.

Sentencia

En mérito de las consideraciones hechas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal de Medellín de 8 de julio de 1947, y, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de Santa Fe de Antioquia el 25 de mayo de 1944, declara improcedente el deslinde solicitado e infirma consiguientemente la línea fijada por el citado juez con fecha 4 de abril de 1940; y se niega a atender, por juzgarlas impertinentes, las demás súplicas formuladas por el opositor.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Sin costas.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PER OBLIGACIONES ORIGINADAS EN UN REQUISITOS LEGALES PARA LA FOR DADES.—SI EL CONTRATO ES ABSOLU LUGAR A INDEMNIZACION DE PERJUIC

JUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE SOCIEDAD LIMITADA. MACION DE ESTA CLASE DE SOCIE- TAMENTE NULO NO PUEDE HABER IOS POR INCUMPLIMIENTO DEL MISMO

1.—Las sociedades de responsabilidad limitada, nuevas instituciones de personas morales que el legislador del año de 1937 incorporó dentro del derecho patrio, deben constituirse por escritura pública y con el lleno de los demás requisitos establecidos en el Código de Comercio para las sociedades colectivas, según lo manda así, perentoriamente, el artículo 2 de la Ley 124 del mismo año. El artículo 4º de ese mismo estatuto legal prescribe en forma clara y terminante que la omisión de cualquiera de las expresadas formalidades "produce nulidad absoluta entre los socios" y "los hace responsables solidariamente de todas las obligaciones contraídas en interés de la Compañía".

2.—Si conforme a la ley el contrato de sociedad de responsabilidad limitada celebrado sin las formalidades o requisitos establecidos por el Código de Comercio para las sociedades colectivas, adolece del vicio insubsanable de nulidad absoluta entre los socios, éstos no quedaron jurídicamente obligados a cumplirlo, por lo cual su incumplimiento por parte de los mismos no puede originar derecho para reclamar y obtener indemnización de perjuicios contractuales. Si la obligación contractual no ha nacido legalmente, por ser absolutamente nula, carece de antecedente necesario el deber de indemnizar perjuicios de esa índole, pues es sabido que sin contrato no hay responsabilidad contractual.

La ausencia de la forma solemne requerida por la ley genera, como consecuencia, que el acto o contrato no produzca ningún efecto civil, conforme lo estatuye expresamente el artículo 1500 del C. C., y que debe tenerse como despojado de toda capacidad vinculante entre quienes concurrieron a formarlo, fuera de la de obligarlos al otorgamiento de la escritura pública, pero esto antes de que la sociedad diera principio a sus operaciones. (Art. 466 del C. de Co.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

Nepomuceno Medina y Severiano Romero celebraron por medio de documento privado suscrito en esta ciudad el 1° de septiembre de 1944, un contrato de sociedad civil de responsabilidad limitada, que denominaron "Medina & Romero, Limitada", cuyo objeto fue explotar el negocio de compra y venta de víveres en el local número 20-35 de la carrera 9ª de esta ciudad. El capital inicial de la sociedad fue de $ 3.250.00, aportados en su totalidad por Nepomuceno Medina, quien tenía por tanto el carácter de socio capitalista, y representado en los víveres, existencias, enseres y demás elementos que formaban el expresado almacén, según inventario que firmaron los contratantes. Severiano Romero tenía el carácter de socio industrial con obligación de dedicar todo su tiempo de trabajo al servicio de la sociedad y empleando los conocimientos que poseía en los negocios que ella iba a explotar.

Se fijó en un año el término de duración de la sociedad pero se estipuló que terminaría en cualquier momento en que ocurrieren pérdidas que alcanzaran el 50% del capital social o en el evento de que el socio industrial faltase al cumplimiento de sus obligaciones, caso en el cual Medina podía declararla terminada aunque no hubiese expirado ese término. Se acordó que su liquidación al vencimiento del plazo fijado o en cualquier otro caso, se haría conjuntamente por los socios y que las diferencias que ocurriesen entre ellos al verificar tal liquidación o durante

la sociedad, serían dirimidas por arbitradores nombrados de acuerdo con la ley.

Romero afirmó haber cumplido con la integridad de sus obligaciones y le imputó a Medina incumplimiento de las suyas, al vender las existencias del almacén, apropiarse en forma arbitraria de todos los haberes y privarlo así de su participación o utilidades en la sociedad de hecho.

El pleito

Apoyado en esos antecedentes e invocando lo estatuído en los artículos 463 y siguientes del C. de Co., 63, 1602, 1603, 1613, 1614, 1615, 1616, 2077, 2085, 2092 y 2141 del C. Civil, Severiano Romero demandó ante el Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá a Nepomuceno Medina para que se declare que éste violó el referido contrato y que está obligado a pagarle los perjuicios que se originaron en ese incumplimiento, más las costas del juicio.

El Juez del conocimiento decidió el pleito en la sentencia de 22 de noviembre de 1945, por la cual absolvió al demandado de los cargos que se le formularon.

El actor apeló de ese fallo y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, lo revocó por el suyo de veinte y tres de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, mediante el cual condenó a Medina a indemnizarle a Romero los perjuicios que le causó con el desconocimiento y violación del citado contrato y dispuso que su monto se fijara en el incidente de ejecución de la sentencia.

Los fundamentos de esa decisión radican en los siguientes pasajes que se copian:

"Todas las sociedades son de derecho o de hecho. Estas son de dos clases, a saber: La que no alcanzó el grado de perfección para serlo de dehecho, se convierte, por reducción, en sociedad de hecho, si reúne las características de aquélla. Y la creada de hecho, o que resulta de los hechos, como producto de una actividad real".

"No hay duda de que una sociedad que no reúne los requisitos legales o no ha cumplido con las formalidades legales, es nula para el porvenir; en el pasado, como ha vivido, ha funcionado, vale al título de sociedad de hecho tiene los mismos efectos entre las partes y respecto de terceros que los que produciría un contrtao irreprochable. Mas constituyendo un estado contrario a derecho, la ley ordena que se le ponga fin cuanto antes.

"Como entre los socios el convenio social es ley que los vincula hasta cuando la irregularidad se declare, el incumplimiento de las obligaciones de uno de los socios genera, a favor de los demás las consecuencias inherentes al cumplimiento de un contrato sinalagmático, pues la sociedad lo es.

"La irregularidad del contrato celebrado entre Medina y Romero no se ha declarado. Por lo tanto produce efectos hasta cuando exista".

Después encontró como plenamente demostrado que Medina incurrió en el incumplimiento de las obligaciones que le resultan del contrato mencionado, y que por tanto debe indemnizarle a Romero los perjuicios que de ese hecho se derivan.

El demandado interpuso el recurso de casación que, debidamente tramitado, hoy se decide.

El recurrente propone varios cargos contra la sentencia, pero como la Sala encuentra fundado el que en seguida se resume, a él concreta su estudio, con prescindencia de los restantes, en atención a lo estatuído en el artículo 538 del C. Judicial.

En ese cargo asevera el recurrente que conforme a lo estatuído en el artículo 2º de la Ley 124 de 1937, las sociedades de responsabilidad limitada sean civiles o comerciales, deben constituírse por escritura pública, con observancia de los demás requisitos indicados en el C. de Comercio para las sociedades colectivas; que conforme al artículo 4º de esa misma ley la omisión de cualquiera de esas formalidades produce nulidad absoluta entre los socios; que en el caso de autos "los contratantes no cumplieron con la obligación legal de constituír esa sociedad por escritura pública, sino que se limitaron a hacerla constar en el documento privado de fecha 1º de septiembre de 1944, omitiendo así una de las formalidades exigidas por la ley para que la sociedad tuviera existencia legal, por lo cual se ha producido nulidad absoluta entre los socios, y el contrato celebrado en tales condiciones es nulo a los ojos de la ley y si es nulo no puede producir efectos jurídicos de ninguna naturaleza, como lo ha dicho con razón el señor Juez del Circuito en el fallo de primera instancia"; que como el Tribunal no lo estimó así sino que le hace producir al contrato entre las partes pleno efecto, como si se tratara de un contrato irreprochable, quebrantó el precepto del citado artículo 4º de la Ley 124 de 1937.

Considera la Corte:

Las sociedades de responsabilidad limitada, nuevas instituciones de personas morales que el

legislador del año de 1937 incorporó dentro del derecho patrio, deben constituírse por escritura pública y con el lleno de los demás requisitos establecidos en el Código de Comercio para las sociedades colectivas, según lo manda así, perentoriamente, el artículo 2º de la Ley 124 del mismo año. El artículo 4º de ese mismo contrato legal prescribe en forma clara y terminante que la omisión de cualquiera de las expresadas formalidades **"produce nulidad absoluta entre los socios"** (subraya la Corte) y "los hace responsables solidariamente de todas las obligaciones contraídas en interés de la Compañía". En el caso de este pleito la pretendida sociedad "Medina & Romero, Limitada", no se constituyó por escritura pública sino por documento privado: luego por ministerio de la ley, al pretermitirse aquella formalidad esencial, se incurrió en "nulidad absoluta entre los socios". Este vicio afecta, como es obvio, al referido contrato.

El Tribunal lo reconoce así en principio; pero agrega que, como la nulidad no se ha declarado, el contrato debe surtir efectos entre los contratantes, cual si se tratase de un contrato irreprochable, y que como uno de ellos lo incumplió, debe al otro indemnización de perjuicios. Y esto, en fin de fines, es notoriamente contrario al sentido y alcance del citado artículo 4º, pues si conforme a este precepto el contrato en tales condiciones celebrado adolece del vicio insubsanable (artículo 473 del C. de Co.), de nulidad absoluta entre los socios, éstos no quedaron jurídicamente obligados a cumplirlo, por lo cual su incumplimiento por parte de los mismos no puede originar derecho para reclamar y obtener indemnización de perjuicios contractuales. Si la obligación contractual no ha nacido legalmente, por ser absolutamente nula, carece de antecedente necesario el deber de indemnizar perjuicios de esa índole, pues es sabido que sin contrato no hay responsabilidad contractual.

La ausencia de la forma solemne requerida por la ley genera, como consecuencia que el acto o contrato no produzca ningún efecto civil, conforme lo estatuye expresamente el artículo 1500 del C. C. y que debe tenerse como despojado de toda capacidad vinculante entre quienes concurrieron a formarlo, fuera de la de obligarlos al otorgamiento de la escritura pública, pero esto antes de que la sociedad diera principio a sus operaciones (artículo 466 del C. de Co.).

La improcedencia de la acción indemnizatoria fundada en el contrato es más evidente en el presente caso, en que no sólo se trata de una nulidad absoluta, sino también de una nulidad de esa naturaleza que consta de manifiesto en el acto o contrato, que como tal debe ser declarada de oficio por el juzgador, en atención a lo estatuído en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936. Aquí, pues, la justicia no sólo tenía la función de desestimar dicho pacto como fuente de obligaciones contractuales para eximir así al demandado de los cargos que se le imputan (artículo 343 del C. Judicial), sino que podía llegar a más, declarando en su fallo y sin necesidad de petición de parte, la nulidad absoluta que lo afecta y absolviendo, en consecuencia, al demandado.

Diferentes serían las reflexiones que cabría hacer si se tratara de una nulidad relativa, pues como ésta debe ser alegada precisamente por la parte en cuyo favor la ley la há establecido (artículo 1743 del C. C.), el contrato por ella afectado conserva no obstante su vigencia y es fuente de obligaciones contractuales, mientras esa nulidad no llegue a declararse en debida forma.

Lo dicho hasta aquí no significa que los hechos consumados por las partes con ocasión de lo pactado en el pretendido contrato de sociedad no produzcan consecuencias jurídicas entre ellas o con respecto a terceros, pues de paso puede anotarse, entre otras cosas, que en virtud de tales hechos ha podido originarse o formarse una sociedad de hecho, lo cual les impone el deber de liquidarla, sujetándose a las reglas del cuasicontrato de comunidad (artículo 475 del C. de Co.), y de cumplir las obligaciones que se hubieren contraído en favor de terceros. (Artículo 477 ibídem).

De lo expuesto se desprende que el Tribunal quebrantó directamente el artículo 4º de la Ley 124 de 1937, por lo cual el fallo acusado debe ser casado. Las razones anteriormente dichas sirven también de motivación de la decisión de instancia, para proferir la cual sólo resta agregar las siguientes:

El demandante también plantea su acción como si del mencionado documento resultase pactado un contrato de asociación o cuentas en participación; pero para destacar lo infundado de la demanda también bajo este aspecto bastará observar que es de la esencia de la mencionada convención, conforme a lo estatuído al respecto en los artículos 629 a 632 del Código de Comercio, entre otras cosas, que las operaciones se afectan por uno de los contratantes "en su solo nombre y bajo su crédito personal"; que sea secreta; que

carezca de razón social, patrimonio colectivo y domicilio, que el gestor actúe en calidad de "único dueño del negocio", y que de la sola lectura del referido documento aparece que el convenio no reúne lós citados requisitos para que así pueda reputarse como un contrato de asociación o cuentas en partición.

En atención a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veinte y tres de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente negocio, y en su lugar confirma la de primera instancia, dictada por el Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá, con fecha veinte y dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco. Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

COMPLICIDAD CORRELATIVA

1.—El hecho de que el jurado haya condenado a uno de los procesados como autor de homicidio consumado en concurso con otro al cual absuelve el mismo jurado es una contradicción aparente en que incurre el veredicto, porque la responsabilidad penal es, en principio, individual e intransmisible o incomunicable, vale decir que cada cual responde de lo que hace y no de lo que los demás ejecutan, y porque la complicidad o concurso es una circunstancia accesoria y no principal para que un delito se configure.

La declaración esencial que contiene el veredicto es la de que uno de los acusados es responsable y el otro no, sin que la dicha circunstancia de que el condenado hubiera actuado solo o en concurso con otro lo exima de responsabilidad, pues la participación de otro u otros es algo accidental y no esencial o principal.

Lo que el jurado declaró refiriéndose al concurso puede significar dos cosas: o que el procesado actuó ayudado por otro sobre cuya responsabilidad no se le interrogó, o que radicó la imputación en cabeza de uno solo y omitió distraídamente explicar que no había existido la participación. En todo caso, no es de la esencia del delito la reunión de voluntades y de acciones, salvo que se trate de un hecho ilícito en que la pluralidad de delincuentes sea necesaria para que se configure, como ocurre en la asociación para delinquir, y de una figura semejante no se trata en el proceso que se estudia.

2.—Considera la Corte, de acuerdo con el Ministerio Público, que la complicidad correlativa es una circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción, pero que, en los juicios en que el jurado interviene, debe ser reconocida por éste, al tenor de los artículos 480, 499 y concordantes del código de procedimiento penal. Si los jueces de hecho no la declaran estando demostrada, corresponde a los jueces de derecho enmendar el yerro, declarando el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

Pero esa atribución les compete exclusivamente a los juzgadores de instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Parra)

Vistos. Carlos Julio León Cotrino fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 11 de octubre último, a sufrir la pena principal de quince años de presidio, por el homicidio consumado en la persona de Ismael Porras. En la sentencia fue absuelto Pedro Julio León Cotrino, que había sido llamado a juicio por el mismo delito.

Contra el fallo aludido interpuso casación el procesado Carlos Julio, recurso que ante la Corte sustenta un apoderado especial, con base en las causales 1ª, 2ª y 7ª del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Hechos. Relata el Tribunal que, en las horas de la tarde del 7 de marzo de 1942, Ismael Porras, acompañado de Abelardo Porras, Eufrasio Rueda y Saúl Marroquín, se dirigía de la fracción de Ganchimay a la de El Hato, de la jurisdicción del municipio de Caparrapí, cuando, al llegar a cierto punto, los acompañantes de Ismael oyeron dos disparos de armas de fuego y que éste manifestaba que lo habían herido. Efectivamente, Porras había recibido algunas lesiones, y, conducido a la casa de Carlos Delgado, falleció poco después.

Actuación procesal. El Juzgado 1º Superior de Bogotá, en auto de 12 de julio de 1943, dictó auto de proceder contra Pedro Julio y Carlos Ju-

lio León Cotrino, por el homicidio de Porras, dándole la calificación de asesinato, auto que fue confirmado por el Tribunal en el de 15 de diciembre del mismo año.

El jurado reunido para calificar los hechos negó la responsabilidad de los acusados, y por eso el Juzgado, en sentencia de 11 de diciembre de 1945, los absolvió; pero el Tribunal, en decisión de 9 de diciembr ede 1946, declaró el veredicto claramente contrario a la evidencia de los hechos.

Un segundo jurado declaró que Pedro Julio León Cotrino no era responsable de la muerte de Ismael Porras, pero que Carlos Julio León Cotrino sí era responsable del homicidio y como causado "con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y sorprendiendo descuidada y desprevenida a la víctima, poniendo a ésta en condiciones de indefensión o de inferioridad".

El Juzgado lo condenó a diez y seis años de presidio, a las accesorias legales y al pago de los perjuicios (en abstracto), en sentencia de 30 de marzo de 1948.

Por último, el Tribunal confirmó ese fallo, pero redujo la pena principal a quince años de presidio y añadió la accesoria de la publicación especial de la sentencia, en su proveído de 11 de octubre, que es el que ahora debe revisar la Corte en casación.

Se procede, pues, al estudio de las causales invocadas, en el orden seguido por el Ministerio Público, que es el que la lógica aconseja para los efectos del recurso.

Causal séptima.—Haberse pronunciado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

Alega el recurrente que el veredicto se interpretó como una condenación para Carlos Julio León y como una absolución para Pedro Julio León, sin tener en cuenta que el jurado contestó que el delito había sido perpetrado "en concurso con otro", como se hizo el cargo desde el auto de proceder y aun desde antes, desde la iniciación del sumario. Por consiguiente, si los jueces de conciencia contestaron negativamente el concurso con otro respecto de Pedro Julio, la negación debe comprender a Carlos Julio. Si se trataba de averiguar la responsabilidad conjunta e indivisible en el hecho delictuoso, "resulta lógico que no siendo el primero responsable, tampoco podría serlo el segundo, de donde también resulta que la respuesta dada a las cuestiones tercera y cuarta, en vista de las respuestas para la primera y segunda, es evidentemente contradictoria".

La contradicción del veredicto consiste, pues, en la circunstancia de que el jurado negó la responsabilidad de Pedro Julio León en el homicidio como perpetrado "en concurso con otro", en las dos primeras respuestas a las preguntas del cuestionario, mientras que en las dos últimas acepta la responsabilidad de Carlos Julio León, mediante "concurso con otro", lo que significa que aceptó y descartó al mismo tiempo el concurso criminal respecto de una sola infracción.

Se considera:

Al jurado se le sometió el siguiente cuestionario:

"**Cuestión primera.** — ¿El acusado Pedro Julio León C. es responsable de haber dado muerte violenta **en concurso** con otro y con el propósito de causarla, a Ismael Porras, por medio de disparos de arma de fuego de largo alcance, hecho ocurrido entre las tres y las seis de la tarde del día siete (7) de marzo de mil novecientos cuarenta y dos (1942), en un lugar del municipio de Caparrapí, de la comprensión de este distrito judicial?

"**Cuestión segunda.** — ¿El acusado Pedro Julio León C. ejecutó el hecho de que trata la cuestión anterior con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y sorprendiendo descuidada y desprevenida a la víctima poniendo a ésta en condiciones de indefensión o de inferioridad?

"**Cuestión tercera.** — ¿El acusado Carlos Julio León C. es responsable de haber dado muerte violenta **en concurso con otro** y con propósito de causarla, a Ismael Porras, por medio de disparo de arma de fuego de largo alcance, hecho ocurrido entre las tres y las seis de la tarde del día siete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos en un lugar del municipio de Caparrapí, de la comprensión de este distrito Judicial?

"**Cuestión cuarta.** — ¿El acusado Carlos Julio León C. ejecutó el hecho de que trata la cuestión anterior con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y sorprendiendo descuidada y desprevenida a la víctima, poniendo a ésta en condiciones de indefensión o de inferioridad?".

Como ya se advirtió, el jurado contestó que NO a las dos primeras preguntas y que SI a las dos últimas, esto es, absolvió a Pedro Julio y condenó a Carlos Julio ,lo que es contradictorio, según el demandante, supuesto que tanto para aquél como para éste respondió el jurado que había procedido **"en concurso con otro"**.

Como la Procuraduría lo anota, hay una contradicción, por lo menos aparente, en decir que

un sujeto mata en concurso con otro, siendo así que ese otro resulta absuelto.

Pero se tan sólo aparente esa contradicción, porque la responsabilidad penal es, en principio, individual e intransmisible o incomunicable, vale decir, que cada cual responde de lo que hace y no de lo que los demás ejecutan, y porque la complicidad o concurso es una circunstancia accesoria y no principal para que un delito se configure.

La declaración esencial que contiene el veredicto es la de que uno de los acusados es responsable y el otro no, sin que la dicha circunstancia de que el condenado hubiera actuado solo o en concurso con otro lo exima de responsabilidad, pues la participación de otro u otros es algo accidental o accesorio y no esencial o principal.

Lo que el jurado declaró refiriéndose al concurso puede significar dos cosas: o que el procesado actuó ayudado por otro sobre cuya responsabilidad no se le interrogó, o que radicó la imputación en cabeza de uno solo y omitió distraídamente explicar que no había existido la participación. En todo caso y, como lo dice el ministerio público, no es de la esencia del delito la reunión de voluntades y de acciones, salvo que se trate de un hecho ilícito en que la pluralidad de delincuentes sea necesaria para que ese configure, como ocurre en la asociación para delinquir, y de una figura semejante no se trata en el proceso que se estudia.

En igual sentido se había expresado la Corte en fallos de 19 de junio de 1932, de 19 de junio de 1941 y de 10 de agosto de 1945, según las citas que oportunamente hace la Procuraduría.

En tal virtud, la causal invocada no puede prosperar.

Causal segunda—Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Alega el recurrente que en el expediente se señalan Pedro Julio y Carlos Julio León como autores del hecho criminal, pues quienes dicen haberlos visto aseguran que llevaban armas semejantes y que, sin embargo, la diligencia de autopsia deja ver con evidencia que la víctima recibió tan sólo una herida con arma de fuego, pero cuyos proyectiles penetraron en distintas partes del cuerpo. Ese hecho, que no se estudió detenidamente, significa que no se pudo determinar "cuál de los dos hermanos" hizo el disparo fatal.

La dicha circunstancia modifica la responsabilidad y las sanciones, según el artículo 385 del código penal, pero en la sentencia no se tuvo en cuenta, pues no se descontó la mitad de la pena que corresponde al delito, por la complicidad correlativa que resulta.

Considera la Corte, de acuerdo con el Ministerio Público, que la complicidad correlativa es una circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción, pero que, en los juicios en que el jurado interviene, debe ser reconocida por éste, al tenor de los artículos 480, 499 y concordantes del código de procedimiento penal. Si los jueces de hecho no la declaran estando demostrada, corresponde a los jueces de derecho enmendar el yerro, declarando el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

Pero esa atribución les compete exclusivamente a los juzgadores de instancia, según lo enseñan los artículos 537, 554 y 567 del mismo código, pues la contraevidencia del veredicto no se consideró como causal de casación en el nuevo estatuto procesal, como tan repetidamente lo ha sostenido la Corte.

En consecuencia, la causal segunda invocada tampoco puede prosperar.

Causal primera.—Indebida aplicación de la ley penal.

Sostiene la demanda que el Tribunal ha debido absolver al recurrente, por interpretación benigna, como lo hizo con su hermano Pedro Julio, o, al menos, tener en cuenta la complicidad correlativa, ya que "dos personas tomaron parte en la ejecución del homicidio, pero no fue posible ni al propio jurado determinar cuál de las dos fue la autora del hecho objetivo de haber dado muerte y sólo se pronunció sobre la responsabilidad de **uno** de esos dos autores, señalando a Carlos Julio León Cotrino".

Contesta el señor Procurador, y la Corte acoge sus razones, diciendo que en los procesos en que el jurado interviene la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con el veredicto, según ya se dejó expresado, que es su fuente inmediata.

"Ahora bien: —prosigue— ni el auto de proceder, ni las alegaciones de las partes en la audiencia pública, ni el veredicto plantearon para los acusados el fenómeno de la complicidad correlativa. Por el contrario, el enjuiciamiento la descartó al reputar a los hermanos León Cotrino como autores principales del homicidio, según el artículo 19 del estatuto penal; y también rechazó esa figura el propio veredicto, cuando absolvió a Pedro Julio y condenó a Carlos, porque si apenas dejó en pie la responsabilidad de una sola persona por el homicidio, neganlo la del otro acusado, mal puede hablarse de complicidad co-

rrelativa, modalidad ésta que requiere la intervención de dos sujetos por lo menos, y que se ignore cuál de ellos consumó el hecho punible (homicidio o lesiones).

Más claro: la absolución de Pedro Julio significa que él no tomó parte en el homicidio, sino únicamente su hermano Carlos. Luego no existe pluralidad de agentes del delito, de quienes pueda predicarse la duda sobre el verdadero autor de la infracción, como lo exige la complicidad correlativa.

En tal virtud, si el veredicto declaró responsable a Carlos Julio de un homicidio — asesinato — sin ninguna otra modalidad que lo atenuara, la disposición aplicable al caso era el artículo 363 del Código Penal, como acertadamente lo hizo el fallador de segunda instancia. La absolución de dicho procesado, o el reconocimiento en su favor de la complicidad correlativa hubieran puesto la sentencia en desacuerdo con la voluntad del Jurado, y entonces sí cabrían las causales primera y tercera de casación".

Esta causal tampoco puede, por lo tanto, prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Jenaro Cruz (Conjuez)—**Floriberto Ramos,** Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO CRIMINAL

El cambio de radicación de un proceso de un Distrito Judicial a otro, autorizado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, constituye una excepción al principio de la competencia por razón del territorio en donde el delito se cumplió, y su finalidad no es otra que la conveniencia para la recta administración de justicia de evitar que aquélla sea interferida por circunstancias que hagan nugatoria la imparcialidad de que debe estar revestida para el juzgamiento de los delincuentes.

Así, pues, esta medida se justifica sólo cuando aparecen claramente establecidos los motivos que la hacen aconsejable y conveniente para la administración de justicia, como también cuando se determinan factores que puedan menoscabar los intereses del procesado o de la sociedad.

La Corte ha abundado en jurisprudencias sobre el particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud sobre cambio de radicación, formulada por el apoderado del señor Gonzalo Durán Santos, sindicado del delito de homicidio, para que se emita el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Elementos probatorios

La solicitud viene acompañada de los siguientes documentos, con los cuales el peticionario quiere demostrar la conveniencia del cambio de radicación del proceso:

a) Certificado expedido por el señor Juez 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil y su secretario, en el cual consta que allí cursa el sumario contra Gonzalo Durán, por homicidio en José Antonio Ortiz;

b) Conceptos de los señores Fiscal del Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial y Fiscal del Juzgado Segundo Superior del mismo lugar, en los cuales dichos funcionarios se pronuncian en forma favorable al cambio de radicación del proceso de que se ha hablado, porque — dice el primero — "al delito le dieron el carácter de eminentemente político y de allí que la radicación en otra parte no sólo sea conveniente sino urgente, si es que se quiere obrar con justicia y equidad". El segundo conceptúa: "que es conveniente el cambio de radicación del proceso contra el señor Gonzalo Durán por homicidio en el señor Antonio Ortiz, por el cariz marcadamente político que se le ha dado; por el ambiente formado por la prensa y el público y por el peligro de muerte para el procesado y su familia, la cual tuvo que abandonar el Departamento;

c) Testimonio de los señores: doctor Alberto Aguirre Plata, Nepomuceno Gómez Gómez y Jesús E. Reyes, "personas de reconocida honorabilidad y buena fama", como lo certifica el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Socorro en donde rindieron sus declaraciones, quienes abundan en las mismas razones de los representantes del Ministerio Público para creer que, no solamente es justo sino de necesidad, el cambio de radicación que se ha solicitado.

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso de un Distrito Judicial a otro, autorizado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, constituye una excepción al principio de la competencia por razón del territorio en donde el delito se cumplió, y su finalidad no es otra que la conveniencia para la recta administración de justicia de evitar que ella sea interferida por circunstancias que hagan nugatoria la imparcialidad de que debe estar revestida para el juzgamiento de los delincuentes.

Así, pues, esta medida se justifica sólo cuando aparecen claramente establecidos los motivos que la hacen aconsejable y conveniente para la administración de justicia, como también cuando se determinan factores que puedan menoscabar los intereses del procesado o de la sociedad.

La Corte ha abundado en jurisprudencias sobre el particular y respecto a los fines perseguidos con el cambio de radicación, recientemente los enumeró en la siguiente forma:

a) Hacer más recta e imparcial la administración de justicia;

b) Impedir que circunstancias o causas de distinta índole interfieran el ejercicio recto de dicha administración de justicia;

c) Sustraer a ésta del influjo de las pasiones políticas que en un momento dado pueden gravitar sobre ella impidiéndole el cumplimiento de sus deberes;

d) Llevar la confianza a los asociados de que ningún sentimiento distinto al de la imparcialidad más absoluta y al más desprevenido criterio, obra en la decisión de los jueces; y

e) Sustraer a éstos en el ejercicio de sus funciones de todo ambiente caldeado o apasionado, a fin de que cumplan su ardua y delicada misión, sin causa alguna que les impida la totalidad de su independencia y libertad en la decisión de los procesos puestos bajo su cuidado. (Concepto de trece de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve).

En el caso del proceso contra Gonzalo Durán Santos que se estudia, hay suficientes razones para pensar en la existencia de factores de orden político que pueden influir, en forma decisiva, a menoscabar el equilibrio, la independencia e imparcialidad en que debe moverse la administración de justicia.

Los conceptos de los señores Fiscal del Tribunal Superior de San Gil y Fiscal del Juzgado Superior en donde está radicado el negocio de que se trata, así como las declaraciones de los señores Alberto Aguirre Plata, Nepomuceno Gómez y Jesús Reyes, que originales ha presentado el peticionario, no dan lugar a duda de que la pasión política ha invadido los campos de la justicia en el proceso por homicidio contra Durán Santos.

Así, el Fiscal del Tribunal Superior, dice lo siguiente:

"Se trata de que el sindicado es una persona destacada de la localidad en donde se sucedieron los hechos sangrientos, circunstancia ésta que hizo que los dirigentes políticos de las poblaciones de Oiba y Socorro a que pertenecía el occiso, se movilizaran al día siguiente y trataran de coaccionar al Alcalde de Guapotá para la detención del sindicado Durán Santos. Mas como éste advirtiendo la inminencia del peligro abandonara la población, con amenazas obligaron al Alcalde a firmar una orden de captura y comisionar para ello al Alcalde del Socorro. Cabe anotar que las comisiones que llegaron a Guapotá estaban encabezados por el propio Alcalde de Oiba y por un Diputado a la Asamblea departamental de bastante prestigio político en el sur de este Departamento.

"Pero es más todavía. El propio Personero de la localidad al día siguiente de los hechos y cuando la investigación aún no se había iniciado, telegráficamente se dirigió al Registrador de Instrumentos Públicos y privados del Socorro diz que previniéndole se abstenga de registrar las enajenaciones que a cualquier título hiciera de sus propiedades el sindicado Durán. Pero el señor Personero no se contentó con lo anterior. Inmediatamente el Alcalde de Guapotá inició la investigación, se dio a la tarea de preparar a los testigos indicándoles la forma como debían rendir sus testimonios".

Por su parte, el señor Fiscal del Juzgado 2º Superior de San Gil, se expresa así:

"1º Por el cariz político que se le ha dado al episodio;

"2º Por el ambiente formado por la prensa y el público en general;

"3º Por el peligro de muerte para el señor Gonzalo Durán y su familia, la cual tuvo que abandonar el Departamento;

"4º Por carecer de apoderado puesto que el anterior se ha visto precisado a abandonar la ciudad, y

"5º Que las personas que principalmente han obrado para formar el mal ambiente y la animadversión contra Durán, figuran en la lista de jurados", es conveniente el cambio de radicación del proceso contra el señor Gonzalo Durán por homicidio en el señor José Antonio Ortiz.

Los anteriores hechos, cuya gravedad no se puede desconocer, especialmente la última afirmación del funcionario antes aludido, bastante por sí misma para establecer la tremenda realidad en que obra la justicia, indican sin duda alguna la conveniencia suma de la radicación del proceso seguido contra el señor Gonzalo Durán Santos, por homicidio, en un Distrito Judicial distinto de aquel en donde fue consumado el delito, a fin de que la justicia sea impartida rectamente, sin menoscabo de la sociedad ni de los derechos que la ley otorga al sindicado para su defensa.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— **emite concepto favorable** al cambio de radicación del proceso contra Gonzalo Durán Santos, a que se refieren las presentes diligencias.

Cópiese y devuélvase el expediente.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

DELITO DE PREVARICATO—NO ES DEMOSTRACION SUFICIENTE DE QUE UNO DE LOS FUNCIONARIOS QUE INTERVINO EN UN PROCESO LO HA COMETIDO, EL HECHO DE QUE HAYA DISCREPANCIA ENTRE LO APRECIADO Y DECIDIDO POR EL INFERIOR Y LO DECIDIDO POR EL SUPERIOR

Las apreciaciones jurídicas que un funcionario haga sobre la prueba allegada al proceso, no están sujetas o subordinadas al criterio o concepto que de ellas tenga el inferior; precisamente, para garantizar los derechos de las partes es por lo que la ley ha establecido los recursos o el principio de las instancias en los procesos penales en relación con los autos que dicte el funcionario investigador o el juez de la causa.

Si esas providencias fueran inmodificables en cuanto a los hechos y valoración de las pruebas tendientes a demostrarlos, los recursos de apelación y consulta no tendrían razón de ser, porque el Superior que conoce del proceso por cualesquiera de estos recursos no podría modificar lo resuelto por el inferior, es decir, el criterio del Juez A QUO sería omnímodo y absoluto, pues, en esta forma, desaparecerían automáticamente los fines esenciales para los cuales se instituyeron los recursos y las respectivas instancias dentro del proceso.

La circunstancia de que el Superior no comparta las razones o motivos que sirvieron de fundamento a una providencia dictada por un funcionario inmediatamente inferior, no es un acto constitutivo de delito, porque en la interpretación de los textos legales, la ley confiere amplia facultad al juzgador para apreciar los hechos y valorar las pruebas. Bien puede suceder que el inferior hubiera interpretado erróneamente los hechos o le hubiera dado a la prueba un valor que no tenía, y que al ser examinados por un funcionario distinto de aquel que dictó la primera providencia encuentre que hubo equivocación o mala apreciación de ellos; entonces el deber del superior frente a la ley, es el de corregir esos errores para cumplir con una de las finalidades primordiales del recurso, sin que esa facultad de apreciación, cuando se halla respaldada en las constancias procesales, pueda originar un acto constitutivo de delito alguno.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y nuevce.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué consulta la providencia de veinticinco de abril del presente año por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Pedro M. Ramírez por los hechos materia de la presente investigación.

Cumplidas las formalidades procedimentales, y recibida la vista del colaborador se procede a su estudio.

Hechos:

Marco A. Tello denunció ante la Sala Penal del Tribunal al doctor Pedro M. Ramírez, porque en su calidad de Juez del Circuito Penal de Melgar cometió un delito de prevaricato, consistente en que en el proceso adelantado contra Jorge Castro Parra, quien había sido detenido por un delito de falso testimonio por el Juez Municipal el sindicado, en providencia de veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, revocó la dictada por el inferior y ordenó poner en libertad a Castro Parra, hecho que en concepto del denunciante constituye una violación evidente de la ley por haberse dictado por simpatía a uno de los interesados y animadversión hacia la contraparte.

Pruebas

En el sumario reposa el acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión, do-

cumentos con los cuales se acredita la calidad de empleado público que, como funcionario de la rama jurisdiccional, tenía el doctor Pedro M. Ramírez, como juez penal del circuito de Melgar.

La copia de la escritura número 466 otorgada en la Notaría de Girardot con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro por la cual Jorge Castro Parra vendió a Marco A. Tello los derechos y acciones que tenía sobre la sucesión de María Engracia Díaz, derechos y acciones "que se hallan vinculados en terrenos de la comprensión municipal de Melgar, en el sitio denominado "Inali", habiéndole hecho entrega de ellos en aquella misma fecha al comprador junto con las mejoras existentes, por ser éstas parte integrante de la venta pero reservándose Castro Parra, según lo afirma en la indagatoria, dos bultos de alambre. Parece que ese alambre forma un cerco que colindaba con mejoras o propiedades de Jorge Portela, y como Tello lo retirara el diez de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, Portela lo denunció por infracciones del artículo 22 de la Ley 4ª de 1943".

Copia de la declaración de Jorge Castro Parra rendida ante el Alcalde Municipal de Melgar, en la cual dice: que la cerca de alambre que retiró el señor Tello el día diez de octubre de 1946 no había sido objeto de la venta.

También reposan algunas pruebas testimoniales; y los autos de primera y segunda instancia dictados en el proceso que por falso testimonio se adelantaba a Jorge Parra, por el Juez Municipal y el Juez del Circuito Penal de Melgar, y la respectiva declaración indagatoria del acusado.

Entre las razones que se tuvieron en cuenta para revocar la providencia del juez **a quo** están —entre otras— las siguientes:

"....Con un somero estudio de los elementos constitutivos de la infracción, se deduce que en el caso concreto de autos debe estudiarse si hay contradicción entre la declaración rendida bajo la gravedad del juramento ante el señor Alcalde Municipal por Castro y las cláusulas contractuales, ya que es obvio que la declaración que fue rendida sin apremio ni juramento alguno, puede intervenir para nada en la configuración del ilícito, porque le falta el tercero de los elementos enumerados anteriormente o sea que el acto se realice bajo la gravedad del juramento".

"Analizando detenidamente las cláusulas contractuales encontramos que Castro Parra vendió a Marcos Tello varios derechos que pertenecían a la sucesión de María Engracia Díaz y derechos adquiridos por compra que hizo a Mogollón.

"Jorge Castro Parra afirma que vendió a Marcos Tello dos derechos, luego, analizando esta aseveración, se observa que el testigo situó como un solo derecho todos los derechos pertenecientes a la sucesión de la citada Engracia Díaz.

"Es decir, no existe contradicción alguna entre las cláusulas contractuales y su testimonio juramentado.

"Afirma Castro Parra que él no le vendió a Tello algunos cercos de alambre que se reservó y esta aseveración está respaldada con los testimonios de Heliodoro Cárdenas y Anunciación Vega de Cárdenas.

"Tampoco se observa en esta aseveración que Castro haya afirmado una falsedad, pues aun cuando el contrato habla de que en la negociación quedaban incluídas las mejoras existentes, éste es un término genérico que ya según el diccionario de la Real Academia, mejora es "Medra, adelantamiento o aumento de alguna cosa", amén de que un individuo de escasa ilustración entiende por mejora por regla general los aumentos en frutos de la cosa...".

Se considera:

Las apreciaciones jurídicas que un funcionario haga sobre la prueba allegada al proceso, no está sujeta o subordinada al criterio o concepto que de ellas tenga el inferior; precisamente, para garantizar los derechos de las partes es por lo que la ley ha establecido los recursos o el principio de las instancias en los procesos penales en relación con los autos que dicte el funcionario investigador o el juez de la causa.

Si esas providencias fueran inmodificables en cuanto a los hechos y valoración de las pruebas tendientes a demostrarlos, los recursos de apelación y consulta no tendrían razón de ser, porque el Superior que conoce del proceso por cualesquiera de estos recursos no podría modificar lo resuelto por el inferior, es decir, el criterio del Juez **a quo** sería onmímodo y absoluto, pues, en esta forma, desaparecerían automáticamente los fines esenciales para los cuales se instituyeron los recursos y las respectivas instancias dentro del proceso.

La circunstancia de que el Superior no comparta las razones o motivos que sirvieron de fundamento a una providencia dictada por un funcionario inmediatamente inferior, no es un acto constitutivo de delito, porque en la interpretación de los textos legales, la ley confiere amplia facultad al juzgador para apreciar los hechos y valorar las pruebas. Bien puede suceder que el in-

ferior hubiera interpretado erróneamente los hechos o le hubiera dado a la prueba un valor que no tenía, y que al ser examinados por un funcionario distinto de aquel que dictó la primera providencia encuentre que hubo equivocación o mala apreciación de ellos, entonces, el deber del Superior frente a la ley, es el de corregir esos errores para cumplir con una de las finalidades primordiales del recurso, sin que esa facultad de apreciación, cuando se halla respaldada en las constancias procesales, pueda originar un acto constitutivo de delito alguno.

El Juez Penal del Circuito en providencia que revoca el auto de detención, únicamente, se limitó a examinar el texto de la declaración de Castro Parra frente a las estipulaciones contenidas en la escritura de compra y venta, y de ese examen dedujo la ninguna contradicción existente entre las cláusulas contractuales y su testimonio, juramentado y a esa conclusión no se llegó por una simple afirmación, sino mediante el examen de los diversos elementos del delito, por consiguiente no puede reputarse como el resultado de la comisión de un hecho ilícito, porque no se ha demostrado que ella fuera el producto de un acto contrario a la ley, expresa o manifiestamente injusto, que ella se hubiera dictado por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, elementos éstos que son los que estructuran el delito de prevaricato.

El dolo o sea el elemento moral del delito no está demostrado: "y ante esa deficiencia probatoria —dice la Procuraduría— sobre los móviles dolosos que inspiran el auto del Juez, hay que estarse al principio de la buena fe que se presume en las actuaciones oficiales de los funcionarios o empleados públicos. De no ser así, todos los desaciertos y equivocaciones de éstos en la apreciación de los hechos **sub judice** y en la aplicación del derecho, quedarían automáticamente tachados de parcialidad, y semejante conclusión, a más de injusta sería absurda. Con ella quedarían, sencillamente, en igualdad de situaciones el error nacido de la falibilidad humana y el desconocimiento malicioso y arbitrario de las normas legales por parte del Juez, conciliando así, dos cosas inconciliables, como son la inocencia y la responsabilidad".

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, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él CONFIRMA la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por el cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Pedro M. Ramírez por los cargos materia de la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

IMPEDIMENTOS DE AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

1. — Los impedimentos y recusaciones se establecen para garantizar la mayor imparcialidad de los funcionarios que administran justicia o de las personas que colaboran con ellas; su finalidad radica en hacer efectiva esa imparcialidad en relación con la facultad de juzgar para que la justicia sea el reflejo exacto de la verdad de los hechos investigados. Los impedimentos o recusaciones desplazan de sus funciones a las personas que por cualquier circunstancia tienen incompatibilidad jurídica o moral para conocer de un negocio determinado, esta abstención ataca directamente la capacidad subjetiva del funcionario en relación con su posición de idoneidad, independencia e imparcialidad que como juez debe tener frente a los intereses de la justicia y de las partes que intervienen en el proceso penal.

En otros términos, la justicia será imparcial cuando el Juez y el funcionario que con él coopera sean moralmente aptos para el ejercicio de su función por ausencia de un negocio determinado. El impedimento o recusación alejan toda duda o sospecha que pueda recaer sobre la conducta de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia y evitan que un posible interés o una vinculación de éstos con las partes dé cabida a la simple posibilidad de que la justicia sea interferida por un conato de parcialidad.

2.—Ni los Agentes del Ministerio Público ni los Secretarios de los juzgados administran justicia, ni revisan las providencias de los inferiores, pero a pesar de esto, la ley los considera impedidos cuando en ellos concurre alguna de las causales previstas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Porque los impedimentos no se establecen en la ley en consideración a la calidad personal, sino en relación a la capacidad subjetiva de dichos funcionarios para garantizar la imparcialidad, probidad y rectitud moral en la administración de justicia.

3.—El fundamento o razón de ser de los impedimentos y recusaciones que establece la ley, radica, precisamente, en asegurar la independencia e imparcialidad del Juez, Magistrado o Agente del Ministerio Público desde el punto de vista moral en relación con el proceso de que va a conocer, y a estas finalidades en definitiva convergen todos los impedimentos detallados en el código de procedimiento. Esa incompatibilidad, ese impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada es lo que constituye propiamente el impedimento y cuando él concurre en un funcionario que sin ser Juez tiene la calidad de Agente del Ministerio Público o Secretario del Juez o Magistrado hay que declararlo por imperativo del artículo 79 de la ley 94 de 1938.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El doctor Alberto Bravo Guerra, Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en petición de julio 8 de 1949 se declara impedido para intervenir en el negocio adelantado contra Carlos Suárez por un delito de homicidio.

Impedimento

Invoca como causal de impedimento la del numeral 4º del artículo 73, en relación con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, pues afirma "no sólo expuse mi concepto de fondo sobre la cuestión debatida durante audiencia pública (fs. 143 y siguiente), sino que alegué con posterioridad la nulidad del proceso y, por último, apelé contra la sentencia absolutoria del señor Juez 1º Superior en mi carácter de Fiscal de ese Despacho".

"Por consiguiente, solicito que se dé el aviso de rigor al señor Gobernador del Departamento,

a fin de que designe al funcionario **ad hoc** que deba seguir actuando en la secuela del juicio".

Auto del Tribunal

En providencia de agosto cuatro del presente año, el Tribunal declaró infundado el impedimento y ordenó remitir el negocio a esta Entidad para cumplir con lo dispuesto por el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

Las razones expuestas pueden sintetizarse así:

"Los Agentes del Ministerio Público no son funcionarios de la rama jurisdiccional, por consiguiente, no administran justicia; su misión al tenor de lo dispuesto por los artículos 139 de la Constitución Nacional y 216 del Código de Régimen Político y Municipal se limita "a la averiguación de los delitos y al castigo de los delincuentes", es decir, a velar por el cumplimiento de la ley y a defender los intereses sociales del presunto sindicado o procesado.

El hecho de haber emitido concepto de fondo como fiscal del Juzgado, y el tener que emitirlo como Fiscal del Tribunal no es causal de impedimento, porque "ese concepto no lo liga a otro interés que el de cumplir sus funciones"; si se generalizara la causal de impedimento resultaría "que el juez que profiere auto de detención preventiva, excarcelación y aun el de proceder, se hallaría impedido para volver a intervenir en ese mismo negocio, por haber emitido ya concepto de fondo. De donde resultaría el absurdo de que, en un asunto tendrían que intervenir tantos funcionarios como autos de fondo se dictaren, lo cual iría contra la buena administración de justicia que reclama prontitud y oportunidad".

Pero como el Agente del Ministerio Público no tiene ingerencia definitiva o trascendental en la solución que adopte el fallador por "no revisar lo hecho por el inferior ni lo resuelto en primera instancia, desde que su misión no es la de corregir posibles errores que se incurrieran en la administración de justicia, sino la defensa de la vindicta pública, no hay necesidad, para el fin indicado, de que concurran distintos criterios en las funciones del Ministerio Público".

Se considera:

Los impedimentos y recusaciones se establecen para garantizar la mayor imparcialidad de los funcionarios que administran justicia o de las personas que colaboran con ellas; su finalidad radica en hacer efectiva esa imparcialidad en relación con la facultad de juzgar para que la justicia sea el reflejo exacto de la verdad de los hechos investigados. Los impedimentos o recusaciones desplazan de sus funciones a las personas que por cualquier circunstancia tienen incompatibilidad jurídica o moral para conocer de un negocio determinado; esta abstención ataca directamente la capacidad subjetiva del funcionario en relación con su posición de idoneidad, independencia e imparcialidad que como juez debe tener frente a los intereses de la justicia y de las partes que intervienen en el proceso penal.

En otros términos, la justicia será imparcial cuando el Juez o el funcionario que con él coopera sean moralmente aptos para el ejercicio de su función por ausencia de causas que legalmente los impidan para conocer de un negocio determinado. El impedimento o recusación alejan toda duda o sospecha que pueda recaer sobre la conducta de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia y evitan que un posible interés o una vinculación de éstos con las partes den cabida a la simple posibilidad de que la justicia sea interferida por un conato de parcialidad.

Es evidente que los Agentes del Ministerio Público no tienen la calidad de jueces o magistrados, pero sí son personas que intervienen en el proceso y de conformidad con el artículo 92 del Código de Procedimiento Penal colaboran con aquellos funcionarios dentro de los límites que dicha disposición les señala. En esta forma la afirmación del Tribunal no destruye la norma del artículo 79 de la ley procedimental que dice que las causales de impedimneto o recusación del artículo 73 se refieren a los Fiscales y a los Secretarios de los Juzgados. Ni los Agentes del Ministerio Público ni los Secretarios de los Juzgados administran justicia, ni revisan las providencias de los inferiores, pero, a pesar de esto, la ley los considera impedidos cuando en ellos concurre alguna de las causales previstas en el artulo 73 del Código de Procedimiento Penal. Porque los impedimentos no se establecen en la ley en consideración a la calidad personal, sino en relación a la capacidad subjetiva de dichos funcionarios para gantizar la imparcialidad, probidad y rectitud moral en la administración de justicia.

"Quien apela de un negocio —ha dicho la Corte— pretende que el superior revise la providencia del inferior, para saber si ella está o no de acuerdo con la ley y así confirmarla o revocarla. No se cumpliría una de las finalidades del recurso, si el Juez o Magistrado (en este caso Agente del Ministerio Público) que debe fallar

el negocio en la segunda instancia, es el mismo funcionario que con anterioridad a la interposición de la apelación dictó el correspondiente auto de proceder y emitió concepto sobre temas referentes a la imputabilidad o responsabilidad del procesado. Quien emite opinión sobre puntos tan fundamentales del proceso, en cierto modo se vincula a esos conceptos y es difícil que se aparte de ellos, cuando por circunstancias especiales —ascenso en la rama jurisdiccional— tenga que revisar sus providencias dictadas como funcionario de primera instancia. En estos casos, para tutelar los derechos del procesado y evitar cualquier sospecha de parcialidad contra el Juez o Magistrado debe admitirse el impedimento ya que el estudio del negocio en las dos instancias por distintos funcionarios constituye una de las mejores garantías para los intereses del procesado y de la sociedad".

"El impedimento que hoy estudia la Sala no comprende al Juez o Magistrado que pronuncia el auto de detención, sino a aquellos funcionarios que dictan providencia de fondo y que posteriormente adquieren dentro de la rama jurisdiccional un puesto de mayor categoría, y por tal motivo tienen que conocer del negocio en segunda instancia. Este es el pensamiento consignado por la Corte en las providencias a que antes se hizo mención; y no el que el Tribunal pretende deducir cuando afirma que "el Juez Superior a quien le hubiere tocado revocar, oficiosamente o por apelación, un auto sobre libertad proferido por el funcionario investigador, estaría impedido para calificar posteriormente el mérito del sumario". La Sala no ha hecho esa afirmación ni podría hacerla porque ello implica un desconocimiento absoluto de la ley. (Auto de 20 de noviembre de 1947. G. J. Nos. 2057 y 2058, Tomo LXIII, pág. 863).

No es cierta la afirmación de que los conceptos del Agente del Ministerio Público "no tienen ingerencia definitiva o trascendental en la solución que adopte el Juri" ni de que "no hay necesidad de que concurran distintos criterios en las funciones del Ministerio Público". Tan fundamental es el concepto del Agente del Ministerio Público, que en derecho procesal hay casos —como el del art. 153 del C. de P. P.— en que el Juez no puede tomar una decisión definitiva sino cuando dicho concepto es favorable, ni dictar sentencia sin oírlo previamente, y en las causas de competencia de la Corte, Tribunales y Juzgados Superiores es indispensable su concepto para dictar las providencias más importantes del proceso penal.

La concurrencia de dos criterios o de dos opiniones distintas respecto de los Agentes del Ministerio Público, es indispensable y de imperiosa exigencia cuando se hallan impedidos; impedimento o recusación que surge cuando dicho funcionario como colaborador de la Justicia (Fiscal del Juzgado) emite concepto de fondo sobre determinado negocio y posteriormente por ascenso en la jerarquía del Ministerio Público (Fiscal del Tribunal), tiene que emitir opinión de fondo sobre el mismo.

En este caso, existe una incompatibilidad moral para dictaminar con independencia e imparcialidad porque existe un interés de orden jurídico y moral que vincula sus opiniones al primer concepto. Es de presumirse que el Agente del Ministerio Público tiene un interés en la controversia planteada en torno de tesis tan radicalmente encontradas, interés intelectual, lícito y respetable, desde luego, pero que limita su entendimiento y voluntad para modificar el juicio que ya había emitido acerca de la situación del procesado frente a la ley penal.

El fundamento o razón de ser de los impedimentos y recusaciones que establece la ley, radica, precisamente, en asegurar la independencia e imparcialidad del Juez, Magistrado o Agente del Ministerio Público desde el punto de vista moral en relación con el proceso de que va a conocer, y a estas finalidades en definitiva convergen todos los impedimentos detallados en el código de procedimiento. Esa incompatibilidad, ese impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada es lo que constituye propiamente el impedimento y cuando él concurre en un funcionario que sin ser Juez tiene la calidad de Agente del Ministerio Público o Secretario del Juez o Magistrado hay que declararlo por imperativo del artículo 79 de la ley 94 de 1938.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **declara fundado el impedimento** manifestado por el Agente del Ministerio Público, doctor Alberto Bravo Guerra para conocer del negocio adelantado contra Carlos Suárez por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

DELITOS DE DETENCION ARBITRARIA Y PREVARICATO. — SI LA PERSONA CUYA DETENCION SE ORDENO NO ESTUVO REALMENTE DETENIDA NO HABRA LUGAR AL DELITO DE DETENCION ARBITRARIA.—EL SIMPLE HECHO DE QUE UNA PROVIDENCIA DE UN JUEZ SEA REVOCADA POR EL SUPERIOR NO FUNDA PRESUNCION DE QUE AQUEL PREVARICO AL DICTARLA

1.—La detención arbitraria consiste, según el artículo 295 del código penal, en que un funcionario o empleado público, abusando de sus funciones, "prive a alguno de su libertad". Luego si aquí no fue privado de su libertad el denunciante, si el bien jurídico que la ley tutela no sufrió menoscabo por la autoridad del funcionario, no puede darse por acreditada la existencia de la infracción de que éste ha sido acusado.

2.—La institución de las instancias no tiene por objeto corregir los abusos delictuosos de los funcionarios, sino simplemente enmendar sus posibles errores. Pensar de otra suerte sería partir de la presunción de que los jueces proceden siempre de mala fe, cuando es la contraria la que, si ampara a todos los hombres, debe cobijar con mayor eficacia a los administradores de justicia, en razón, precisamente, del alto y delicado ministerio que ejercen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Manizales, en providencia de 7 de mayo último, sobreseyó definitivamente en favor del Juez promiscuo del circuito de La Dorada, doctor José Joaquín Marín, a quien acusó Carlos J. Cepeda por detención arbitraria, prevaricato y abusos de autoridad.

En anterior ocasión se había terminado el procedimiento contra el mismo funcionario, por considerar el Tribunal que estaba plenamente comprobada la inexistencia de los delitos; pero la Corte, a solicitud del ministerio público, revocó ese proveído para que se allegaran algunos comprobantes que esclarecieran completamente la verdad.

Allegados éstos, nuevamente ha venido a la Corte el sobreseimiento aludido, por consulta.

Sucedió que al mentado Carlos Julio Cepeda se le siguió acción penal por falsas imputaciones hechas ante las autoridades mediante denuncia criminal que contra él presentó el doctor Roberto Vélez Hincapié; que en ese proceso se dictó auto de proceder contra el acusado y, además, se confirmó el de detención que había proferido el alcalde de La Dorada contra el mismo Cepeda.

El Juez, dice Cepeda, al proferir sus autos con los cuales buscó perseverante y perversamente su captura, al proferir su auto por el cual lo llamó a juicio por el supuesto delito de falsas imputaciones de que se quejó Roberto Vélez H., prevaricó, pues lo dictó a sabiendas, esto es, sin que en el expediente existiera indicio alguno de que hubiera infringido la ley penal. Para semejante actitud criminal tuvo a la vista el mismo expediente que tuvo a su vista el honorable Tribunal Superior de Manizales para sobreseer definitivamente en su favor, de donde se desprende que no hizo análisis de pruebas y se cegó por enemistad (folio 1º).

Se considera:

En el caso que se estudia está probado que el doctor José Joaquín Marín desempeñaba el cargo de Juez del circuito de La Dorada, pero basta tener en cuenta, para descartar la detención arbitraria, que Cepeda no fue privado de su libertad, como él mismo lo declara, pues dice: "Se me obligó a permanecer ausente durante doce meses y nueve días comenzando el día 21 de noviembre de 1946 hasta el día 30 de noviembre de 1947, en que pude volver a esta ciudad por haber tenido conocimiento de que se me había sobreseído".

La detención arbitraria consiste, según el artículo 295 del código penal, en que un funcionario o empleado público, abusando de sus funciones, "prive a alguno de su libertad". Luego si aquí no fue privado de su libertad el denunciante, si el bien jurídico que la ley tutela no sufrió menoscabo por la autoridad del funcionario, no

puede darse por acreditada la existencia de la infracción de que éste ha sido acusado.

El otro cargo que se le hace al Juez de La Dorada es el de haber dictado auto de proceder contra Cepeda, en forma arbitraria e injusta, pues que así lo demuestra la circunstancia de que el Tribunal Superior de Manizales revocó el enjuiciamiento.

Tal apreciación es inaceptable, como lo dice la Procuraduría, porque la institución de las instancias no tiene por objeto corregir los abusos delictuosos de los funcionarios, sino simplemente enmendar sus posibles errores. Pensar de otra suerte sería partir de la presunción de que los jueces proceden siempre de mala fe, cuando es la contraria la que, si ampara a todos los hombres, debe cobijar con mayor eficacia a los administradores de justicia, en razón, precisamente, del alto y delicado ministerio que ejercen.

El auto de proceder, que confirma la detención de Cepeda, es una providencia en que se analizan las pruebas que, a juicio del funcionario, son suficientes para dictar el auto de proceder y detenerlo (folios 6 y 7 del c. 1º), y de su lectura, así como de otros comprobantes, no puede deducirse el dolo.

Al contrario, en el auto del Tribunal que la revoca, se consignan estas frases, que acreditan la buena fe del juez acusado:

"Hay en el expediente la prueba de que el señor Carlos Julio Cepeda, en su profesión de abogado en el municipio de La Dorada, hace enemigos suyos a los empleados que no aceptan lo que él les pide, que no pierde oportunidad para formularles acusaciones y que son varios los denuncios elevados por el mismo contra el doctor Roberto Vélez Hincapié". (F. 11 del c. 1º).

El cargo de prevaricato se hace consistir en que el juez acusado, por enemistad con Cepeda, siguió conociendo del proceso hasta dictar el auto de proceder de que antes se habló, a pesar del escrito de recusación presentado en el proceso.

Efectivamente, al folio 48 del expediente aparece el tal escrito de recusación contra el funcionario; pero éste declara que no lo tuvo en cuenta, porque no había venido acompañado de las pruebas correspondientes y, sobre todo, porque había sido agregado al expediente en forma clandestina.

Y, en realidad, el escrito no contiene una propuesta formal de recusación, sino que se anuncia el propósito de formularla apenas se alleguen determinadas pruebas y, además, no se sabe cómo se agregó al expediente, ya que por estar fugitivo el autor, no lo presentó ante ninguna autoridad.

"Por último —concluye la Procuraduría— tampoco se comprobó en la presente investigación que el juez sindicado hubiera procedido al dictar determinada providencia por dañado interés o por afecto o desafecto hacia nadie. Su deber era instruir el sumario por falsas imputaciones que dio origen a la denuncia del señor Cepeda, y el sólo hecho de que en la segunda instancia hubiera sido revocado el auto de enjuiciamiento contra éste, no es bastante para convertirlo en delincuente".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el sobreseimiento definitivo de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

CAUSAL 2ª DE CASACION — ESTA CAUSAL ES IMPROCEDENTE EN JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO. — SI A ESTE SE PROPUSO EN EL CUESTIONARIO UN CARGO DISTINTO DEL QUE SE IMPUTO EN EL AUTO DE PROCEDER, LA CAUSAL CONDUCENTE ES LA 4ª

1.—La causal 2ª de casación que trata de que se reabra un nuevo estudio de los elementos de convicción de un proceso ya terminado, sólo es aceptable cuando primó un criterio de derecho en el análisis de las pruebas de las cuales derivó la responsabilidad. Por ello, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, ella es improcedente contra sentencias proferidas en juicios en que intervino el jurado.

2.—De ser cierto el cargo hecho por el recurrente contra la sentencia, de que al procesado se le llamó a juicio en el auto de proceder por un homicidio preterintencional, pero que al formular el cuestionario al Jurado, se cambió esa especie delictiva, consignando un homicidio simplemente intencional, la causal conducente sería la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse adelantado el juicio con el cumplimiento de todas las formalidades que le son propias, y entre ellas, en los juicios en que interviene el Jurado, se halla la de elaborar el cuestionario de acuerdo con el auto de proceder. En tales circunstancias se incurre en una de las llamadas nulidades constitucionales derivadas del artículo 26 de la Constitución Nacional, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos.

3. — De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal, la falla en la elección de la causal de casación hace que la demanda no prospere.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, condenó a Rafael Zapata Dávila a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Rafael González.

Contra esta sentencia el señor defensor del procesado interpuso recurso de casación, y ante la Corte se formuló la correspondiente demanda, y, como se han cumplido las formalidades legales, se procede a su estudio.

Demanda

El demandante invoca como causales de casación las de los numerales 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CAUSAL 2ª — Errada interpretación o apreciación de los hechos

Con respecto a esta causal —la 2ª— que el demandante sustenta en los mismos motivos en que funda la causal 1ª, la Corte declara que dicha causal 2ª no tiene aplicación en este caso, por razones que reiteradas veces ha expuesto y que pueden sintetizarse así: en juicio de los cuales conocen los Jueces Superiores con intervención del Jurado todo lo que se refiere a pruebas, es cuestión de la libre apreciación del Tribunal popular, sin sujeción a regla alguna de derecho. De tal suerte que aceptado, por los jueces de derecho, un veredicto y perdida ya la oportunidad para declararlo contrario a la realidad de los hechos, no cabe atacarlo en casación finalizado el juicio, pues a ello equivale la crítica acerca de los elementos de convicción que le dieron base.

En consecuencia, la causal 2ª de casación, que trata precisamente de que se reabra un nuevo estudio de tal aspecto de un proceso ya terminado, sólo es aceptable cuando primó un criterio

de derecho en el análisis de las pruebas de las cuales derivó la responsabilidad.

La causal 2ª, pues, se desecha.

CAUSAL 1ª—**Errónea interpretación e indebida aplicación de la ley penal.**

El recurrente sustenta esta causal —lo mismo que la 2ª— en el siguiente motivo: que en el auto de proceder se le imputó al procesado Rafael Zapata Dávila un homicidio preterintencional, pero que, al formular el cuestionario para el Jurado, se cambió esa especie delictiva, consignando un homicidio simplemente intencional.

Así las cosas, dice el recurrente, "a Rafael Zapata no se le ha dado oportunidad de que se defienda, ya que se le formuló un cargo al llamarlo a juicio y en realidad al Jurado se le propuso un interrogante radicalmente diferente".

Se considera:

De ser cierto el cargo —como lo dice el señor Procurador Delegado—la causal de casación conducente sería la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse adelantado el juicio con el cumplimiento de todas las formalidades que le son propias, y entre ellas, en los juicios en que interviene el Jurado, se halla la de elaborar el cuestionario de acuerdo con el auto de proceder. En tales circunstancias, se incurre en una de las llamadas nulidades constitucionales, derivadas del artículo 26 de la Constitución Nacional. Así lo ha resuelto esta Sala de la Corte en las casaciones de Agustín Barrera Niño, Francisco Alayón y José Alfonso Pabón Rincón. (Fallos de 26 de julio de 1944, 28 de octubre de 1946 y 16 de febrero de 1949, respectivamente).

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal, esta falla en la elección de la causal, hace que la demanda no prospere.

Por otra parte, la afirmación del recurrente al decir que el auto de proceder planteó un homicidio preterintecional, no es evidente. Pues, en ningún pasaje del auto de proceder, tanto de primera como de segunda instancia, se acepta que el acusado Rafael Zapata Dávila, disparara su arma de fuego sobre Rafael González, únicamente con el propósito de lesionarlo, la manera como en el auto incriminatorio se relatan los hechos, el haber descartado toda modalidad de ira e intenso dolor, de riña imprevista y de legítima defensa, tesis éstas sí planteadas ante los Jueces de derecho, y el haberle negado —como efectivamente se le negó— a Zapata Dávila el beneficio de excarcelación, por considerar que no lo permitía la gravedad del homicidio cometido en la persona de González, son factores que indican con bastante claridad que el homicidio se catalogó como de los simplemente intencionales a que se refiere el artículo 362 del Código Penal.

"El homicidio preterintencional —dice la Procuraduría— lo integran los siguientes elementos: 1º Propósito de causar una lesión personal; y 2º Muerte de la víctima por consecuencia de esa lesión. En tal homicidio, el daño particular o privado va más allá de la intención del agente, pues la acción objetiva y subjetivamente considerada, no se encamina a producir la muerte, sino un simple daño en la salud o en la integridad personal del ofendido. Y nada de esto se consignó en el auto de proceder".

Además, debe anotarse que lo atinente al homicidio preterintencional, alegado por el recurrente, es un cargo de última hora que no fue presentado ni ante el Jurado, ni ante el Tribunal, por cuyo motivo éste no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre tal tema. Y es bien sabido que el objeto de la casación es la sentencia de segundo grado dictada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, y que la demanda debe versar sobre las cuestiones apreciadas por ese juzgador en su sentencia. De lo contrario, como ocurre en el presente caso, la casación dejaría de ser una controversia entre el fallo del Tribunal y la demanda, para convertirse en una discusión jurídica entre el demandante y la Corte, a espaldas del Tribunal.

Por todos estos motivos la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, 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 Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio de la cual condenó a Rafael Zapata Dávila a la pena principal de ocho años de presidio como autor de la muerte de Rafael González, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola, Conjuez — **Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos,** Secretario.

ABANDONO DEL CARGO POR PARTE DE UN FUNCIONARIO DE LA RAMA JURISDICCIONAL

No basta comprobar la falta de asistencia a una oficina pública para que se deduzca el delito de que trata el artículo 178 del código penal, sino que es necesario demostrar que ella se debe a dolo. El caso fortuito o fuerza mayor se considera como causal de excusa de la responsabilidad, porque entonces el hecho deja de ser propio, ya que no emana de la voluntad del agente. No hay intención de realizar un hecho que se sabe que está prohibido por la ley. Eso es lo que significa, en el caso del precepto que se comenta, la expresión de que se abandone el cargo "SIN causa justificada".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Por consulta debe revisar la Corte el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en favor del juez civil del circuito del Cocuy, doctor Víctor Valero Bernal, por abuso de autoridad consistente en el abandono de su cargo.

Los hechos que dieron origen a la formación del proceso pueden exponerse en la forma más breve diciendo que el mentado doctor Valero Bernal, al expirar las vacaciones judiciales de 1944, no volvió a su despacho hasta el 27 de enero de 1945, siendo así que habían terminado desde el 22, pues aunque legalmente comprenden el 20 de enero de cada año, en el mentado de 1945 el día 21 fue de fiesta.

Resulta del expediente:

a) El doctor Víctor Valero Bernal era juez del circuito de El Cocuy en el tiempo a que se ha hecho referencia, pues así consta del acuerdo de nombramiento, acta de posesión y constancias del ejercicio del cargo (folios 22 vuelto, 31, 33 vuelto y 12 vuelto).

b) Cumplidas las vacaciones judiciales de 20 de diciembre de 1944 a 20 de enero de 1945, el funcionario no regresó a trabajar en su oficina sino el 27 de enero del año últimamente citado (folios 3 vuelto a 6).

c) Ello obedeció a grave calamidad doméstica, pues su padre y uno de sus hermanos fueron víctimas de un atentado personal en la población de Turmequé, lugar de residencia de su familia (folios 4 a 6, 12 y siguientes).

d) El doctor Valero Bernal pidió licencia para separarse del cargo el 18 de enero, licencia que se le concedió (fls. 21, 23 a 25).

e) En su reemplazo fueron nombrados interinamente dos sujetos, que no aceptaron el empleo (folios 4, 7 v., 23 a 25).

f) Por estar los negocios al día y por la asistencia del personal subalterno, la marcha del despacho no sufrió perjuicios de ninguna naturaleza (folios 4 a 6).

Se considera:

Según el artículo 178 del código penal, el funcionario o empleado público que, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo, incurrirá en multa de cinco a trescientos pesos.

No basta, pues, comprobar la falta de asistencia a una oficina pública para que se deduzca el delito, sino que se necesario demostrar que ella se debe a dolo. El caso fortuito o fuerza mayor se considera como causal de excusa de la responsabilidad, porque entonces el hecho deja de ser propio, ya que no emana de la voluntad del agente. No hay intención de realizar un hecho que se sabe que está prohibido por la ley. Eso es lo que significa, en el caso del precepto que se comenta, la expresión de que se abandone el cargo "**sin** causa justificada".

Esta doctrina se deduce no sólo de los principios generales sobre responsabilidad, sino de los preceptos del código de organización judicial y procedimiento civil, pues que en el artículo 180 se establece que los magistrados, jueces y agen-

tes del ministerio público deben concurrir a la oficina "el tiempo necesario para mantener corriente el despacho de los negocios a su cargo, que no puede ser menos de cinco horas diarias", mal puede hacerse cargo delictuoso a un funcionario, por haber dejado de concurrir al despacho por unos pocos días, cuando habiendo hecho lo posible para obtener su reemplazo no lo obtuvo y su falta de asistencia se debió a motivos graves ajenos a su voluntad, máxime cuando, como la Procuraduría lo anota, "la marcha del Juzgado a cargo de dicho doctor no sufrió perjuicio alguno".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombr de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE CAUSAS POR RESPONSABILIDAD CONTRA PERSONAS QUE EJERZAN FUNCIONES DE GOBERNADOR SIN TENER ESE CARACTER

La Corte carece de competencia para conocer de procesos por cargos de responsabilidad que se sigan contra Secretarios de una Gobernación que se hallen encargados de la misma, no por haber sido encargados por el Presidente de la República y tomado posesión ante la respectiva autoridad, sino por haberles conferido ese encargo el respectivo Gobernador en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 124 del C. P. y M.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos. Se iniciaron las presentes diligencias sumarias por denuncio formulado ante la Corte Suprema de Justicia por el señor Pedro Luis Alvarez H., para averiguar la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el doctor Manuel Valdés Becerra como Secretario de Gobierno, encargado de la Gobernación del Departamento del Chocó, en los días del 9 al 14 de abril de 1948.

En el denuncio en referencia, se afirma que el doctor Valdés Becerra, en el carácter oficial indicado, asumió las funciones de Gobernador el nueve de abril de aquel año, asesorado de una Junta Revolucionaria; nombró Secretarios del Despacho; removió a varios empleados nacionales; ordenó da prisión de numerosas personas; ordenó requisar domicilios, y armó una guardia cívica compuesta de individuos de pésimos antecedentes.

Cerrada la etapa investigativa del negocio, se solicitó concepto del señor Procurador sobre el mérito del sumario.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado en lo Penal, refiriéndose al caso en estudio, dice:

"Por Decreto número 103 de 19 de febrero de 1948, fue nombrado el doctor Manuel Valdés Becerra, Secretario de Gobierno del Departamento cargo del cual tomó posesión el 23 del mismo mes. (Fs. 30).

"Por Decreto número 135 de 2 de marzo de 1948, el Gobernador del Chocó dispuso lo siguiente:

"1º En desarrollo de la autorización conferida por el señor Ministro de Gobierno y comunicada por medio de su marconigrama urgente de fecha 23 de febrero último, el Gobernador del Departamento se trasladará a la capital de la República, a partir del día 4 de los corrientes, con el fin de gestionar el pago de auxilios y participaciones que la Nación adeuda a la antigua Intendencia, hoy Departamento y adelantar otras negociaciones oficiales. Artículo 2º Mientras dura la ausencia del señor Gobernador, encárgase del Despacho de la Gobernación al doctor Manuel Valdés, Secretario de Gobierno.... Expedido en Quibdó a los dos días del mes de marzo de 1948. (Fdo.) A. Arriaga Andrade, Gobernador. (Fdo.) Manuel Valdés, Secretario de Gobierno. Camilo López H., Secretario de Hacienda". (Fls. 54).

"No se encontró acta de posesión del doctor Valdés Becerra como Secretario encargado de la Gobernación.

"Tampoco se halló Decreto alguno dictado en los primeros días del mes de abril de 1948 por el ex-Gobernador doctor Adán Arriaga Andrade encargando del Despacho de la Gobernación al doctor Manuel Valdés Becerra.

"Por Decreto número 1384 del 30 de abril de 1948, del Gobierno Nacional, el Secretario de Gobierno doctor Manuel Valdés Becerra fue encargado de la Gobernación del Chocó, 'mientras se posesiona el titular nombrado por Decreto de hoy'" (fol. 11).

"No aparece copia de la posesión del doctor Valdés Becerra como Gobernador encargado en virtud del Decreto anterior, pero sí existe constancia de que empezó a ejercer esas funciones a partir del tres de mayo de 1948.

"'De todo lo anterior, se deduce que las actividades tachadas de delictuosas por el denunciante, las llevó a término el citado funcionario cuando estaba encargado de la Gobernación,

como Secretario de Gobierno, en virtud de Decreto expedido por el Gobernador titular doctor Adán Arriaga, y no por el Excelentísimo señor Presidente de la República".

Se considera:

La situación del sumario, esbozada por el señor Procurador Delegado en lo Penal en el concepto en parte transcrito, refleja la realidad procesal y, por ello, para resolver, la Corte se limita a reproducir la doctrina acogida en caso similar.

Ha dicho la Corte:

"En cuanto a la responsabilidad de los Gobernadores por infracciones de la Constitución o de las leyes o por mal desempeño de sus funciones, no hay problema alguno; lo que aquí se trata de estudiar y decidir es si un Secretario, cuando el Gobernador por ausencia transitoria, lo encarga del Despacho para los asuntos urgentes — de acuerdo con la facultad del artículo 124 del Código Político y Municipal — incurre en responsabilidad como Secretario o como Gobernador, para los fines de la competencia.

"Las normas que fundan la solución que a este problema ha de darse, son las siguientes:

"a) El artículo 328 del Código Político y Municipal, según el cual todo empleado público es directa y personalmente responsable de los actos punibles que ejecute, aunque sea a pretexto de ejercer sus funciones;

b) El artículo 126 del mismo Código, según el cual los Gobernadores estarán sujetos a responsabilidad administrativa y judicial y responden ante la Corte Suprema por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones;

c) El numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, que atribuye a la Sala Penal de la Corte el conocimiento privativo de las causas que por motivos de responsabilidad por infracciones de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan, entre otros altos funcionarios, contra los Gobernadores;

d) El artículo 120 (numeral 4º) de la Constitución, que faculta al Presidente de la República para nombrar y separar libremente a los Gobernadores;

"e) El artículo 257 del Código Político y Municipal, que prescribe que los Gobernadores se posesionan ante las Asambleas Departamentales o ante los respectivos Tribunales Superiores;

f) El artículo 65 de la Constitución Nacional, según el cual ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y cumplir con los deberes que le incumben, y

"g) El artículo 124 del Código Político y Municipal que faculta a los Gobernadores, cuando se ausenten de la capital del Departamento, para encargar del Despacho de los asuntos urgentes a uno de sus Secretarios.

"Las normas constitucionales y legales referidas determinan claramente el origen, jerarquía y responsabilidad de los Gobernadores, la competencia para juzgarlos, y el origen, jerarquía y responsabilidad de sus subalternos, entre ellos, de sus Secretarios; se deduce que el Gobernador, como tal, es únicamente aquel funcionario que el Presidente ha nombrado y que se posesiona ante el Tribunal o la Asamblea, condiciones éstas que le dan su jerarquía, lo capacitan para ejercer sus funciones, y caracterizan su responsabilidad, de modo que nadie puede ser Gobernador si se ha nombrado o posesionado en forma distinta; y los Secretarios de los Gobernadores, a su vez, son los funcionarios que aquéllos nombran y que se posesionan ante los mismos (artículos 127 y 157 del C. P. y M.); se concluye, de lo anterior, que es el Presidente, por medio de nombramiento, y los Tribunales o Asambleas, por medio de posesión, los que otorgan el carácter constitucional y legal del Gobernador, y por consiguiente el de sus funciones y el de su responsabilidad.

"La facultad que el artículo 124 del Código Político y Municipal confiere a los Gobernadores para encargar a los Secretarios del Despacho de asuntos urgentes, en caso de ausencia accidental de la capital del Departamento, no significa, en consecuencia, que dichos Secretarios adquieran automáticamente ni la jerarquía ni la responsabilidad de Gobernadores ni de encargados de la Gobernación, ya que ello requeriría nombramiento hecho por el Presidente y posesión ante las autoridades que señala la ley; aspecto distinto es si el Presidente —que es la única autoridad que puede hacerlo— encarga de la Gobernación a uno de los Secretarios de la misma, caso en el cual —previa posesión— el Secretario encargado sí adquiere jerarquía, funciones y responsabilidad de Gobernador, y entonces su juzgamiento corresponde a la Corte". (G. J., Tomo LIX, números 2025 a 2027 bis, pág. 980).

Se ha establecido claramente que el doctor Manuel Valdés Becerra, en los días del 9 al 14 de abril de 1948, ejercía las funciones de Secretario de Gobierno del Departamento del Chocó, pero no que hubiese sido encargado de la Goberna-

ción por el Presidente de la República. Es decir, que no ostentaba el carácter constitucional y legal de Gobernador y por consiguiente el de sus funciones y el de su responsabilidad.

En tales circunstancias y de acuerdo con la doctrina de esta Sala, solamente "el Secretario de la Gobernación, encargado del Despacho por el Presidente y legalmente posesionado, por causa de excusa, renuncia o licencia del titular, adquiere la calidad de Gobernador y es, por lo tanto, responsable ante la Corte".

En consecuencia, la Corte Suprema no es competente para conocer de las presentes diligencias sumarias contra el doctor Manuel Valdés Becerra, por actos cometidos en su carácter de Secretario de Gobierno del Departamento del Chocó.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ordena enviar el presente negocio al señor Juez Penal del Circuito de Quibdó para que avoque su conocimiento, si es de su competencia (artículo 47, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal), o lo envíe a quien corresponda (artículo 64 del C. de P. P.).

Cópiese y notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.



DELITOS DE VIOLENCIA CARNAL Y DE CORRUPCION DE MENORES—CUANDO EL ACCESO CARNAL SE REALIZA MEDIANTE EL EMPLEO DE LA VIOLENCIA SE CONFIGURA EL PRIMERO DE ESTOS DELITOS, AUNQUE LA VICTIMA SEA MUJER MAYOR DE CATORCE AÑOS Y MENOR DE DIEZ Y SEIS.—NULIDADES—TIEMPO PARA ALEGARLAS.-PRUEBA DE LA EDAD—NULIDAD POR ERROR EN CUANTO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA DEL OFENDIDO

1.—Para que se considere que un miembro del jurado está impedido para desempeñar el cargo en determinado proceso, no basta con que manifieste que se halla impedido, sino que es necesario, además, que exprese también cuál es la cansa o razón de su impedimento, porque las resoluciones de los funcionarios tienen que tomarse, no por capricho, sino por los fundamentos legales y de hecho que les sirvan de base. Si así no fuera, no señalaría el Código de Procedimiento cuáles son las condiciones para ser miembro de los jurados, ni cuáles las causales de impedimento y recusación de los mismos, no ordenaría hacer la designación a la suerte (artículos 489 a 496 y 505 a 510).

2.—Las causales de nulidad pueden alegarse "en cualquier estado del proceso" y, dictada la sentencia, solamente en el recurso de casación (artículo 200 del C. de P. P.). Pero eso puede hacerse siempre que no haya "disposición legal en contrario", esto es, cuando la ley misma no haya señalado el tiempo o término para invocarlas, como sucede en el presente caso. De lo contrario, los procesos serían interminables, pues nada más fácil que callar una causal de nulidad no sustancial, durante la tramitación del juicio, con el fin de invocarla en casación y retrotraer el proceso, con mengua del método, orden y seriedad de las actuaciones judiciales.

3.—La violencia carnal consiste en someter a otra persona al acceso carnal, sin su consentimiento, mediante violencia física o moral. Desde que haya violencia para el coito, el delito se configura, cualquiera que sea la edad de la ofendida. Lo que sucede es que si la víctima es menor de catorce años, se presume la falta de consentimiento, tanto por la falta de madurez de juicio suficiente para prestarlo, como por la falta de desarrollo necesario que por lo común cabe suponer entonces para realizar ese acto.

La corrupción de menores consiste solamente en ejecutar con un menor de diez y seis años actos erótico-sexuales "diversos del acceso carnal", en su presencia o con su concurso, o en iniciarlo en prácticas sexuales anormales. Pero es claro que la corrupción excluye, por su naturaleza la violencia, porque lo esencial es en ella la enseñanza inoportuna o extemporánea y maliciosa de los hechos de la vida sexual, lo que puede llevar a prácticas viciosas o a producir inquietudes que, de todos modos, perturben el normal desarrollo de la personalidad.

Obvio es que el ayuntamiento carnal con menor de diez y seis años es el acto más corruptor, porque es el que enseña prácticamente las relaciones sexuales; pero la ley requiere el consentimiento de la mujer, por que si no hay consentimiento, se tratará de una violencia carnal, que no de una simple corrupción. El que la ley exprese que hay corrupción en la mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis cuando el coito se realiza "AUN con su consentimiento", no significa que cuando hay violencia no se trata de una violencia carnal, porque los delitos no se distinguen por las expresiones más o menos propias con que los describa el código, sino por los elementos constitutivos con que aparezcan configurados sin lugar a duda.

En resumen, el acceso carnal verificado con una mujer mayor de catorce años, pero menor de diez y seis, tiene que ser con el consentimiento de ésta, para que sea corrupción de menores, pues si se realiza sin su consentimiento, se tratará de una violencia carnal, OPE LEGIS.

4.—Dos peritos médicos nombrados para calcular la edad de la víctima, dicen que "por su desarrollo genital y endocrino, su

talla y peso" conceptúan que "oscila entre doce y trece años".

Y no es inoportuno observar que esta última prueba es la más indicada para "calificar la edad de un individuo", pues aunque la ley civil la señala para las ocurrencias en que sea necesario fijarla "para la ejecución de actos o ejercicio de cargos que requieran cierta edad y no fuere posible hacerlo por documentos o declaraciones que fijen la época de su nacimiento", ella sirve para casos como el que aquí se contempla, por su perfecta adecuación (artículo 400 del Código Civil).

5—Para que pueda declararse nulidad por haberse incurrido en error relativo a la persona del ofendido, es indispensable que no pueda obtenerse su identidad física, porque, como se dijo del sindicado, "el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlos, aunque es uno de los principales". Lo que es absolutamente necesario es que se conozca a la víctima con toda certidumbre para que se establezca la relación de causalidad entre el hecho y su autor y pueda determinarse cuál es el delito y la responsabilidad del sindicado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de San Gil, en sentencia de 2 de marzo del presente año, condenó a Juan Esteban Ovalle Niño y a Josefina Olarte Arenas a las penas principales de diez años y ocho meses de presidio y de cinco años de prisión, respectivamente, como autor el primero y como cómplice necesaria la segunda del delito de violencia carnal cometido en la menor María Elena o María del Carmen Tangua.

Contra esa sentencia interpusieron el recurso de casación los procesados, pero solamente el representante de Ovalle presentó la demanda respectiva para sustentarlo.

Hechos. El 4 de septiembre de 1945, en la población de San Gil, Silveria Celia de Tangua envió a su hija María Elena o María del Carmen a que pagara el servicio de energía eléctrica y a que comprara unos panes. Al entrar a la panadería de Manuel Cubillos, le dijo Josefina Olarte Arenas, al parecer concubina de Juan Esteban Ovalle, que si ella era pobre, que en la casa de Ovalle repartían ropas para las gentes que la necesitaran.

Halagada la niña por esta oferta, se dirigió a la casa de Ovalle, mas apenas había entrado, la agarró éste y, después de asegurar la puerta de una habitación y sin oír sus ruegos angustiados, la poseyó carnalmente, dejándole como consecuencias, fuera de la natural rotura del himen, la desgarradura del periné y la contaminación de blenorragia y sífilis, con un impedimento de cuarenta y dos días (folios 3, 14 v., 18 v., 21 v., 47, 48 v., 49 y 70 v.).

Actuación judicial. El Juzgado primero Superior de San Gil abrió causa criminal contra Ovalle y la Olarte, por violencia carnal, en providencia de 28 de enero de 1948, la que fue confirmada por el Tribunal, en la de 25 de abril del mismo año.

El jurado reunido al efecto consideró a Juan Esteban Ovalle como autor de un acceso carnal, sin consentimiento de la víctima y siendo ésta menor de catorce años, virgen y de irreprochable honestidad, aunque sin el apoyo de otra persona.

Y estimó que Josefina Olarte Arenas había tomado parte en la ejecución del hecho, por haber conducido a la menor, con engaños o halagos, a la casa donde había sufrido el ultraje, sabiendo que ésta era de irreprochable honestidad y prestando así a Ovalle un auxilio o cooperación sin los cuales no se hubiera realizado el delito.

El Juzgado condenó a Ovalle a la pena principal de 128 meses de presidio y a la Olarte a la de 75 meses de prisión, en sentencia de 2 de julio de 1948.

Y, por último, el Tribunal la confirmó, en la de 2 de marzo último, que ha sido objeto del recurso, pero redujo la sanción de la Olarte a cinco años de prisión.

Deben estudiarse, pues, las causales invocadas por el defensor de Ovalle, que son la cuarta y la primera del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Causal cuarta: nulidad del juicio.

Alega el recurrente, en primer lugar, que uno de los miembros del jurado, el señor Jorge Ortiz García, estando impedido para actuar, por ser enemigo capital del procesado, actuó sin embargo, pues no hizo caso el Juez de la manifestación de su impedimento.

Se considera:

Es cierto que constituye causal de impedimento

para desempeñar el cargo de jurado en determinada causa el ser enemigo capital del procesado (artículo 493 del código de procedimiento), y es verdad que al notificarle la elección manifestó el señor Ortiz que se declaraba impedido (folio 140 del c. 1º).

Pero no manifestó (el señor Ortiz) cuál era la causa o razón de su impedimento, y ese solo motivo hace ver que no procedió el Juez arbitrariamente al no considerarlo, supuesto que las resoluciones de los funcionarios tienen que tomarse, no por capricho, sino por los fundamentos legales y de hecho que les sirvan de base. Si así no fuera, no señalaría el código de procedimiento cuáles son las condiciones para ser miembro de los jurados, ni cuáles las causales de impedimento y recusación de los mismos, ni ordenaría hacer la designación a la suerte (artículos 489 a 496, 505 a 510). El mismo código, para atender la recusación de los jurados dice que debe el funcionario hallar "dignas de fe las objeciones", o que "tenga conocimiento de ellas", o que encuentre "justificada la petición" de reemplazar los jurados que se encuentren impedidos.

De otro lado, el veredicto se profirió por unanimidad (f. 151 del c. 1º), circunstancia que quita toda duda sobre la imparcialidad con que el jurado dictó su fallo, pues que el voto del señor Ortiz no fue el determinante exclusivo de la declaración de responsabilidad.

Y en fin, resulta ahora inadmisible que se invoque el impedimento a que se refiere el recurrente, siendo así que la ley faculta a las partes para que manifiesten los motivos que puedan hacer separar del conocimiento de un proceso a cualquier miembro del jurado, no sólo en el acto del sorteo (artículo 510 del C. de P. P.), sino dentro de los cinco días siguientes (artículo 511 ibídem).

Las causales de nulidad pueden alegarse "en cualquier estado del proceso" y, dictada la sentencia, solamente en el recurso de casación (artículo 200 del C. de P. P.). Pero eso puede hacerse siempre que no haya "disposición legal en contrario", esto es, cuando la ley misma no haya señalado el tiempo o término para invocarlas, como sucede en el presente caso. De lo contrario, los procesos serían interminables, pues nada más fácil que callar una causal de nulidad no sustancial, durante la tramitación del juicio, con el fin de invocarla en casación y retrotraer el proceso, con mengua del método, orden y seriedad de las actuaciones judiciales.

Alega el recurrente, en segundo lugar, que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues se llamó a juicio criminal y se condenó por "violencia carnal", tratándose simplemente de una "corrupicón de menores".

María Elena Tangua es, según su partida de bautismo, mayor de catorce años y menor de diez y seis, lo que configura el delito de corrupción de menores de que habla el artículo 326 del código penal.

Pero los padres de la menor quisieron probar que María Elena no era María Elena sino María del Carmen, otra hija que había fallecido, según ellos, pero sin decir cuándo, ni dónde, siendo así que en la denuncia aparece María Elena como la víctima, que fue identificada por su hermana Carmen Rosa, que ella fue la reconocida por los peritos, que fue la que actuó en los careos y que, en conclusión, es la que figura en la partida de bautismo como mayor de catorce años, pues nació en 1930.

Se considera:

La violencia carnal consiste en someter a otra persona al acceso carnal, sin su consentimiento, mediante violencia física o moral. Desde que haya violencia para el coito, el delito se configura, cualquiera que sea la edad de la ofendida. Lo que sucede es que si la víctima es menor de catorce años, se presume la falta de consentimiento, tanto por la falta de madurez de juicio suficiente para prestarlo, como por la falta de desarrollo necesario que por lo común cabe suponer entonces para realizar ese acto.

La corrupción de menores consiste solamente en ejecutar con un menor de diez y seis años actos erótico-sexuales "diversos del acceso carnal", en su presencia o con su concurso, o en iniciarlo en prácticas sexuales anormales. Pero es claro que la corrupción excluye, por su naturaleza, la violencia, porque lo esencial es en ella la enseñanza inoportuna o extemporánea y maliciosa de los hechos de la vida sexual, lo que puede llevar a prácticas viciosas o a producir inquietudes que, de todos modos, perturban el normal desarrollo de la personalidad.

Obvio es que el ayuntamiento carnal con menor de diez y seis años es el acto más corruptor, porque es el que enseña prácticamente las relaciones sexuales; pero la ley requiere el consentimiento de la mujer, porque si no hay consentimiento, se tratará de una violencia carnal, que no de una simple corrupción. El que la ley exprese que hay corrupción en la mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis cuando el

coito se realiza "**aun** con su consentimiento", no significa que cuando hay violencia no se trata de una violencia carnal, porque los delitos no se distinguen por las expresiones más o menos propias con que los describe el código, sino por los elementos constitutivos con que aparezcan configurados sin lugar a duda.

En resumen y, para el caso, el acceso carnal verificado con una mujer mayor de catorce años, pero menor de diez y seis, tiene que ser con el consentimiento de ésta, para que sea corrupción de menores, pues si se realiza sin su consentimiento, se tratará de una violencia carnal, **ope legis.**

Viniendo ahora a la argumentación de hecho que trae la demanda, puede concluírse que no ha habido error en cuanto a la persona ofendida como menor de catorce años, como así lo acreditan las siguientes pruebas:

a) Los padres de la niña le dieron una edad de doce a trece años (folios 1 vuelto y 30);

b) La menor dice que tiene "doce años sin cumplir" (f. 3 v.);

c) El médico legista que la reconoció a poco del delito dice que la ofendida es "de unos doce años de edad" y que no tiene pelos en la región genital "de acuerdo con su edad" (f. 3);

d) Emma Landínez (f. 6 v.) y María Ester Cáceres (27 v.), mujeres que habitaban en la misma casa en que vivía Ovalle, y el menor Leonidas Rodríguez (12), que estuvo con Josefina Ovalle invitando a la ofendida a acudir a la casa del procesado, la identificaron debidamente;

e) No hay duda alguna sobre cuál es la persona ofendida que figura en el proceso, pues ella fue la reconocida por los peritos, ella la que identifica a su violador en rueda de presos (f. 50), ella la que sostiene los cargos en careo, en forma vehemente ("yo lo reconocí por la jeta, por la barba y por todo, y por lo bandido que es"). Es más, planteada ante el jurado, en la audiencia pública, la duda de cuál era la real persona ofendida, no la ofreció en manera alguna para los jueces de conciencia;

f) Por último, dos peritos médicos nombrados para calcular la edad de la víctima, dicen que "por su desarrollo genital y endocrino, su talla y peloso" conceptúan que "oscila entre doce y trece años" (f. 67 vuelto).

Y no es inoportuno observar que esta última prueba es la más indicada para "calificar la edad de un individuo", pues aunque la ley civil la señala para las ocurrencias en que sea necesario fijarla "para la ejecución de actos o ejercicio de cargos que requieran cierta edad y no fuera posible hacerlo por documentos o declaraciones que fijen la época de su nacimiento", ella sirve para casos como el que aquí se contempla, por su perfecta adecuación (artículo 400 del código civil).

De todo lo cual puede deducirse que no hubo duda alguna sobre la persona real y verdadera del sujeto pasivo del delito, sino solamente sobre su nombre, pues ocurrió que hay dos partidas de origen eclesiástico, suministradas por el párroco de Mogotes: una, con el nombre de María Elena, nacida en 1930 (folio 59), y otra, con el nombre de María del Carmen, nacida en 1933 (folio 70).

Pero aun esta perplejidad sobre el nombre fue esclarecida debidamente, pues tanto su madre, como su hermana Susana (folio 71 vuelto), afirman que la ofendida es la niña bautizada en segundo término, o sea María del Carmen, a quien tal vez por equivocación del párroco anotaron en el libro respectivo con este nombre.

De todos modos, y para que pueda declararse nulidad por haberse incurrido en error relativo a la persona del ofendido, es indispensable que no pueda obtenerse su identidad física, porque como se dijo del sindicado, "el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlos, aunque es uno de los principales". Lo que es absolutamente necesario es que se conozca a la víctima con toda certidumbre para que se establezca la relación de causalidad entre el hecho y su autor y pueda determinarse cuál es el delito y la responsabilidad del sindicado.

Así, pues, si cualquiera que hubiera sido la edad de la ofendida, el acceso carnal se obtuvo con violencia y si no hubo error sobre la persona de la víctima, ni, por tanto, sobre la denominación del delito ni la responsabilidad, la causal invocada no puede prosperar.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

Parece que el recurrente se refiere a la segunda causal, pues habla de la "errada apreciación de los hechos"; pero la lectura atenta de la demanda en esta parte deja ver que la que alega es la primera, pues lo que afirma se relaciona con la aplicación de la pena.

Dice, en efecto, que no se puede tener al procesado como reincidente, y que tampoco puede considerársele como sujeto de mala conducta anterior. Por eso es necesario estudiar los dos cargos por separado.

"La existencia de una condena proferida contra Ovalle en 1939 — arguye la demanda — por un hecho consumado en 1934 fue apreciada como

reincidencia, valor que no tiene, porque cuando la ejecución de tal hecho Ovalle era menor de diez y ocho años y según el artículo 35 del código penal la reincidencia no se aplica a los menores de diez y ocho años".

Se considera:

El artículo 35 del código penal estatuye, en realidad, que los delitos cometidos por menores de diez y ocho años no se tendrán en cuenta para considerar a un sujeto como reincidente.

El Tribunal lo consideró en esa calidad, porque al proceso se agregaron las copias de las sentencias de primera y de segunda instancia "proferidas contra Juan Esteban Ovalle, por el delito de lesiones personales, fechada el 12 de junio de 1938, de donde se deduce que este nuevo delito fue cometido antes de transcurrir diez años de la fecha en que fue condenado" (folio 14 vuelto del cuaderno 3°).

En el proceso se encuentran, efectivamente, las copias de los fallos aludidos, que llevan fechas de 6 de junio de 1938 y de 30 de marzo de 1939, en las cuales se condenó a Juan Esteban Ovalle a la pena de seis meses de reclusión, como autor de las heridas perpetradas en la persona de Alberto Vesga el 21 de noviembre de 1934 (folios 91 a 100 del c. 3º). De manera que lo que hay que averiguar es si Ovalle era menor de diez y ocho años en 1934.

Por los fallos mencionados sólo se sabe que Ovalle era menor de edad en 1936, al ser llamado a juicio, y mayor de edad en 1938, al ser condenado (folios 91 y 96 vuelto); pero ninguna de las dos fechas permite asegurar que en 1934 fuera menor de diez y ocho años. Por el contrario, la ley de menores anterior a la vigente hace presumir que el procesado era en 1934 por lo menos mayor de diez y siete años (artículo 1º de la ley 98 de 1920).

Así las cosas y si la casación es una crítica a la sentencia y le toca al recurrente demostrar que se encuentra en desacuerdo con la ley, forzoso es concluir que no ha cumplido con ese requisito para declarar inválida la sentencia acusada en este aspecto, cuando tan fácil hubiera sido haber allegado el comprobante del caso.

El cargo de mala conducta anterior no está demostrado, según el recurrente. Hay un informe de la Acaldía de San Gil en que se dice que Ovalle aparece fichado como sospechoso, vago y ratero, pero no aparecen demostrados los hechos ejecutados por él y que sean contrarios a la moral, a la ley y a las buenas costumbres. El mismo informe dice que fue sancionado en 1936 por violación de domicilio, pero como no se explica cómo se comprobó el cargo, no debe atenderse, tanto más cuanto que se trata de un delito cuyo conocimiento está atribuído al poder judicial.

"El informe de que el 22 de junio de 1942 se inició investigación contra Ovalle por resistencia a la autoridad, no prueba que Ovalle haya cometido tal delito, pues el mismo informe dice que fue reabierta la investigación, lo que quiere decir que fue sobreseído.

"El informe del director de la cárcel de San Gil es curioso, pues dice que por primera vez entró a la cárcel en 1940, y por segunda vez en 1939, por ataque a la autoridad, pero no aparece la sentencia que demuestre la existencia de tal hecho y su sanción".

Del informe del director de la cárcel del Socorro acepta que estuvo detenido por las heridas en Vesga.

La detención por el Juzgado 1º en 1937 no demuestra la comisión del delito de asalto, así como no demuestra el de lesiones la detención del Juzgado 2º. En fin, las informaciones de las autoridades del Socorro no acreditan la realización de los ilícitos que se le imputaron (asalto, asesinato y robo).

En suma, la mala conducta anterior se ha deducido de la fama pública, siendo así que ella debe desprenderse "de la ejecución de actos malos, de actos contrarios a la moral, a la ley, a las buenas costumbres".

Se considera:

El Tribunal aplicó al procesado la pena del artículo 318 del código penal, que señala un mínimo de tres años de presidio para el acceso carnal cuando ocasiona grave daño en la salud de la víctima, como aquí lo produjo, pero aumentó un tanto (la cuarta parte), por tratarse de una mujer virgen y de irreprochable honestidad, como está previsto en el artículo 317 del mismo código. Lo cual, con el aumento por reincidencia y las circunstancias de mayor peligrosidad, hizo fijar la pena en la cuantía indicada al principio de este fallo.

Como circunstancia de mayor peligrosidad anotó el Tribunal los antecedentes de depravación y libertinaje, la preparación ponderada del delito y el haber obrado con la complicidad de otro previamente concertada (ordinales 1º, 5º y 9° del artículo 37 del C. P.). De ellas, como se ha visto de la demanda, no ataca el recurrente sino la primera, o sea, los antecedentes de depravación y libertinaje, sobre los cuales dice el Tribunal:

"En cuanto a la primera circunstancia de ma-

yor peligrosidad, obra en autos prueba suficiente para configurar los malos antecedentes y la conducta licenciosa y depravada de Ovalle: se halla sindicado de varias infracciones penales y de policía; fichado como ratero en la Alcaldía de esta ciudad; carece de ocupación lícita conocida y según lo refieren algunos declarantes, Ovalle vive de "cambalaches" bastante dudosos; se embriaga con frecuencia y como índice de culminación de su personalidad aparece en el proceso copia de un memorial presentado por su madre ante el Alcalde de San Gil, en el cual pide a la autoridad protección para ella y para su casa, pues su hijo Juan Esteban Ovalle la trata mal, la amenaza y con frecuencia, en estado de embriaguez, pretende y exige de su madre que le dé alojamiento para llevar mujeres a yacer con él, revelando así, gran depravación y relajamiento de costumbres. El texto de dicho memorial puede leerse al f. 10 del informativo".

Pero no sólo la demanda no ataca sino lo de la mala conducta anterior, sino que en ésta sólo critica los informes oficiales. Por eso conviene traer a colación los citados informes, en lo pertinente, para saber si están acreditados "los antecedentes de depravación y libertinaje", computados como circunstancia de mayor peligrosidad.

El alcalde de San Gil afirma que "Juan Esteban Ovalle es sospechoso como vago y ratero, pues no tiene profesión conocida ni ocupación habitual que le permita ganarse su subsistencia honradamente, únicamente se ocupa de negocios ambulantes diversos para poner en práctica sus habilidades en él. En varias ocasiones ha sido conducido a la Alcaldía por casos de estafas en negocios pequeños y también hacerse pasar como policías, detectives y demás agentes del gobierno, comete atropellos que se le han podido comprobar". Agrega el informe que él y su hermano penetraron a la casa de Antonio Martínez, en la noche del domingo 13 de diciembre de 1936, a las once de la noche, por lo cual fue sancionado con diez días de arresto y prevenido de mejorar de conducta, so pena de sufrir la ley de vagancia y ratería. (46).

Este informe está corroborado por el Director de la cárcel, que afirma que en 1940 ingresó al establecimiento por infracciones de policía y que en 1939 volvió a entrar por el delito de ataque a la autoridad, y estuvo de marzo a septiembre, mes en que fue excarcelado bajo fianza.

El director de la cárcel del Socorro también da cuenta de que Ovalle ha ingresado por tres veces al establecimiento, sindicado por heridas, por asalto y por lesiones, y el Juez del mismo Circuito dice que en su despacho cursa un sumario contra Ovalle "por tentativa de hurto de un automóvil" (f. 8 v. del c. 2º).

Pero el Tribunal alude a "algunos declarantes para confirmar su concepto sobre la personalidad peligrosa del sindicado", y la sala encuentra los siguientes:

Alicia Paredes, que vivía en la misma casa de la madre de Juan Esteban y de éste, el día de los acontecimientos, afirma que "él (Juan Esteban) no trabaja en nada, lo mantiene la madre y lo viste, no tiene ninguna ocupación, mejor dicho, es un vago". Y antes había afirmado que era costumbre suya "llevar mujeres a la casa sin respetar la madre y demás personas que habían (sic) dentro de la casa" (folios 40 vuelto y 41).

Emma Landínez, otra mujer que vivía en la casa, asegura que Ovalle "lo que acostumbraba todos los días de esta vida era llevar mujeres distintas a la pieza, como ya lo dije antes, si no querían por las buenas, era a juro", y que no lo vio durante su permanencia "ocuparse de nada, lo mantiene es la mamá" (f. 7).

Briceida Sanabria tampoco le conoció oficio u ocupación al procesado, siendo así que vivía en la misma casa (f. 26 v.).

Apolinar Rojas, habitante de la casa, asevera que Juan Ovalle acostumbraba llevar mujeres a la casa y que en los tres meses que en ella vivió no le vio ocupación ninguna, "lo mantenía la mamá (f. 39 v.).

Hay dos declaraciones de testigos, recibidas extrajuicio, que exponen que por conocer de vista, trato y comunicación a Ovalle pueden atestiguar que es hijo obediente de su madre, que es amigo de los negocios y que con sus utilidades atiende a las necesidades de ésta y que es, además, respetuoso de las autoridades. Pero esos testimonios están desmentidos por las pruebas anteriores.

No parece, pues, que hubiera procedido el Tribunal con ligereza al tener al procesado como sujeto depravado y libertino, pues tal es el que no tiene oficio u ocupación conocidos, el que en lugar de ser útil es un parásito social, pues se hace mantener por su madre y vive dedicado a buscar la satisfacción del instinto sexual, sin guardar las líneas de la conveniencia.

Por tanto, los datos de los informes, que es lo único que critica el recurrente, no establecen tan sólo la fama pública, sino que son concretos, pues se basan en hechos precisos y determinados, y se hallan confirmados por los dichos de algunos declarantes.

Así, pues, aunque se prsecindiera de la declaración de la madre, sobre la cual nada dice la demanda, las demás pruebas acreditan que el procesado vive al margen de la moral social y que por ello puede ser considerado como sujeto de mala conducta, pues tiene antecedentes de depravación y libertinaje.

Por estas razones, la causal primera invocada tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Declárase desierto el recurso en lo que hace referencia a Josefina Olarte Arenas, y se le condena en las costas del mismo, que serán liquidadas por el Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

COLISIÓN DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN PROCESO POR CALUMNIA

La cuestión propuesta a la Corte se limita —en atención al artículo 55 del C. de P. P.— a decidir en qué sitio se consumó el delito de calumnia, si en Cartagena, porque allí escribió el procesado la carta calunmiosa, o en Bogotá, sede de la autoridad a la cual fue dirigida y en la cual fue abierta y tenida como base de la investigación administrativa contra el querellante, o en Barranquilla, ante cuyo Juez fue presentada la querella y se abrieron el proceso administrativo contra el querellante y el proceso penal en virtud de la querella.

La Corte considera que es el Juez del Circuito Penal de Barranquilla el competente para conocer del proceso por calumnia, por las siguientes clarísimas razones:

a) La competencia, según el criterio del territorio, se atribuye al Juez de aquel Distrito o Circuito en que se cometió el delito;

b) El de calumnia lo integran dos elementos: la imputación falsa de un hecho delictuoso o que, por su carácter inmoral o deshonroso, acarree al calumniado la animadversión o el desprecio público, y la divulgación —por cualquier medio eficaz— del hecho imputado; significa esto que ese delito se consuma en el sitio en que la imputación falsa se hace pública y, por lo tanto, ataca la integridad moral del querellante;

c) La confección del documento en Cartagena, por sí sola, siendo, como es, un acto privado, no puede constituir criterio de competencia, ya que no fue allí donde dicho documento (carta) fue públicamente conocido, ni el sitio donde, según el propio procesado, debía producir consecuencias al calumniado;

d) La apertura y sustanciación, en Bogotá, del falso denuncio contenido en esa carta, tampoco puede —analógicamente— ser criterio, por cuanto su real y verdadera divulgación se hizo en Barranquilla, ciudad en la que el calumniado ejerce su profesión y sus funciones, en la que tuvo noticia de la imputación y en la que—precisamente— se realizó, con conocimiento de todos los que en él intervinieron, el proceso de investigación administrativa, y, finalmente, en la que la falsa imputación había de acarrear todos los resultados de indignidad y daño moral al calumniado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Sala Penal de la Corte decide, mediante este auto, la colisión de competencias surgida entre los Jueces Penales de los Circuitos de Bogotá, Barranquilla y Cartagena, en el proceso que se sigue a Eduardo Zárate H., acusado ante el de Barranquilla de delitos contra la integridad moral por querella del doctor Carlos Gil García.

De acuerdo con los documentos que forman el expediente, la Corte enumera en seguida los hechos que han originado esta colisión:

a) El 4 de abril de 1948 y desde Cartagena el señor Eduardo Zárate dirigió al Ministro de Guerra una carta, en la que acusa al médico doctor Gil García por abandono de sus deberes de Oficial de Sanidad de la Unidad o Brigada Militar acantonada en Barranquilla;

b) El Ministerio de Guerra, recibida la carta de Zárate, la envió al Comandante de la 2ª Brigada, con sede en la nombrada ciudad, para que se hiciera la correspondiente investigación;

c) El 5 de junio de 1946, y, como resultado de ésta, el Oficial de Detall dedujo que "deben considerarse como calumniosas todas las acusaciones hechas al doctor Gil García, Oficial de Sanidad del Grupo, por medio de la carta dirigida al señor Ministro de Guerra por el señor Eduardo Zárate";

d) El 19 de junio del mismo año el médico doctor García, con base en la copia de los docu-

mentos que componen la investigación administrativa, presentó querella contra Zárate, por calumnia, ante el Juez 2º del Circuito Penal de Barranquilla, funcionario éste que, en auto del veinticuatro del mismo, conceptuó que la competencia correspondía al Juez de Cartagena, "por cuanto —dice— el delito cometido lo fue en Cartagena, y la vecindad del denunciado la tiene establecida en esa misma ciudad";

e) El 17 de julio, el Juez 2º del Circuito Penal de Cartagena una vez aprehendido el conocimiento dictó el auto que textualmente dice: "Remítase el presente negocio al señor Juez Penal de turno del Circuito de Bogotá";

f) El Juez 5º del Circuito Penal de Bogotá, el trece de agosto, ordenó devolver el expediente a Cartagena a fin de que se decidiera la reposición, y apelación en subsidio, del doctor Gil García sobre la abstención del Juez Penal de Barranquilla, las que no se decidieron, y

g) El Juez de Cartagena, dos años después con base en este auto, devolvió el negocio al Juez de Bogotá; mas como éste insistiera en su negativa, envió de nuevo el negocio a Cartagena, cuyo Juez —finalmente— resolvió someter la colisión a la Corte.

La cuestión propuesta a la Corte se limita —en atención al artículo 55 del Código de Procedimiento Penal— a decidir en qué sitio se consumó el delito de calumnia, si en Cartagena porque allí escribió Zárate la carta calumniosa, o en Bogotá, sede del Ministro al cual fue dirigida y en la que fue abierta y tenida como base de la investigación administrativa, o en Barranquilla, ante cuyo Juez el doctor Gil García presentó su querella y se abrieron el proceso admnistrativo por orden del Ministerio de Guerra y el proceso penal en virtud de la querella.

La Corte considera que es el Juez del Circuito Penal de Barranquilla, el competente para conocer del proceso contra Zárate, por las siguientes clarísimas razones:

a) La competencia, según el criterio del territorio, se atribuye al Juez de aquél (Distrito o Circuito) en que se cometió el delito;

b) El de calumnia lo integran dos elementos: la imputación falsa de un hecho delictuoso o que, por su carácter inmoral o deshonroso, acarree al calumniado la animadversión o el desprecio públicos, y la divulgación —por cualquier medio eficaz— del hecho imputado; significa esto que ese delito se consuma en el sitio en que la imputación falsa se hace pública y, por lo tanto, ataca la integridad moral del querellante;

c) La confección del documento en Cartagena, por sí sola, siendo —como es— un acto privado, no puede constituir criterios de competencia, ya que no fue allí donde dicho documento (carta) fue públicamente conocido, ni el sitio donde, según el propósito de Zárate, debía producir consecuencias al calumniado;

d) La apertura y sustanciación, en una oficina del Ministerio de Guerra, en Bogotá, del falso denuncio contra el Dr. Gil García, tampoco puede —analógicamente— ser criterio, por cuanto su real y verdadera divulgación se hizo en Barranquilla, ciudad en la que el calumniado ejerce su profesión y sus funciones, en la que tuvo noticia de la imputación y en la que —precisamente— se realizó, con conocimiento de todos los que en él intervinieron, el proceso de investigación administrativa, y, finalmente, en la que la falsa imputación había de acarrear todos los resultados de indignidad y daño moral al calumniado, y

e) El Juez del Circuito Penal de Barranquilla fue el Juez ante quien presentó el calumniado su querella, y el que inició, por lo tanto, la instrucción.

Sea, pues, desde el punto de vista de la ejecución del delito, sea desde el de la presentación de la querella, sea desde el de la iniciación del proceso, es el Juez del Circuito Penal de Barranquilla, como se afirmó ya, el competente.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión en el sentido de que es al Juez del Circuito Penal de Barranquilla, al que incumbe conocer del proceso que por el delito de calumnia se sigue ante el mismo funcionario en virtud de querella del doctor Carlos Gil García contra Eduardo Zárate H.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO NO PUEDE ALEGARSE EN CASACION DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER, SINO ENTRE AQUELLA Y EL VEREDICTO

1.—El Jurado, al emplear la conjunción adversativa "pero" no hizo otra cosa que aclarar que el homicidio se había cometido no en las circunstancias determinadas en la cuestión, sino en otras, o sea, en las que él designó expresamente, pues tal es el papel de las conjunciones adversativas: denotar "oposición o contrariedad".

2.—Lo inmodificable del auto de proceder no es su parte motiva, sino la resolutiva. Sólo la calificación genérica del delito hecha en esa providencia es la que no puede desconocer la sentencia. En cambio, el pliego de cargos formulados en la parte motiva sí está sujeto a rectificación ulterior, en vista de lo probado y alegado por las partes en el curso del debate.

Por esa razón, en este recurso extraordinario de casación y tratándose de juicios por jurados, no es pertinente sustentar ante la Corte desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de ésta con el veredicto del Jurado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de ocho de marzo del año en curso, condenó a José Levid Vélez a la pena principal de veinte meses de presidio, como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Francisco Cardona.

Contra esta sentencia el señor defensor del procesado interpuso recurso de casación, y ante la Corte formuló la correspondiente demanda, y como se han cumplido las formalidades legales se procede a su estudio.

Demanda de casación

El recurrente invoca como única causal la 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CAUSAL 3ª—**Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado y con el auto de proceder**

Ambos motivos, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, y con el auto de proceder los alega el demandante al sustentar la causal 3ª de casación.

Al efecto, sostiene el recurrente, que en el auto de proceder se le imputó al procesado José Levid Vélez un homicidio en la hipótesis de provocación, por grave e injusta ofensa; que el Jurado, en su veredicto, además de afirmar esa modalidad específica de la sanción, agregó también el exceso en la legítima defensa, y que el Tribunal, al interpretar el veredicto prescindió arbitrariamente de la provocación, aceptando únicamente el exceso en la legítima defensa. Que al proceder así el Tribunal, no sólo puso su fallo en desacuerdo con el veredicto del Jurado, sino también con el auto de proceder.

Se considera:

Primer motivo alegado.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

Da cuenta el proceso que en la noche del cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, encontrándose frente a la taquilla del Circo "Cóndor", en la ciudad de Manizales, José Levid Vélez y Francisco Cardona, se suscitó entre éstos una discusión porque Cardona atribuía a Vélez el haberlo pisado. Cardona ultrajó al procesado y le dio de golpes, a la vez que le contestaba éste que no había sido el individuo que lo había pisado y que no quería pelear, tratando al mismo tiempo de alejarse de Cardona, rehuyendo la molestia, pero Cardona insistió y agrediendo a Vélez le dio unos puñetazos en la cara, momento en el cual Vélez reaccionó y armado de un puñal hirió a Cardona causándole graves lesiones que le ocasionaron la muerte.

De acuerdo con los cargos deducidos en el auto

de proceder, al Jurado se le formuló la siguiente cuestión:

"¿El acusado José Levid Vélez, mayor, natural de Salamina, vecino de Manizales, soltero y agricultor, es responsable de los siguientes hechos: Haber dado muerte a Francisco Cardona por medio de lesiones que le ocasionó con arma cortante y punzante, y con el propósito de matar, en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, hecho ocurrido en esta ciudad de Manizales, en la calle 21 con carrera 19, a eso de las ocho de la noche de la fecha del cuatro de octubre del año de mil novecientos cuarenta y siete?"

A esta respuesta contestó el Jurado:

"Sí es responsable, pero obró con exceso de legítima defensa".

El anterior veredicto establece con bastante claridad que el Jurado descartó el "estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación", y, en cambio, situó la responsabilidad del acusado en el caso del exceso en la defensa. Pues, no otro alcance tiene la conjunción adversativa "pero", que sigue al adverbio afirmativo "Sí" del veredicto.

El cuestionario se redactó de conformidad con los cargos establecidos en el auto de proceder, que imputó a José Levid Vélez la comisión de un homicidio intencional, ejecutado en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, y a los Jueces de hecho se les interrogó sobre estos puntos, circunscribiendo así el debate a los hechos y circunstancias específicas conocidas dentro del género del homicidio.

Al responder el Jurado, "Sí", afirmó la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio intencional, pero hechazó la modalidad del estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, como modificadora de la responsabilidad, para sustituírla por el reconocimiento de un exceso de legítima defensa.

El Tribunal acogió el veredicto del Jurado, y la sentencia se pronunció con fundamento en esa decisión. Es indudable que el "Sí" de la respuesta se refiere a la aceptación y comprobación del hecho como un homicidio intencional, pero de esto no puede deducirse que el Jurado aceptara como probada la circunstancia del estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación. Si el veredicto estuviera integrado únicamente por el advervio "Sí", afirmativo de la pregunta del cuestionario indudablemente que esa respuesta comprendería el reconocimiento de que el hecho se había cometido en estado de ira o de intenso dolor causado por grave provocación, y en tal caso, la sentencia sería casable, por estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Los jueces de hecho negaron la modalidad del estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, para acoger, en cambio, otra circunstancia modificadora de la eximente de responsabilidad, la contemplada en el artículo 27 del Código Penal, o sea, aquélla en que el hecho se consumó "con exceso de legítima defensa".

Los Jurados expresaron "Sí es responsable, pero obró con exceso de legítima defensa"; o sea, que la conjunción adversativa "pero" modificó el cuestionario en la modalidad delictiva allí consignada para reemplazarla por otra de distinto alcance y significación. Para que pudiera aceptarse lo que afirma el recurrente en casación, habría sido necesario que el Jurado hubiese contestado en la forma siguiente: "Sí, y además obró con exceso de legítima defensa".

"El Jurado —ha dicho la Corte— al emplear la conjunción adversativa "pero", no hizo otra cosa que aclarar que el homicidio se había cometido no en las circunstancias determinadas en la cuestión, sino en otras, o sea, en las que él consignó expresamente, pues tal es el papel de las conjunciones adversativas: denotar oposición o contrariedad". (Sentencia de 4 de agosto de 1948. Casación de Luis Enrique García).

Lo anterior indica que no está probado este cargo.

Segundo motivo alegado. — Desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Sostiene el recurrente que el Tribunal no podía rechazar la circunstancia del estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, por hallarse reconocida esta circunstancia en el auto de proceder.

Este argumento lo contesta el señor Procurador Delegado en lo Penal, no sólo con sus propios razonamientos jurídicos, sino citando la doctrina reiterada de esta Sala de la Corte sobre el particular.

Al efecto, dice el Ministerio Público:

"En los procesos en que interviene el Jurado, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, aunque éste no se ajuste cabalmente a las circunstancias específicas que se le asignaron al delito en el auto de proceder. Precisamente, el Jurado tiene potestad legal para apartarse del cuestionario —que es un resumen del auto de enjuiciamiento— y agregar en su respuesta las cir-

cunstancias en que crea que el hecho punible se realizó. (Artículo 29, Ley 4ª de 1943).

"Lo inmodificable del auto de proceder no es su parte motiva, sino la resolutiva. Sólo la calificación genérica del delito hecha en esa providencia es la que no puede desconocer la sentencia. En cambio, el pliego de cargos formulado en la parte motiva sí está sujeto a rectificación ulterior, en vista de lo probado y alegado por las partes en el curso del debate.

"Por esa razón, en este recurso extraordinario de casación y tratándose de juicios por jurados, no es pertinente sustentar ante la Corte desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de ésta con el veredicto del Jurado.

"¿Cómo podría la Sala Penal de la Corte —ha dicho esa ilustrada corporación— so pretexto de una demostración de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, dictar un fallo, en reemplazo del invalidado, prescindiendo del veredicto de los jueces de conciencia cuando fueron éstos quienes declararon una determinada responsabilidad, distinguiéndola con especiales características, y la sentencia no hizo más que acomodar las disposiciones concernientes a la declaración del tribunal del pueblo?

"Ningún papel entonces quedaría desempeñando el veredicto en el juicio que, sin embargo, culminaría sin él. La sentencia en este supuesto sería estrictamente de derecho, no se habrían cumplido las formalidades del juzgamiento, sería nulo el proceso, y al tratar de armonizar la sentencia con el auto de proceder se pondría el fallo de casación en pugna con la voluntad del jurado.

"...La anterior consideración conduce naturalmente a sostener la tesis de que en los juicios ventilados ante los jueces superiores mediante la intervención del tribunal popular no es atinado proponer el primer motivo de la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque, se repite, el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia —que no contiene decisión sobre los cargos— y el auto que la formula, sino entre la determinación del Jurado —que sí se ha pronunciado acerca de ellos— y la providencia en que se enunciaron". (Sentencia de 12 de marzo de 1947. Casación de José Barrientos Gómez).

Por todo lo expuesto, la causal 3ª alegada no prospera.

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de fecha ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, por medio de la cual condenó a José Levid Vélez a la pena principal de veinte meses de presidio como autor de la muerte de Francisco Cardona, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Saarsty M.—Floriberto Ramos, Srio.

CUESTIONARIOS AL JURADO—EL JUEZ NO PUEDE PREGUNTAR POR GENERO DISTINTO DEL EXPRESADO EN EL AUTO DE PROCEDER, PERO SI PUEDE INTERROGAR POR CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS O MODIFICADORAS DIFERENTES, SI SE HAN CAMBIADO PROBATORIAMENTE DURANTE LA CAUSA. RIÑA IMPREVISTA.-LA CAUSAL 3ª DE CASACION EN LOS JUICIOS POR JURADO

1.—De los art.s 28 de la Ley 4ª de 1943, 499 y 431 del código de procedimiento penal, puede deducirse que el Juez debe preguntar al jurado por la responsabilidad del sindicado o sindicados en los hechos tal como los describe el código específicamente, pero sin darles denominación jurídica; y también por las circunstancias modificadoras que se han dado por acreditadas en el auto de proceder, si no han sido desvirtuadas en el término probatorio del juicio y por las que luégo se demuestren dentro de la misma oportunidad. De otra suerte, no ordenaría la ley expresar esas circunstancias en el auto de proceder o no tendría objeto la práctica de pruebas después de dictado el enjuiciamiento.

2—Desechada en el auto de proceder, como no probada, la circunstancia de la legítima defensa, no tenía el juez la obligación de interrogar al jurado sobre si había ocurrido o no.

3.—El juez tiene el deber de preguntar a los jueces de conciencia, para que éstos decidan, sobre las circunstancias que a su juicio se hallan comprobadas; pero el texto de los preceptos de los artículos 28 de la Ley 4ª de 1943 y 499 y 431 del C. de P. P. permite deducir que no lo tiene de interrogarlos sobre las que no considera demostradas, sin que a ello sea obstáculo que el jurado pueda expresar que el hecho se cometió en circunstancias "diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 29 de lá Ley 4ª de 1943), ya que tal facultad no es sino la propia de quienes fallan sobre los hechos.

El señor Procurador no comparte totalmente este criterio, pues piensa que el sistema actual es el mismo de la Ley 169 de 1896 y, según él, son las partes las que tienen el arbitrio de invocar en la audiencia todas las modalidades que estimen convenientes y que no hayan sido incluídas en el cuestionario. El juez debe preguntar sobre la responsabilidad del procesado en los hechos constitutivos del delito con sus circunstancias específicas, pero no sobre aquellas modalidades no específicas, pues que la falla que en contra del sindicado pudiera acusarse por falta de pregunta sobre ellas está subsanada por la facultad que el jurado tiene de agregar a su veredicto las declaraciones que juzgue acreditadas, aunque no se le hubiera interrogado sobre ellas.

Sin embargo, la Sala estima más ajustado el sistema preconizado antes, por varias razones: la primera, porque el sistema de interrogatorio para el jurado no coincide exactamente con el anterior, en el sentido de que circunstancias como la riña, por ejemplo, era entonces delito específico; y la segunda, por la ya expresada de que no tendría objeto que en la parte motiva del auto de proceder se consignaran como probadas las circunstancias específicas y modificadoras entonces conocidas, o no tendría razón de ser la facultad de practicar pruebas durante el juicio.

Repitiendo, pues, lo dicho anteriormente, puede concluírse que el juez no puede preguntar al jurado por género distinto del expresado en el auto de proceder; pero sí puede interrogar por circunstancias específicas o modificadoras diferentes, si se han cambiado probatoriamente durante la causa, pues ese es el motivo para que no se consignen en la parte resolutiva del enjuiciamiento, sino en la motiva, que no circunscribe el debate.

Por lo demás, ésta ha sido la doctrina de la Sala.

4.— Como tantas veces lo ha repetido la Corte, fundándose en lo dispuesto en los artículos 537, 554 y 567 del C. de P. P., el veredicto del jurado no puede ser descono-

cido en casación, pues que la facultad de declararlo como contrario a la evidencia de los hechos pertenece exclusivamente a los juzgadores de instancia.

5.—En los juicios en que intervino el jurado, como es doctrina de la Corte, la causal tercera no puede invocarse, por lo común, sino en su segunda parte, esto es, en cuanto se alega el desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, por la sencilla razón de que los hechos tienen que ser apreciados por los jueces de conciencia y es el veredicto la base inmediata e inmodificable del fallo definitivo, salvo que se declare como contrario a la evidencia de los hechos.

6.—La riña, como en muchas oportunidades lo ha dicho la Corte, es una lucha, un combate entre dos o más personas, en que no bastan las ofensas de palabra, sino que son necesarias la agresiones de obra. Y lo imprevisto de una riña consiste en que no se llegue a ella preordenadamente, previendo o queriendo que con los agravios verbales o de hecho que generalmente la preceden se llegue a la pelea, supuesto que imprevisto es lo que sucede sin verse antes, sin relfexión y, mucho menos, sin prepación.

Pero la provocación a riña es distinta de la imprevisión. Provoca quien incita a ella, quien despierta en otro la irritabilidad o lo hace reaccionar; y, por eso, siempre, o casi siempre, quien es provocador de una riña no puede decir que le fue imprevista.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá siete de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 24 de febrero último, condenó a Pedro Nel Grajales a la pena de ocho años de presidio, como autor del delito de homicidio simplemente intencional perpetrado en la persona de Epitasio Mesa, el 21 de marzo de 1946, en el paraje de "Morelia", corregimiento de "La Cámara", del municipio de Salgar.

Contra esa sentencia se interpuso el recurso de casación, con base en las causales segunda, tercera y cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

CAUSAL CUARTA: nulidad del juicio.

El recurrente dice que el proceso es nulo porque al jurado no se le preguntó sobre legítima defensa, sobre riña imprevista, "etcétera, etcétera", omisión que quiebra las garantías esenciales del proceso y viola, así, el artículo 26 de la Constitución Nacional y el 28 de la ley 4ª de 1943.

Se considera:

El Juzgado 3° Superior de Medellín le imputó al procesado un homicidio intencional, sin características especiales, y descartó la legítima defensa y la riña imprevista. El Tribunal acepta que hubo una riña, pero no define su carácter, pues afirma:

"Ya dirá el Jurado cuál de los dos criterios, cuyos conceptos discrepan, en cuanto a si la riña fue o no imprevista, es más merecedor de acatamiento. La Sala, por ahora, estima que en la pelea de Mesa y Grajales no pudo haber la imprevisión alegada por el señor defensor, que también quiso ver el señor Fiscal del Juzgado Tercero Superior".

Dentro del juicio y en su debida oportunidad, la situación de las pruebas no cambió, pues el acusado y su defensor renunciaron el derecho de pedirlas (folio 190 del c. 1º).

Así las cosas, al jurado se le preguntó si Pedro Nel Grajales Ruiz era responsable de haber herido con arma de fuego a Epitasio Mesa, como a eso de las cinco de la tarde del 21 de marzo de 1946, a consecuencia de lo cual murió éste el 22 o 23 del mismo mes, y el jurado contestó: "Sí, en riña provocada por el muerto".

El Juzgado consideró que se trataba del estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, de que habla el artículo 28 del código penal. Pero el Tribunal estimó que los jueces populares habían declarado un homicidio simplemente intencional, sin aquella circunstancia modificadora, y por eso le aplicó el mínimo del artículo 362 del citado código.

Debe precisarse, pues, qué preguntas ha de contener el cuestionario que al jurado se proponga, y al efecto basta con acudir a los textos legales que de ello tratan, que son los artículos 28 de la ley 4ª de 1943, y 499 y 431 del código de procedimiento penal.

El primero establece que el cuestionario que el juez someta al jurado **al comenzar la audiencia pública** debe hacerse determinando "el hecho o hechos materia de la causa **conforme al auto de proceder,** determinando las circunstancias que lo

constituyan, sin darles denominación jurídica" y añadiendo otra pregunta sobre anormalidad del acusado, cuando fuere el caso.

El segundo aclara el anterior al preceptuar que el juez de derecho debe apreciar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, mientras que el jurado debe apreciar los elementos constitutivos del delito o las circunstancias modificadoras del mismo.

Y el 431 esclarece definitivamente la cuestión al decir que en la parte resolutiva del auto de proceder debe indicarse el género del delito y que en la motiva han de señalarse "las circunstancias conocidas" hasta entonces que especifiquen el hecho. El género es inmodificable y circunscribe el debate, de suerte que ha de condenarse o absolverse según él: la especie y las circunstancias modificadoras pueden sufrir alteraciones probatorias en el curso del juicio y aun durante la audiencia.

De estos preceptos puede deducirse que el juez debe preguntar al jurado por la responsabilidad del sindicado o sindicados en los hechos tal como los describe el código específicamente, pero sin darles denominación jurídica, y también por las circunstancias modificadoras que se han dado por acreditadas en el auto de proceder, si no han sido desvirtuadas en el término probatorio del juicio y por las que luégo se demuestren dentro de la misma oportunidad. De otra suerte, no ordenaría la ley expresar esas circunstancias en el auto de proceder o no tendría objeto la práctica de pruebas después de dictado el enjuiciamiento.

El auto de proceder consideró probado plenamente el cuerpo del delito de homicidio simplemente intencional, y por homicidio se interrogó al jurado, aunque sin darle esa denominación jurídica, de suerte que por este aspecto no hay nada que tachar en el cuestionario propuesto.

Sobre la legítima defensa expone el Tribunal en el enjuiciamiento que, aunque esa es la tesis del procesado, los testigos presenciales afirman lo contrario y todos "parece que sostienen que entre Grajales y Mesa se operó una riña, de la cual ambos salieron heridos, pero cuyas consecuencias más graves fueron las de Mesa, que falleció por efecto de las partes afectadas y de la hemorragia que produjeron". (F. 173 del cuaderno principal).

Desechada, pues, tal circunstancia como no probada, no tenía el juez la obligación de interrogar al jurado sobre si había ocurrido o no.

Respecto de la riña dice el auto de proceder de segunda instancia que "no puede sostenerse que la riña entre Grajales y Mesa **se hubiera presentado de un modo imprevisto,** porque la enemistad anterior existente, la proximidad de la casa en donde se encontraba Mesa cuando Grajales principió a lanzar expresiones vulgares e infamantes, que bien pudieron ser oídas por Mesa y provocar su reacción, como también su venida y entrada a la cantina y las nuevas expresiones de "hijos de puta tan bobos" vertidas por Grajales cuando ya estaba presente Mesa, dan más bien la idea de que tal riña fue provocada por aquél". Grajales, agrega la providencia, se dio cuenta de la entrada de Mesa, según algún declarante, y varios testigos afirman "que el procesado insultaba y ofendía a Mesa y lo provocaba al parecer a riña, que éste rehuía, desde antes de los hechos, y como manifestación permanente de sus resentimiento por la vieja enemistad" (f. 174 y subraya la Sala).

Después de esta rotunda negativa de la circunstancia, el Tribunal expresa que "ya dirá el jurado" si la riña fue imprevista o no; pero no ordena preguntar sobre ella, sino que sugiere la idea. Y en el particular debe repetirse lo expresado antes, esto es, que el juez tiene el deber de preguntar a los jueces de conciencia, para que éstos decidan, sobre las circunstancias que a su juicio se hallan comprobadas; pero el texto de los preceptos atrás citados permite deducir que no lo tiene de interrogarlos sobre las que no considera demostradas, sin que a ello sea obstáculo que el jurado pueda expresar que el hecho se cometió en circunstancias "diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 29 de la ley 4ª de 1943), ya que tal facultad no es sino la propia de quienes fallan sobre los hechos.

El señor Procurador no comparte totalmente este criterio, pues piensa que el sistema actual es el mismo de la ley 169 de 1896 y, según él, son las partes las que tienen el arbitrio de invocar en la audiencia todas las modalidades que estimen convenientes y que no hayan sido incluídas en el cuestionario. El juez debe preguntar sobre la responsabilidad del procesado en los hechos constitutivos del delito con sus circunstancias específicas, pero no sobre aquellas modalidades no específicas, pues que la falla que en contra del sindicado pudiera acusarse por la falta de pregunta sobre ellas está subsanada por la facultad que el jurado tiene de agregar a su veredicto las declaraciones que juzgue acreditadas, aunque no se le hubiera interrogado sobre ellas.

Sin embargo la Sala estima más ajustado el sistema preconizado al principio de este aparte,

por varias razones: la primera, porque el sistema de interrogatorio para el jurado no coincide exactamente con el anterior, en el sentido de que circunstancias como la riña, por ejemplo, era entonces delito específico; y, la segunda, por la ya expresada de que no tendría objeto que en la parte motiva del auto de proceder se consignaran como probadas las circunstancias específicas y modificadoras entonces conocidas, o no tendría razón de ser la facultad de practicar pruebas durante el juicio.

Repitiendo, pues, lo dicho anteriormente, puede concluírse que el juez no puede preguntar al jurado por género distinto del expresado en el auto de proceder; pero sí puede interrogar por circunstancias específicas o modificadoras diferentes, si se han cambiado probatoriamente durante la causa, pues ese es el motivo para que no se consignen en la parte resolutiva del enjuiciamiento, sino en la motiva, que no circunscribe el debate.

Por lo demás, ésta ha sido la doctrina de la Sala.

En el caso en estudio no fue irregular el proceder del juzgado, ni al recurrente se le privó de su derecho de defensa.

La causal invocada no puede, por tanto, prosperar.

CAUSAL SEGUNA: errada interpretación o apreciación de los hechos.

Alega el recurrente que el Juzgado reconoció el estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, "cuando lo que se ve, se toca, se huele y se grita es un homicidio en defensa de la vida".

A este propósito cita lo dicho por el Fiscal en la audiencia pública, para concluir que el Tribunal erró en su sentencia al atribuírle a los hechos un valor probatorio que no tienen y por haberles negado el que sí tienen.

Se considera:

En los juicios en que interviene el jurado, la sentencia tiene que dictarla el juez de derecho de acuerdo con la calificación que los jueces populares den a los hechos sobre los cuales ha versado el debate (artículo 480 del C. de P. P.), puse si se aparta del veredicto, prosperaría la tercera causal de casación, que considera inválido el fallo dictado en desacuerdo con el veredicto del jurado (artículo 567, ordinal 3º, del C. de P. P.).

Para llegar a la tesis de la legítima defensa habría que prescindir del veredicto del jurado, veredicto que no puede desconocerse en este recurso extraordinario, pues que la facultad de declararlo como contrario a la evidencia de los hechos pertenece exclusivamente a los juzgadores de instancia, como en tantas ocasiones lo ha repetido la Corte, fundándose en lo dispuesto en los artículos 537, 554 y 567 del código de procedimiento.

La causal segunda es, pues, como lo dice la Procuraduría, inoperante en el presente juicio.

CAUSAL TERCERA: desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y con el veredicto del jurado.

Afirma la demanda que el Tribunal le aplicó al procesado la pena que señala el artículo 362 del código penal, en su mínimo de ocho años de presidio, "en lugar de absolverlo del todo o aplicarle el artículo 27" del mismo código, "por haberse excedido en la legítima defensa".

Además el Tribunal "se puso en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y desatendió el veredicto del jurado, ya que para nada tuvo en cuenta la legítima defensa, etc., etc., circunstancias debatidas en el proceso, y ya que el veredicto del jurado fue un "sí en riña provocada por el occiso", circunstancia ésta que para nada la tuvo en cuenta el H. Tribunal".

Principia por recordar la Corte su doctrina de que en los juicios en que interviene el jurado, la causal tercera no puede invocarse, por lo común, sino en su segunda parte, esto es, en cuanto se alega el desacuerdo de la sentencia con el veredicto, y no en la primera, o sea, en cuanto se invoca el desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, por la sencilla razón de que los hechos tienen que ser apreciados por los jueces de conciencia y es el veredicto la base inmediata e inmodificable del fallo definitivo, salvo que se declare como contrario a la evidencia de los hechos.

De esta suerte, no habrá que estudiar aquí la falta de consonancia entre la sentencia y el enjuiciamiento, puesto que hay un veredicto que no se puede desechar como inexistente, sino el desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado.

Inexplicable resulta que alegue el recurrente que la sentencia no reconoció la legítima defensa, o el exceso de la legítima defensa, cuando él mismo cita el veredicto, que lo que afirma es que el procesado sí es responsable, pero en riña provocada por el muerto, lo que equivale a decir que no reconoció aquella circunstancia. De manera que lo que hay que resolver es si la riña

provocada por la víctima es lo mismo que la riña imprevista de que habla el código penal.

La riña, como en muchas oportunidades lo ha dicho la Corte, es una lucha, un combate entre dos o más personas, en que no bastan las ofensas de palabra, sino que son necesarias las agresiones de obra. Y lo imprevisto de una riña consiste en que no se llegue a ella preordenadamente, previendo o queriendo que con los agravios verbales o de hecho que generalmente la preceden se llegue a la pelea, supuesto que imprevisto es lo que sucede sin verse antes, sin reflexión y, muchas veces, sin **preparación.**

Pero la provocación a la riña es distinta de la imprevisión. Provoca quien incita a ella, quien despierta en otro la irritabilidad o lo hace reaccionar; y por eso siempre, o casi siempre, quien es provocador de una riña no puede decir que le fue imprevista.

El Tribunal afirma, como así es, que el jurado no habló de la riña imprevista, sino de la riña provocada por el muerto, lo que no es lo mismo, según lo expuesto. Quizás en algún caso dado, de acuerdo con las alegaciones de la audiencia pública o las probanzas del proceso, puede llegarse a deducir que cuando los jueces de conciencia declaran que un homicidio se cometió en riña provocada por la víctima, quieran significar que fue imprevista para el matador; pero en este caso no puede hacerse esa deducción, porque nada así lo significa.

En efecto, el Tribunal dice que interpreta el veredicto "de acuerdo con las pruebas contra Grajales", desecha la legítima defensa, y, lo que para el caso es importante, afirma que la riña, de acuerdo con aquellas pruebas, no pudo ser imprevista para ninguno de los protagonistas, por "la enemistad anterior existente".

Por eso el Ministerio Público sólo dice en esta parte que el demandante no hizo el menor esfuerzo para demostrarle a la Sala el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado. "Precisamente el Tribunal —dice— analizó todos esos aspectos en su fallo recurrido y de modo especial trató el problema de la riña imprevista, aduciendo, para descartarla, muy oportunas doctrinas de esa H. Corte. Luego el abogado tenía la obligación de combatir tales razones del sentenciador, y como no lo hizo, ni la Corte ni la Procuraduría pueden asumir el papel del demandante llenando las deficiencias del libelo".

En consecuencia, la causal invocada tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M.— Carlos Arturo Díaz, Conjuez—**Floriberto Ramos,** Secretario.

EMBRIAGUEZ Y ALCOHOLISMO CRONICO. — LA INTOXICACION DE QUE HABLA EL ARTICULO 29 DEL C. P. NO SE REFIERE SOLAMENTE A LA SEGUNDA DE ESTAS HIPOTESIS

La embriaguez común u ordinaria se caracteriza por tres grados diferentes: período de excitación en que predomina el estado eufórico, con exhuberancia de alegría y jocosidad; período de depresión que se determina por una especie de ataxia física e intelectual, depresión, tristeza, decaimiento, temblor, titubeo, presión lenta, difusa e ideas confusas; período de sueño o comatoso que sigue a la deprseión que se manifiesta por un sueño largo y profundo acompañado de sudores profusos y el "coma" o sea cuando el alcohol ha dominado al individuo completamente.

La embriaguez patológica se produce en individuos tarados y debilitados por el ancestro patológico; en sus reacciones se manifiesta con toda la brutalidad porque su mente no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior. Por esto, se dice que la embriaguez patológica no se presenta sino en los sujetos tarados de temperamento enfermo y nervioso. Así, pues, no se emborracha o embriaga patológicamente el que quiere, sino el que puede.

"En la hipótesis del alcoholismo crónico —dice la Procuraduría— verdadera anomalía psíquica, se está ya en presencia de una degeneración progresiva de la personalidad, en su aspecto físico, funcional y anímico. Partiendo de este último, se observa que el sujeto cambia en su moralidad, las nociones del deber y el honor le son indiferentes; no se alegra sino bebiendo; y cae, finalmente, en el terreno de las ilusiones y los delirios. En una palabra, el carácter se torna hosco, fácilmente irritable, impulsivo; la voluntad se debilita y atrofia; la inteligencia falsea a cada momento; y, finalmente, la zona afectiva se quiebra en sus reductores éticos, cayendo el individuo en una profunda depravación y amoralidad".

El alcohol ingerido en grandes o pequeñas cantidades siempre es un tóxico que obra en forma directa sobre las células nerviosas produciendo la embriaguez que constituye una de las fases del proceso de intoxicación. El alcohol por ser un tóxico también es una sustancia venenosa, pero este último vocablo —veneno— para efectos de su valoración dentro del derecho penal hay que considerarlo dentro de un sentido amplio y no restringido como se lo emplea en el lenguaje común u ordinario, ya que su empleo por regla general no causa la muerte, pero sí produce trastornos que afectan la personalidad de quien lo ingiere.

Afirma el Tribunal que como el Jurado empleó el término INTOXICACION, ello quiere decir que ese vocablo hace referencia directa a la intoxicación crónica producida por el alcohol, porque si solamente hubiera tratado de reconocer el estado de embriaguez aguda, no se hubiera empleado el término intoxicación En otros términos, la intoxicación sólo puede afirmarse del alcoholismo crónico.

Esta afirmación está reñida con la interpretación que la jurisprudencia ha dado al espíritu del artículo 29 del Código Penal, porque el alcoholismo crónico es, precisamente, uno de los estados de las enfermedades mentales reconocidos por la disposición comentada, y su demostración no se hace por meras concepciones abstractas o por simples declaraciones, porque tratándose de la comprobación de un hecho científico, debe probarse por los sistemas que la ley procedimental exige para estos casos.

El término INTOXICACION que contiene el veredicto del Juri, se aplica indistintamente para el alcoholismo crónico y para la embriaguez en cualesquiera de sus fases, porque, como ya se expresó, el alcohol ingerido en pequeñas o grandes cantidades siempre es un tóxico, y toda sustancia venenosa es siempre un tóxico. Es lógico que el acusado, cuando realizó el hecho, se encontraba en un estado de intoxicación correspondiente a la embriaguez en cuales-

quiera de sus fases, pero no en un estado de intoxicación crónica, producto de una verdadera anomalía psíquica o de una enfermedad de la mente.

Es evidente que el alcohol fue el estimulante de los sentimientos o pasiones del procesado, excitación que provocó la acción y efecto de dejarse arrebatar por la pasión de los celos perdiendo la moderación y la calma, controles morales que hubieran servido para contenerlo en su acción criminosa, pero esos diversos factores productos de una intoxicación debida al alcohol ingerido, no constituyen el estado de alcoholismo crónico de que habla el Tribunal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 9 de abril de 1948, condenó a Rafael Neira Porto a la sanción de un año de reclusión en una colonia agrícola como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Carlos Mejía Peláez.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el Fiscal 1º del Tribunal; y el Procurador Delegado en lo Penal, teniendo como fundamento las causales invocadas por el recurrente, formuló la correspondiente demanda de casación.

Antecedentes

Rafael Neira Porto hacía vida marital con su manceba Ana María Saldarriaga, relaciones que en forma amigable se cancelaron meses antes al nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos. Sin embargo, Neira Porto visitaba a su antigua amante y le dispensaba en su trato consideraciones de deferencia y simpatía.

El 9 de mayo de 1943 en la cantida de Ramón Toro Nanclares hubo un baile, al cual concurrió Carlos Mejía Peláez acompañado de Ana María Saldarriaga. Aproximadamente a las once y media de la noche Mejía y la Saldarriaga se retiraron del establecimiento. Neira Porto se dio cuenta de esto y siguió tras la pareja de enamorados, tomó la delantera, luégo se volvió sobre ellos y súbitamente disparó con arma de fuego contra Mejía hiriéndolo gravemente. Como consecuencia de la lesión falleció días después en la ciudad de Medellín, el doce del mes y año citados.

El Juzgado Primero Superior llamó a responder en juicio a Neira Porto imputándole la comisión de un homicidio simplemente intencional. Pero el Tribunal, al revisar dicha providencia la confirmó, expresando que el delito fue cometido en un estado de exaltación pasional provocada por los celos.

Al Jurado le fue sometido el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Rafael Neira Porto (a. Rafaelito), es responsable de haber herido, con proyectil de pistola, al señor Carlos Mejía Peláez, con el propósito de matarlo, a consecuencia de lo cual falleció Mejía días después. Hechos ocurridos así: la herida en la cabecera del municipio de Turbo, la noche del nueve al diez de mayo de mil novecientos cuarenta y dos y la muerte del herido en esta ciudad de Medellín, el día doce de los mismos mes y año?"

El Jurado contestó: "Sí, en un momento de exaltación pasional, de intoxicación y de excitación alcohólica".

El Juzgado en desarrollo de este veredicto condenó al procesado a la pena principal de ocho años de presidio, considerando a Neira Porto como una persona normal. Pero el Tribunal al revisar la sentencia consideró que al acusado no debía aplicársele la pena correspondiente a los delincuentes normales porque —en su concepto— el delito había sido cometido en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol; en tal virtud, y partiendo de la base de que se trataba de un delincuente anormal reformó la sentencia en el sentido de condenar a Neira Porto a la pena de un año de reclusión en una colonia agrícola especial, en vez de ocho años de presidio a que fue condenado por el Juzgado.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el Fiscal 1º del Tribunal, e invocó como causales de casación las de los numerales 3º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El Procurador Delegado en lo Penal, teniendo como fundamento las causales alegadas por el Fiscal, formuló la correspondiente demanda de casación y pide a la Corte se invalide el fallo.

Causal tercera

Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Dice el recurrente que la aplicación de medi-

das de seguridad —en este caso— no tiene sustento en el veredicto.

"En efecto, la respuesta de los jueces de hecho reconoce la responsabilidad de Neira por un homicidio ejecutado con el propósito de matar, y hallándose el agente bajo la influencia de una "exaltación pasional", de una "intoxicación alcohólica" y de una excitación de la misma índole.

"Y ello corresponde perfectamente a la realidad, porque las constancias procesales demuestran que Neira Porto reaccionó contra Mejía Peláez en un momento de celos y en estado de embriaguez".

Pero el veredicto no contiene la afirmación de que esas manifestaciones producto de una embriaguez, correspondan al estado de intoxicación crónica producida por el alcohol, porque en tratándose de ese fenómeno sólo la prueba pericial de los especialistas en psiquiatría puede dar la pauta segura para hacer la afirmación de que el delincuente es una persona anormal, y por consiguiente, se pueden aplicar medidas de seguridad, y esta prueba fundamental en el proceso no existe.

"Por tanto, al agregar el Tribunal Superior que la intoxicación de Neira fue crónica, amplió el alcance del veredicto respecto de un hecho sustancial, que modifica grandemente la sanción, y tal facultad no la tienen los jueces de derecho en esta clase de procesos".

Se considera:

El artículo 29 del código penal comprende tres estados de enfermedades de la mente. Enajenación mental propiamente dicha; intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia; y la grave anomalía psíquica que comprende la zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental —locura— y la normalidad absoluta, estados que se caracterizan por deficiencias mentales o psíquicas.

El estado de intoxicación crónica producida por el alcohol, en ningún caso puede confundirse con la intoxicación eventual o pasajera producida como consecuencia de la embriaguez, aunque ésta fuera de aquellas que en psiquiatría se denominan embriagueces agudas o alcoholismo agudo.

El primero —intoxicación crónica— corresponde a sujetos que anteriormente tienen síntomas de alienación mental más o menos caracterizados o permanentes como consecuencia de alguna intoxicación alcohólica crónica producida por el hábito o por la repetición inveterada de ingerir bebidas alcohólicas. El segundo —simplemente intoxicación alcohólica— que puede traducirse en trastornos de orden psicológico o por excitaciones reveladoras de un carácter agresivo o violento o por estados depresivos hacia el suicidio corresponden o se predica de personas normales.

Son diferentes, en uno o en otro caso, las manifestaciones que se producen en las personas que obran bajo el impulso del alcohol; pero no todos los hechos que se ejecutan bajo su influencia tienen el poder suficiente para catalogarlos como personas anormales, ya que la embriaguez que opera en personas normales es diferente de la que se cumple en personas anormales; a los primeros, se les imponen penas — embriaguez simplemente común — y a los segundos, se les imponen medidas de seguridad —estado de intoxicación crónica producida por el alcohol.

La embriaguez

La embriaguez común u ordinaria se caracteriza por tres grados diferentes: período de excitación en que predomina el estado eufórico, con exuberancia de alegría y jocosidad; período de depresión que se determina por una especie de ataxia física e intelectual, depresión, tristeza, decaimiento, temblor, titubeo, presión lenta, difusa, e ideas confusas; y período de sueño o comatoso que sigue a la depresión que se manifiesta por un sueño largo y profundo acompañado de sudores profusos y el "coma" o sea cuando el alcohol ha dominado al individuo completamente.

La embriaguez patológica se produce en individuos tarados y debilitados por el ancestro patológico, en sus reacciones se manifiesta con toda la brutalidad porque su mente no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior; por esto, se dice que la embriaguez patológica no se presenta sino en los sujetos tarados de temperamento enfermo y nervioso. Así, pues, no se emborracha o embriaga patológicamente el que quiere sino el que puede.

"En la hipótesis del alcohollismo crónico—dice la Procuraduría— verdadera anomalía psíquica, se está ya en presencia de una degeneración progresiva de la personalidad, en su aspecto físico, funcional y anímico. Partiendo de este último, se observa que el sujeto cambia en su moralidad, las nociones del deber y el honor le son indiferentes; no se alegra sino bebiendo; y cae, finalmente, en el terreno de las ilusiones y los delirios. En una palabra, el carácter se torna hosco, fácilmente irritable, impulsivo; la voluntad se debilita y atrofia; la inteligencia falsea a cada momento; y, finalmente, la zona afectiva se

quiebra en sus reductores éticos, cayendo el individuo en una profunda depravación y amoralidad".

El alcohol ingerido en grandes o pequeñas cantidades siempre es un tóxico que obra en forma directa sobre las células nerviosas produciendo la embriaguez que constituye una de las fases del proceso de intoxicación. El alcohol por ser un tóxico también es una sustancia venenosa, pero este último vocablo —veneno— para efectos de su valoración dentro del derecho penal hay que considerarlo dentro de un sentido amplio y no restringido como se lo emplea en el lenguaje común u ordinario, ya que su empleo por regla general no causa la muerte, pero sí produce trastornos que afcetan la personalidad de quien lo ingiere.

La respuesta del Jurado no contiene la afirmación de que el delito fue cometido en un estado de intoxicación crónica producida por el alcohol; el Juri simplemente dijo: "Sí, en un momento de exaltación pasional, de intoxicación y de excitación alcohólica", y esta respuesta es la que se conforma con la verdad de los hechos investigados.

Afirma el Tribunal que como el Jurado empleó el término **intoxicación,** ello quiere decir, que ese vocablo hace referencia directa a la intoxicación crónica producida por el alcohol, porque si solamente hubiera tratado de reconocer el estado de embriaguez aguda no se hubiera empleado el término intoxicación. En otros términos, la intoxicación sólo puede afirmarse del alcoholismo crónico.

Esta afirmación está reñida con la interpretación que la jurisprudencia ha dado al espíritu del artículo 29 del Código Penal, porque el alcoholismo crónico es, precisamente, uno de los estados de las enfermedades mentales reconocidos por la disposición comentada, y su demostración no se hace por meras concepciones abstractas o por simples declaraciones, porque tratándose de la comprobación de un hecho científico debe probarse por los sistemas que la ley procedimental exige para estos casos.

El término —**intoxicación**— que contiene el veredicto del Juri, se aplica indistintamente para el alcoholismo crónico y para la embriaguez en cualesquiera de sus fases, porque como ya se expresó el alcohol ingerido en pequeñas o grandes cantidades siempre es un tóxico, y toda sustancia venenosa es siempre un tóxico. Es lógico que el acusado cuando realizó el hecho, se encontraba en un estado de intoxicación correspondiente a la embriaguez en cualquiera de sus fases, pero no es un estado de intoxicación crónica producto de una verdadera anomalía psíquica o de una enfermedad de la mente.

Es evidente que el alcohol fue el estimulante de los sentimientos o pasiones del procesado, excitación que provocó la acción y efecto de dejarse arrebatr por la pasión de los celos perdiendo la moderación y la calma, controles morales que hubieran servido para contenerlo en su acción criminosa, pero esos diversos factores productos de una intoxicación debida al alcohol ingerido, no constituyen el estado de alcoholismo crónico de que habla el Tribunal.

Pero se puede argüír que los testimonios de los médicos que declararon en la audiencia pública constituyen la prueba del "estado de intoxicación crónica producida por el alcohol"?

No. Porque esas exposiciones son contradictorias. No existe unidad o concordancia absoluta en sus afirmaciones, sino simplemente estados de posibilidad en relación con la intoxicación crónica, con el estado de anomalía psíquica producida por la sífilis, pero en esas declaraciones no se contiene ninguna afirmación sobre los hechos que el Tribunal da como prueba científica. Las conclusiones no se fundan en meras posibilidades, sino en afirmaciones categóricas de los hechos reconocidos para que en estas condiciones puedan ser apreciadas por el juzgador.

En efecto, el Procurador al tratar este punto transcribe lo pertinente de la declaración cuando dice:

"Por lo tanto, tratándose del alcoholismo crónico, sólo el dictamen pericial de los especialistas en psiquiatría puede dar la pauta segura para clasificar el delincuente como anormal y aplicarle las medidas de seguridad correspnodientes.

"En el presente caso, esa prueba fundamental se echa de menos, pues las exposiciones de los dos médicos que concurrieron a la audiencia no definieron categóricamente el problema. Sus apreciaciones son vacilantes y nada conclusivas.

"Los médicos hablan de una infección sifilítica por parte de Neira Porto y de algunas manifestaciones de alcoholismo crónico. Pero al precisar sobre estas cuestiones al doctor Efraín Isaza Maya, quien trató más detenidamente al procesado, dijo:

"P.—¿El estado tóxico-infeccioso logró lesionar la célula noble del cerebro? C.—No, apenas estaba en un estado de irritabilidad normal..... P.—¿Descubrió usted en el señor Neira Porto signos inequívocos de intoxicación alcohólica dife-

renciables perfectamente de los de la sífilis? C.—Sería imposible, puesto que se trataba de un individuo que había dejado de ingerir alcohol. Es imposible descubrir signos inequívocos; lo único que pude descubrir fue la taquicardia, que no se puede precisar si es de origen sifilítico, o alcohólico; fuera de estos fenómenos nerviosos, no sufría otros, tales como los delirios de Korsakoff. Pregunta el defensor: —Pero usted nos había dicho que descubrió un temblor fibrilar... C.—Eso es cierto, pero debo aclarar que tal signo no es característico, puesto que así como lo produce el alcoholismo, también lo produce la sífilis..... P. — ¿Hacia el año de 1942 al 45 estaba en estado de alcoholismo agudo o crónico? C.—No estaba en ninguno de los dos: tenía signos de alcolismo crónico, pero no inequívocos".

"Por otra parte, el tema de la anomalía psíquica que sufriera el acusado, fue debatido ampliamente en la audiencia por el defensor, quien le planteó al Jurado estas tesis:

"1ª Como petición principal: "No es responsable". 2ª Como petición subsidiaria: "Sí, en estado de anomalía psíquica transitoria, sin propósito de matar". 3ª "Sí, en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, sin propósito de matar". 4ª "Sí, en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol".

"Y ninguna de tales hipótesis contiene el veredicto, como ya se vio. Luego al decir el Jurado que hubo "intoxicación y... excitación alcohólica", no hizo otra cosa que captar la simple ebriedad aguda en que se hallaba el procesado, en la cual también hay intoxicación y excitación, como ya quedó explicado.

"Y la respuesta de los jueces de hecho no fue inconsulta, ni mucho menos confusa, porque, como lo reconoce el mismo Tribunal, el Jurado estaba compuesto "por muy distinguidos elementos de la sociedad, catedráticos y profesionales de alta distinción, algunos de ellos."

"Es cierto que los jurados no tienen que emplear en su veredicto las palabras técnicas que usan los especialistas del derecho; pero sí es indispensable que consignen, en términos equivalentes o aproximados, las modalidades específicas de los hechos materia del debate, de tal suerte que el juzgador pueda, sin incurrir en arbitrariedades, acomodarlas en una determinada casilla de la ley penal sustantiva. Y los vocablos expresados en este caso por el Tribunal popular sólo dan margen para apreciar la intoxicación alcohólica del acusado, en los momentos del homicidio, como circunstancia de menor peligrosidad, y no como factor constitutivo de enfermedad mental producida por el uso continuado de bebidas embriagantes.

"Por lo tanto, al agregar el Tribunal Superior que la intoxicación de Neira fue crónica, amplió el alcance del veredicto respecto de un hecho sustancial, que modifica grandemente la sanción, y tal facultad no la tienen los jueces de derecho en esta clase de procesos.

"Interpretar el veredicto —ha dicho la Corte— es acomodar la voluntad del tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo". (Sentencia de 17 de mayo de 1944. G. J. número 2010 a 2014, pág. 680)".

Aparte de estas consideraciones se anota una contradicción lamentable en la exposición de uno de los testigos cuando dice: "P.—¿El estado tóxico infeccioso logró lesionar la célula noble del cerebro? C.—No, apenas estaba en un estado de irritabilidad," y posteriormente en la misma exposición al preguntarle sobre la prueba del sistema grafológico sostiene el mismo testigo "que se dio cuenta de que (el procesado) era víctima de una perturbación cerebral". En estas condiciones y bajo el sistema de contradicciones tan fundamentales, no puede afirmarse que este testimonio sea una prueba fehaciente para demostrar bien sea el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol, ya también, el estado de una grave anomalía psíquica transitoria o permanente.

La interpretación y alcance que el Tribunal dio al veredicto del Jurado, está fuera de la realidad de los hechos investigados, y en desacuerdo con el pensamiento que el tribunal de conciencia consignó en su respuesta. La afirmación de que una persona es normal o anormal no se sujeta a un simple criterio de interpretación de las disposiciones legales frente al veredicto, sino a la prueba científica que obre en autos, y esa demostración en ningún caso se funda en hipótesis más o menos probables, sino en hechos ciertos y evidentes, para que los peritos puedan hacer afirmaciones concluyentes, en orden a la demostración de un estado de normalidad o anormalidad.

Si el veredicto del Juri es la base inmediata de la sentencia, y si el Tribunal popular es quien en definitiva califica los hechos y determina la responsabilidad, el juez de derecho —en la sentencia— debe ceñirse a los términos del veredicto; si encuentra que éste es contrario a la evidencia de los hechos, así lo declara, pero en nin-

gún caso puede completar o suplir el pensamiento del Juri para interpretar sus respusetas en sentido contrario a lo que ellos expresaron, porque desnaturalizaría la esencia del juicio en que interviene el Jurado.

Una interpretación caprichosa o distinta a aquella que contiene el veredicto, por más fuertes que sean los argumentos del Juez para llegar a una afirmación distinta a la reconocida por el Juri no le es permitida al fallador, porque esa facultad no le ha sido concedida por la ley, pues ella iría contra la naturaleza propia de los juicios en que interviene el Jurado; por esto, se dice que "interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo".

Por estos motivos la causal alegada prospera.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dice el recurrente:

"Se invoca como una consecuencia directa de la anterior.

"El Tribunal aplicó indebidamente al caso el artículo 29 del Código Penal, en vez del 362 de la misma obra, que era el indicado conforme a la respuesta de los jueces populares.

"Realmente, en los procesos con intervención del Jurado, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, si éste no es declarado contrario a la evidencia de los hechos.

"En el presente asunto, el Tribunal de conciencia no configuró en su veredicto ninguna de las hipótesis que prevé el artículo 29 mencionado para clasificar al delincuente como anormal. El simple reconocimiento que hizo sobre la intoxicación y la excitación alcohólicas del acusado cuando cometió el homicidio, apenas traduce un caso de embriaguez aguda, puesto que el Jurado omitió agregar que la intoxicación fuera crónica o algo semejante; tampoco expresó un hecho susceptible de interpretarse como un desorden mental grave que catalogara a Neira entre los sujetos que obran en estado de grave anomalía psíquica, tesis ésta cuyo reconocimiento demandó la defensa, pero que no obtuvo la aceptación de los jurados.

"En estas condiciones y reconcido en el veredicto el propósito de matar por parte del acusado, la disposición que debe aplicársele es la del artículo 362 del estatuto penal".

Se considera:

El veredicto del Jurado no contiene ninguna afirmación sobre el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol, ni la de que el procesado al cometer el delito se encontrara en un estado de grave anomalía psíquica permanente o transitoria, pues lo único que reconoció fue la intoxicación y la excitación alcohólica al momento de cometer el hecho.

Pero esta respuesta no da base ninguna al Tribunal para concluir que el Juri quiso afirmar el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol, pues como ya se vio, la **intoxicación**, expresión en la cual se funda la afirmación de la anormalidad, se predica tanto de la embriaguez en cualesquiera de sus fases o períodos, como del alcoholismo crónico.

Pero hay más: si tanto el juez como su defensor hubieran estado convencidos de que el hecho se cometió en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal, su deber, su obligación, era la de formular un segundo cuestionario al tenor de lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, para que los miembros del jurado hubieran contestado enfáticamente a esa pregunta.

No lo hicieron, porque ellos estaban convencidos de que en el proceso no existía prueba alguna para hacer esa pregunta, y a pesar de que el defensor en la audiencia sí la formuló, los miembros del Jurado se abstuvieron de dar respuesta alguna, porque ellos estaban plenamente convencidos de que el delito no se había cometido en ninguna de las hipótesis contempladas en la disposición que se analiza.

En estas condiciones, el Tribunal aplicó indebidamente la disposición del artículo 29 del Código Penal, en vez de la disposición del artículo 362 de la misma obra, ya que la primera disposición se aplica para los tres casos expresamente determinados en ella: enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia, o cuando el procesado padeciere de grave anomalía psíquica, bien sea ésta permanente o transitoria.

Neira Porto no cometió el hecho en ninguno de los casos contemplados por la disposición comentada, ni tampoco era una persona anormal en el momento de ejecutar el hecho; esa anormalidad la dedujo el Tribunal sin fundamento en prueba científica alguna, llegando a dicha conclusión por un simple criterio de interpretación

del veredicto, pero la respuesta del Juri no contenía ninguna afirmación de aquellas a que hace referencia el artículo 29 del Código Penal, por consiguiente, el error proveniente de una mala interpretación de la ley lo condujo a aplicar indebidamente una disposición, en vez de otra.

"Las adiciones que hizo el Jurado al cuestionario, referentes a la exaltación pasional y al estado de borrachera común de Neira Porto deben, sí, tenerse en cuenta, pero como circunstancias accesorias del delito para individualizar la pena. Esas modalidades están previstas en los numerales 3° y 5º del artículo 38.

"Y como, por otra parte, no existen elementos especiales de agravación dentro del criterio fijado por el artículo 36, la penalidad debe adaptarse en su mínimo, correspondiéndole, por consiguiente, al procesado una sanción de ocho años de presidio".

En consecuencia la causal alegada prospera.

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 el fallo de fecha nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por el cual se impuso al procesado la pena de un año de reclusión en una colonia agrícola especial, y en su lugar, condena a Rafael Neira Porto, de las condiciones civiles anotadas, a la pena de ocho años de presidio como responsable del homicidio causado en la persona de Carlos Mejía Peláez y se confirma en lo demás, o sea en lo relativo a los numerales 2º, 3º, 4º y 5º de la sentencia del Juzgado, los cuales no fueron objeto de reforma alguna por parte del Tribunal en el fallo que se invalida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.



CAUSALES SEGUNDA Y CUARTA DE CASACION. — PARA QUE AL PROCESADO, EN JUICIO EN QUE INTERVIENE EL JURADO, PUEDAN APLICARSE MEDIDAS DE SEGURIDAD POR PADECER GRAVE ANOMALIA PSIQUICA, ES NECESARIO QUE ESTA CIRCUNSTANCIA HAYA SIDO RECONOCIDA EXPRESAMENTE POR EL TRIBUNAL POPULAR

1.—La Corte ha repetido en numerosos fallos que la causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que interviene el jurado, porque la contraevidencia del veredicto no fue incluída entre los motivos que pueden servir de base a este recurso.

2.—La omisión del juez al no interrogar al jurado sobre los hechos y la responsabilidad es una falla que sólo se corrige mediante la invocación de la causal cuarta, que se refiere a la nulidad sustancial del proceso.

3.—La pregunta sobre anormalidad del procesado no era obligatoria para el juez, puesto que el auto de proceder no consignó como probada esa situación en el acusado, indudablemente porque las pruebas del proceso no sugirieron al juez que existiera.

4.—El jurado es el encargado de definir los hechos y la normalidad o anormalidad del procesado, según los artículos 480 del C. de P. P. y 28 de la Ley 4ª de 1943, para poder aplicar las sanciones correspondientes, que son penas para los normales y medidas de seguridad para los anormales.

Por tanto, si el tribunal popular nada dijo al respecto, a pesar de habérsele propuesto la cuestión por la defensa, no podían los jueces de derecho sino aplicarle penas al procesado, y no simplemente medidas de seguridad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, once de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Manizales condenó a Nabor Correa Hincapié a la pena principal de quince años de presidio, como autor de la muerte causada a Hernando López, el 11 de septiembre de 1947, en el paraje de "La Castalia", del municipio de Manizales.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el defensor del procesado e invoca las causales primera y segunda del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos.

La funda en que el juez del conocimiento no le preguntó al jurado sobre la grave anomalía psíquica que padecía Correa Hincapié en los momentos de realizar el hecho, y tal como lo ordena el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, omisión que hizo que el Tribunal le aplicara penas y no las medidas de seguridad que la ley ordena en casos de anormalidad.

Se considera:

La Corte ha repetido en numerosos fallos que la causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que el jurado interviene, porque la contraevidencia del veredicto no fue incluída entre los motivos que pueden servir de base a este recurso.

Además, y como lo anota el Ministerio Público al contestar la demanda, la omisión del juez al no interrogar al jurado sobre los hechos y la responsabilidad es una falla que sólo se corrige mediante la invocación de la causal cuarta, que se refiere a la nulidad sustancial del proceso, causal que no fue invocada en la demanda.

"No sobra anotar —dice la Procuraduría— que el tema relacionado con la anomalía psíquica del acusado fue materia de amplio debate durante la audiencia pública, y la defensa le pidió expresamente al jurado que reconociera la enfermedad mental de aquél, cosa que rechazaron los jueces de conciencia".

Así sucedió en realidad, como puede comprobarse leyendo el acta de la audiencia pública (folios 84 y siguientes del c. 1°), de suerte que no puede afirmarse que los jueces de conciencia no tuvieran suficiente ilustración sobre el punto.

De otro lado, la pregunta sobre anormalidad no era obligatoria para el juez, puesto que el

auto de proceder no consignó como probada esa situación en el acusado, indudablemente porque las pruebas del proceso no sugirieron al juez que existiera, cuando los dictámenes médico-legales ponen de presente la normalidad de Correa Hincapié (folios 66 y 74 del c. 1º).

La causal invocada, no puede, pues, prosperar.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

"En el presente caso —dice la demanda—obra en el juicio una prueba legal juramentada y científicamente suficiente, de que al tiempo de cometerse el hecho padecía Correa de grave anomalía psíquica. Por lo tanto, al procesado ha debido aplicársele el sistema especial de las sanciones y no el sistema normal, como lo hizo el Tribunal Superior de Manizales".

Se considera:

El recurrente alude, como lo observa el señor Procurador, a la exposición que ante el jurado hizo el padre Manuel López Grajales, en la cual sostuvo que Correa Hincapié es un deficiente mental con características de esquizofrénico.

Pero la respuesta es obvia, pues que el jurado es el encargado de definir los hechos y la normalidad o anormalidad del procesado, según los artículos 480 del código de procedimiento penal y 28 de la ley 4ª de 1943, para poder aplicar las sanciones correspondientes, que son penas para los normales y medidas de seguridad para los anormales.

Por tanto, si el tribunal popular nada dijo al respecto a pesar de habérsele propuesto la cuestión por la defensa, no podían los jueces de derecho sino aplicarle penas al procesado y no simplemente medidas de seguridad.

Luego la sentencia aplicó rectamente la ley penal, de acuerdo con la personalidad del delincuente, con el delito cometido y con el veredicto del jurado.

La causal primera tampoco puede, por lo tanto, prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

IMPEDIMENTOS. — QUE CONSTITUYE LA OPINION QUE ES CAUSAL DE IMPEDIMENTO

El que el Magistrado que se considera impedido haya conceptuado acerca de la facultad que tenía el Juez contra el cual se adelanta el proceso por ese hecho, de imponer una sanción disciplinaria al Fiscal de su Juzgado, no configura causal de impedimento para que ese Magistrado actúe en el mencionado proceso.

Cosa distinta sería si el concepto u opinión del Magistrado se hubiese referido a la posibilidad de que el hecho del Juez al sancionar al Agente del Ministerio Público, configura o no infracción penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre once de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, ha enviado a la Corte el denuncio formulado por el doctor Rafael Díaz Herrera, Fiscal del Juzgado Tercero Superior de aquel lugar, contra el doctor Alfonso García Rangel, Juez Tercero Superior de la misma ciudad, por el delito de abuso de autoridad, a fin de que esta Sala decida si es legal el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Mario García Gómez para conocer del citado denuncio, en cumplimiento del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos:

El doctor Alfonso García Rangel, en su carácter de Juez Tercero Superior de Bucaramanga, por medio de Resolución número 1º de ocho de agosto del presente año, haciendo uso de la atribución conferida por el artículo 103 del Código Judicial, sancionó con una multa de cinco pesos al doctor Rafael Díaz Herrera, Fiscal del mismo Juzgado, por haber éste, en ejercicio del cargo, emitido conceptos que en la opinión del Juez, constituían irrespeto a la autoridad por éste representada y en ejercicio y por razón de las funciones inherentes al cargo de Juez.

El Fiscal sancionado consideró que el Juez García Rangel había cometido un acto injusto y arbitrario al imponerle la multa y lo denunció ante el Tribunal Superior de Bucaramanga como infractor del artículo 171 del Código Penal.

Sometido a reparto el denuncio en cuestión, correspondió su conocimiento al Magistrado doctor Mario García Gómez, quien, en providencia de veinticuatro de agosto del año en curso, se declaró impedido para conocer del negocio contra el Juez Tercero Superior, por concurrir la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, que hace consistir en el siguiente hecho:

'El doctor Alfonso García Rangel —dice el Magistrado García Gómez— se presentó en la casa de quien firma, hace más o menos un mes, para consultarme si podía imponer una multa al señor Fiscal de su Juzgado (3º Superior), en vista de que le había dirigido uno o dos memoriales irrespetuosos y teniendo en cuenta la regla general del C. J. que lo autoriza para sancionar a las partes que le falten al respeto.

"Hube de manifestarle que el Código Judicial contenía una facultad muy clara al respecto, pero que, como esa atribución era anterior al artículo 44 del Acto Legislativo número 1º de 1945 y éste dispone que "los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones de los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo", a mí me parecía que aquella potestad estaba tácitamente modificada por el artículo de la Carta que se acaba de copiar, puesto que es regla general de derecho la consistente en que las sanciones disciplinarias sólo pueden aplicarse a los funcionarios subordinados o de escala inferior, pero en ningún caso a empleados del mismo rango de quien impone la sanción. Y agregué que yo consideraba que, antes de dar un paso como el que proyectaba, me parecía prudente que hiciera una consulta oficial al señor Procurador General de

la Nación o al señor Ministro de Justicia o a ambos".

Se considera:

Si el concepto a que se refiere el señor Magistrado doctor Mario García Gómez se hubiese producido sobre la posibilidad de que la resolución que sancionaba al señor Fiscal del Juzgado doctor Rafael Díaz Herrera, por los conceptos que el Juez consideraba irrespetuosos o lesivos de su dignidad, constituía una infracción penal, no habría duda alguna de que esa opinión así consignada presentaría un impedimento de índole legal para conocer del denuncio en que el presunto hecho delictuoso se trata de investigar.

Pero si se repara en los propios términos en que el doctor García Gómez expresó su criterio ante la consulta que le fuera formulada por el señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga, doctor Alfonso García Rangel, se llega fácilmente al convencimiento de que el contenido de lo allí manifestado no traduce anticipación alguna de concepto sobre si en el caso de que el Juez consultante impusiera la sanción correccional al Fiscal, a pesar de lo aconsejado por el doctor García Gómez, ello mismo implicaría para aquél un hecho sancionado como delito.

Sobre este aspecto ninguna opinión expresó el señor Magistrado García Gómez, y esta sola consideración es bastante para que no lo comprenda la causal que alega en orden a considerarse impedido para actuar como sustanciador en el denuncio a que diera motivo la actuación del señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga, en virtud de la resolución número 1º de 1949 (agosto 8), tenida por el Fiscal doctor Díaz Herrera como arbitraria e injusta y sobre la cual fundamenta el denuncio por el delito de abuso de autoridad, que en repartimiento correspondió al señor Magistrado doctor Mario García Gómez.

Cuando más, puede tenerse lo dicho por el señor Magistrado como una opinión emitida sobre un punto abstracto en relación con las facultades que corresponden a un funcionario para imponer sanciones correccionales a un empleado, sin que ello implique concepto antelado sobre las consecuencias de un hecho, en caso de no atenderse aquel criterio, que fue lo ocurrido en este caso.

Así las cosas, ningún motivo subjetivo ni legal puede tener el funcionario que lo constriña a violentar su propio criterio para intervenir en algo que fue extraño a la consulta y que no tiene con ella vínculo intelectual alguno.

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, declara NO FUNDADO el impedimento a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (USURPACION DE FUNCIONES)

La jurisprudencia de los Tribunales del país ha sostenido que los Jueces de Circuito son competentes para conocer de las apelaciones contra las providencias dictadas por los funcionarios de instrucción en la ETAPA SUMARIAL del proceso, por ser tales Jueces los jefes de investigación en el territorio sujeto a su jurisdicción, al tenor de los artículos 64 y 277 del Código de Procedimiento Penal, y exigir, por lo tanto (por ser jefes de instrucción), cierta preeminencia o mayor jerarquía de ellos con relación a otros funcionarios de menor categoría, que generalmente instruyen, por comisión, los sumarios, hasta su perfeccionamiento, para enviarlos luégo al Juez a quien corresponda conocer del proceso por razón del delito que se investigue; y es en este momento, cuando la etapa sumarial termina y se entra a calificar el mérito del informativo, cuando realmente el Juez CONOCE del proceso, pues antes, durante el sumario, apenas se han estado allegando informaciones y datos de toda clase con el fin de hacer posible ese conocimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre trece de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

En sentencia de diez y ocho de mayo último, que debe la Corte revisar por virtud de consulta, el Tribunal Superior de Quibdó ordenó cesar todo procedimiento contra el señor Agustín Rengifo Porras, acusado de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones de Juez Penal del Circuito de Istmina.

Agotada la tramitación que a la segunda instancia corresponde, se procede al estudio de la providencia consultada.

Resultandos:

1º En denuncio recibido en esta Sala de la Corte y enviado al Tribunal de Quibdó para que se adelantara la investigación correspondiente, el señor Jesús María Escobar imputó al señor Agustín Rengifo Porras el delito de usurpación de funciones públicas, cometido, según aquél, cuando el último de los nombrados, señor Rengifo, desempeñaba el cargo de Juez Penal del Circuito de Istmina, en interinidad, y consistente, también según el denunciante, en que el citado Juez había resuelto un recurso de apelación interpuesto contra un auto proferido por un Alcalde en proceso cuyo conocimiento correspondía a un Juez Superior y no a un Juez de Circuito, como lo era el señor Rengifo Porras; insinuó también el denunciante que la providencia de segundo grado dictada por el denunciado fue una providencia reñida con la ley y la justicia.

2º En el curso de esta investigación se establecieron con toda claridad los antecedentes del denuncio que la originó, antecedentes que se resumen así:

a) El 22 de diciembre del año pasado, el señor Jesús María Escobar denunció ante el Alcalde Municipal de Istmina al señor Víctor García Rojas como presunto responsable de algún delito contra la libertad o el honor sexual cometido en Luz Dolores Escobar, hija natural del denunciante; como hechos constitutivos de tal posible delito señalaba: primero, que el denunciado había tenido relaciones amorosas con su hija, y segundo, que a consecuencia de tales relaciones o, mejor, del grado de intimidad a que llegaron, su hija había resultado encinta;

b) Adelantado el sumario, se recibió declaración a la ofendida, señorita Escobar, quien manifestó que, efectivamente, había tenido accesos carnales con Víctor García y que se hallaba embarazada; García, negó, en principio, tales relaciones, por lo cual hubo de efectuarse un careo entre los dos, diligencia en que la señorita Escobar expuso:

"....las relaciones amorosas las principié con Víctor García Rojas el 24 de diciembre de 1946; él fue a estudiar a Quibdó y nos escribíamos.

Después regresó a pasar unas vacaciones, y nuevamente regresó a Quibdó. En el mes de abril del presente año regresó de Quibdó a esta ciudad y el dos de mayo, en mi casa, en la parte de abajo, fue cuando Víctor García Rojas me perjudicó. El no hizo esfuerzo porque yo quería tener un hijo de Víctor y eso es todo...".

Y más adelante añade:

"....aclaro que yo me entregué a Víctor sin que mediara fuerza por parte de él y sin que hubiera hecho promesa ni por escrito ni verbalmente...";

c) Por medio de su partida de bautismo se comprobó que la señorita Escobar tenía por el tiempo en que ocurrió el acto carnal más de diez y ocho años;

d) El Alcalde instructor dictó contra el señor García Rojas auto de detención, que éste apeló; y

e) El Juez Penal del Circuito de Istmina, al conocer de la apelación, revocó el auto del Alcalde y ordenó la libertad incondicional de García Rojas, por considerar que éste no había cometido ningún delito, motivo por el cual el padre de la ofendida denunció al Juez Rengifo Porras, dando, así, origen a estas sumarias.

3º El Tribunal de Quibdó, previo concepto favorable del Ministerio Público, dictó en favor del señor Agustín Rengifo la sentencia de que trata el artículo 153 del Código de P. P., y

4º El señor Procurador Delegado pide que se confirme tal sentencia.

Considerandos:

Debe la Corte estudiar si el sindicado dictó realmente una providencia ilegal, usurpando jurisdicción, como lo afirma el denunciante, y desconociendo los preceptos del C. Penal en lo relativo a los delitos sexuales, como también lo afirma el señor Escobar en su memorial-denuncia. Separadamente se analizarán las dos cuestiones:

A) **Competencia del Juez de Circuito para conocer de las apelaciones contra providencias dictadas por Jueces y autoridades municipales, en procesos de conocimiento de los Jueces Superiores.**

Sabido es que el artículo 44 (3º) del Código de Procedimiento Penal atribuye expresamente a los Tribunales Superiores el conocimiento de las apelaciones y consultas que se surtan en los procesos de que conozcan los **Jueces Superiores,** los de Circuito y los de Instrucción Criminal, y sabido también es que ninguna norma procedimental atribuye tal competencia a los Jueces de Circuito de una manera expresa; sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales del país, ha sostenido que los Jueces de Circuito son competentes para conocer en segunda instancia de las apelaciones contra las providencias dictaads por los funcionarios de instrucción en la **etapa sumarial** del proceso, por ser tales Jueces los jefes de investigación en el territorio sujeto a su jurisdicción, al tenor de los artículos 64 y 277 del Código de Procedimiento Penal, y exigir, por lo tanto (por ser jefes de instrucción), cierta preeminencia o mayor jerarquía de ellos con relación a otros funcionarios de menor categoría, que generalmente instruyen, por comisión, los sumarios, hasta su perfeccionamiento, para enviarlos luégo al Juez a que corresponda conocer del proceso por razón del delito que se investigue; y es en este momento, cuando la etapa sumarial termina y se entra a calificar el mérito del informativo, cuando realmente el Juez **conoce** del proceso, pues antes, durante el sumario, apenas se han estado allegando informaciones y datos de toda clase con el fin de hacer posible ese conocimiento.

Y si el señor Rengifo Porras estaba revestido de la calidad de Juez Penal de Circuito, como aparece comprobado en el expediente, y tenía competencia para conocer de la apelación interpuesta por el sindicado García Rojas contra el auto de detención dictado por el Alcalde Municipal de Istmina, el delito de usurpación de funciones públicas que se le imputó en estas sumarias no tuvo existencia y la aplicación que el Tribunal hizo en su favor del artículo 153 del C. de P. P. es desde todo punto de vista legal y debe confirmarse.

B) Ahora bien, la providencia dictada por el Juez Rengifo Porras al decidir el recurso de apelación mediante orden de libertad incondicional del sindicado García Rojas, está también ajustada en un todo a la ley, como en seguida se verá.

Víctor García Rojas había sido denunciado por algún delito sexual —sin determinar— cometido en Luz Dolores Escobar, y en virtud de tal denuncio había sido detenido, no obstante las declaraciones de la presunta ofendida en el sentido de que había consentido el acto carnal con García, sin que hubiera mediado fuerza, violencia o engaño, cuando ella era mayor de diez y ocho años —lo que se comprobó con su partida

de bautismo—, e impulsada sólo por el deseo de "tener un hijo de Víctor", deseo que, según parece, se cumplió.

Analizando el caso a través de los delitos sexuales enunciados en nuestro Código Penal, veremos que García Rojas no había cometido ninguno de ellos y que, por tanto, el Juez Rengifo Porras no podía hacer cosa distinta de ordenar su libertad incondicional.

No se cometió violencia carnal puesto que no hubo violencia física ni moral, ni la Escobar fue puesta por García Rojas en estado de inconsciencia, ni era menor de catorce años; aquélla consintió las relaciones con García y ejecutó con él repetidamente el acto carnal, sin revelar tal hecho hasta que se sintió embarazada.

Tampoco el estupro porque el acto se consumó sin que para tal efecto hubieran mediado maniobras engañosas ni supercherías de ningún género ni promesa formal de matrimonio, y no hay noticia de que la Escobar padeciera de alineación mental o que estuviera en estado de inconsciencia en los momentos en que los accesos tuvieron lugar.

De abuso deshonesto tampoco puede hablarse en el caso presente, toda vez que ningún acto erótico-sexual distinto del acceso carnal efectuó García Rojas con Luz Escobar.

Y tampoco en este delito se configuró la corrupción de menores, porque cuando el sindicado García Rojas verificó el acto sexual con la Escobar, ésta tenía más de diez y ocho años.

Y, finalmente, sobra hacer referencia al proxenitismo, que resulta totalmente ajeno a los hechos en cuestión.

Es necesario concluir, pues, que ningún delito contra la libertad o el honor sexuales podía imputarse a García Rojas, que sus relaciones con la Escobar fueron ajenas a la ley penal y que, por tanto, la providencia del Juez Rengifo no fue arbitraria o injusta, sino legal y procedente y, por lo mismo, no se puede culpar a éste de ningún abuso de autoridad.

Basta lo expuesto para que la Corte confirme la sentencia consultada, como lo solicita el señor Agente del Ministerio Público.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIRSE CUANDO SE TRATA DE RECUSACION DE UN MAGISTRADO

1.—La invitación al funcionario para que manifieste el impedimento que las partes creen que tiene para conocer de un proceso, no está consagrado en la ley.

2—Como el Código de Procedimiento Penal no contempla sino el caso de la recusación de un Juez, a pesar de que el artículo 76 comienza hablando de la recusación de "un Juez o Magistrado", para este último caso, es decir, para el de la recusación de un Magistrado, es forzoso acudir al precepto general que faculta acudir al procedimiento civil en cuanto haya vacíos en las tramitaciones del procedimiento penal (artículo 7º del C. de P. P.), y, siguiendo aquel estatuto civil, se ve que la recusación debe proponerse ante el siguiente magistrado en orden alfabético; en términos moderados y correctos y que el incidente deben resolverlo los dos magistrados restantes de la misma Sala, esto es, los dos que sigan al recusado en el orden alfabético de apellidos (artículos 440, 441 y 442 del C. J.).

Presentado el escrito de recusación y si la causal está fundada en motivo legal, se pide informe al recusado y en lo demás se procede como se dispone en el artículo 77 del código de procedimiento penal, en que ya se prevé la manera de actuar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, quince de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El doctor Francisco Campo C., contra quien se adelanta un proceso por responsabilidad, en el Tribunal Superior de Buga, en escrito de 13 de septiembre último, le pidió al Magistrado sustanciador, doctor Primitivo Vergara Crespo, que se dignara "declararse impedido para seguir conociendo de dicha investigación", por considerar que "ya no tiene la imparcialidad suficiente para seguir actuando", según expone en el citado escrito.

El magistrado, en providencia de 14 de septiembre, estimó que se trataba de una recusación, pero que no consideraba fundados los motivos invocados, por lo cual ordenó enviar el proceso a la Corte, para que aquí se resolviera la cuestión propuesta.

En escrito de 17 de septiembre dice el doctor Campo C. que su anterior memorial no contenía una recusación, sino una invitación a que se declarara impedido; pero ahora sí lo recusaba, por enemistad grave, que funda en varias razones (folio 290).

El magistrado, en auto de 24 de septiembre, no repone el de 14 del mismo mes y ordena sacar copia de lo conducente para que se averigüe la responsabilidad penal en que ha podido incurrir el memorialista, por estar abogando en causa propia, y por ello ha venido el proceso a esta Sala de la Corte.

Se considera:

El peticionario ha confundido la manifestación del impedimento con la recusación que pueden proponer las partes: la primera es una facultad y deber del funcionario que estima que se halla impedido; la segunda es un derecho de las partes cuando el funcionario no manifiesta tener el impedimento que éstas consideran que existe.

La invitación al funcionario para que manifieste el impedimento que las partes crean que tiene para conocer de un proceso, no está consagrada en la ley. "Si el juez o magistrado en quien concurra alguna de las causales de recusación no se declarare impedido, cualquiera de las partes podrá recusarlo en cualquier estado del proceso, hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia", dice el artículo 76 del código de procedimiento penal.

De suerte que la actuación en este particular fue viciada desde que se propuso, porque se intentó indebidamente: si el juez o magistrado cree tener un impedimento para conocer de un negocio, así debe manifestarlo; pero si en tal forma no procede, las partes pueden recusarlo si creen que existe una causa para ello.

Pero lo actuado en la recusación también se tramitó en forma viciada, debido talvez a los con-

fusos términos de los artículos 76 y 77 del código de procedimiento penal.

Ellos dicen que la recusación se propone "ante **el juez** que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde"; que "si **el juez** recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, pasará el expediente a quien corresponda y se seguirá el procedimiento del artículo 74"; y que "si no los aceptare, enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado".

Como se ve, el código no contempla sino la recusación de un juez, a pesar de que el artículo 76 comienza hablando de la recusación de un "juez o magistrado", pero en realidad no habla de la recusación de los magistrados. Y entonces, es forzoso acudir al precepto general que faculta acudir al procedimiento civil en cuanto haya vacíos en las tramitaciones del procedimiento penal (artículo 7º del C. de P. P.).

Siguendo aquel estatuto civil, que sí trata con claridad el punto, se ve que la recusación debe proponerse ante el siguiente magistrado en orden alfabético de apellidos; en términos moderados y correctos y que el incidente deben resolverlo los dos magistrados restantes de la misma Sala, esto es, los dos que sigan al recusado en el orden alfabético de apellidos (artículos 440, 441 y 442 del C. J.).

Presentado el escrito de recusación y si la causal está fundada en motivo legal, se pide informe al recusado y en lo demás se procede como se dispone en el artículo 77 del código de procedimiento penal, en que ya se prevé la manera de actuar.

Como en este proceso la providencia del 14 de septiembre último puede considerarse como el informe del funcionario recusado, puesto que en él expone claramente las razones que lo deciden a no considerarse impedido para actuar, debe volver el proceso al magistrado siguiente en turno, en orden alfabético de apellidos de la misma Sala, para que él y el siguiente resuelvan y, si estiman que no está probada la causal invocada de enemistad, lo remitan —entonces sí— a esta Sala de la Corte.

Por lo pronto, la Corte carece de jurisdicción para conocer, porque no se llenaron en el Tribunal los trámites que la ley señala para el incidente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, se inhibe para conocer del incidente de recusación de que se viene hablando y ordena devolverlo al Tribunal de origen para que se proceda en la forma expuesta en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

SOLICITUD DE LIBERTAD DE UN EXTRANJERO CUYA EXTRADICION FUE SOLICITADA POR OTRO GOBIERNO

1.—Del contexto del artículo 16 del Decreto-Ley 2200 de 1938 y del artículo XIV del Acuerdo Bolivariano, se deduce claramente que es el día en que, por haberse ya concedido la extradición, el Estado requerido puso al extraditado a disposición del requirente, el día en que debe partirse para contar los noventa días fijados en el artículo XIV (según el cual "si el Estado requirente no hubiere dispuesto de la persona reclamada en el lapso de tres meses, contados desde el día en que hubiera sido puesta a su disposición, será puesto en libertad el preso, quien no podrá ser detenido nuevamente por el mismo motivo"), y no el de la detención, ya que el Estado requerido no podría, conforme a la ley, entregar un ciudadano a otro Estado sino en virtud del procedimiento de extradición y como consecuencia de él.

2.—La Corte no es competente para conceder la libertad de que trata el artículo XIV del Acuerdo Bolivariano, ya que su función —de acuerdo con los artículos 9 del C. P., 710 del C. de P. P. y 6 del Decreto 2200 de 1938— se limita a dar su concepto sobre los puntos precisados en los artículos I, II, III, IV, V, VIII y XVI del Acuerdo Bolivariano.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Adalberto Gardos, detenido a órdenes de la Prefectura Nacional de Seguridad a petición de las autoridades de Venezuela y cuya extradición pedida por la Embajada de ese país se halla en curso, ha solicitado se le liberte inmediata e incondicionalmente, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

a) Que se halla detenido desde el 25 de enero del presente año;

b) Que conforme al artículo 14 del Acuerdo Bolivariano de 1911 sobre extradición, si el Estado requirente no dispone de la persona reclamada en el lapso de tres meses desde el día en que se hubiere puesto a disposición de ese Estado, deberá ser libertado;

c) Que el Estado requirente no ha tomado disposición alguna sobre la persona reclamada en el lapso, no ya de noventa días, sino de más de ciento cincuenta;

d) Que la frase "desde el día en que hubiere sido puesto a su disposición", debe entenderse "desde la fecha en que el preso hubiere sido detenido";

e) Que los Estados requirente y requerido tienen un plazo indeclinable de noventa días para cumplir todos los requisitos necesarios, el uno para conceder la extradición y el otro para hacerse cargo del presunto reo, y

f) Que cualquiera otra interpretación violaría no sólo el Acuerdo Bolivariano sino el **Habeas Corpus**, por principio respetado internacionalmente como base de los derechos individuales.

No obstante que a la Corte sólo compete —de conformidad con los artículos 9 del Código Penal, 710 del de Procedimiento Penal y 6º del Decreto 2200 de 1938— conceptuar sobre la legalidad de la extradición, es oportuno hacer algunas consideraciones sobre el particular.

Los incidentes sobre libertad de los detenidos cuya extradición ha de solicitarse o se haya solicitado, se rigen por las siguientes normas:

a) El artículo 9º del Código Penal, según el cual la extradición se concede u ofrece de acuerdo con los Tratados Públicos (el Acuerdo Bolivariano en este caso), y a falta de éstos, con las normas especiales del procedimiento penal del Estado requerido;

b) El artículo VIII del Acuerdo Bolivariano según el cual "la extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente Tratado, se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda";

c) El artículo IX del mismo Acuerdo, según el cual "cesará la detención, si dentro del término de la distancia no se hace en forma la solicitud de extradición conforme al artículo VIII";

d) Las notas cruzadas entre el Ministro de Colombia en Caracas, y el Ministro de Exteriores de Venezuela ,de fechas 6 y 21 de septiembre de 1928, mediante las cuales se estipuló, como interpretación del artículo IX del mencionado Acuerdo, "que la extradición debe solicitarse en el término de noventa días, dejando a salvo el caso fortuito o fuerza mayor"; y

e) El artículo XIV del Acuerdo (que sustituye el artículo 16 del Decreto-Ley 2200 de 1938), según el cual "si el Estado requirente no hubiere dispuesto de la persona reclamada en el lapso de tres meses, contados desde el día en que hubiere sido puesta a su disposición, será puesto en libertad el preso, quien no podrá ser detenido nuevamente por el mismo motivo".

Del contexto del artículo 16 del Decreto-Ley 2200 y del artículo XIV del Acuerdo, se deduce claramente que es el día en que, por haberse ya concedido la extradición, el Estado requerido puso al extraditado a disposición del requirente, el día de que debe partirse para contar los noventa fijados en el artículo XIV y no el de la detención, ya que el Estado requerido no podría, conforme a la ley, entregar un ciudadano a otro Estado sino en virtud del procedimiento de extradición y como consecuencia de él.

Si el Gobierno de Venezuela, pues, solicitó la extradición de Gardos dentro de los noventa días siguientes a la detención, y la solicitud se está aún tramitando, es decir, si aquélla aún no se ha concedido, quiere ello decir que el Gobierno de Colombia no ha puesto aún al extraditado Gardos a disposición del de Venezuela y que, por lo tanto, la condición para solicitar la libertad no se ha cumplido; y aunque se hubiera cumplido, la Corte —como se dijo— no es la entidad competente para concederla, ya que su función —de acuerdo con los artículos 9º del Código Penal, 710 del de Procedimiento Penal y 6º del Decreto 2200 de 1938— se limita a dar su concepto sobre los puntos precisados en los artículos I, II, III, IV, V, VIII y XVI del Acuerdo Bolivariano.

Se advierte, además, que por el hecho de ser dos —Adalberto Gardos y Nicolás Rado— los extraditandos e ignorarse el domicilio del último, hubo de cumplirse lo ordenado por los artículos 312 (1º) y 317 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha aplazado el concepto.

En consecuencia de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se abstiene —por carencia de jurisdicción— de resolver la petición de libertad del extraditando Adalberto Gardos.

Notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Jesús Alfonso Roa, Srio.

CONCEPTO SOBRE UNA SOLICITUD DE EXTRADICION

De conformidad con el Acuerdo celebrado entre Colombia y Venezuela, sobre extradición y aprobado por la Ley 26 de 1913, las condiciones que para la extradición acordaron los dos países son unas sustanciales, y otras formales o de procedimiento.

Las primeras son:

a) Que el delito imputado a la persona o personas cuya extradición se solicita, esté incluído en la enunciación del artículo III y previsto como delito en la Ley del Estado requerido (VIII);

b) Que, según las leyes de uno u otro Estado, el máximum de pena aplicable por el delito, exceda de seis meses (V);

c) Que, según la Ley del Estado requerido, no hubiere aún prescrito la acción penal o que el delito no se considere como político (IV y V);

d) Que se haya dictado auto de detención o de proceder contra el extraditando (I);

e) Que las pruebas de la infracción sean tales, que fundaran la detención o el enjuiciamiento en el Estado requerido, si aquélla se hubiese cometido en éste.

Las condiciones de forma se refieren a los documentos que han de constituir la base probatoria del concepto, y adjuntarse a la solicitud de extradición, originales o en copia. Son ellos:

a) Auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que lo hubieren fundado y de la fecha de su perpetración;

b) Declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere decretado la detención, y, finalmente,

c) Texto de la ley penal aplicable al delito imputado al extraditando, y las señas, si fuere posible, de la persona reclamada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

El Ministerio de Justicia ha enviado a esta Sala de la Corte la solicitud de extradición que de los ciudadanos húngaros. Adalberto Gardoz y Nicolás Rado hizo la Embajada de Venezuela, a fin de que —con base en los artículos 9 del Código Penal, 710 del de Procedimiento Penal y 6º del Decreto 2200 de 1938— se conceptúe sobre si es o no procedente y legal la mencionada extradición.

Como entre el Estado requirente y el requerido rige aún el Acuerdo sobre extradición de 18 de julio de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913, la Corte emite su concepto de conformidad con aquél, en atención al artículo 9º del estatuto penal, según el cual —en materia de procedimiento— sólo a falta de Tratados Públicos debe adoptarse el del Código con la excepción del artículo VIII (inciso 3º) del mismo Acuerdo.

A) Condiciones para la extradición

De las condiciones que para conceder la extradición acordaron los dos países, unas son sustanciales y otras son formales o de procedimiento, y cuya enunciación se hace en seguida.

Las primeras aquí aplicables son las siguientes:

a) Que el delito imputado a la persona o personas cuya extradición se solicita, esté incluído en la enunciación del artículo II y previsto como delito en la Ley del Estado requerido (VIII);

b) Que, según las leyes de uno u otro Estado, el máximum de pena aplicable por el delito, exceda de seis meses (V);

c) Que, según la Ley del Estado requerido, no hubiere aún prescrito la acción penal o que el delito no se considere como político (IV y V);

d) Que se haya dictado auto de detención o de proceder contra el extraditando (I);

e) Que las pruebas de la infracción sean tales, que fundaran la detención o el enjuiciamiento en el Estado requerido, si aquélla se hubiese cometido en éste.

Las condiciones de forma se refieren a los documentos que han de constituír la base probatoria del concepto, y adjuntarse a la solicitud de extradición, originales o en copia; son ellos:

a) Auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que lo hubieren fundado y de la fecha de su perpetración;

b) Declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere decretado la detención, y, finalmente,

c) Texto de la ley penal aplicable al delito imputado al extraditando, y las señas, si fuere posible, de la persona reclamada.

B) Procedimiento

El procedimiento para la extradición, ante la Corte, es —según el artículo VIII del Acuerdo— el que se señale en la ley de extradición del Estado al cual se haga la demanda, y que puede ser, uno de los dos siguientes, según que el extraditando se halle detenido o se conozca su domicilio, o sin estarlo se ignore éste;

a) El procedimiento de una articulación determinado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, según lo ordena el Decreto 2200 (parágrafo del artículo 15) de 1938, en el primer caso, y

b) El del emplazamiento, en el segundo, que se tramita en la forma expresada en el artículo 395 del mencionado Código, ya que el auto que ordena la articulación debe ser notificado personalmente en virtud del ordinal 1º, artículo 312 del mismo Código.

C) Elementos de prueba

Con la solicitud de extradición se enviaron a la Corte los siguientes documentos, en copia, en los cuales fundó la Corte Federal y de Casación su concepto favorable a aquélla:

a) Denuncias de Jaime Bograd, Bruno Sborowitz y Aarón Milgran contra Adalberto Gardoz, ante la Jefatura de Seguridad Nacional, porque habiéndole dado a crédito mercancías, los dos primeros por cinco mil bolívares aproximadamente cada uno y el último por dos mil, no fueron cancelados sus valores el día del vencimiento del plazo;

b) La denuncia de Isaac Mamam contra la firma Adalberto Gardoz y Nicolás Rado, por el no pago de ocho mil bolívares el día que debían hacerlo, y la de Isaac Bendayan, Levy contra Rado sin referencia a cantidad alguna;

c) Denuncia de Ida Krauz de Kek contra Gardoz, por robo de joyas y dinero, sin conexión con la solicitud de extradición;

d) El testimonio de Julio Frank, chauffeur de la camioneta de Gardoz, según el cual éste vendió mercancía en Maracaibo y regresó a Caracas a llevar más y, además, cuando llegado a la ciudad, y fue a la casa de la esposa de Gardoz a cobrar el sueldo, no la encontró y le informaron que se había marchado sin decir hacia qué sitio;

e) Los testimonios de Enrique Asnar Mira y Alberto Mamam, empleados de los Almacenes Oxford y Hnos. Mamam, quienes recomendados para cobrar a Gardoz y a Rado, las cuentas que debían, no los hallaron en la casa o local donde vivían y tenían sus negocios los deudores, y Asnar fue informado de que habían salido para Colombia, y Mamam encontró cerrado el local;

f) El auto del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal, del Distrito Federal de Caracas, que textualmente dice: "Vistas las anteriores actuaciones que constituyen esta averiguación sumaria; examinadas detenidamente, se observa que se ha cometido el delito de estafa castigado por el artículo 461 del Código Penal, el cual amerita pena corporal sin estar evidentemente prescrito, que aparecen fundados indicios de culpabilidad en contra de los ciudadanos Adalberto Gardoz y Nicolás Rado, ciudadanos de nacionalidad húngara, comerciantes, casados y mayores de edad y de este domicilio. En consecuencia, llenos como están los extremos exigidos por el artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal, este Tribunal administrando justicia en nombre de los Estados Unidos de Venezuela y por autoridad de la ley, **decreta la detención de los indiciados,** Adalberto Gardoz y Nicolás Rado";

g) El auto del msimo Juez, por el cual —en atención a que no se podía tomar declaración informativa a los procesados a causa de su residencia en Colombia— ordenó pasar a la Corte Federal y de Casación las diligencias a fin de conceptuar la extradición de Rado y Gardoz, y

h) El concepto de aquella alta Corporación sobre la legalidad de la extradición.

D) Estudio de la solicitud

Los hechos imputados a Rado y Gardoz, en el actual estado del proceso, constituyen las infracciones previstas en los artículos 464 del Código Penal de Venezuela y 408 del de Colombia e incorporadas en la enumeración del Acuerdo de 1911, tanto en uno como en otro el máximum de

pena excede de seis meses, la acción penal no ha prescrito de conformidad con los artículos 108 del primero y 105 del segundo, y, además, no se trata de un delito de carácter político.

Las normas que rigen, actualmente, son las siguientes:

"El que con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciendo a alguno en error —prescribe el artículo 464 del Estatuto venezolano— procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio de otro, será castigado con prisión de cinco a veinte meses".

"Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa —dice el artículo 108 del mismo estatuto— la acción penal prescribe así: 5º por tres años si el delito mereciere pena de tres años o menos".

"El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños —dice el artículo 408 del estatuto colombiano— obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos".

"La acción penal prescribirá —dice el artículo 105 del mismo— en cinco años para los demás delitos" (los que tengan una pena privativa de la libertad menor de cinco años).

Queda por examinar la condición restante, es decir, si las pruebas en las cuales fundó el Juez Primero de Primera Instancia en lo Penal del Distrito Federal de Caracas, son las que el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de aquí requiere para decretar la detención en caso análogo. Esto implica un examen comparativo de las normas vigentes en los dos países.

"Siempre que resulte comprobado —dice el artículo 182 del estatuto venezolano— que se ha cometido un hecho que merezca pena corporal, sin estar evidentemente prescrito, y haya fundados indicios de la culpabilidad de alguna persona, el funcionario de instrucción decretará la detención del indiciado y librará la orden correspondiente para llevarla a cabo".

"Cuando la infracción porque se procede tuviere señalada pena de presidio o de prisión —prescribe el artículo 379 del estatuto colombiano— el procesado será detenido, si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en la infracción".

Entre los documentos probatorios dignos de examen, sólo tendrían valor —si el caso hubiere de decidirse de conformidad con el estatuto colombiano — los testimonios de Julio Frank (chauffeur de Gardoz), Enrique Asnar Mira (empleado de los almacanes "Oxford") y Alberto Mamam (empleado de "Hermanos Mamam"), acreedores de Gardoz.

Frank presenció la compra de mercancías a Bruno Sporowitz, acompañó a Gardoz a Maracaibo, donde vendieron lo que llevaban, regresó en bus a Caracas a percibir de la esposa de Gardoz el sueldo de dos meses que le debía y que aquélla —según le dijo Gardoz— debía pagarle; Frank después de su búsqueda en varias partes, fue informado por la dueña de la casa donde antes vivía, que se había ido de allí sin que hubiera dicho para dónde; Frank, al ser preguntado sobre la residencia de Gardoz por el funcionario instructor, sugirió que podía estar en Colombia con Rado, con quien tenía una sociedad en la cual había invertido veinticinco mil bolívares.

Asnar Mira afirmó que los "'Almacenes Oxford" vendieron a Gardoz una factura por dos mil bolívares; fue cuatro veces a cobrársela, prometió pagarla en dos contados, y cuatro días después de vencido el primero sin que lo cumpliera, se tuvo noticia de que Gardoz había salido del país con una importante cantidad de dinero y sido detenido en Colombia a petición de las autoridades venezolanas.

Mamam se refiere a la negativa del Banco Holandés de pagar un giro contra Gardoz vencido a fines de diciembre, y como enviara un empleado a casa de Gardoz a inquirir sobre el motivo, la esposa le informó se hallaba en el interior del país y que regresaría en los días siguientes; posteriormente —añadió Mamam— fue en persona al establecimiento de Gardoz, lo encontró cerrado y un carpintero vecino le informó que Gardoz y Rado se habían ido sin dar dirección alguna y que mucha gente iba a buscarlos y cobrarles cuentas.

Estos testimonios, que ofrecen serios motivos de credibilidad de su contenido, habrían podido fundar la detención si el delito se hubiera cometido en Colombia, con mayor razón si se consideran algunos hechos en sí constitutivos de serios indicios, tales como el cierre intempestivo del establecimiento donde Gardoz y Rado tenían sus negocios, el cambio de residencia —tampoco

explicado— de la familia del primero y luégo el viaje secreto a Colombia, donde Gardoz fue detenido.

E) Concepto de la Corte

El anterior estudio lleva a la conclusión de que se han cumplido todos los requisitos que exige el Acuerdo de 1931 para que la extradición de Rado y Gardoz pueda concederse.

La Corte deja constancia de que Gardoz, ni por sí ni por medio de su representante, ejercitó los derechos que le confiere el Decreto 2200 de 1938 (artículo 15); no hizo valer prueba alguna conducente a su defensa, es decir, no probó que no fuera la persona reclamada, ni que los documentos presentados tuvieran defectos de forma, ni que fuera ilegal la extradición, y su actuación se limitó a pedir la libertad —cuestión resuelta en auto del 22 de julio— y un certificado sobre si con la solicitud de extradición fue enviada copia del texto de la ley venezolana penal aplicable al delito, requisito éste —que si el Acuerdo lo enumera— no es de los esenciales a que se refiere el artículo 4° del tantas veces citado Decreto 2200 de 1938.

En cuanto a Rado, como no se conociera su residencia, y por lo tanto, no se le pudiera notificar personalmente el auto de 30 de abril, como lo ordena el artículo 312 (ordinal 1º) del Código de Procedimiento Penal, fue emplazado públicamente de acuerdo con el artículo 317 del mismo Código, cuya tramitación ha demorado este concepto, y como no apareciera o se hiciera representar, se le designó **curador ad litem.**

En consecuencia del estudio anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conceptúa favorablemente a la extradición de los ciudadanos húngaros Adalberto Gardoz y Nicolás Rado, procesados por estafa por el Juez Primero de Primera Instancia del Distrito Federal de Caracas.

Cópiese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

DELITO DE FALSEDAD — CAUSAL TERCERA DE CASACION

1.—Varias y opuestas son las teorías que, fundadas en los postulados de las escuelas penales, se han expuesto en relación con la objetividad jurídica de la falsedad, es decir, con su objeto esencial específico (según la fórmula de Rocco) o con el bien o interés jurídico que lesiona y que ha determinado su inclusión en diversas agrupaciones o clasificaciones penales; así, si algunos expositores consideran la propiedad como objetividad jurídica de la falsedad, y ésta, por lo tanto, como hurto calificado o estafa calificada, otros la tienen como ataque a la seguridad social o a la integridad (autenticidad y veracidad) de la prueba, otros la incorporan entre los delitos de fraude al Estado, a los ciudadanos y a la prueba, y otros —especialmente la mayoría de los que siguen las direcciones clásicas y técnica jurídica (dogmática)— la incluyen en el cuadro genérico de las infracciones contra la fe pública.

El estatuto penal vigente, apartándose de las nociones anticlásicas de que la fe pública sólo es factor agravante de la falsedad, de que ésta es delito sólo imputable a los funcionarios que tienen la guarda de esta fe (abuso de la fe pública), y de que el móvil de la falsedad es ordinariamente el enriquecimiento fraudulento, no sólo acogió la tesis de Pessina (ampliada por Carrara), según la cual la falsedad en documento público es delito contra la fe pública independientemente del daño patrimonial o moral que mediante el uso del documento falso se acarree, sino que —extendiendo la tesis— clasificó la falsedad en documento privado entre los delitos contra la fe pública, la que, según Carrara, ataca la propiedad directamente.

Partiendo de la noción de documentos públicos o auténticos del Derecho Privado, reproducida en la ley procesal penal (artículo 251), según la cual son los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, privados —por exclusión— los suscritos por particulares sin intervención oficial, el estatuto penal prevée las siguientes hipótesis en materia de falsedad:

A) En cuanto a falsedad en documentos públicos en orden a la imputabilidad:

a) La de los funcionarios o empleados públicos que, abusando de sus funciones, hayan ejecutado alguno o algunos de los actos erigidos en tal delito; es decir, la de los que han intervenido —por ley— en la expedición del documento, aunque de tal o tales actos no se haya derivado daño alguno patrimonial o personal (artículo 231);

b) La de los demás funcionarios o empleados públicos, es decir, la falsedad cometida por los que, ejerciendo funciones públicas distintas, no intervinieron en la expedición del documento, y su acto por lo tanto, no puede constituir abuso de funciones, aunque la falsedad no haya causado daño alguno (artículo 233);

c) La de los funcionarios o empleados públicos encargados de los servicios telegráficos o telefónicos, que supusieren o falsificaren despachos y comunicaciones (artículo 239), así como la de los que, en el ejercicio de sus funciones, contrahicieren o alteraren pases, licéncias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad o cualquier otro documento análogo que deba ser expedido por autoridades nacionales o extranjeras (artículo 246), y

d) La de los particulares que sólo ejecutaren alguno o algunos de los actos previstos en la ley penal (231) como falsedad y que no reportan agravio alguno moral o real a las personas (artículo 233), y también la de los particulares que contrahacen o alteran pases, licencias, cédulas, etc., sólo expedidas por las autoridades (art. 244).

B) En cuanto al uso de documentos públicos falsos, la ley considera estas hipótesis de delitos independientes de la falsedad en sí:

a) La del que use de ellos a sabiendas de que son falsos y con el propósito de obte-

ner para sí un aprovechamiento, o para otros un perjuicio (artículo 234);

b) La del que haga uso, con idénticos propósitos, de un despacho telegráfico o telefónico falsos (artículo 239), y

c) La del que, a sabiendas de su falsedad, usare de pases, licencias, cédulas, pasaportes u otros documentos análogos que deban expedir las autoridades (artículo 244).

En cuanto a la falsedad en documentos privados y a su uso, las hipótesis son las siguientes:

a) La del que comete falsedad en tales documentos y— contrariamente a la falsedad en documentos públicos— con perjuicio de tercero o con el propósito de causarlo (artículo 240);

b) La del que los usa, a sabiendas de su falsedad, sea con el propósito de obtener una ganancia ilícita, sea con el de causar un perjuicio a terceros (artículo 241), y

c) La del que, siendo uno mismo, los falsifica y los usa (artículo 242).

Del examen comparativo de las hipótesis enunciadas, se derivan estas conclusiones: primera, que la falsedad en documento público es delito PER SE, que sólo afecta la fe pública en su noción clásica; que tal delito se consuma en el acto mismo en que se altera material o intencionalmente el documento, sin consideración alguna a perjuicio ajeno a propósito de lucro; y que su uso es también delito independiente de la falsedad, ya lo cometa, entonces sí con aquellas circunstancias (perjuicio y propósito) el mismo falsario, creando así —para la sanción— los elementos de un concurso material de infracciones, ya persona distinta al falsario; y segunda, que la falsedad en documento privado, opuestamente a la del público, requiere el perjuicio ajeno y el propósito de lucro y también el uso, con la distinción de que éste apenas configura una circunstancia agravante si una misma persona falsifica y usa, y un delito independiente si quien usa del documento falso, a sabiendas de que lo es, es persona distinta a la que realizó la falsedad.

2.—Al Jurado se le propusieron la falsedad y el uso del documento falsificado, pero "todo lo cual" dice el cuestionario, "realizado en forma continuada", extendiendo así la fórmula del auto de proceder ("falsedad en documentos públicos, hecho que tuvo su realización en forma continuada"); el Jurado reconoció la imputación al procesado de los dos delitos (falsedad y uso) pero en la forma continuada propuesta y con la explicación de la inexistencia de daño o perjuicio a terceros; de modo que el Jurado, al aceptar que la falsedad y el uso del documento son un todo que se realizó en forma continuada, asimiló el uso a falsedad y consideró — equivocadamente, en verdad — los dos hechos como infracción repetida de la falsedad, y en estas condiciones, el Tribunal sólo podía, o sancionar el delito continuado de falsedad, o, siguiendo su tesis, que es la jurídica, de que el procesado cometió dos delitos en concurso material, anular el proceso si hubo error en la denominación jurídica del delito, o declarar el veredicto contrario a la evidencia del proceso, por cuanto —tratándose de documentos públicos — la falsedad y el uso son delitos autónomos (aquí sancionables mediante el sistema de la acumulación jurídica) y en este caso la continuidad sólo podría predicarse del uso, no de la falsedad.

El Tribunal, por lo tanto, al sancionar dos delitos en concurso real, dictó su sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, que, como el auto de proceder, sólo reconoció un delito continuado de falsedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y nueve .

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de oficio del reo ausente Jorge Poveda Segura recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del veintidós de julio del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 33, 233 y 234 del estatuto penal— le impuso la pena de tres años de presidio, por los delitos de falsedad en documentos públicos y uso de éstos con ánimo de lucro, cometidos continuadamente en la ciudad de Bogotá desde el diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y nueve hasta el diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

Formuló la demanda el abogado doctor Pedro Nel Rueda Uribe, designado por la Corte defen-

sor de Poveda a causa del impedimento legal del doctor Carlos Reyes Posada, e invocó las causales primera y tercera de casación, cuyos fundamentos acogió el Procurador Delegado para pedir —de acuerdo con la demanda— la invalidación de la sentencia.

Y como no se celebró la audiencia pública por inasistencia de las partes, la Corte estudia y decide en seguida el recurso, no sin antes resumir las modalidades de la infracción, los actos procesales de importancia en el recurso, así como las tesis del Tribunal, del recurrente y del Procurador.

A) El proceso penal

El señor Jorge Poveda Segura ingresó a la Facultad Nacional de Derecho en el año de 1935, sin que —de acuerdo con el certificado del Decano— se hubiera presentado a exámenes, menos en una de las materias (Economía Política), en que no fue aprobado; no continuó allí sus estudios de Derecho, excepto los que según otro certificado no tachado de falsedad (177), hizo en la misma Facultad, el Curso de Licenciatura Administrativa (1er. año).

Provisto de un certificado que en 1939 el Presidente y Secretario del Tribunal de Bogotá le expidieron, según el cual, por Acuerdo Nº 7 de 14 de febrero de 1939, se le recibió como Abogado de la Universidad Nacional, con título obtenido el 28 de noviembre del año anterior, Poveda se inscribió con tal carácter en varias oficinas judiciales y administrativas de Bogotá, en las cuales ejerció la profesión con pulcritud y actividad, según sus poderdantes y los Jueces ante quienes litigó ampliamente confirmaron.

En abril de 1945, a solicitud del Juez 5º del Circuito Civil de Bogotá en cuyo Despacho solicitó Poveda su inscripción como abogado, el Presidente del Tribunal certificó lo siguiente: que a Poveda no se le había concedido licencia para ejercer la profesión de abogado, que el Acuerdo número 7 se expidió el 6 de marzo y no el 14 de febrero de 1939, y que en él no figuró el mencionado Poveda.

El Juez 2º del Circuito Penal inició la investigación con base en los certificados del Tribunal que anteriormente fueron referidos, y la cual correspondió calificar y decidir en primer grado al Juez 4º Superior de Bogotá. En este proceso se dictaron las siguientes providencias:

a) Auto del diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, por el cual se llamó a Poveda a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, "por el delito de falsedad en documentos públicos, hecho que tuvo su realización en forma continuada desde el 16 de febrero de 1939 de que da cuenta el certificado apócrifo, hasta el 16 de abril de 1945 en que se inició la investigación";

b) Auto del 24 de julio del mismo año, por medio del cual —en virtud de la evasión de la Cárcel Modelo donde estaba detenido— se declaró a Poveda reo ausente y se le nombró defensor de oficio al doctor Carlos Reyes Posada;

c) Cuestión propuesta al Jurado, de "si Jorge Poveda Segura es responsable de haber contrahecho un documento público en el que se hizo constar que dicho acusado fue aceptado por autoridad competente en calidad de abogado capaz de ejercer legalmente la profesión, hecho no verdadero, y de haber hecho uso de este documento a sabiendas de su falsedad y con el propósito de lucrarse, todo lo cual tuvo su realización en forma continuada desde el 16 de febrero de 1939 de que da cuenta el documento apócrifo, hasta el 16 de abril de 1945 en que se inició la investigación";

d) El veredicto del jurado, que afirmó la responsabilidad, "pero sin haber ocasionado daño o perjuicio a terceros";

e) La sentencia de primer grado, del tres de julio de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual —con aplicación del artículo 233 del Código Penal, en relación con el artículo 231 del mismo— se impuso a Poveda la pena de dos años de presidio, y

f) Sentencia de segundo grado, del veintidós de julio del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 33, 233 y 234 del mencionado Código —se aumentó a tres la pena de presidio que le impuso el Juez Superior.

B) La demanda

Dos cargos hace el demandante a la sentencia: el uno principal, con base en la causal tercera, y el otro consecuencial, con base en la primera. De ellos se hace en seguida una síntesis, con la reserva de ampliarlos al hacer el examen del recurso.

El desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder y el veredicto del Jurado —tesis que presenta en apoyo de la tercera causal— lo funda en que Poveda fue llamado a responder en juicio criminal por un solo delito de falsedad reconocido por el Jurado, y en la sentencia se le

condenó por dos delitos en concurso material (la falsedad del documento y su uso), error que lo llevó a aplicar los artículos 233 y 234 en relación con el artículo 33, todos del estatuto penal, y a aumentarle, por consiguiente, la pena.

La violación de la ley penal, como consecuencia del yerro anotado, la presenta en tres aspectos: primero, en cuanto a que se aplicó el artículo 234, siendo así que éste sólo se aplica a quienes sin haber falsificado un documento público, hacen uso de él a sabiendas de que es falso; segundo, en cuanto a que no siendo sino uno el delito imputable a Poveda, e inexistente por ello el concurso material, se le fijó la pena de acuerdo con el sistema de la acumulación jurídica (artículo 33), y tercero, en cuanto a que siendo el documento falsificado una licencia para ejercer la profesión de abogado, la norma penal aplicable no es el artículo 233 en relación con el artículo 231 según el fallo de primer grado, ni los artículos 233 y 234 en relación con el artículo 33, según el de segundo, sino el artículo 244, que sanciona la falsedad o uso de cédulas, pasáportes, licencias y otros documentos análogos.

El Procurador Delegado, en total acuerdo con el demandante, critica la sentencia del Tribunal, no sólo porque en ella se sancionó un concurso de delitos no reconocido ni propuesto, y no el delito continuado que el Jurado acogió en el veredicto, sino porque se aplicaron normas penales no violadas (artículos 233 y 234) en vez de la violada (artículo 244). Como consecuencia del recurso, solicita que, con aplicación de los artículos 32, 36 y 244 del estatuto penal, se reduzca la pena a diez y seis meses de prisión.

C) Estudio del recurso

El recurso se dirige — de acuerdo con el resumen anterior — a estudiar y decidir varias cuestiones, principal una, y derivadas o consecuenciales las otras; concierne la primera a si el jurado reconoció un solo delito de falsedad, como recurrente y Procurador lo sostienen, en cuyo caso el Tribunal —al sancionar dos falsedades en concurso— habría fallado en oposición al veredicto; y las otras, a si el documento falsificado está incluído en la clasificación del artículo 244, y no en la del artículo 231, hipótesis que —al ser jurídica— fundaría la alegada violación de la ley penal.

Los problemas que el delito de falsedad suscita son tan complejos — se advierte — y tan nuevos los aspectos que su planteamiento sugiere, que siempre que ello sucede se requiere un más prolijo y cuidadoso examen, lo cual conduce a una consideración separada de cada uno de los temas aquí propuestos.

a) La falsedad y el uso

La cuestión principal —la de si la falsedad de un documento y su uso son infracciones independientes que pueden constituir concurso— tiene dos fases, una histórico-doctrinaria, relativa a la noción conceptual de la objetividad jurídica (bien, interés o derecho lesionado) que informó el criterio de clasificación del delito en determinada época, dirección o escuela, y legal la otra, relativa al sistema adoptado en nuestro estatuto penal vigente.

Varias y opuestas son las teorías que, fundadas en los postulados de las escuelas penales, se han expuesto en relación con la objetividad jurídica de la falsedad, es decir, con su objeto esencial específico, según la fórmula de Rocco) o con el bien o interés jurídico que lesiona, y que ha determinado su inclusión en diversas agrupaciones o clasificaciones penales; así, si algunos expositores consideran la propiedad como objetividad jurídica de la falsedad y ésta, por lo tanto, como hurto calificado o estafa calificada, otros la tienen como ataque a la seguridad social o a la integridad (autenticidad y veracidad) de la prueba, otros la incorporan entre los delitos de fraude al Estado, a los ciudadanos y a la prueba, y otros —especialmente la mayoría de los que siguen las direcciones clásica y técnico-jurídica (dogmática)— la incluyen en el cuadro genérico de las infracciones contra la fe pública.

El estatuto penal vigente, apartándose de las nociones anticlásicas de que la fe pública sólo es factor agravante de la falsedad, de que ésta es delito sólo imputable a los funcionarios que tienen la guarda de esa fe (abuso de la fe pública), y de que el móvil de la falsedad es ordinariamente el enriquecimiento fraudulento, no sólo acogió la tesis de Pessina (ampliada por Carrara), según la cual la falsedad en documento público es delito contra la fe pública independientemente del daño patrimonial o moral que mediante el uso del documento falso se acarrée, sino que —extendiendo la tesis— clasificó la falsedad en documento privado entre los delitos contra la fe pública, la que, según Carrara, ataca la propiedad directamente.

Partiendo de la noción de documentos públicos o auténticos del Derecho Privado, reprodu-

cida en la ley procesal penal (artículo 251), según la cual son los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, y privados —por exclusión— los suscritos por particulares sin intervención oficial, el estatuto penal prevée las siguientes hipótesis en materia de falsedad:

A) En cuanto a falsedad en documentos públicos en orden a la imputabilidad:

a) La de los funcionarios o empleados públicos que, abusando de sus funciones, hayan ejecutado alguno o algunos de los actos erigidos en tal delito; es decir, la de los que han intervenido —por ley— en la expedición del documento, aunque de tal o tales actos no se haya derivado daño alguno patrimonial o personal (art. 231);

b) La de los demás funcionarios o empleados públicos, es decir, la falsedad cometida por los que, ejerciendo funciones públicas distintas, no intervinieron en la expedición del documento, y su acto, por lo tanto, no puede constituír abuso de funciones, aunque la falsedad no haya causado daño alguno (artículo 233);

c) La de los funcionarios o empleados públicos encargados de los servicios telegráficos o telefónicos, que supusieren o falsificaren despachos y comunicaciones (artículo 239), así como la de los que, en el ejercicio de sus funciones, contrahicieren o alteraren pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad o cualquier otro documento análogo que deba ser expedido por autoridades nacionales o extranjeras (artículo 246), y

d) La de los particulares que sólo ejecutaren alguno o algunos de los actos previstos en la ley penal (231), como falsedad y que no reportan agravio alguno moral o real a las personas (artículo 233), y también la de los particulares que contrahacen o alteran pases, licencias, cédulas, etc., sólo expedidas por las autoridades (artículo 244).

B) En cuanto al uso de documentos públicos falsos, la ley considera estas hipótesis de delitos independientes de la falsedad en sí:

a) La del que use de ellos, a sabiendas de que son falsos y con el propósito de obtener para sí un aprovechamiento o para otros un perjuicio (artículo 234);

b) La del que haga uso, con idénticos propósitos, de un despacho telegráfico o telefónico falsos (artículo 239), y

c) La del que, a sabiendas de su falsedad, usade de pases, licencias, cédulas, pasaportes u otros documentos análogos que deban expedir las autoridades (artículo 244).

En cuanto a la falsedad en documentos privados y a su uso, las hipótesis son las siguientes:

a) La del que acomete falsedad en tales documentos y —contrariamente a la falsedad en documentos públicos— con perjuicio de tercero o con el propósito de causarlo (artículo 240);

b) La del que los usa, a sabiendas de su falsedad, sea con el propósito de obtener una ganancia ilícita, sea con el de causar un perjuicio a terceros (artículo 241); y

c) La del que, siendo uno mismo, los falsifica y los usa (artículo 242).

Del examen comparativo de las hipótesis enunciadas, se derivan estas conclusiones: primera, que la falsedad en documento público es delito **per se**, que sólo afecta la fe pública en su noción clásica; que tal delito se consuma en el acto mismo en que se altera material o intencionalmente el documento, sin consideración alguna a perjuicio ajeno o a propósito de lucro; y que su uso es también delito independiente de la falsedad, ya lo cometa, entonces sí con aquellas circunstancias (perjuicio y propósito) el mismo falsario, creando así —para la sanción— los elementos de un concurso material de infracciones, ya persona distinta al falsario; y segunda, que la falsedad en documento privado, opuestamente a la del público, requiere el perjuicio ajeno y el propósito de lucro y también el uso, con la distinción de que éste apenas configura una circunstancia agravante si una misma persona falsifica y usa, y un delito independiente si quien usa del documento falso, a sabiendas de que lo es, es persona distinta a la que realizó la falsedad.

b) Desacuerdo del veredicto y la sentencia

En consideración a la tesis de que la falsedad de documento público y su uso son delitos independientes que, ejecutados por el mismo infractor, constituyen los elementos sustanciales de un concurso real, y en consideración a que —según la enumeración de la ley procesal civil (artículo 632)— es público el documento que creó y usó el señor Poveda, esta primera parte del recurso se concreta a examinar el veredicto frente a la tesis ya enunciada y también a la interpretación que jurídicamente pueda dársele.

Como bases del examen del fallo, en relación con la causal tercera, la Corte transcribe en lo esencial las partes dispositivas de las decisiones

que culminaron en la sentencia y también la de ésta, a saber:

a) El auto de proceder, no modificado durante el juicio, mediante el cual el Juez "abrió causa criminal por los trámites legales en que interviene el jurado, contra Jorge Poveda Segura, por el delito de falsedad en documentos públicos, **hecho que tuvo su realización en forma continuada** —subraya la Corte— desde el diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y nueve de que da cuenta el certificado apócrifo, hasta el diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y cinco en que se inició la investigación" ;

b) El veredicto del jurado según el cual "el acusado Jorge Poveda es responsable, sin haber ocasionado daño o perjuicio a terceros, de haber contrahecho un documento público en el que se hizo constar que dicho acusado fue aceptado por autoridad competente en calidad de abogado, capaz de ejercer legalmente la profesión, hecho no verdadero; y de haber hecho uso de este documento a sabiendas de su falsedad y con el propósito de lucrarse, **todo lo cual tuvo su realización en forma continuada** —subraya la Sala— desde el diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y nueve de que da cuenta el documento apócrifo, hasta el 16 de abril de mil novecientos cuarenta y cinco en que se inició la investigación, en esta ciudad de Bogotá y dentro de la comprensión de este Distrito Judicial".

El Tribunal, como se refirió en el principio de este fallo, interpretó el veredicto como si el jurado hubiera reconocido dos delitos: la falsedad del artículo 233 y el uso del artículo 234, que sancionó en la figura de concurso material, opuestamente al Juez Superior que sólo sancionó la fasledad (artículo 233) bajo la influencia del auto de proceder que omitió la referencia expresa al uso. No obstante de que, en su formulación general y ordinaria, la jurídica es la tesis del Tribunal, es decir, la de que en la ley penal colombiana la falsedad en documento público y su uso en provecho propio o perjuicio ajeno cometidos por el mismo infractor son dos delitos autónomos y sancionables, por eso, mediante el sistema de la acumulación jurídica (artículo 33), la sentencia fue dictada en oposición al veredicto.

Al Jurado se le propusieron, efectivamente, la falsedad y el uso del documento falsificado, pero "todo lo cual", dice el cuestionario, "realizado en forma continuada", extendiendo así la fórmula del auto de proceder ("falsedad en documentos públicos, hecho que tuvo su realización en forma continuada"); el jurado reconoció la imputación a Poveda de los dos delitos (falsedad y uso) pero en la forma continuada propuesta y con la explicación de la inexistencia de daño o perjuicio a terceros; de modo que el Jurado, al aceptar que la falsedad y el uso del documento son un todo que se realizó en forma continuada, asimiló el uso a falsedad y consideró —equivocadamente, en verdad— los dos hechos como infracción repetida de la falsedad, y en estas condiciones, el Tribunal sólo podía, o sancionar el delito continuado de falsedad, o siguiendo su tesis que es la jurídica, de que Poveda cometió dos delitos en concurso material, anular el proceso si hubo error en la denominación jurídica del delito, o declarar el veredicto contrario a la evidencia del proceso, por cuanto —tratándose de documentos públicos— la falsedad y el uso son delitos autónomos (aquí sancionables mediante el sistema de la acumulación jurídica) y en este caso la continuidad sólo podría predicarse del uso, no de la falsedad.

El Tribunal, por lo tanto, al sancionar dos delitos en concurso real, dictó su sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, que, como el auto de proceder, sólo reconoció un delito continuado de falsedad; en este aspecto, la Corte declara que la causal tercera de casación se ha fundado.

c) Violación de la ley penal

Tres objeciones, por violación (aplicación indebida o errada) de la ley penal, se hicieron a la sentencia: la del artículo 33, sin que en el auto de proceder ni en el veredicto se hubiera reconocido más de un delito; la del artículo 233, por cuanto el documento falsificado corrseponde a la clasificación del artículo 244 y no a la del artículo 231, y la del artículo 234, porque no es aplicable al autor de la falsedad.

Decidida ya la primera, relativa al concurso, tanto en la doctrina y en la ley como en el caso **sub judice,** se procede a examinar las restantes.

La segunda implica el estudio del documento falso en su naturaleza, forma y objeto, ya que en ello reside la base de la objeción, es decir, si pertenece al grupo genérico enunciado en el artículo 233, como lo supone el Tribunal, o al del artículo 244 como lo sostiene el recurrente. La ley penal —según ya se expuso— estableció un tratamiento punitivo especial a una determinada jerarquía de documentos públicos de especial trascendencia en las relaciones jurídicas y económicas, cuya

falsedad sanciona con penas de variada gravedad según que el falsario sea el funcionario bajo cuya guarda y fe se halla el documento, u otro funcionario distinto o un particular, y otro tratamiento punitivo especial, menos severo, para otra jerarquía de documentos, de más limitada influencia en tales relaciones; pertenecen a la primera categoría los determinados en los artículos 1758, 2575 y 2577 del estatuto civil y 632 del de Procedimiento Civil y 251 del de Procedimiento Penal, y a la otra categoría, los mencionados en los artículos 237 y 244 del estatuto penal, esto es, despachos telegráficos y telefónicos, pases, licencias, cédulas, pasaportes y otros análogos.

El documento que Poveda creó, en su totalidad, es público y tiene el carácter y objeto de licencia; la decisión de los Tribunales, en efecto, mediante la cual se recibe como abogado a determinado individuo, como consecuencia de un proceso promovido con el propósito de obtenerla, tiene un doble efecto concreto: el de inscribirse en las oficinas judiciales como abogado y el de poder ejercer la abogacía en consecuencia; de modo que la copia auténtica del Acuerdo de los Tribunales es, en su contenido, la licencia que éstos otorgan a quienes poseen las condiciones legales para actuar, como abogados, en las oficinas judiciales y administrativas, de donde se deriva la denominación de "licenciado" que generalmente se les aplica en casi todos los países del mundo, ya que el título de "Doctor", sólo es para quienes, además del pensum de la licenciatura, se especialicen en cualquiera de las ramas del Derecho. El documento que, en su provecho propio, falsificó Poveda es una licencia, y la aplicación del artículo 233 en vez del artículo 244, por consiguiente, es errónea o indebida.

Resta la última objeción, la relativa a la inaplicabilidad del artículo 234 a quienes han falsificado el documento público, y que, por su importancia, requiere alguna referencia, no obstante que la confirmación del fundamento jurídico de la anterior, podría eximir a la Sala de examinar esta otra.

El que falsifica un documento público —como ya se dijo en este fallo— comete un delito contra la fe pública sin consideración al provecho propio o al perjuicio ajeno, cuyo propósito puede ser materia de otras infracciones independientes de la falsedad; así, pues, quien usa del documento, a sabiendas de que es falso, comete otro delito que puede lesionar otro bien o interés jurídico (la propiedad, la integridad moral, la administración pública, etc.) o traerle algún provecho personal, y si el que lo usa es el mismo que lo adultera, surge la figura del concurso, uso que está previsto como delito no sólo en el artículo 234, sino también en los artículos 239 y 244.

Si se aceptara, en forma absoluta, la hipótesis del recurrente, podría suceder que —siendo uno mismo el falsario y el usuario— fuera difícil precisar el bien o derecho jurídico lesionado por el uso del documento falso a sabiendas de su falsedad, que desapareciera uno de los elementos del posible concurso y quedara el uso sin sanción; además, el hecho de que la pena del uso sea menor que la de la falsedad, es lógico en un estatuto que —contrariamente a las nuevas direcciones de la ciencia penal— acogió la fe pública, concepto de mera creación legal, como objeto de la falsedad, y le dio la altísima entidad, con menosprecio del bien real y tangible que el delito ataca; así, en este caso, si a Poveda se hubiera imputado la falsedad y el uso, como dos infracciones distintas y no un solo delito continuado tanto en el auto de proceder como en el veredicto, no se habría podido sancionar el uso como lo ordena el mismo artículo 244, por cuanto —como lo decidió el jurado— Poveda no sólo no causó perjuicio a terceros, sino que —según respetables testimonios sumados en el proceso— ejerció la abogacía con toda honestidad.

De todos modos, siendo el documento uno de los mencionados en el artículo 244, el artículo 234 no era aquí aplicable, y aunque por distinta razón, la Corte acoge la tesis del recurrente, mas no en la forma absoluta en que la ha planteado.

Esta causal, la primera, prospera —en consecuencia— por cuanto no se aplicó el artículo 244 del estatuto penal.

D) El fallo

Fundadas como han sido las causales primera y tercera invocadas, compete a la Corte — de conformidad con el artículo 570 — invalidar el fallo y dictar el que debe reemplazarlo.

Compete a la Corte, pues, adaptar la pena al procesado Poveda, en consideración a la gravedad y modalidades del delito, a sus motivos determinantes, y a la personalidad del responsable.

Con base en los artículos 32 y 244 del estatuto penal, que fijan la pena en seis meses a dos años de prisión aumentados —por el carácter continuado de la infracción— de la sexta parte a la mitad, el mínimo sería de siete meses de prisión, que es el que el recurrente pide se le fije.

El Procurador, considerando que "el delito cometido por Poveda revistió, dentro de su especie, una gravedad superior a la ordinaria por la importancia del documento falsificado y por la entidad que debía expedirlo, en caso de ser verdadero, juntamente con la peligrosidad revelada en ese acto por el agente", conceptúa —el Procurador— que la sanción se fije en un término superior al mínimo que puede ser un año de prisión, al cual debe agregarse una tercera parte, porque se trata de un delito de falsedad continuado; diez y seis meses de prisión en total.

La aplicación de la pena —de conformidad con la tesis positivista del artículo 36— es el resumen de la peligrosidad del agente (noción conjunta de la personalidad, de los motivos del delito y de las circunstancias de peligrosidad) y de la gravedad y modalidades del delito.

Frente a este principio la Corte examina en seguida la peligrosidad de Poveda y la gravedad y modalidades del hecho. Ella se revela en dos aspectos: la que el delito en sí mismo representa, y la que se desprende de su conducta posterior; en cuanto al primero, la falsedad implica la posesión de condiciones excepcionales de habilidad y audacia, eficazmente aprovechables por quien, en la lucha por la vida prefiere la línea de menor resistencia, que es el caso típico de Poveda, y en cuanto al segundo, su evasión de la cárcel, es decir la ejecución de un nuevo delito cuando se le juzgaba por la falsedad.

La pena, por lo tanto, no puede fijarse en su mínimo no obstante que en el uso del documento falso, en el ejercicio de la profesión en que él se concretó, siguió las normas de la ética profesional (como lo declaran los jueces y poderdantes) con exclusión de todo perjuicio a terceros; la Corte, en vista de las circunstancias personales que indujeron a Poveda al delito, considera equitativo reducir a un año de prisión la pena que le impuso el Tribunal.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo — en su parte esencial — con el concepto del Procurador Delegado, RESUELVE:

a) Invalidar — como en efecto invalida — la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del veintidós de julio del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 33, 233 y 234 del Código Penal— condenó a Jorge Poveda Segura a la pena de tres años de presidio por el delito de falsedad en documento público y uso de éste, a las penas accesorias allí fijadas;

b) Condenar — como en efecto condena — al mismo procesado Poveda, a la pena principal de un año de prisión por el mismo delito, y a las accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la principal, a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y a la suspensión de la patria potestad durante el tiempo de la condena, y

d) Eximir al procesado del pago de perjuicios en atención a que el Jurado declaró no haberlos causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alberto Benavides Guerrero, Conjuez—**Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos,** Secretario.

INTERROGATORIO AL PROCESADO — SU OMISION NO CONSTITUYE NULIDAD.—REINCIDENCIA.—RIÑA IMPREVISTA

1.—Como lo ha dicho la Corte, para los efectos de la causal primera de casación, en orden a la violación de la ley penal, ésta debe considerarse como la ley penal sustantiva, o sea, aquélla que define los delitos y señala las penas, y no la ley adjetiva, es decir, la que señala las normas que fijan reglas para aplicar el procedimiento en los juicios y determina las ritualidades de los mismos, las cuales pueden producir causales distintas de casación a la que se contrae la primera del artículo 567.

2.—El que por parte del Juez de la causa no se hubieran llevado a cabo los interrogatorios del procesado ordenados por el artículo 452 del C. de P. P. no constituye causal de nulidad de la actuación.

3.—Como lo ha sostenido la Corte, para que pueda considerarse a un procesado como reincidente, es necesario que en el proceso obren como prueba de las condenaciones anteriores, las copias de los fallos proferidos contra el mismo, con anterioridad.

4.—Repugna a la razón y a los principios jurídicos que pueda colocarse en la situación privilegiada de riña imprevista a quien, después de una pelea, sale en busca de arma, se provée de ella y regresa a reanudar el lance con su contendor de antes. En tal evento, la nueva riña no sólo es previsible y evitable, sino buscada y querida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por medio de sentencia de veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Manuel Salvador Jiménez a las penas principales de veintidós meses y medio de prisión y multa de ciento ochenta y siete pesos con cuarenta centavos, más a las accesorias correspondientes, entre las cuales está la relegación a una colonia agrícola penal por el término de cinco años, como responsable de los delitos de lesiones personales en Manuel Salvador León y de hurto de bienes de Rafael Giraldo. Contra este fallo se interpuso el recurso extraordinario de casación.

El expediente original desapareció en la Procuraduría General de la Nación el nueve de abril de 1948, pero se ordenó su reconstrucción y sobre las copias de los autos de proceder, de las sentencias de primera y segunda instancias y de otros documentos, la Corte desatará el recurso de conformidad con los artículos 162 y 251 del Código de Procedimiento Penal, 632 del Código Judicial y 8, 15 y 18 del Decreto-Ley número 1897, de 4 de junio de 1948.

Hechos:

Lesiones. — Refieren estos autos que el 22 de abril de 1945, se hallaban reunidos algunos individuos en la cantina del Corregimiento de Altagracia, Municipio de Pereira, denominada "La Una", entre los cuales se encontraban Manuel Salvador Jiménez y Manuel Salvador León, quienes disgustaron por cuestiones políticas ,degenerando en puñetazos que inició León contra Jiménez, sin ninguna consecuencia, pues mediaron las demás personas que con ellos estaban. Sin embargo, ambos contrincantes salieron de la cantina hacia sus habitaciones, para regresar luégo armados de peinilla y machete, respectivamente. El primero en presentarse nuevamente a la cantina fue Manuel Salvador Jiménez, a quien desarmaron; luégo llegó Manuel Salvador León armado de machete, lo que al ser visto por Jiménez dio lugar a que éste tomara una peinilla que llevaba al cinto José Amos Marín, atacando a León y trabándose ambos en riña de la que resultó lesionado éste último.

Hurto. — Este delito, por el cual se condenó también a Manuel Salvador Jiménez en la sentencia materia de la casación, consiste en la sustracción de diez arrobas y veintiuna libras de café descerezado y sin lavar, de la casa de Rafael Giraldo, en la noche del treinta de noviem-

bre al primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, en jurisdicción del mismo corregimiento de Altagracia.

Demanda de casación

El doctor Uldarico González G., como apoderado especial del sentenciado, sustenta ante la Corte el recurso e invoca las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera.—Violación de la ley penal

Por dos aspectos y con fundamento en esta causal, ataca el demandante la sentencia:

1° Violación de los artículos 452 y 548 del Código Procesal Penal, por cuanto no hay constancia en el expediente de que el Juez de primera instancia y el Tribunal, hubieran practicado al procesado Manuel Salvador Jiménez, los interrogatorios que tales preceptos ordenan para establecer la personalidad del acusado.

"La sentencia materia de esta demanda —dice el recurrente— infringió la ley penal en forma directa: al efecto: se viola la ley penal en forma directa cuando no se aplica la ley en casos en que se exige su aplicación".

2º Infracción de los artículos 33 y 34, inciso 2º, del Código Penal, por cuanto —según el demandante— "Las reincidencias de que se trata no tienen el carácter de tales, como acertadamente lo afirmó el señor Fiscal del Tribunal de Pereira, cuando dijo que se trataba de sentencias de primer grado, que no fueron consultadas y que, por consiguiente, no daban base legal para estimarlas como verdadera reincidencia".

"La Ley se infringe —agrega— cuando se aplica un precepto a hechos no regulados por él, es decir, hay una aplicación indebida de la ley. Este caso se presenta en la sentencia de que se trata, pues en ella se aplicó indebidamente los incisos segundos de los artículos 33 y 34 del Código Penal".

Causal segunda. — Errada interpretación o apreciación de los hechos

El recurrente fundamenta esta causal en los siguientes hechos:

1º "En el caso de las lesiones — dice — éstas fueron producidas en riña imprevista. Ello tiene asidero en las declaraciones de los testigos Gerardo Manzano y Gutiérrez (sic) entre otros, quienes están de acuerdo en afirmar que estando en la tienda de "La Una", mi defendido en compañía de los señores León, tomando, de un momento a otro se suscitó una riña entre mi defendido y Manuel Salvador León, trabándose los contrincantes a puzetaños. Los testigos Manzano y Gutiérrez están igualmente en acuerdo al manifestar que el primero en agredir y lanzar una bofetada a mi defendido, fue su contrincante señor León.

"Probado se halla también plenamente, que minutos después de este incidente y una vez provistos los contrincantes de sus respectivas armas (peinilla y machete), se volvieron a trabar en lucha a consecuencia de la cual, León apareció con lesiones".

Considera el demandante que es equivocada la tesis sostenida por el Tribunal de la instancia, al dividir en dos etapas la riña dándole el carácter de imprevista a la primera, en donde no hubo lesiones y, en cambio, descartando tal modalidad de la segunda etapa, en la cual resultó lesionado Manuel Salvador León.

2º Que el Tribunal reconoció en el auto de proceder la riña imprevista a favor del procesado, pero tal circunstancia modificadora de la responsabilidad, no la tuvo en cuenta al dictar el fallo materia del recurso.

Concepto del Procurador

Respecto a la causal primera enunciada, el señor Agente del Ministerio Público replica al demandante en la siguiente forma:

"a) Interrogatorios al acusado

Sobre este particular sostiene el colaborador que la causal primera de casación se refiere a la ley penal sustantiva, o sea, a aquélla que define los delitos y señala las penas y no a las normas procedimentales "las cuales —dice— son materia de otros motivos distintos de este recurso extraordinario. Sin que esto quiera decir que en el Código de Procedimiento no se hallen preceptos sustantivos que consagran derechos fundamentales para las partes capaces de incidir en la causal primera ameritada, cuando han sido violados por la sentencia recurrida.

"Pero de ello no se trata aquí".

Solicita a la Corte rechace, por tanto, este cargo.

b) Reincidencia

Al respecto conceptúa así el señor Procurador: "Las tres condenaciones anteriores a que se re-

fieren los juzgadores no lograron establecerse, pues apenas se encontró una sentencia proferida por la Inspección 7ª de Policía de Altagracia y un auto de detención de la misma oficina, como consta a los folios 63, 64, 77 y 82 vto...

En consecuencia, estando probada apenas una sola condenación anterior contra el acusado, la reincidencia es única y primaria, que se actualiza aquí con la ejecución de los delitos a que se refiere este negocio, llevados a término dentro de los diez años siguientes a la pena impuesta y ejecutoriada".

Por este aspecto, el Procurador opina que la causal primera debe prosperar.

Causal segunda.—Errada interpretación y apreciación de los hechos

Esta causal es rechazada por la Procuraduría, por cuanto considera que el demandante se abstuvo de demostrar jurídicamente los elementos de la riña imprevista que alega, frente a las pruebas que estimó el Tribunal al no admitir la modalidad, por una parte. Por la otra y en lo referente al desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, tal circunstancia sería propia de la causal tercera; y esta causal no fue alegada por el demandante.

Estudio del recurso

Causal primera.—Violación de la ley penal

Como se ha visto, el recurrente basa el quebrantamiento de la ley penal en el hecho de que "no aparece constancia en el expediente", de que se hayan practicado los interrogatorios al procesado que ordenan los artículos 452 y 548 del Código de Procedimiento Penal.

El interrogatorio de los procesados a veces encuentra una valla infranqueable en el hecho de que no estando detenidos resulta difícil lograr su comparecencia para aquella finalidad. Bien puede acontecer que esto ocurra en un caso dado y así se explique la ausencia de esa formalidad.

Pero yendo al fondo mismo de la cuestión, es tan importante esta formalidad como que el hecho de faltar acuse una causal de nulidad en el proceso? En manera alguna. Porque no sería ella de las nulidades llamadas sustantivas, que se fundan en un principio constitucional, desde luego que para que así fuera sería necesario que al reo se le hubiera privado de las garantías fundamentales durante el juicio penal hasta el extremo de mermar sus medios de defensa; y es manifiesto que el interrogatorio de que se trata carece de los atributos propiamente dichos de un medio defensivo; apenas podría dársele el nombre de prueba, que en sentido estricto no lo tiene. Su único fundamento estriba en la necesidad del conocimiento personal del Juez del propio procesado para que de esta manera el juicio sobre la individualización de la pena, llegado el caso, se produzca con el máximo de elementos que le permitan al fallador la más exacta discriminación del sujeto delincuente, bien sea en sus modalidades antropológicas o en sus circunstancias sociológicas.

Si no tiene el carácter de nulidad a que se ha hecho referencia, menos puede dársele el de meramente adjetiva, porque en parte alguna el Código Procesal Penal define como causal de esta clase el hecho que acusa el recurrente como violatorio de la ley penal. Fuera de que habría también que decir que en reiterada jurisprudencia de la Corte, para los efectos de la causal primera, en orden a la violación de la ley penal, ésta debe considerarse como la ley penal sustantiva, o sea, aquélla que define los delitos y señala las penas, y no la ley adjetiva, es decir, la que señala las normas que fijan reglas para aplicar el procedimiento en los juicios y determina las ritualidades de los mismos, las cuales pueden producir causales distintas de casación a la que se contrae la primera del artículo 567.

Por lo demás ésta ha sido ya materia fijada por la doctrina de la Corte, en el sentido de que faltando aquellos interrogatorios al enjuiciado, que deberá practicar el Juez durante el término probatorio, no se incurre en vicio alguno que afecte uno de los medios técnicos de que debe servirse el fallador para hacer más científica y adecuada al caso que juzga la sanción que imponga.

En efecto, al discutirse en el seno de la Comisión Redactora el texto del artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, el doctor Jorge Eliécer Gaitán, que fue su autor, explicó así el alcance de dicha norma y el objeto que con ella se perseguía:

"Me ha parecido indispensable —dice— dentro del nuevo orden legal, imponer al Juez de la causa la obligación de interrogar personalmente al procesado varias veces, a efecto de que pueda formarse una idea sobre la personalidad de éste. Es menester terminar de una vez por todas con ese mecanismo en el proceso, a virtud del cual

ocurre muy frecuentemente que el Juez ni siquiera conoce al procesado. El Juez viene a condenar en realidad sobre los papeles que ha encontrado en el expediente pero sin tener en cuenta la persona del sindicado". (Trabajos preparatorios del Nuevo Código de P. P., Tomo 3º, pág. 232, Acta número 249).

Dentro de este orden de ideas encaja de manera admirable en el caso la siguiente doctrina de esta Sala, para contestar la tacha que se hace por el recurrente en el sentido indicado:

"Respecto a los interrogatorios que deben hacer los jueces de instancia al procesado, a lo menos por dos veces, sobre el hecho, sobre sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y, en suma, sobre todos los puntos que puedan revelar la personalidad del infractor (arts. 452 y 548 del C. de P. P.), considera la Sala que su omisión es una irregularidad grave, por lo general, supuesto que el Código Penal vigente tiene en cuenta la personalidad del delincuente más que la objetividad de los delitos. Pero ello no quiere decir que el proceso sea nulo, porque esos interrogatorios son apenas un medio de información sobre la personalidad, pero no el único de que dispone el Juez para obtenerla. (Artículos 294, 349, 375 y 374 del C. de P. P.)". (GACETA JUDICIAL, números 2062—2063, pág. 537).

Además, no es inútil decir sobre el mismo aspecto de la cuestión, que si los interrogatorios como se ha dicho, tienen por objeto la discriminación personal del Juez, sobre el conocimiento directo del procesado, de la peligrosidad que acuse, su ausencia sería un defecto de tecnicismo por parte del fallador, pero sin alcance distinto a esto, máxime si como ocurre en el caso de autos, ni siquiera ese factor de la peligrosidad fue el que sirvió al Juez para aumentar a Jiménez las penas que le fueron impuestas en el fallo recurrido, pues los aumentos que agravaron la penalidad del procesado en la sentencia del Tribunal se basan en consideraciones distintas, entre ellas la reincidencia, y fueron las que se tuvieron en cuenta para determinar la cantidad de pena que el reo mereciera.

Fundamenta también el recurrente su acusación a la sentencia del Tribunal de instancia, en que los falladores de primero y segundo grado consideraron a Jiménez como reincidente y sobre esa base, por aplicación de los artículos 33 y 34, hicieron los aumentos de pena e impusieron la de relegación a una colonia agrícola penal, como accesoria y con base en la última de las disposiciones citadas, por el término de cinco años.

Sobre este aspecto de la cuestión se observa que la circunstancia de haber desaparecido el expediente original de la Procuraduría el 9 de abril de 1948, hizo indispensable que el colaborador fiscal pusiera en este punto el mayor empeño, a fin de traer a los autos el más completo acopio de elementos indispensables para conocer con exactitud si en realidad de verdad el procesado Jiménez sí había sido condenado con anterioridad, lo mismo que los fallos en donde habían recaído esas condenaciones y los delitos que las produjeron. Se hacía indispensable el conocimiento exacto de esa materia por cuanto el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pereira opinó en contra del cómputo de la reincidencia apreciada por el Juzgado de la primera instancia, a pesar de lo cual el Tribunal, pasando por sobre su concepto, se pronunció con igual criterio al del fallo de primer grado.

Pero ocurre que las condenaciones anteriores en número de tres, a que hacen referencia el Juez y el Tribunal, no pudieron ser establecidas en la forma indispensable que es de rigor en estos casos, para que sobre ellas pueda edificarse el concepto de habitualidad, que corresponde a la determinación de una penalidad tan rigurosa como la que surge del inciso 2º del artículo 34 del Código Penal.

Para efectos de la casación no pudo encontrarse sino una sentencia proferida por el Inspector 7º de Policía de Altagracia y un auto de detención de la misma oficina, según las constancias de los folios 63, 64, 77 y 82 vto. El auto de proceder lleva fecha 18 de junio de 1944, y en la sentencia se le condena a la pena de 60 días de trabajo en obras públicas, como autor del delito de hurto contra el patrimonio del señor Gerardo Manzano.

Si en el actual estado del proceso no pudo allegarse a los autos, después de la destrucción del mismo, elementos suficientes para establecer la habitualidad del sujeto delincuente, como base previa para la calificación de aquel carácter indispensable a los fines de la ley para la imposición de la relegación a colonia agrícola penal como pena accesoria, resulta indudable que faltan los medios probatorios adecuados, que como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, en armónico criterio con el de la Procuraduría al respecto, son necesarios para agravar la penalidad en los términos del artículo 34 del Código Penal.

"El Código exige en el artículo 34 —ha dicho

la Corte— para tener a un reo como reincidente, que haya una sentencia condenatoria de un nuevo delito cometido antes de ejecutoriada la condena. Pero al mismo tiempo el artículo 35 de aquella obra, incluye algunos casos de excepción al principio general, y es apenas natural que existiendo estos casos excepcionales para el cómputo de la reincidencia, sea preciso averiguar primero si cumplidos los requisitos del artículo 34, no se está en alguna de las excepciones que consagra el estatuto.

"Es obvio que la mejor manera de evitar todo equívoco o error sobre el particular, no puede ser otra que el tener el juzgador dentro del proceso los fallos dictados anteriormente contra el reo, para que de esta suerte ni por exceso del tiempo transcurrido, es decir mayor de diez años, ni por estar el caso comprendido dentro de alguna de las excepciones de la ley, no pueda imponerse la reincidencia. La mejor manera de evitar, pues, todo equívoco al respecto es exigir que en todos los procesos aparezca la copia de las sentencias que puedan dar motivo a la aplicación del aumento por reincidencia". (Fallo del 27 de mayo de 1949).

En consecuencia, es viable jurídicamente la causal primera del recurso interpuesto, en cuanto dice relación a haberse violado en el fallo la ley penal al efectuar el cómputo de la reincidencia, ya que si bien pudo comprobarse que Jiménez, había sido condenado con anterioridad, esa prueba no abarca sino la sentencia proferida por el Inspector 7º de Policía de Altagracia, y siendo ello así, falta el presupuesto legal indispensable para que se imponga la pena de relegación, que los juzgadores de instancia apreciaron como computable al reo.

Causal segunda.—Errada interpretación o apreciación de los hechos

Se acusa la sentencia materia del recurso porque, según el demandante, el procesado Jiménez al herir a Manuel Salvador León, lo hizo en riña imprevista para él, circunstancia ésta que desconoció el fallo, no obstante que ella había sido reconocida en el auto de proceder.

Al respecto, como acertadamente lo dice el señor Procurador Delegado en lo Penal, el demandante solamente se limita a hacer afirmaciones abstractas sobre el particular, sin demostrar, como es de rigor en el recurso de casación, los elementos jurídicos que configuren la riña imprevista, desechada por el Tribunal de la instancia.

Es evidente que los sucesos protagonizados por Jiménez y León se llevaron a cabo en dos episodios, en el último de los cuales resultó herido Manuel Salvador León por Manuel Salvador Jiménez.

Hubo primero entre los dos sujetos un encuentro a puñetazos, del cual ninguno de los dos resultó lesionado. Luégo los contendores salieron a proveerse de armas y al encontrarse de nuevo, se inició la lucha por Jiménez, de la cual resultó lesionado León.

Riña imprevista —ha dicho la Corte— "es un lance que surge de improviso para cada uno de los combatientes, que no lo quería ni lo buscó, ni actuó en él de una manera voluntaria, sino que se vio comprometido en el mismo, sin que en su ánimo estuviera el aceptarlo".

"Pero—dice el Procurador y esa es la verdad— repugna a la razón y a los principios jurídicos que pueda colocarse en la situación privilegiada de riña imprevista a quien, después de una pelea, sale en busca de arma, se provée de ella y regresa a reanudar el lance con su contendor de antes. En tal evento, la nueva riña no sólo es previsible y evitable, sino buscada y querida, como ocurrió aquí".

Por lo demás, si el Tribunal desconoció en la sentencia la modalidad de riña imprevista aceptada en el auto de proceder, esta acusación sería motivo de la causal tercera de casación, por desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, mas no de la causal segunda, como erradamente lo ha hecho el recurrente.

Esta razón basta para contestar la imputación que la demanda formula a la sentencia del Tribunal, en lo tocante con el hecho de no haber reconocido el fallo de segunda instancia la riña imprevista, que sí tuvo en cuenta el auto de proceder.

Es indiscutible que, por este aspecto, la demanda invocó una causal que no concuerda con la índole de la alegación en que se fundamenta, en lugar de invocar la que podría haber prosperado, si en realidad de verdad, los presupuestos de su alegación fuesen los consignados en el libelo.

Decisión del recurso 4

Al reo, en causa acumulada, se le condenó por dos delitos: lesiones personales y hurto. La pena

aplicable se tomó con base en el artículo 373, inciso 2º del Código Penal, por ser el más grave y tanto el aumento como la cuantía de la misma, no fueron materia de objeción alguna por parte de la demanda de casación, siendo por ello intocables para la Corte.

Así, de aquel cómputo resultan quince meses de prisión, señalados por el Tribunal en el fallo de segunda instancia. Pero como contra el reo obra una reincidencia computable, es menester aumentar la sanción en una tercera parte, de conformidad con la prescripción del artículo 34. Así las cosas, la pena que resulta es la de veinte meses de prisión, como sanción principal, más la multa señalada en la sentencia de primera instancia, que no mereció tampoco objeción alguna por el demandante.

De lo anterior se desprende que al eliminarse la segunda reincidencia que dio ocasión al Tribunal para aplicar la pena de relegación, como accesoria al reo, resulta evidente que al prosperar por este aspecto la casación, la invalidez del fallo que aquélla impuso, hace indispensable que sea descartada en esta decisión.

Por despacho telegráfico del Director de la Cárcel Nacional de Pereira, en donde el sentenciado Manuel Salvador Jiménez se encuentra detenido, de fecha veinte de los corrientes, se tiene conocimiento que el procesado ha sufrido en detención un tiempo mayor del que se le impone como pena en este fallo.

Debe decretarse, por tanto, inmediatamente la libertad del mismo.

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, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él,

RESUELVE:

1º Invalidar, como en efecto invalida, la sentencia de fecha veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y siete (1947), dictada por el Tribunal Superior de Pereira, en la cual se condena a Manuel Salvador Jiménez a las penas principales de veintidós meses y medio de prisión y multa de ciento ochenta y siete pesos con cuarenta centavos, más las accesorias correspondientes, entre ellas, la relegación a una colonia penal agrícola por el término de cinco años. En su lugar, se condena al mismo, a la pena principal de veinte meses de prisión y multa de ciento ochenta y siete pesos con cuarenta centavos, más las accesorias correspondientes, de las cuales se elimina la relegación a colonia agrícola penal por cinco años.

2º Decretar la libertad de Manuel Salvador Jiménez, por pena cumplida, lo cual debe comunicarse inmediatamente a la entidad correspondiente, y siempre que no esté ordenada su detención por otro delito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.



PROVOCACION. — REQUISITOS PARA QUE SEA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD Y DE LA PENA—INTERPRETACION DEL VEREDICTO DEL JURADO POR PARTE DEL JUEZ DE DERECHO

1.—Ya ha expresado la Corte que la provocación como atenuante de la responsabilidad y de las penas, requiere tres condiciones esenciales, a saber: que sea grave, que sea injusta y que se reaccione como consecuencia de la misma. La gravedad y la injusticia de la provocación se requieren forzosamente, porque si se admitiera que un motivo baladí o no injusto pudiera servir para aminorar el hecho y su sanción, se admitiría una tesis peligrosa para la estabilidad social, que carece de todo asidero lógico; si en todo evento de agravio o injuria de palabra o de obra tuviera cabida la atenuante, aunque no se reaccionara por el agravio o injuria, se estaría consagrando un motivo de excusa parcial de la responsabilidad, si así puede llamarse, que no tendría fundamento en los hechos.

2.—Es exacto decir, como la Procuraduría lo alega, que el Jurado no tiene que emplear términos técnicos, acomodados a la nomenclatura legal y que, en consecuencia, el veredicto puede interpretarse, pues que tampoco los jueces son instrumentos pasivos o seres autómatas que no puedan y deban deducir el sentido exacto de un veredicto. Pero como en estos juicios no es el Juez de derecho el que califica los hechos, sino el jurado, esa interpretación tiene que ser muy estricta, para no suplantar a los jueces de conciencia en el oficio que la ley les encomienda.

Así, pues, si la respuesta del jurado, aunque no en los términos que la ley consagra, encaja en forma clara dentro de una modalidad contemplada en el código sustantivo, el juzgador debe acatar esa decisión; pero en esta labor interpretativa no puede llegarse hasta suplantar al tribunal popular diciendo lo que ni expresa ni tácitamente ha manifestado, porque entonces, como lo anota el Ministerio Público, la sentencia se dictaría de acuerdo con el criterio del juez de derecho, y no con el veredicto del jurado, lo que no está consagrado en la ley, pues que tal proceder constituye, por el contrario, una causal de invalidación de un fallo.

3.—En los juicios por jurados, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, conforme al mandato del artículo 480 del C. de P. P. Y cuando el sentenciador extiende la respuesta del jurado a situaciones jurídicas no previstas por éste y que no se relacionan con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, entonces extralimita sus funciones y viola la ley penal sustantiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de 10 de mayo último, condenó a Manuel Cardona Orozco a la pena principal de treinta y dos meses de presidio y a las accesorias legales, como autor del homicidio perpetrado en la persona de Emilio Huertas.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el Fiscal del Tribunal y ante la Corte ha presentado la respectiva demanda el señor Procurador.

El motivo de disentimiento entre el Tribunal y su Fiscal consistió en que éste sostuvo que el juicio estaba viciado de nulidad, por haber dictado la sentencia de primer grado un juez **ad hoc**, el doctor Alonso García Bustamante, siendo así que en la fecha —29 de noviembre de 1948— ya se había posesionado del cargo de Juez Superior el titular, doctor Moisés Marín Flórez, quien no estaba impedido.

Pero la Procuraduría considera que no existe nulidad en lo actuado, porque la jurisdicción se adquiere por el nombramiento seguido de la posesión (artículo 60 del código judicial), y no se pierde en un negocio determinado sino por la de-

volución del expediente, cuando cesa la causa del impedimento o recusación (ordinal 2º del artículo 146 del mismo código), razones por las cuales no prohija la tesis del Fiscal recurrente.

Pero, en cambio, presenta la causal tercera como motivo de casación.

Hechos. En las primeras horas de la noche del 1º de junio de 1946 y procedentes de la población de Caicedonia, se dirigían a sus casas de habitación Marcos Guzmán, Manuel Cardona Orozco, el menor Undizalbo Suárez y su hermana Manuela Suárez y llegaron a la tienda de Adolfo Gil, situada en el paraje de "La Venada", de la fracción de "Campo Alegre", del municipio de Génova. A poco llegó Adolfo Huertas, un tanto embriagado y, como la muchacha se hubiera quedado afuera, comenzó a galantearla y a tratar de manosearla.

Cardona Orozco reprendió a Huertas por su actitud descompuesta, que Manuela esquivaba, lo que disgustó a éste, quien afirmó que no le tenía miedo a nadie; pero al fin entró a la tienda a tomarse el licor que aquél le había brindado. Mas al tenerlo de frente, le dijo Cardona Orozco que él, Huertas, no era sino una persona agresiva y, sin más, le dio una bofetada por la cara y en seguida lo atacó con su cuchillo, con el que le hizo varias heridas que le ocasionaron la muerte poco después.

Causal tercera: desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

En el auto de proceder se llamó a responder en juicio al acusado como autor de un homicidio simplemente intencional, sin modalidades agravantes ni atenuantes; es más, se desecharon desde entonces las circunstancias de la provocación y de la riña imprevista.

Al jurado se le preguntó si Manuel Cardona Orozco era responsable de haber causado la muerte, intencionalmente, a Emilio Huertas, mediante las heridas que le causó en el lugar, día y hora conocidos, a consecuencia de las cuales había fallecido el mismo día.

El jurado contestó:

"Sí es responsable, pero en estado de ira provocada por irrespetos a su compañera de viaje".

El Juzgado del conocimiento y el Tribunal entendieron que los jueces de conciencia habían reconocido el estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, de que habla el artículo 28 del código penal, y por eso le aplicaron la pena correspondiente al homicidio, pero atenuada considerablemente por aquella circunstancia.

Pero la Procuraduría alega que en ello hubo un claro error, porque el veredicto no dijo expresa ni tácitamente que el hecho se hubiera realizado con aquella modalidad de la provocación, tal como la consagra el estatuto penal, y la Sala acoge su pensamiento.

Ya ha expresado la Corte, en efecto, que la provocación, como atenuante de la responsabilidad y de las penas, requiere tres condiciones esenciales, a saber: que sea grave, que sea injusta y que se reaccione como consecuencia de la misma. La gravedad y la injusticia de la provocación se requieren forzosamente, porque si se admitiera que un motivo baladí o no injusto pudiera servir para aminorar el hecho y su sanción, se admitiría una tesis peligrosa para la estabilidad social, que carece de todo asidero lógico; si en todo evento de agravio o injuria de palabra o de obra tuviera cabida la atenuante, aunque no se reaccionara por el agravio o injuria, se estaría consagrando un motivo de excusa parcial de la responsabilidad, si así puede llamarse, que no tendría fundamento en los hechos.

Pues bien, ni el veredicto dijo expresamente que se hubieran llenado las condiciones de la provocación, tal como las contempla el código, ni de modo tácito las comprendió con los términos con que tradujo su pensamiento.

El jurado no calificó el estado de ira en que había obrado Cardona, pues apenas dijo que había existido: "en estado de ira". Luego expresamente no declaró la circunstancia atenuante del código, lo que es muy significativo, puesto que el defensor le pidió al jurado que contestara el cuestionario diciendo "que sí es responsable su defendido, pero que obró en estado de ira causada por grave e injusta provocación".

Y es importante anotar que esa solicitud la hizo el defensor después de haber hecho el análisis de la circunstancia, esto es, de cómo la actitud de Huertas constituía una provocación grave e injusta contra el honor de la Suárez, pues que si cualquiera reacciona contra los irrespetos que se hacen a una mujer de vida airada, mucho más se explica esa actuación cuando se trata de un sujeto peligroso y en tratándose de agravios a una muchacha honesta, de la que era más que su acompañante, el guardaespalda de su dignidad y de su honestidad.

Añade el acta de audiencia que el defensor "da lectura al artículo 28 del código penal y sostiene que esa es la disposición aplicable a este hecho y que el jurado de conciencia no puede hacer cosa diferente".

Pero es exacto decir, como la Procuraduría lo alega, que el jurado no tiene que emplear términos técnicos, acomodados a la nomenclatura legal y que, en consecuencia, el veredicto puede interpretarse, pues que tampoco los jueces son instrumentos pasivos o seres autómatas que no puedan y deban deducir el sentido exacto de un veredicto. Pero como en estos juicios no es el juez de derecho el que califica los hechos, sino el jurado, esa interpretación tiene que ser muy estricta, para no suplantar a los jueces de conciencia en el oficio que la ley les encomienda.

Así, pues, si la respuesta del jurado, aunque no en los términos que la ley consagra, encaja en forma clara dentro de una modalidad contemplada en el código sustantivo, el juzgador debe acatar esa decisión; pero en esta labor interpretativa no puede llegarse hasta suplantar al tribunal popular diciendo lo que ni expresa ni tácitamente ha manifestado, porque entonces, como lo anota el Ministerio Público, la sentencia se dictaría de acuerdo con el criterio del juez de derecho y no con el veredicto del jurado, lo que no está consagrado en la ley, pues que tal proceder constituye, por el contrario, una causal de invalidación de un fallo

En el caso que se estudia declaró el jurado que el hecho lo había cometido el procesado en estado de ira "provocada por irrespetos a su compañera de viaje". Puede considerarse que esos irrespetos fueron graves e injustos para aquél, hasta el punto de que la pena pueda atenuarse por la modalidad de la provocación del código, vale decir, que el homcidio se cometió por ira ocasionada por provocación injusta y grave, todavía más claro, que los irrespetos a la muchacha que viajaba con Cardona fueron para él una provocación injusta y grave?

No lo cree así la Corte, de acuerdo con la Procuraduría, no solamente por la circunstancia de que el jurado a pesar de habérselo pedido, no calificó de injusta ni de grave la provocación, sino porque las pruebas del proceso así lo vienen a demostrar ampliamente. Dicho de otro modo: al término "irrespetos", de sentido vago y general que va de la simple falta de cortesía hasta las injurias graves, en el caso concreto no se le dio el alcance que el código penal le asigna, pues así lo acreditan las pruebas del proceso, a más de la circunstancia anotada.

La Procuraduría, en efecto, cita los siguientes testimonios en prueba de su aserto:

Adolfo Gil: "...Huertas se puso á perseguir y a tocar a la señorita Sánchez como en són de enamorarla, pero ésta no se dejaba sino que le huía y daba vueltas por el corredor con el objeto de no dejarse tocar de Huertas, pero éste insistía en perseguir a la señorita hasta que Cardona lo llamó y le dijo que arrimara a tomar la cerveza.... A mi modo de ver las cosas, tanto Cardona como Huertas tenían interés sobre la mujer que venía con ellos, y parece que se encontraban disgustados desde antes de arrimar a mi fonda". (F. 4).

Adriano Garcés: "...Vi que la señorita Sánchez le huía a Huertas y éste la perseguía como para cogerla, pero ésta no se dejaba y se movía en el corredor... No me di cuenta ni noté que los protagonistas Cardona y Huertas tuvieran algún interés en la mujer de nombre Manuela Sánchez que venía con ellos y menos que por las persecuciones o **bromas** de Huertas contra la Sánchez, Cardona se hubiese podido disgustar con anticipación a la llegada a la fonda del señor Gil". (F. 5).

Carlos Enrique Figueroa: ".....Pude darme cuenta que Emilio Huertas trataba de coger a la señorita Sánchez y la perseguía en el corredor de la fonda, moviéndose de un lugar a otro, ya que la Sánchez no le paraba bolas ni se prestaba para nada con Huertas... A mi modo de ver la señorita Sánchez no le atendía ni a Huertas ni a Cardona y por lo mismo no creo que haya sido esta señorita la causa para dicho encuentro". (Fs. 6 v.).

Alonso González: "...Llegó de la misma vía (Caicedonia) el señor Emilio Huertas, quien también entró a la fonda y hasta por cierto se puso como a brindarle un trago o cerveza a dicha señorita y a perseguirla, pero ésta le sacaba el cuerpo, hasta que al fin la señorita se ausentó para la casa con su hermanito". (Fs. 10).

Y Undizalbo Suárez, hermano de Manuela: "...Llegó también de Caicedonia el señor Emilio Huertas; montado encima de la carga que traía la bestia; al llegar se desmontó y se arrimó donde mi hermanita y le decía que si quería tomarse un trago, todavía sin mandarlo servir, pero mi hermanita le sacaba el cuerpo y no le quería atender, razón por la cual Huertas la seguía, pero para evitar cualquier irrespeto mi hermanita se entró a la cocina, hasta que yo salí con las velas y pronto continuamos la marcha hasta nuestra casa, sin que nada grave hubiese ocurrido todavía entre Manuel Cardona y Emilio Huertas". (F. 9).

La Procuraduría observa que, según estos testimonios, Cardona no reaccionó en el acto en que

Huertas perseguía a la Suárez, sino algún rato después, cuando ella ya se había ido y cuando los protagonistas del homicidio discutían sobre su respectivo ánimo valeroso. Y que si a esta situación probatoria se une el contenido del veredicto, declarado en la forma que se conoce, a pesar de la solicitud de la defensa, no es posible situar la infracción en la circunstancia atenuante del artículo 28 del código penal.

La sentencia está, pues, en desacuerdo, no sólo con el veredicto del jurado, sino también con el auto de proceder, que desechó esa circunstancia.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

Sobre ella dice el Ministerio Público:

"Este motivo es una consecuencia directa del anterior. Porque si la respuesta del jurado sólo contiene los elementos del homicidio común reprimido por el artículo 362 del código penal, ésta era la disposición secamente aplicable al caso, sin relacionarla con el artículo 28 ibídem.

El Tribunal violó, pues, la norma últimamente citada, al tenerla en cuenta.

En los juicios por jurados, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, conforme al mandato del artículo 480 del código de procedimiento penal. Y cuando el sentenciador extiende la respuesta del jurado a situaciones jurídicas no previstas por éste y que no se relacionan con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, entonces extralimita sus funciones y viola la ley penal sustantiva, como ocurre aquí.

Por lo tanto, la causal primera es igualmente atendible.

Como en el presente asunto no concurren circunstancias de mayor peligrosidad, ni otros de los factores que señala el artículo 36 del estatuto penal, opina el Ministerio Público que la pena que corresponde al reo es la de ocho años de presidio, adaptando en su mínimo el artículo 362 de la obra citada".

Como la Sala está en un todo de acuerdo con la Procuraduría sobre lo alegado en esta causal, nada añadirá sobre ella.

En realidad y teniendo en cuenta los factores que el artículo 36 del código penal establece, la pena que debe señalarse al procesado es el mínimo del artículo 362 del código penal, pues no existen circunstancias de mayor peligrosidad y ni la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes o la personalidad del agente inducen a aumentarla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando en cuanto se condena al procesado a la pena principal de treinta y dos meses de presidio y en su lugar lo condena a la de ocho años de la misma pena, y en lo demás se confirma, salvo en lo referente a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, que ha de durar por un período igual al de la pena principal, y en lo atañedero a la suspensión de la patria potestad, que se cambia por pérdida de la misma.

Cópiese; notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.



Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Consultado el anterior escrito en Sala, se convino, no en aclarar la sentencia, lo que sería ilegal, sino en dar algunas razones al señor Procurador sobre la doctrina que contiene.

En primer lugar, conceptuó la Sala que esta doctrina no contradice la sentada en la casación de Rubén Rincón. En esta casación se dijo que al jurado se le había preguntado sobre un delito de homicidio, sin circunstancias modificadoras, "toda vez que de no sufrir modificación alguna en el término probatorio aquella calificación, ésta debía conjugarse en el cuestionario que se sometiera al jurado, porque sólo en esos términos y únicamente dentro de tales circunstancias se había concretado la responsabilidad del reo".

Más adelante se añade que entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia debe haber consonancia y se concluye: "la sentencia tiene que surgir del veredicto y éste del auto de proceder, **con la única excepción de que en el término probatorio se produzcan modalidades capaces de modificar el auto vocatorio a juicio".**

La tesis, pues, de que al jurado sólo debe preguntarse sobre el hecho genérico y no sobre circunstancias específicas o modificadoras se hizo sobre la base del caso concreto en que no se consideraron probadas en el enjuiciamiento modalidades especiales "de ninguna naturaleza" y que por ello, "sobre esta pauta debía formularse el cuestionario al jurado".

Por lo demás y, como se dijo en la sentencia anterior, ésta ha sido la doctrina de la Sala, como puede verse en las siguientes:

Los cuestionarios deben formularse "no sólo de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, sino también con aquellas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que se demuestren en el curso del juicio... Lo inmodificable, lo que no puede cambiar sin violar la ley.... es el género del delito, circunscrito en la parte resolutiva del auto de proceder". (Casación de Alfonso García G., de 27 de marzo de 1946, G. J. Tomo LX, números 2029-31, pág. 263).

"La omisión en los cuestionarios, en el veredicto y especialmente en la sentencia de una circunstancia modificadora (como el estado de ira o intenso dolor) expresamente reconocida como legalmente existente en el auto de proceder, constituye la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder". (Casación de Manuel González, de 23 de enero de 1947).

"Si en el auto de proceder no se hizo mención de ninguna de las situaciones previstas en los artículos 28 y 384 del código penal, mal podían proponerse al jurado estas modalidades, con respecto a las cuales hubiera podido pronunciarse, reconociéndolas, sin embargo, el tribunal popular". (Casación de José del C. Castelblanco, de 5 de febrero de 1947).

La riña "debe ser sometida a la consideración del jurado, pero si éste la rechaza, y para ello es soberano, esto apenas significa que queda subsistente el delito en su género intencional, sin modificación alguna". (Casación de Gregorio Merchán, de 28 de noviembre de 1946, G. J. T. LXIII, números 2046-47, pág. 187).

"Si el jurado es la entidad que califica el hecho y determina la responsabilidad, y si éste es quien debe pronunciarse sobre todas las circunstancias excluyentes o modificadoras de la misma, no puede obtenerse un veredicto que consulte la verdad material del proceso y sea un reflejo exacto de los hechos debatidos, cuando el juez en la redacción de los cuestionarios no tiene en cuenta las circunstancias favorables a los intereses del procesado, porque esta omisión atenta contra las bases esenciales del proceso". (Casación de Gonzalo Rojas Ortega y otro, de 16 de febrero de 1949. G. J. Tomo LXV, números 2068-69, pág. 443).

Dése cuenta al señor Procurador.

Agustín Gómez Prada

DELITOS CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS

El artículo 184 del Código Penal dice que "el que en cualquier forma cometa violencia contra un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, o lo amenace, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años".

Esta disposición, protege el normal desenvolvimiento de las funciones del Estado confiadas a un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, y de manera preferente tutela la libertad de determinación de la voluntad del funcionario en el desempeño de actos que se hallan íntimamente vinculados con el ejercicio de las funciones que desempeña.

El delito se tipifica por la violencia física o moral que se ejerza contra el empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de sus funciones o inherente a las mismas; el hecho se consuma por la sola acción de emplear la violencia —física o moral— o la amenaza para obtener la realización del fin perseguido por el agente activo del delito, sin que sea elemento esencial de éste, la legalidad o ilegalidad de la resolución que se trata de imponer; en otros términos, no es característico del delito que el acto que se obliga a ejecutar o a omitir, esté o no ceñido a los preceptos legales.

Lo esencial en este delito es que la violencia o la amenaza se dirija contra un empleado o funcionario público, o la persona encargada de un servicio público, y que el empleo de esa violencia, o el ejercicio de esa amenaza sobre la posibilidad de causar un mal futuro, tenga como finalidad exclusiva el quebrantamiento de la libertad de determinación de ese funcionario, para que ejecute u omita acto propio de sus funciones.

"Trata esta disposición—ha dicho la Corte—del caso especial de violencia o amenaza a un empleado o funcionario público, bien para que ejecute, o bien para que omita algún acto de sus funciones. La primera condición consiste en que la víctima de la agresión o violencia, o de la amenaza, sea empleado o funcionario público; la otra, que es su complemento, que la violencia, como quien dice acción física realizada, o la amenaza —acción física en potencia— sean con el fin de que el funcionario ejecute u omita algún acto propio de sus funciones. ES UN DELITO PER SE. Y no hay necesidad de que al acto que se exige coercitivamente del funcionario sea siempre contrario al ejercicio de sus funciones. Puede ser legal; pero si el particular (o funcionario público aclara la Sala), lo reclama por medios que implican coacción, se hace acreedor a la pena que el artículo comentado indica. Porque lo que aquí se reprime es el desacato a la autoridad, el menosprecio que traduce el obligar a sus representantes a hacer o dejar de hacer aquello que en un caso debería hacerse normalmente, y en el otro, no debería hacerse de ninguna manera. En fin, el pretender sustituírla o imponerse a sus determinaciones".

Pero cuando el empleo de la violencia —física o moral— o cuando el ejercicio de la amenaza mediata o inmediata, son de tal manera que por sí mismas conllevan no sólo a la violación de la norma del artículo 184, sino también, a la de otro derecho tutelado por una norma penal diferente, habrá un verdadero concurso formal de delitos y la sanción se regirá por las disposiciones del Capítulo III del C. P. que trata del concurso de delitos, como sería el caso de un delito contra los funcionarios públicos y otro de lesiones u homicidio, o también, como en el caso sub judice, delitos contra los funcionarios públicos y detención arbitraria.

El delito contra los funcionarios públicos puede ser cometido por un particular o por un funcionario público. En este caso concreto el agente activo del delito es un Juez Promiscuo del Circuito. El delito se cometió no por el ejercicio de una violencia, sino

por el empleo de una amenaza que planteaba para el Juez comisionado la realización de un mal futuro, consistente en que si no accedía a revocar la orden de detención dictada contra Luis Carlos Pérez O., sería privado de su libertad mediante la pena de arresto.

La violencia física o moral o la amenaza que se ejerce contra un funcionario público o encargado de un servicio público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, no es elemento constitutivo del delito de detención arbtraria, ni es un acto preparatorio del mismo, porque lo que configura esta última infracción, es el abuso que hace el funcionario público de sus funciones, para privar a determinada persona de su libertad. Los elementos integrantes de este delito son esencialmente distintos de los constitutivos de infracciones contra los funcionarios públicos, y en ningún caso, se confunden los unos con los otros para que pueda presumirse que los actos que configuran el uno sean elementos del otro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domngo Sarasty M.)

Vistos:

Libardo Hoyos Jaramillo fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de "detención arbitraria", Capítulo II, Título XI, Libro II del Código Penal, y por "los delitos contra los funcionarios públicos" de que trata el Capítulo VIII, Título III, Libro II del Código Penal.

El auto fue dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, providencia contra la cual se interpuso recurso de apelación.

Cumplidas las diligencias procesales propias de la instancia, se procede a resolver, previa vista del Agente del Ministerio Público.

Hechos

El 27 de abril de 1944 Abigaíl Arriaga Vivas, ante el Juez Promiscuo de Turbo, denunció criminalmente a Luis Carlos Pérez O., por los delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria, afirmando que Pérez en su calidad de Secretario encargado de la Alcaldía Municipal de Acandí, detuvo a Arriaga Vivas sindicado por la comisión de un posible delito de seducción.

El Juzgado Promiscuo de Turbo, con fecha 11 de mayo de 1944, comisionó al Juez Municipal de Acandí para que adelantara la correspondiente investigación. Dicho Juzgado estaba — en ese entonces— desempeñado por José Gregorio Mena.

En auto de 29 de mayo de 1944, el Juzgado ordenó la detención preventiva del sindicado Pérez, pero como éste desempeñaba el cargo de Secretario de la Alcaldía, pidió la suspensión de dicho cargo, y obtenida ésta, se libró la correspondiente orden de captura para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Juzgado.

Manuel de J. García, Jesús Márquez y otros, vecinos del Municipio de Acandí, se quejaron ante el Juez Promiscuo del Circuito de Turbo, por el proceder —según ellos— arbitrario del Juez Gregorio Mena, por haber llevado a efecto la detención del sindicado Luis Carlos Pérez O.

En vista de esta insinuación el Juez Promiscuo del Circuito de Turbo dirigió un radiograma al Juez Municipal de Acandí, con fecha 9 de junio de 1944, en el cual afirma que Luis Carlos Pérez ha sido detenido "violando disposiciones artículo 379 Procedimiento Penal en investigación, delito no castígase pena prisión o presidio; sírvase remitir actuación próximo correo".

Con fecha 14 de junio el Juez del Circuito ordena al Juez Municipal: "Sírvase poner en libertad inmediata Luis Carlos Pérez usted ha encarcelado violando artículo 379, bajo pena arresto de cinco días. Remita investigación próximo correo". El Juzgado Municipal frente al mandato del superior, en comunicación dirigida al Juzgado del Circuito expresó:. "Luis Carlos Pérez indaguélo ayer, deseo esa superioridad conozca sumario espero su concepto enviaré investigación próximo correo".

Pero el Juzgado del Circuito, ante la queja del Personero Municipal de Acandí, dijo al Juez Municipal: "Reitérole orden libertad inmediata bajo pena arresto cinco días. Remita diligencias ésta correo".

Libardo Hoyos Jaramillo respondió a los vecinos de Acandí en los siguientes términos: "Acabo dirigirme Juez ésa ordenándole inmediata libertad Pérez, exigiéndole envíe diligencias". Este mensaje está firmado por Libardo Hoyos, Juez Circuito.

El Juzgado Municipal no atendió las órdenes del Juez Promiscuo del Circuito de Turbo, porque la detención ordenada contra Luis Carlos Pé-

rez O. era legal y se respaldaba en la verdad de los hechos investigados, y en vez de poner en libertad al sindicado, ordenó remitir esas diligencias al superior.

El negocio se recibió en el Juzgado Promiscuo de Turbo el 19 de junio de 1944, y el mismo día se profirieron dos decisiones: la primera, revocando el auto de detención dictado contra Luis Carlos Pérez O., y la segunda, contiene la resolución en virtud de la cual se impuso a Juan Gregorio Mena, Juez Municipal de Acandí, "la pena de cinco días de arresto por la desobediencia en que incurrió al negarse a libertar a Pérez"; motivo éste último que trajo como consecuencia la suspensión del Juez Municipal, y la detención de Juan Gregorio Mena para cumplir la orden de arresto.

Estos hechos dieron margen para que Juan Gregorio Mena, en memorial de 23 de junio de 1944 dirigido al Procurador General de la Nación, denunciara criminalmente al doctor Libardo Hoyos Jaramillo, ex-Juez Promiscuo de Turbo, a fin de que se adelante la correspondiente investigación.

Pruebas

Al sumario se trajo copia de las actuaciones principales realizadas en el proceso iniciado contra Luis Carlos Pérez O., por el delito de detención arbitraria realizado ante el Juzgado Municipal de Acandí.

Copias de los radiogramas cruzados entre el Juez Municipal de Acandí y el Juez del Circuito de Turbo, como los del Personero Municipal, y la respuesta del Juzgado del Circuito a Manuel de J. García, Márquez y demás firmantes.

También se practicaron varias pruebas testimoniales, y se recibió declaración indagatoria al sindicado en relación con los cargos formulados en el memorial denuncio.

Para probar la calidad de funcionario de la rama jurisdiccional que como Juez Promiscuo del Circuito tenía el doctor Libardo Hoyos Jaramillo, en la fecha en que se le imputan los hechos, se trajo el acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión.

Se considera:

El Tribunal, como la Procuraduría, sostienen que el primer hecho, configura un delito contra los funcionarios públicos, sancionado por el artículo 184 del Código Penal que dice:

"El que en cualquier forma cometa violencia contra un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, o lo amenace, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años".

Esta disposición, protege el normal desenvolvimiento de las funciones del Estado confiadas a un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, y de manera preferente tutela la libertad de determinación de la voluntad del funcionario en el desempeño de actos que se hallan íntimamente vinculados con el ejercicio de las funciones que desempeña.

El delito se tipifica por la violencia física o moral que se ejerza contra el empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de sus funciones o inherente a las mismas; el hecho se consuma por la sola acción de emplear la violencia —física o moral— o la amenaza para obtener la realización del fin perseguido por el agente activo del delito, sin que sea elemento esencial de éste, la legalidad o ilegalidad de la resolución que se trata de imponer; en otros términos, no es característico del delito que el acto que se obliga a ejecutar o a omitir, esté o no ceñido a los preceptos legales.

Lo esencial en este delito es que la violencia o la amenaza se dirija contra un empleado o funcionario público, o la persona encargada de un servicio público, y que el empleo de esa violencia, o el ejercicio de esa amenaza sobre la posibilidad de causar un mal futuro, tenga como finalidad exclusiva el quebrantamiento de la libertad de determinación de ese funcionario, para que ejecute u omita algún acto propio de sus funciones.

"Trata esta disposición —ha dicho la Corte— del caso especial de violencia o amenaza a un empleado o funcionario público, bien para que ejecute, o bien para que omita algún acto de sus funciones. La primera condición consiste en que la víctima de la agresión o violencia, o de la amenaza, sea empleado o funcionario público; y la otra, que es su complemento, que la violencia, como quien dice acción física realizada, o la amenaza — acción física en potencia — sean con el fin de que el funcionario ejecute u omita algún acto propio de sus funciones. Es un delito **per se**. Y no hay necesidad de que el acto que se exige coercitivamente del funcionario sea siempre contrario al ejercicio de sus funciones. Puede ser legal; pero si el particular (o funcionario público aclara la Sala), lo reclama por medios que implican coacción, se hace acreedor a la pena que el

artículo comentado indica. Porque lo que aquí se reprime es el desacato a la autoridad, el menosprecio que traduce el obligar a sus representantes a hacer o dejar de hacer aquello que en un caso deberá hacerse normalmente, y en el otro, no debería hacerse de ninguna manera. En fin, el pretender sustituírla o imponerse a sus determinaciones".

Pero cuando el empleo de la violencia —física o moral— o cuando el ejercicio de la amenaza mediata o inmediata, son de tal naturaleza que por sí mismas conllevan no sólo a la violación de la norma del artículo 184, sino también, a la de otro derecho tutelado por una norma penal diferente, habrá un verdadero concurso formal de delitos y la sanción se regirá por las disposiciones del Capítulo III del C. P. que trata del concurso de delitos, como sería el caso de un delito contra los funcionarios públicos y otro de lesiones u homicidio, o también, como en el caso **sub judice,** delitos contra los funcionarios públicos y detención arbitraria.

El delito contra los funcionarios públicos puede ser cometido por un particular o por un funcionario público. En este caso concreto el agente activo del delito es un Juez Promiscuo del Circuito. El delito se cometió no por el ejercicio de una violencia, sino por el empleo de una amenaza que planteaba para el Juez comisionado la realización de un mal futuro, consistente en que si no accedía a revocar la orden de detención dictada contra Luis Carlos Pérez O., sería privado de su libertad mediante pena de arresto.

"Y esa amenaza —dice la Procuraduría— concierne cabalmente a la ejecución de un acto jurisdiccional propio del funcionario, como es el de detener o excarcelar a un procesado. La libertad provisional de éste no se logra en la forma arbitraria demandada por el Juez del Circuito doctor Hoyos, sino mediante la solicitud hecha por las personas que intervienen en el asunto y sujetándose a las disposiciones que señala el procedimiento, como son oír previamente al Agente del Ministerio Público, dictar el auto respectivo y sentar la diligencia de caución".

La detención de la persona sindicada por la comisión de un delito, no puede revocarse por órdenes verbales o radiotelegráficas del superior. La excarcelación y por consecuencia la libertad, se condicionan a mandatos imperativos de previo cumplimiento dentro del ordenamiento procesal. La revocatoria de un auto de detención no se hace caprichosamente, ni por órdenes condicionadas a la amenaza de que si ella no se cumple, el funcionario que omita realizar lo que el superior le ordena, será encarcelado. No. Este proceder tan incorrecto e injurídico, y este planteamiento de una amenaza para obligar al funcionario a ejecutar un acto propio de sus funciones, es lo que constituye el delito contra los funcionarios públicos de que trata el artículo 184 del Código Penal.

La revocatoria de un auto de detención, se vincula directamente a los conceptos de jurisdicción y competencia que debe tener el funcionario que la revoca: jurisdicción para administrar justicia, y competencia para conocer de determinado negocio. Cuando es el superior quien revoca el auto de detención, la competencia debe adquirirla por medio de los recursos legales otorgados por la ley procedimental; sin auto previo que ordene la apelación o consulta de la providencia dictada por el inferior, el superior no puede conocer del negocio, porque la jurisdicción no se suspende respecto del inferior para que la asuma el inmediato superior.

El mismo fenómeno ocurre cuando el Juez del Circuito comisiona a un Juez Municipal para iniciar y perfeccionar una investigación. En este caso, la jurisdicción y competencia del Juez de Circuito se suspende, mientras dura la comisión, y la adquiere el Juez Municipal para cumplir los ordenamientos del respectivo mandato. Siendo el Juez Municipal funcionario de instrucción y teniendo —por otra parte— jurisdicción y competencia para adelantar la respectiva investigación, todas las providencias que él dicte, deben reponerse o revocarse mediante el cumplimiento de las disposiciones legales.

Así, pues, el auto de detención no podía revocarse por el Juez Municipal de Acandí por medio de una orden radiotelegráfica emanada del Juez del Circuito de Turbo, primero, porque el Juez Municipal no era competente para revocarlo, sino el superior, y segundo, porque el Juez del Circuito sólo podía revocarlo en virtud del recurso de apelación legalmente interpuesto, o cuando el negocio llegare a su conocimiento por estar cumplida la comisión; fuera de estos casos, toda intervención es ilegal y abusiva.

Detención arbitraria

El 19 de junio de 1944, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Turbo "en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 112, numeral 6° del C. Judicial, impone al señor José Gregorio Mena Q., Juez Municipal de Acandí, la pena de

cinco días de arresto que pagará en la cárcel del mismo Municipio".

Los fundamentos de esta determinación no fueron otros que "la desobediencia de dicho funcionario, su negativa a cumplir órdenes superiores el desconocimiento de terminantes disposiciones del procedimiento. Sería, pues, en balde alegar por el señor Juez de Acandí, que el suscrito no tiene jurisdicción en determinado negocio, toda vez que asume ésta en su calidad de Jefe y director de la investigación en todo el Circuito..." El señor Juez Municipal de Acandí **fue conminado con la pena de cinco días de arresto** si no ponía en libertad inmediata a Luis Carlos Pérez, a quien detuvo contra todo principio legal y abusivamente. **No cumplió la orden, luego se ha hecho acreedor a la sanción".** (Subraya la Sala).

El Juez del Circuito no sólo cometió un delito contra los funcionarios públicos, sino que, independientemente de esa infracción, sancionó esa rebeldía, esa desobediencia, ese desacato del Juez Municipal a cumplir la orden del superior, con la pena de cinco días de arresto, es decir, cometió un delito de detención arbitraria.

El Juez Municipal de Acandí fue comisionado para adelantar y perfeccionar la investigación de los hechos imputados a Luis Carlos Pérez O., y dentro de esas atribuciones, como funcionario de instrucción, tenía plena facultad para ordenar la detención del sindicado si las pruebas del proceso así lo aconsejaban. Eso hizo el comisionado de acuerdo con la ley, y el superior, no podía obligarlo a revocar esa detención, ni mucho menos imponerle una pena de arresto por el desobedecimiento de ese mandato.

La detención sólo podía revocarse mediante el cumplimiento de los requisitos legales del Código de Procedimiento Penal, y el acto del Juez Municipal de Acandí en cuanto se abstuvo de dar cumplimiento al mandato del Juez del Circuito, no contenía ilicitud alguna, porque las pruebas allegadas en contra de Luis Carlos Pérez O., de acuerdo con la ley eran fehacientes para detenerlo. "Esa negativa a cumplir órdenes superioriores —dice el Agente del Ministerio Público— de que habla la ya mentada resolución, fue apenas un acto de resistencia a la opresión ejercida por el superior sobre el inferior".

"Ahora bien: si el Juez doctor Hoyos cometió precisamente un delito al presionar al comisionado para que pusiera en libertad a Pérez, resulta obvio que la legítima desobediencia del Juez Municipal no autorizaba, en manera alguna, al superior para sancionarlo correccionalmente. Un abuso engendró, pues, otro abuso contra el inferior".

"Por otra parte, como acertadamente lo dice el Tribunal, pesaron más en el ánimo del procesado para orientar su conducta, las intrigas de unos particulares influyentes del vecindario de Acandí, que las consideraciones de respeto a la ley y a la solidaridad debida al Juez comisionado".

Es evidente como lo afirma el Juez del Circuito que tenía jurisdicción para conocer de los negocios penales cometidos dentro del Circuito, pero esa jurisdicción no le daba competencia para resolver por medio de órdenes telegráficas un incidente de excarcelación, porque esa competencia implica necesariamente el conocimiento actual del negocio, bien sea por medio de los recursos legales, o ya también, por solicitud que se haga del negocio al Juez comisionado, pero la ley, no le confiere ninguna facultad al superior para finalizar determinadas actuaciones procesales por órdenes o mandato que no tienen respaldo alguno en el proceso. De manera que la pena de arresto, impuesta por desobedecimiento de un mandato, conlleva naturalmente la violación de la ley penal en su artículo 295.

"Para que haya detención arbitraria —dice la Procuraduría— se necesita, al tenor del artículo 295 del Código Penal, la concurrencia de los siguientes requisitos:

"1º Que el agente o autor del hecho sea un funcionario o empleado público; 2º Que se prive a alguno de su libertad; y 3º Que el hecho se ejecute con abuso de funciones o indebidamente".

"Lo primero es aquí indubitable, pues el doctor Hoyos era Juez del Circuito de Turbo el día 10 de junio de 1944, fecha de la resolución en que impuso la pena de arresto al Juez Mena; y también tenía esa calidad, cuando se llevó a efecto el cumplimiento de dicha sanción disciplinaria.

"También se halla demostrado que el señor Juan Gregorio Mena, una vez suspendido de su cargo de Juez Municipal de Acandí, pagó la pena de cinco días de arresto que le aplicó el Juez doctor Hoyos.

"Y el abuso de funciones es igualmente evidente".

Demostrados los elementos que tipifican esta infracción no sólo en su aspecto objetivo sino también subjetivo, el auto debe confirmarse.

Para la investigación y fallo de los delitos imputados al Juez acusado, no era necesaria la formación de dos procesos independientes, porque

la conexidad implica un vínculo lógico de causalidad que une los diversos delitos entre sí, ya sea que éstos sean cometidos por una misma persona o por diversos autores.

El vínculo que constituye la conexidad, puede tener origen en diversos motivos y ser más o menos estrechos entre sí, como por ejemplo, el de causa a efecto, como sucede cuando uno de los delitos tiene su origen en el otro, es decir, que uno es efecto del otro, y si la conexidad se vincula íntimamente al problema de la competencia y unidad de procedimiento, nada más natural que cuando se está en presencia de delitos conexos deba aplicarse la norma del artículo 54 del Código de Procedimiento, no sólo en cuanto a la competencia, sino también en cuanto a la unidad de actuación en el procedimiento y en el fallo.

"La orden arbitraria del Juez Dr. Hoyos, dice la Procuraduría, para excarcelar a Pérez, dio origen a la justa rebeldía del funcionario constreñido; y la desobediencia de éste determinó la pena de arresto y la detención abusiva de que fue víctima. Si el Juez Municipal acata la orden, todo habría cesado allí y la detención del mismo nunca hubiera ocurrido. He aquí cómo surge, con soberana evidencia, el nexo de causalidad entre el delito contra funcionarios públicos y el delito de detención arbitraria".

De manera que la alegación que sobre este particular hace el representante del procesado, no tiene ningún fundamento legal.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha once (11) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. Remigio González Gooding, Conjuez.—**Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El defensor del doctor Libardo Hoyos Jaramillo, interpone recurso de reposición contra el auto de veintidós de julio del presente año, proferido por la Sala, en virtud del cual se CONFIRMA la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha once de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Petición

El memorialista pide:

"1º Que se modifique el fallo del 22 de julio en el sentido de cambiar la denominación de los delitos, por la de abuso de autoridad (artículos 171 y siguientes del C. P.) y

"2º Si a esto no se accede, que se deje la confirmación del llamamiento a juicio, por detención arbitraria pero revocando el llamamiento por "delitos contra funcionarios públicos" puesto que lo que se ha tenido como amenaza no fue sino una amonestación o advertnecia que podría apenas significar un hecho o acto preparatorio denominado, del ilícito de "Detención arbitraria".

Lo primero, se funda en el hecho de que el doctor Hoyos no sólo recibió quejas de particulares sino también del propio Personero Municipal de Acandí, "acerca de la arbitrariedad que estaba cometiendo el Juez Municipal señor Mena".

El reclamo del expediente era inoperante y la imposición de la medida disciplinaria de que tratan los artículos 112, numeral 6° del Código Judicial y 423 del Código de Procedimiento Penal no implican que el Juez haya delinquido.

Lo segundo, se funda en el hecho de que la violencia moral —en su forma de amenaza— es un elemento constitutivo del delito de detención arbitraria; de no ser así, "En ese delito incurriría todo Gobernador que, al recibir quejas contra cualquier alcalde, se dirige dándole cuenta y ordenándole que proceda en tal o cual sentido. Y los Ministros y en general cualquiera de los funcionarios".

"Parece por tanto peligrosa la tesis planteada por la Procuraduría en forma tan genérica, porque de ahí habría que pasar a la impotencia de los superiores para dirigir y reprender a los inferiores por hechos arbitrarios precipitados".

Se considera:

Primero.—En el auto cuya reposición se pide se analizaron las dos clases de infracciones, y detenidamente se estudiaron los elementos estructurales de cada delito.

La circunstancia de que el doctor Hoyos hubiera recibido varias quejas de particulares —y entre otras— la del Personero Municipal, sobre las posibles arbitrariedades que estaba cometiendo el Juez Municipal de Acandí, no le conferían ninguna facultad para obligar a dicho funcionario por medio de órdenes telegráficas a que pusiera en libertad a la persona sindicada por la comsiión de un delito, máxime cuando la detención era fundada.

"La detención de la persona sindicada por la comisión de un delito —dijo la Corte— no puede revocarse por órdenes verbales o radiotelegráficas del superior. La excarcelación y por consecuencia la libertad se condicionan a mandatos imperativos de previo cumplimiento dentro del ordenamiento procesal. La revocatoria de un auto de detención no se hace caprichosamente, ni por órdenes condicionadas a la amenaza de que si ella no se cumple, el funcionario que omita realizar lo que el superior le ordena, será encarcelado. No; este proceder tan incorrecto e injurídico, y este planteamiento de una amenaza para obligar al funcionario a ejecutar un acto propio de sus funciones, es lo que constituye el delito contra los funcionarios públicos de que trata el artículo 184 del Código Penal.

"La revocatoria de un auto de detención, se vincula directamente a los conceptos de jurisdicción y competencia que debe tener el funcio-

nario que la revoca: jurisdicción para administrar justicia, y competencia para conocer de determinado negocio. Cuando es el superior quien revoca el auto de detención, la competencia debe adquirirla por medio de los recursos legales otorgados por la ley procedimental; sin auto previo que ordene la apelación o consulta de la providencia dictada por el inferior, el superior no puede conocer del negocio, porque la jurisdicción no se suspende respecto del inferior para que la asuma el inmediato superior.

"El mismo fenómeno ocurre cuando el Juez del Circuito comisiona a un Juez Municipal para iniciar y perfeccionar una investigación. En este caso, la jurisdicción y competencia del Juez de Circuito se suspende, mientras dura la comisión, y la adquiere el Juez Municipal para cumplir los ordenamientos del respectivo mandato. Siendo el Juez Municipal funcionario de instrucción y teniendo —por otra parte— jurisdicción y competencia para adelantar la respectiva investigación, todas las providencias que él dicte, deben reponerse o revocarse mediante el cumplimiento de las disposiciones legales.

"Así, pues, el auto de detención no podía revocarse por el Juez Municipal de Acandí por medio de una orden telegráfica emanada del Juez del Circuito de Turbo, primero, porque el Juez Municipal no era competente para revocarlo, sino el superior, y segundo, porque el Juez del Circuito sólo podía revocarlo en virtud del recurso de apelación legalmente interpuesto, o cuando el negocio llegare a su conocimiento por estar cumplida la comisión; fuera de estos casos toda intervención es ilegal, abusiva".

El procedimiento para la devolución del expediente, era el señalado por el artículo 423 del Código de Procedimiento Penal, si los términos de la comisión se hallan vencidos, pero en ningún caso la orden para que se ponga en libertad al sindicado, por un simple mandato del superior, pues esto supone otros trámites señalados en la ley.

Segundo. — La violencia física o moral o la amenaza que se ejerce contra un funcionario público o encargado de un servicio público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, no es elemento constitutivo del delito de detención arbitraria, ni es un acto preparatorio del mismo, porque lo que configura esta última infracción, es el abuso que hace el funcionario público de sus funciones, para privar a determinada persona de su libertad. Los elementos integrantes de este delito son esencialmente distintos de los constitutivos de infracciones contra los funcionarios públicos, y en ningún caso se confunden los unos con los otros para que pueda presumirse que los actos que configuran el uno sean elementos del otro.

Es claro que el delito contra los funcionarios públicos es susceptible de ser cometido por los funcionarios del orden administrativo —Gobernadores y Ministros— como lo sugiere el memorialista, pero es natural que cuando las órdenes administrativas son precisas y terminantes, los empleados subalternos deben sujetarse a los términos exactos de la comisión. No es lo mismo instruir un sumario en donde el comisionado tiene amplias facultades de funcionario instructor, que el cumplir una orden o mandato administrativo, en donde el comisionado sólo puede actuar dentro de los términos del mandato del superior; en estos casos, cuando el inferior no cumple esa comisión el comitente tiene facultad no sólo para sugerir sino para obligar a que el comisionado se sujete estrictamente a los términos del mandato. Bajo este supuesto, quedan a salvo las dudas del memorialista.

La tesis de la Procuraduría no es peligrosa, pues ella únicamente se limita a interpretar los términos de la disposición que configura el delito contra los funcionarios públicos, y es natural que, cuando se está en presencia de una infracción de esta naturaleza, y, por otra parte, se han demostrado los elementos objetivos y subjetivos de la infracción, el deber del juzgador es dictar el correspondiente auto de llamamiento a juicio, para que dentro de él, las partes aduzcan las pruebas tendientes a desvirtuar el cargo.

Si lo anterior es evidente, no hay lugar a considerar la prescripción de la acción penal.

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, NO REPONE su providencia de fecha veintidós de julio del presente año.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Remigio González Gooding, Conjuez—**Floriberto Ramos,** Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD — DEMORAS

Como lo dijo la Corte, en fallo de 7 de junio de 1949, "la morosidad que la ley penal reprime es la nacida de la falta de asistencia a la oficina, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morosidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana y, por lo tanto, absurdo e injurídico".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Pereira, en providencia de 4 de julio último, llamó a responder en juicio criminal, por abusos de autoridad consistentes en demoras en el despacho, al juez del circuito de Apía, doctor Miguel Angel Marín V., y sobreseyó definitivamente en favor del doctor Nicomedes Hincapié Mejía, que desempeñó el mismo cargo, y por razón del mismo ilícito.

De los autos resulta:

a) Que el doctor Miguel Angel Marín V. desempeñó el cargo de juez del circuito de Apía desde el 3 de septiembre de 1943 hasta el 19 de marzo de 1946 (folios 7, 9, 12, 24 vuelto y 28).

b) Que el doctor Nicomedes Hincapié Mejía desempeñó el mismo cargo desde el 12 de abril de 1946 hasta el 12 de julio de 1947 (folios 6 v., 10, 12 y 24 v.).

c) En dicha oficina cursaba un sumario por hurto de ganado mayor, cometido el 16 de febrero de 1943, contra Eduardo Osorio y otros (fls. 1 y siguientes, 73, 78, etc.).

d) Dicho negocio quedó suspendido desde el 30 de octubre de 1943, en que se concedió excarcelación a uno de los sindicados, hasta el 27 de septiembre de 1944 (fls. 2, 2 v., 22, 73 y 77 vuelto).

e) Además, el proceso estuvo al despacho del juez desde el 27 de septiembre de 1944 hasta el 6 de mayo de 1946, en que se declaró cerrada la investigación (fls. 1, 2 v. y 78).

f) Y por último, el expediente entró nuevamente al despacho el 5 de junio de 1946 (fls. 62 v. y 73) y fue calificado solamente el 9 de octubre de 1946, con auto de proceder para Eduardo Osorio y de sobreseimiento definitivo para Francisco Rodas (fls. 1, 3, 50, 73, y 78).

El sobreseimiento definitivo en favor del doctor Hincapié Mejía debe confirmarse, porque realizó un trabajo satisfactorio en el tiempo en que estuvo al frente del despacho.

Así, en la visita que le fue practicada el 3 de julio de 1946, se dejó constancia que desde el 12 de abril anterior hasta esa fecha, o sea en menos de tres meses, había dictado 19 autos interlocutorios y 10 sentencias en lo civil, y 19 autos interlocutorios y 2 sentencias en lo penal, fuera de las diligencias y autos de sustanciación, rendimiento que el visitador encontró "apreciable" (f. 63).

Además, las explicaciones que da el acusado son perfectamente atendibles: se trata de un juzgado promiscuo, con un gran volumen de negocios y en que se daba prelación a los procesos en que hay detenidos, lo que no sucedía con el de que ahora se trata (fls. 28 y siguientes). Por ello el fiscal del Tribunal, esta entidad y el Procurador están en pro del sobreseimiento en favor del funcionario.

El enjuiciamiento contra el doctor Marín V. debe, en cambio, revocarse, como lo pide la Procuraduría, pues también este empleado desempeñó su cargo con una eficacia que aparece como la única exigible.

El juez acusado da las mismas explicaciones de recargo de trabajo; de que le daba prelación a los asuntos con preso; y de que desempeñó el empleo haciendo lo posible para que ninguno de los interesados sufriera perjuicios (f. 28).

Y así es en realidad, pues el propio Tribunal reconoce que la cantidad de negocios recibidos por el juez Marín de su antecesor fue "grande"; que "en la actuación del doctor Marín no se advierte mala fe ni dolo", aunque afirma que hubo descuido al no hacer cesar la demora en la tra-

mitación del expediente de marras, y que debe "sentar un precedente en lo relacionado con demoras en los juzgados" (fls. 96, y 97).

Pero, como la Procuraduría lo anota, las visitas que se practicaron en el juzgado dejan la convicción de que no existió negligencia de parte del funcionario.

Así, en la visita que le practicó el Fiscal del Tribunal sobre tres meses de fines de 1943, se ve que el funcionario acusado dictó 267 providencias de fondo en lo penal (f. 45). Por lo cual dejó aquél la siguiente constancia:

"Durante la visita ni con anterioridad a ella recibió el suscrito queja alguna contra ninguno de los empleados del despacho visitado; los quejosos, si los hay, no han exteriorizado sus reclamos en forma alguna. Al contrario, se recogen en el ambiente muy elogiosos comentarios del Juez y Secretario, especialmente, lo que da la sensación de que Apía está en la actualidad bien servida".

En la que practicó un visitador de la Procuraduría sobre el tiempo comprendido del 3 de septiembre de 1943 al 5 de octubre de 1945 se dejó constancia de que el juez había proferido 360 providencias de fondo en el ramo penal y 525 en el ramo civil, lo que da un total de 885 decisiones (fls. 51 v. y 53), trabajo que hizo dejar al visitador esta anotación:

"El trabajo que se ha realizado en el juzgado se aprecia al leer los datos antes anotados. Por ser bastante apreciable, se le manifiesta al señor juez y a sus empleados una voz de aplauso". (Fs. 53).

Y en fin, en la visita que se practicó en marzo de 1946 dejó también constancia el visitador de que "el juzgado ha tenido un favorable rendimiento de trabajo" (f. 65).

Por eso la Procuraduría, después de traer a cuento la estadística de trabajo en los años de 1943 a 1946, que aparece como encomiable, hace las siguientes consideraciones que la Sala acoge:

"De estos cuadros estadísticos se deduce claramente que el juez acusado trabajó con intensidad, a tal punto que dio un rendimiento superior o al menos igual al que hubiera podido producir un funcionario diligente y práctico en la judicatura. Por eso resultan merecidos los elogiosos comentarios que se hacían en Apía sobre la consagración del Juez doctor Marín, como lo hizo constar el Fiscal del Tribunal en la visita que le practicó.

"Y si a esto se agrega que el juzgado del circuito de Apía es promiscuo; que el volumen de negocios que allí cursan es considerable; que los procesos penales en que hay detenidos merecen preferencia; y que esa oficina estaba desprovista hasta de máquinas de escribir cuando el doctor Marín la desempeñó, resulta entonces más meritoria su labor y, en esas circunstancias, el cargo de morosidad que se le imputa carece de fundamento".

La Procuraduría hace un oportuno análisis de cuál es la morosidad dolosa y recuerda las doctrinas de esta Sala en el particular, para concluir pidiendo el sobreseimiento definitivo en favor del acusado, el cual se decretará, por considerar que no puede deducírsele responsabilidad.

"Uno de los casos de abuso de autoridad ocurre —ha dicho la Corte— cuando el funcionario o empleado público retarda el cumplimiento de sus deberes, en forma injustificada, esto es, cuando dentro de una actividad normal y corriente, o sea, dentro de las posibilidades de trabajo exigible, el juez no ha ejecutado los actos o dictado las providencias que en un negocio deba haber ejecutado o dictado". (Fallo de 4 de febrero de 1949, G. J. Tomo LXV, números 2068-69, página 423).

Y en fallo de 7 de junio último expresó también la Corte que "la morosidad que la ley penal reprime es la nacida de la falta de asistencia a la oficina, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morosidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana y, por lo tanto, absurdo e injurídico".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto de proceder apelado y en su lugar sobresée definitivamente en favor del doctor Miguel Angel Marín V., por el cargo de abusos de autoridad de que se ha hablado en la parte motiva de esta providencia, y confirma el auto consultado en lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

Cuando en la realización de un delito intervienen factores de orden político, es natural que esa exaltación pasional se traduzca en hechos que, por lo menos, sugieren la posibilidad de que la justicia sea interferida por ese criterio perjudicial para los intereses de la recta administración de justicia. En estos casos, difícil es que los funcionarios de la rama jurisdiccional, o las personas que por cualquier circunstancia intervienen en el proceso, se sustraigan al influjo nocivo de esas causas ambientales políticas que predominan en el lugar donde debe juzgarse a los procesados.

El criterio predominante para conceptuar favorable o desfavorablemente sobre un cambio de radicación, radica en la conveniencia del Estado y de la sociedad para que la justicia no sufra quebrantos y se administre rectamente; conveniencia que puede fundarse en hechos o circunstancias que en alguna forma, bien sea directa o indirecta, puedan influir en los resultados de la investigación con menoscabo de los intereses sociales o del procesado. Cuando existe esta posibilidad el derecho consagrado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia jurídica para que se opere el cambio de radicación.

La política como expresión o manifestación de ideas de un partido se convierte en determinados momentos en la pasión dominante de un ambiente determinado, y cuando esto sucede, esa pasión política genera odios, venganzas y resentimientos imposibles de preveer. Así, pues, dentro de un ambiente saturado de móviles políticos, es natural que la justicia no pueda tener esa independencia absoluta para que sea administrada imparcialmente por las personas encargadas de aplicarla y se halle expuesta a sufrir quebrantos, y en orden a evitar estos factores de perturbación nada más aconsejado que el cambio de radicación del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte las diligencias presentadas por el doctor José Enrique Arboleda V., curador **ad-litem** del menor Edgar Velasco Arboleda y apoderado de Jaime Ortega Castro, sindicados de los delitos de homicidio y lesiones personales.

Pruebas

A su petición acompaña los siguientes documentos:

a) Certificado del Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el cual consta que en ese despacho cursa el sumario contra los mencionados señores.

Que el menor Velasco Arboleda se halla detenido; y que el peticionario tiene personería para intervenir en el proceso, ora en su calidad de curador **ad-litem,** ya también como apoderado.

b) Copias de las protestas del Concejo Municipal de Popayán, y de la Asamblea del Cauca por el homicidio cometido en la persona de Gerardo Irurita.

En la primera de éstas dice:

'El Concejo considera que el Gobierno tiene grave responsabilidad en estos hechos protagonizados por un elemento falangista, por cuanto los decretos y disposiciones sobre desarme de los ciudadanos vienen siendo sistemáticamente violados por las más exaltadas unidades del conservatismo con la anuencia de las autoridades encargadas de impedirlo".

c) Varios ejemplares del periódico "El Liberal" de Popayán y uno de "El Tiempo" de Bogotá, en los cuales se han publicado protestas y comentarios de carácter político en relación con dichos sucesos.

En la protesta del directorio liberal departamental se dice que es necesario manifestar a la ciudadanía que se trata de un auténtico crimen por móviles políticos ya que el autor del ilícito de que se da cuenta es un individuo conocido como elemento falangista.

Otro tanto se afirma en la protesta de los estudiantes universitarios liberales de la ciudad de

Popayán, y en las protestas de los Concejos Municipales de Cajibío y del directorio liberal de Corinto.

Finalmente, se acompaña una hoja editada en mimeógrafo en la cual se señala al "estudiante falangista Edgar Velasco Arboleda como un miserable criminal del Escuadrón Roa Sierra".

Derecho

El cambio de radicación se funda en lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, y el motivo se deduce del hecho de haberse formado en torno a dicho proceso "una atmósfera de tensión política que resta independencia a los funcionarios como a las personas que intervienen en el asunto, ya en calidad de testigos o de peritos".

Se considera:

El hecho aunque en su esencia no es un delito político, los móviles que a él se le atribuyen —se dicen— ser de carácter enteramente político por estar animados por una pasión predominante de partido o criterio político que es el reflejo de los dos partidos tradicionales que en nuestro país luchan por la primacía e imposición de sus ideas o credos políticos.

Cuando en la realización de un delito intervienen factores de orden político, es natural que esa exaltación pasional se traduzca en hechos que, por lo menos, sugieren la posibilidad de que la justicia sea interferida por ese criterio perjudicial para los intereses de la recta administración de justicia. En estos casos, difícil es que los funcionarios de la rama jurisdiccional, o las personas que por cualquier circunstancia intervienen en el proceso, se sustraigan al influjo nocivo de esas causas ambientales políticas que predominan en el lugar donde debe juzgarse a los procesados.

El criterio predominante para conceptuar favorable o desfavorablemente sobre un cambio de radicación, radica en la conveniencia del Estado y de la sociedad para que la justicia no sufra quebrantos y se administre rectamente; conveniencia que puede fundarse en hechos o circunstancias que en alguna forma, bien sea directa o indirecta, puedan influir en los resultados de la investigación con menoscabo de los intereses sociales o del procesado. Cuando existe esta posibilidad el derecho consagrado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia jurídica para que se opere el cambio de radicación.

"El ejercicio de la facultad que la ley ha otorgado al Gobierno —ha dicho la Corte— para variar la radicación de los procesos tiene especial aplicación en aquellos casos de excepcional gravedad, que han conmovido la opinión pública y que, además, han sido consumados bajo el influjo de las pasiones políticas. En tales condiciones, es conveniente abundar en garantías y sustraer su juzgamiento del distrito judicial en donde ocurrieron los hechos, lo que sin duda fortalece la confianza que todos los ciudadanos deben tener en la rectitud e imparcialidad de las decisiones de la justicia".

Las pruebas aducidas para demostrar la conveniencia del cambio de radicación, claramente plantean el hecho de que al delito se lo ha rodeado de un ambiente esencialmente político, no otra cosa se deduce de las protestas de las directivas de un partido político y de las constancias de algunos concejos municipales. En estas circunstancias, si los hechos imputados a los sindicados tuvieron un origen o móvil, o causas políticas, y si, por otra parte, estos factores tienen influencia preponderante en el curso de la investigación, nada más lógico que ellas también tengan su reflejo en la culminación del proceso.

La política como expresión o manifestación de ideas de un partido se convierte en determinados momentos en la pasión dominante de un ambiente determinado, y cuando esto sucede, esa pasión política genera odios, venganzas y resentimientos imposibles de preveer. Así, pues, dentro de un ambiente saturado de móviles políticos, es natural que la justicia no pueda tener esa independencia absoluta para que sea administrada imparcialmente por las personas encargadas de aplicarla y se halle expuesta a sufrir quebrantos y en orden a evitar estos factores de perturbación nada más aconsejado que el cambio de radicación del proceso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso adelantado contra Edgar Velasco Arboleda, Jaime Ortega Castro y otros por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Cópiese y remítanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

DELITOS DE PREVARICATO Y DE ABUSO DE AUTORIDAD

1.—Podrían ser jurídicamente discutibles los argumentos que el Juez sindicado adujo para dictar la providencia por medio de la cual el sindicado concedió la libertad a dos procesados, por considerar que los elementos probatorios allegados hasta entonces no reunían los requisitos legales necesarios para sostener la detención antes decretada por otro funcionario instrutor, hecho por el cual se inició contra él la investigación. Mas la circunstancia de provenir de una apreciación subjetiva del fallador implica la imposibilidad de señalar responsabilidad penal en ese hecho, a menos que surja materia relativa a que su actuación hubiese obedecido a motivos que sitúen esa conducta dentro de específicas manifestaciones de prevaricato, porque no se debió el proceder del funcionario a un equivocado o erróneo criterio de apreciación, sino a un interés injusto o contrario a la ley, a sabiendas de ello y determinado por móviles de simpatía o de animadversión bastantes para señalar su responsabilidad por aquel carácter.

2.—Para que un hecho configure el delito de abuso de autoridad es necesario que el acto arbitrario o injusto se produzca contra una persona o contra una propiedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre cuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, consulta el auto de fecha cuatro de julio del presente año, por medio del cual sobreseyó definitivamente a favor del doctor José Antonio Jiménez, sindicado de varios actos de responsabilidad cometidos en su carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá.

Agotada la tramitación correspondiente a la segunda instancia y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, procede la Corte a revisar la providencia aludida.

Hechos

El Alcalde de Buenavista, Municipio del Departamento de Boyacá, inició un sumario contra Pablo Guzmán y Samuel Moreno, por el delito de homicidio.

El veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, el funcionario instructor remitió el sumario al Juez Penal del Circuito de Chiquinquirá y el primero de marzo siguiente fue repartido el expediente al señor Juez Segundo Penal de aquel Circuito, cuyo titular lo era el doctor José Antonio Jiménez. El mismo día, el Juez ordenó librar boleta de detención contra los sindicados Moreno y Guzmán, cumplido lo cual y en aquella fecha volvió nuevamente el proceso al despacho.

Al día siguiente, o sea el dos de marzo, el Juez dictó una providencia, por medio de la cual ordenó la libertad inmediata e incondicional de los sindicados, por cuanto estimó que el sumario no reunía los requisitos exigidos por los artículos 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal para sostener la detención decretada por el Alcalde de Buenavista contra Guzmán y Moreno.

Para cumplir la anterior providencia, el negocio pasó a la Secretaría, donde luégo de librar la boleta de libertad de los detenidos, permaneció sin actuación alguna hasta el 29 de marzo de 1948, en que la Secretaría pasó el expediente al despacho del Juez, en virtud de reclamo del Jefe de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, y en esa misma fecha se ordenó enviarlo al Juez Superior de Tunja, por competencia.

Al doctor José Antonio Jiménez, Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, se le sindica de haber ordenado la libertad de los sindicados Pablo Guzmán y Samuel Moreno, a pesar de contener el expediente respectivo, la prueba necesaria para la detención; y de haber incurrido en demoras en la actuación, desde el 2 de marzo de 1948, hasta el 29 de los mismos mes y año.

Concepto del Procurador

Sobre el primer cargo formulado al sindicado doctor Jiménez, el colaborador dice que en el auto en que se concedió la libertad a los procesados Moreno y Guzmán, el Juez dio las razones en que fundó aquella determinación y que, 'como en materia de apreciación de pruebas juega un papel importantísimo la libertad de criterio de los juzgadores, en términos generales, es difícil deducirles responsabilidad penal cuando incurren en error, porque entonces está de por medio la falibilidad humana, que excluye el dolo y la culpa, elementos éstos necesarios para integrar una infracción imputable a personas normales".

Descarta, por consiguiente, el delito de prevaricato imputado al Juez Jiménez, por carencia absoluta de prueba sobre interés especial, ajeno a la recta administración de justicia que tuviera aquél para favorecer a los sindicados con la libertad que les concedió.

Tampoco admite el señor Procurador la imputación hecha al sindicado de haber infringido el artículo 171 del Código Penal, porque —dice— "el abuso de autoridad, aparte de ser doloso, debe causar un daño contra una persona o una propiedad"; lo que no sucede en el presente caso, pues, por el contrario, con la excarcelación de Moreno y Guzmán, aún en el caso de que fuera arbitraria, se produjo un beneficio a favor de los mismos.

En relación con las demoras producidas en la investigación, de que se ha acusado también al Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, de ellas debe responder la Secretaría del Juzgado, "donde —agrega el Agente del Ministerio Público— permaneció inactivo el sumario durante la época a que tales demoras se refieren y así lo ha decidido el Tribunal ordenando sacar copia de lo pertinente para averiguar la conducta del subalterno".

Finalmente y en vista de lo anterior, el señor Procurador pide a la Corte confirme la providencia materia de la consulta.

Se considera:

Es indudable que los artículos 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal en que se basó el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá para dictar la providencia de fecha 2 de marzo de 1948 (fol. 9), que ha servido de motivo para pretender como dolosa su conducta, y de ocasión para investigar la responsabilidad en que pudiese haber incurrido en su calidad de funcionario, implican una apreciación probatoria previa a fin de conocer si las diligencias practicadas hasta entonces en un determinado proceso dan fundamento a la medida precautelativa que autoriza la detención preventiva cuando se llenan los presupuestos legales que determinan aquellos artículos.

Podrían ser jurídicamente discutibles los argumentos que el Juez sindicado adujo para dictar la providencia origen del proceso. Mas la circunstancia de provenir de una apreciación subjetiva del fallador implica la imposibilidad de señalar responsabilidad penal en ese hecho, a menos que surja materia relativa a que su actuación hubiese obedecido a motivos que sitúen esa conducta dentro de específicas manifestaciones de prevaricato, porque no se debió el proceder del funcionario a un equivocado o erróneo criterio de apreciación, sino a un interés injusto o contrario a la ley, a sabiendas de ello y determinado por móviles de simpatía o de animadversión bastantes para señalar su responsabilidad por aquel carácter.

Nada de ello ocurre en el caso a estudio de la Corte. Las explicaciones categóricas del sindicado en su indagatoria convencen de que la decisión adoptada por el doctor Jiménez en su calidad de Juez obedeció a un convencimiento racional inspirado en consideraciones de índole legal, que podrían servir para controvertir su criterio, pero ineficaces para dar a su proceder contenido penal alguno.

El siguiente aparte de su exposición indagatoria da una amplia explicación de lo ocurrido, muy atendible y que merece ser tenida como prueba de inocencia por parte del sindicado. Dice:

"Posiblemente esto fue lo que ocurrió con los sindicados a que antes se ha hecho referencia, pues en la apreciación de la prueba el Juez es autónomo, sin que a nadie le sea dado entrar a averiguar en qué forma adquirió la convicción de si un hecho es punible o no y si los autores de ese hecho en un momento dado, son acreedores a las sanciones que establece el Código de las penas. Dentro de la práctica judicial, es muy común que los Jueces se equivoquen en la apreciación de la prueba, pero en todo caso esta equivocación es de buena fe, mientras no se demuestre lo contrario; y si los Jueces y funcionarios judiciales en general no fueran susceptibles de equivocación estarían por demás los Tribunales y la Corte Suprema de Justicia, entidades éstas encargadas de corregir los posibles yerros en que incurren los funcionarios subalternos en tratán-

dose de la apreciación de la prueba, ya de hecho, ya de derecho.

"En el caso que nos ocupa, en concepto del suscrito Juez, no se le ha causado perjuicio a ninguna persona, con el hecho de haber puesto en libertad a los sindicados Samuel Moreno y Pablo Guzmán, no habiendo existido en la época en que fueron puestos en libertad la prueba exigida por los artículos 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal para detener preventivamente, como que ese error se podía subsanar en cualquier momento, allegando a los autos la prueba requerida para tal fin, reduciendo a prisión a los sindicados; lo grave hubiera sido haber incurrido en el extremo contrario, es decir, haber detenido a los sindicados sin la prueba que establece la ley, pues entonces se les habría privado injustamente de su libertad y el funcionario se habría hecho acreedor a las sanciones establecidas, para el delito de detención arbitraria. El daño que se le causa a un ciudadano reduciéndolo a prisión sin haber mérito para ello, es irreparable, pues la afrenta que le ocasiona el hecho de estar privado de su libertad no se puede subsanar ante los ojos de la sociedad".

Para tener como delictuosa la conducta del Juez doctor Jiménez por el hecho de que se le sindica, sería menester que algún móvil o pasión determinada se hubiera comprobado, cosa que no ocurre, pues en el fondo lo que surge del proceso es una apreciación autónoma del funcionario, que no da pie para dar al hecho la grave fisonomía de un prevaricato.

Ni tampoco sería abuso de autoridad, porque como muy bien lo anota el señor Agente del Ministerio Público, esta infracción, para tener tal carácter, exige como elemento constitutivo el que el acto arbitrario o injusto se produzca contra una persona o contra una propiedad. Ninguno de estos caracteres reúne el de que aquí se trata antes por el contrario, el hecho —si pudiera implicar injusticia o arbitrariedad— se cometió en beneficio de los sujetos favorecidos con la orden de libertad incondicional, por estimar el Juez que la prueba recogida hasta entonces no daba mérito al mantenimiento de la detención preventiva.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia— Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, CONFIRME, como en efecto confirma, en todas sus partes la providencia que fue materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

El cambio de radicación de un proceso penal, de un Distrito Judicial a otro, se funda en motivos de orden público y social; el primero estriba en la recta administración de justicia para conservar la independencia y prestigio del Organo Jurisdiccional, y el segundo, en la tutela de los derechos que tienen las partes que intervienen en el proceso para la defensa de sus respectivos intereses, mediante la separación de cualquier motivo que racionalmente pueda considerarse como elemento perturbador en la tramitación de un proceso y en el juzgamiento de los responsables. Esta medida ha tenido preferente aplicación para hechos que se desarrollan bajo el influjo de pasiones políticas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre ocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud de cambio de radicación del proceso seguido contra José Miguel Ruiz Cancino, por el delito de homicidio en la persona de Luis Alberto Prada, adscrito al Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga, petición hecha por el doctor Antonio José Uribe Prada, apoderado del procesado.

La Sala debe dar su concepto, al tenor del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor Uribe Prada, presenta como fundamento de su petición, los siguientes hechos:

"**Primero**—Soy apoderado de José Miguel Ruiz Cancino en el proceso que por homicidio en Luis Alberto Prada cursa contra él en el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga;

"**Segundo.** — En el referido negocio criminal ocurrió lo siguiente:

"a.—El H. Tribunal Superior de Bucaramanga, el 31 de agosto del presente año, "comisionó" al Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga para adelantar la investigación de los hechos de sangre ocurridos en Piedecuesta la noche, anterior habiendo en Bucaramanga tres Juzgados Superiores y no siendo el Tribunal Superior competente para conocer de tal negocio en primera instancia;

"b.—Al día siguiente el Juzgado Segundo Superior avocó el conocimiento del asunto, sin reparto de ninguna clase y sin radicarse, por lo tanto, el referido negocio en su Despacho;

"c.—El 5 de septiembre se dictó auto de detención contra José Miguel Ruiz Cancino, y diez días después de dictado el auto de detención todavía no se le había recibido indagatoria a Ruiz Cancino, quien por tal razón no pudo vigilar la investigación, ni por sí mismo ni mediante apoderado;

"d.—Sólo el 29 de septiembre se repartió el negocio referido y correspondió al Juzgado Segundo Superior;

"e.—Con tal motivo el Gobierno de Santander pidió al Ministerio de Justicia que enviara un funcionario encargado de adelantar la investigación administrativa de las anomalías que se han referido, lo que se hizo por el doctor Víctor Emilio Jara, Director del Departamento de Vigilancia Judicial;

"**Tercero.**—La noche en que ocurrieron los hechos de sangre en Piedecuesta el señor José Miguel Ruiz Cancino era Alcalde Municipal de dicho lugar.

"**Cuarto.**—Entre el Gobierno de Santander representado por su Secretario de Gobierno, y el Tribunal Superior de Bucaramanga, hubo una polémica periodística sobre lo que el Secretario de Gobierno consideraba como una arbitrariedad del Tribunal y una violación de la ley procesal.

"**Quinto.**—La prensa de Bucaramanga hizo comentarios injuriosos no solamente al alcalde Ruiz Cancino sino al Gobierno en general por razón de los hechos de sangre ocurridos en Piedecuesta, diciendo entre otras cosas que el "asesinato" cometido por el alcalde mereció felicitaciones del Gobernador y que correspondió exactamente al plan de persecución política elaborado por las autoridades.

"**Sexto.**—Con motivo de las publicaciones periodísticas y de los candentes debates públicos sobre la investigación de los hechos de sangre

protagonizados por el alcalde de Piedecuesta Ruiz Cancino, el procesado ya citado fue elevado por unos y otros a la categoría de personaje político, que despierta iras y difamaciones en unos sectores como alabanzas y simpatías en otros.

"**Séptimo.**—La investigación adelantada por el Juzgado Segundo Superior, censurada en algunos periódicos como sectaria, en realidad fue influída por la pasión política, de tal manera que habiendo sido herido el alcalde José Miguel Ruiz Cancino esta es la hora en que todavía se ignora dentro del proceso quién lo hirió y dentro de qué circunstancias.

"**Octavo.**—A tal estado llegó la odiosidad política contra José Miguel Ruiz Cancino, que antes de haber sido suspendido en sus funciones y por lo mismo antes de estar preso, por haber salido del hospital donde estaba recluído, el Síndico de la Beneficencia denunció ante el Juzgado Segundo Superior la fuga del alcalde y propició despliegues periodísticos que tergiversando los hechos implicaban grave calumnia para la autoridad a quien se consideró cómplice de la fuga, motivo éste por el cual, sabedor Ruiz Cancino de la situación de prófugo en que falsamente se le puso, se presentó espontáneamente ante el Juez Segundo Superior para ponerse a sus órdenes.

"**Noveno.**—El señor José Miguel Ruiz Cancino fue el primer alcalde conservador que tuvo la población de Piedecuesta, y por este motivo fue blanco de resistencias por parte de los vecinos liberales.

"**Décimo.**—Dentro de la lucha partidista de nuestros días el alcalde José Miguel Ruiz Cancino es el personaje más discutido del "principio de autoridad" y los liberales como funcionario interesado en darle predominio a su partido político mediante abusos de autoridad, de tal manera que no puede en Santander existir en relación con él el mínimum de serenidad que se requiere para la investigación de los hechos que se le imputan y su juzgamiento".

Para probar los hechos enunciados el memorialista presenta los siguientes documentos:

a) Certificado del Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga sobre radicación del proceso;

b) Copias y certificados del Gobernador de Santander sobre la calidad de Alcalde de Piedecuesta que tenía el procesado José Miguel Ruiz Cancino, en la época en que se desarrollaron los hechos investigados; fecha de su suspensión, por petición del Juzgado Superior; y, sobre los ataques políticos contra el Gobierno con motivo de los hechos delictuosos acaecidos en Piedecuesta;

c) Opinión del señor Fiscal del Juzgado Superior de Bucaramanga sobre los hechos que motivan la solicitud de cambio de radicación del proceso.

Sobre el particular dice el señor Fiscal que dado el actual estado de exacerbación política que vive el departamento, a las enconadas publicaciones de prensa sobre los sucesos de Piedecuesta, a la calidad de la víctima, quien era persona muy estimada en la región y miembro destacado de una colectividad política, sería muy conveniente que el proceso se radicara en otro Distrito Judicial en donde pudiera garantizarse mayor imparcialidad y serenidad en el juzgamiento del procesado;

d) Exigencia que el Directorio Conservador de Santander hizo al doctor Uribe Prada para que, en su carácter de apoderado de Ruiz Cancino, solicitara del Gobierno el cambio de radicación del proceso en cuestión.

Tal exigencia hecha al señor apoderado, se funda en lo siguiente:

"También es de todos sabida la manera como fueron juzgados estos hechos por los órganos periodísticos del liberalismo y cómo se ha querido vincular esta investigación con la política partidista por el interés que en ello han tomado algunos dirigentes del partido liberal.

"Las circunstancias en que se ha venido desarrollando la invesitgación, y el aspecto político que se le ha querido dar a los hechos ocurridos en Piedecuesta vienen a crear un ambiente especial que puede hacer fracasar la recta administración de la Justicia si continúa radicado en Bucaramanga el sumario que se adelanta contra José Miguel Ruiz Cancino";

e) Certificado de que el doctor Antonio José Uribe Prada es actualmente el apoderado legal del procesado Ruiz Cancino;

f) Algunos números de los periódicos "Vanguardia Liberal", "El Demócrata" y "Diario de Oriente", en los cuales se observan las informaciones y artículos de carácter apasionado, sobre los sucesos que rodearon la muerte del señor Luis Alberto Prada, y a los cuales se ha referido el peticionario;

g) Cuatro declaraciones sobre los hechos que motivan la presente solicitud, dadas por el doctor Vicente González, y los señores Luis Alfredo García, Manuel M. Barco y Enrique Sorzano;

h) Copias de algunas piezas del proceso que se sigue contra José Miguel Ruiz Cancino.

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso penal, de un Distrito Judicial a otro, se funda en motivos de orden público y social; el primero, estriba en la recta administración de justicia para conservar la independencia y prestigio del Organo Jurisdiccional, y el segundo, en la tutela de los derechos que tienen las partes que intervienen en el proceso para la defensa de sus respectivos intereses, mediante la separación de cualquier motivo que racionalmente pueda considerarse como elemento perturbador en la tramitación de un proceso y en el juzgamiento de los responsables. Esta medida ha tenido preferente aplicación para hechos que se desarrollan bajo el influjo de pasiones políticas.

Los documentos presentados por el doctor Uribe Prada, están revelando que, en realidad de verdad, existe en la ciudad de Bucaramanga, un clima propenso a entorpecer la recta administración de justicia en el proceso que allí se sigue contra el señor Ruiz Cancino. Bien pudiera asegurarse que ese clima político, que todo lo perturba, no sería motivo que influyera en los jueces de derecho para quebrantar los dictados de la conciencia y los postulados de la ley, pero, como en este proceso por la naturaleza del delito —homicidio— necesariamente han de tener intervención jueces de hecho cuyos cargos pueden recaer en personas que hoy actúan en las controversias políticas, bien pudiera suceder que al dictar éstos su fallo, se vieran influenciados por algún sentimiento partidista y no pudieran obrar con la rectitud y ecuanimidad que requieren los fueros de una recta administración de justicia.

El señor Luis Alfredo García, Administrador de Hacienda Nacional de Santander, uno de los varios declarantes, afirma lo siguiente:

"?..Me consta que algunos diarios locales al comentar los sucesos ocurridos en Piedecuesta, en los cuales perdió la vida el señor Luis Alberto Prada, se ocuparon apasionadamente del señor Ruiz Cancino, a quien hicieron aparecer como autor de la muerte de este ciudadano". — **Al cuarto punto:** "Los hechos a que se refiere el punto anterior, tuvieron extraordinaria repercusión no sólo en Piedecuesta sino en todo el Departamento por tratarse de una cuestión relacionada con la política y haberse desarrollado en momentos de intensa agitación partidista". — **Al quinto punto:** "Por las razones anteriores los hechos referidos despertaron un intenso movimiento de odiosidad contra Ruiz Cancino entre los elementos liberales y un sentimiento de simpatía en favor del mismo de parte de los elementos conservadores". — **Al sexto punto:** "Fue público y notorio que en dicha emergencia ningún sector ciudadano se mantuvo neutral ni indiferente, pues tanto conservadores como liberales, se colocaron como dije atrás, en favor o en contra del señor Ruiz Cancino, de acuerdo con sus sentimientos políticos". — **Al séptimo punto:** "De conformidad con la misma lógica, la prensa tomó partido ostensiblemente en torno a la persona del señor Ruiz Cancino. Fue así como los órganos periodísticos liberales llevaron a cabo una intensa campaña de ataque contra el señor Ruiz Cancino, al paso que los periódicos conservadores asumieron su defensa y relievaron sus actuaciones frente a la alcaldía de Piedecuesta en defensa del orden y del principio de autoridad". **Al octavo punto:** "Conocidas las anteriores circunstancias y dado el ambiente de acritud y de apasionamiento en que se desarrolla la política de los partidos en Bucaramanga, creo que no podría administrarse con la debida imparcialidad la justicia en el caso del señor Ruiz Cancino, y en cambio, es de temerse que la política trate de influir en determinado sentido en la investigación que sobre tales hechos se adelante...".

Más o menos en los mismos términos declaran los señores Vicente González, Manuel M. Barco y Enrique Sorzano.

También obran algunos números de los periódicos "Vanguardia Liberal", "El Demócrata" y "Diario de Oriente", de la ciudad de Bucaramanga, en los cuales se debaten en artículos candentes y en narraciones apasionadas, los sucesos acaecidos en Piedecuesta y que originaron la muerte del señor Luis Alberto Prada. Es indudable que este factor tiene una gran importancia en el ambiente social que se va formando para dirigir el criterio de las personas respecto de un hecho, el cual posteriormente, ha de ser sometido a una decisión de un tribunal popular.

De las pruebas traídas a la presente solicitud, se desprende que en virtud de haberse considerado como posibles móviles del delito, los políticos, y dada la posición que la víctima tenía como dirigente de una colectividad política, el ambiente social de la ciudad de Bucaramanga, no presta la seguridad de la serenidad y ánimo desprevenido necesarios para el imparcial y ecuánime juzgamiento del procesado Ruiz Cancino. Siempre que en un determinado momento, el clima social de una ciudad se haga apasionado, ya por el carácter político que se le dé al hecho que se va a juzgar, ya por la posición social o

política de los protagonistas o de uno de ellos, es conveniente para la recta administración de justicia sustraer a la posible acción coaccionadora de tales elementos el juzgamiento del sujeto activo del delito, sobre el cual podría recaer un fallo—en cuanto al tribunal popular se refiere—impulsado por un prejuzgamiento interesado en desacuerdo con los dictados de serenidad e imparcialidad que la justicia requiere.

En tales circunstancias nada más oportuno que sustraer el proceso de aquellos lugares influenciados por el morbo de la política, para colocarlo en otros en donde exista la seguridad de que los derechos de la sociedad y los del procesado puedan ejercerse sin temores y con toda confianza en la recta aplicación de la ley.

En virtud de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—CONCEPTUA FAVORABLEMENTE al cambio de radicación del proceso en contra de José Miguel Ruiz Cancino.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.



CESACION DEL PROCEDIMIENTO — REQUISITOS DE FORMA DE LA PROVIDENCIA QUE LA ORDENA

La providencia que se dicte con sujeción a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en su parte resolutiva debe contener dos ordenamientos: el primero, hace referencia a la declaratoria de que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no puede proseguirse; y el segundo, que es una conclusión de la primera afirmación, debe contener la orden de cesar todo procedimiento en contra del sujeto que aparece como presunto sindicado. La omisión de cualesquiera de estos requisitos debe subsanarse por la entidad que revisa el correspondiente fallo, para que esa providencia se ciña a los términos estrictos de la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sárasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, consulta la providencia de veintiseis de abril del presente año, por la cual —con fundamento en lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal— se declara cesado todo procedimiento criminal en contra del doctor Campo Elías Páez.

Recibida la vista del Procurador y como se hallan cumplidas las formalidades procedimentales, se procede a su estudio.

Hechos:

Sirve de base a la presente investigación el comunicado de fecha 16 de mayo dirigido por el doctor Carlos Motta S., Juez Primero de Instrucción Criminal, al Procurador General de la Nación, en el cual dice:

"Atentamente infórmole ayer presentáronse en ésta Fiscal Tribunal Superior San Gil con abogado fin examinar expediente relacionado sucesos definidos castigados Código Justicia Militar. Cuyo juzgamiento compete Consejos Verbales Bucaramanga. Fiscal luégo tomar nota minuciosa informativo manifestóme no podía remitir Juez Militar expediente sino enviarlo autoridades judiciales Socorro no obstante tener suscrito orden expresa Secretario Gobierno, mi superior, de pasarlo con detenido Juez Militar único autorizado calificar competencia. Con Fiscal vino Campo Elías Páez, Juez Circuito San Gil, quien arengó presos expresándoles que apenas llegara expediente Socorro serían puestos libertad. Hay testigos suficientes estos hechos. Ante usted protesto estas actitudes violan directamente artículo 274 Código Procedimiento Penal, pues, Fiscal no trajo orden esa Superioridad examinar proceso y su actitud y la del juez acompañólo los parcializan y hacen sospechar que administración justicia en manos tales empleados no son garantía sociedad".

Así, pues, el cargo concreto que se le hace al doctor Campo Elías Páez, es el de haber arengado como funcionario público a los presos comprometidos en algunos sucesos del nueve de abril, y el de haberles expresado que cuando el expediente llegara a las autoridades del Socorro, serían puestos en libertad.

Investigación

Para probar la calidad de empleado público que como funcionario de la rama jurisdiccional tenía el doctor Campo Elías Páez, se allegaron al sumario el acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión.

Se recibieron las declaraciones de los doctores Luis Infante Rangel, Euclides Gómez Piata, Gabino Pinzón y Manuel Sarmiento Silva, quien desempeñaba las funciones de Secretario del Juzgado del Circuito de Charalá.

Los primeros declarantes afirman que el doctor Campo Elías Páez viajó de la ciudad de San Gil a la de Charalá porque ellos lo invitaron; y

al efecto dice el doctor Luis Infante Rangel: "Como observara que mi colega doctor Campo Elías Páez V. se disponía a viajar a esa misma ciudad, de donde es oriundo y en donde también residen sus padres y muchos otros familiares suyos, creí indicado por natural delicadeza ofrecerle sitio en el automóvil, circunstancia por la cual formó así parte accidental del grupo que viajó a la ciudad de Charalá. Una vez llegados allí, el personal de la Fiscalía y el doctor Gómez Plata se dirigieron a las oficinas de la Alcaldía Municipal, donde funcionaba a la vez el Juzgado 1º de Instrucción Criminal de Santander; el ocasional pasajero doctor Campo Elías Páez V. no fue ni siquiera invitado a entrar al Edificio Municipal y el personal de la diligencia jamás tuvo conocimiento de que posteriormente hubiera estado allí".

El doctor Gabino Pinzón y el señor Manuel Sarmiento Silva, vieron al doctor Campo Elías Páez conversando con alguna persona de las que se hallaban detenidas en la cárcel municipal de la ciudad de Charalá.

El primero dice:

"...Nosotros llegamos al Juzgado del Circuito y encontramos en los corredores que dan sobre el patio que ocupan presos al doctor Páez con el señor Mujica hablando con algunos presos. No supe con qué presos ni sobre qué cosas porque apenas alcancé a oír cuando el doctor Páez le preguntaba a alguno de ellos cuántos días hacía que estaba detenido. En eso se interrumpió la charla con mi llegada y mientras Manuel Sarmiento Silva abría el Juzgado, yo me saludé con el doctor Páez y con don Pedro Mujica".

Y el segundo expresó:

"Seguidamente nos dirigimos a la oficina de dicho Juzgado que se encuentra instalada en el tramo sur de la Consistorial que mira al patio en donde se encuentran los presos por cuenta del Circuito, en dicha ciudad. Subiendo las escaleras para llegar a ese segundo piso, oímos que el doctor Campo Elías Páez V., quien se encontraba en asocio del señor Pedro D. Mujica, le preguntaba a uno de los presos que en dicho establecimiento presidiario estaba, el por qué estaba allí y desde cuándo, a lo cual contestó el preso, que después supe se llamaba Barrera, no el nombre: "porque me mandaron de San Gil, a esta ciudad, a un reconocimiento en rueda de presos", y le contestó el doctor Páez Vargas que si a él no le habían considerado favorablemente la excarcelación, a lo que contestó que sí pero que no tenía quién lo fiara".

También se recibió declaración indagatoria al doctor Campo Elías Páez sobre los cargos materia de la presente investigación.

Se considera:

El cargo que se hace al sindicado por el Juez de Instrucción Criminal doctor Carlos Motta, no tiene ningún fundamento legal, puesto que, se le imputa la posible violación del precepto del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

Se dice que el cargo es infundado, porque el doctor Páez no tuvo ninguna intervención, ni directa ni indirecta en el sumario que adelantaba el denunciante en relación con los sucesos que se cometieron en Cañasgordas y Virolín, pues el sindicado, ni siquiera tuvo conocimiento del sumario que cursaba en el despacho del juez de instrucción. Si existiera alguna responsabilidad ésta no sería del doctor Páez, sino del Juez Instructor, quien sin facultad legal permitió la intervención de una persona extraña al sumario, que es precisamente lo que prohibe la disposición citada por el denunciante.

En cuanto a lo segundo, o sea, lo referente al hecho de que el doctor Campo Elías Páez —Juez del Circuito de San Gil— hubiera "arengado a los presos expresándoles que apenas llegara el expediente al Socorro serían puestos en libertad", es un hecho que no se ha demostrado.

Es evidente que el día en que se realizaron los hechos el sindicado estuvo en la cárcel municipal de Charalá y habló con alguno de los detenidos, pero no se ha demostrado que el doctor Páez hubiera arengado a los presos, ni mucho menos que les hubiera hecho el ofrecimiento de que tan pronto como el negocio se remitiera a las autoridades del Socorro, serían puestos en inmediata libertad.

Este cargo se halla desmentido con las afirmaciones de los testigos presenciales doctores Gabino Pinzón y Manuel Sarmiento Silva; a estos declarantes lo único que les consta es que el doctor Páez preguntó a Justo Barrera el por qué de su detención, cuando, por otra parte, era evidente que a Barrera le habían concedido el beneficio de libertad provisional, a lo cual respondió el detenido que era porque no tenía una persona que le sirviera de fiador. Pero en sus declaraciones no hacen ninguna afirmación en relación con los hechos que se le imputan, o sea, que el sindicado les prometió que serían puestos en libertad tan pronto el negocio fuera remitido a las autoridades judiciales del Socorro.

"Esta simple relación de hechos —dice la Procuraduría— basta para admitir la inexistencia

del cargo formulado contra el Juez doctor Páez, pues su conversación con el preso Barrera —que no pertenecía a los detenidos por los sucesos de Cañaverales y Virolín— fue algo inocente y ajeno a toda intervención política. Además, la presencia del doctor Páez en Charalá el sábado 15 de mayo de 1948, se debió a tener su familia en ese lugar y al propósito de tratar un negocio con su padre, como él lo declara y en ello no ha sido contradicho.

"Así las cosas, la sentencia pronunciada por el Tribunal y que es materia de la consulta, no merece reparo alguno. Sólo que en la parte resolutiva de ella debió consignar expresamente la causa o motivo para ordenar la cesación del procedimiento, como lo manda el artículo 153 de la ley procesal penal. En tal sentido, debe adicionarse la providencia".

La providencia que se dicte con sujeción a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en su parte resolutiva debe contener dos ordenamientos: el primero, hace referencia a la declaratoria de que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no puede proseguirse; y el segundo, que es una conclusión de la primera afirmación, debe contener la orden de cesar todo procedimiento en contra del sujeto que aparece como presunto sindicado. La omisión de cualesquiera de estos requisitos debe subsanarse por la entidad que revisa el correspondiente fallo, para que esa providencia se ciña a los términos estrictos de la ley.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, confirma la providencia consultada con la expresa declaración de que el delito imputado al doctor Campo Elías Páez no ha existido y que por consiguiente no pudo cometerlo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

ABANDONO DEL CARGO

El delito previsto por el artículo 178 del Código Penal puede configurarse de dos maneras, bien sea porque el funcionario o empleado público, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo, ya también, porque el funcionario o empleado público, sin causa justificada, sin renuncia o licencia haga dejación del puesto que desempeña por cualquier circunstancia.

El abandono implica necesariamente la dejación del puesto o la renuncia tácita del mismo por la no concurrencia al desempeño de las funciones inherentes al cargo; es decir, presupone la existencia de un hecho material, abandono del destino, desprecio o dejación de los deberes que la ley le impone, y un hecho subjetivo o moral consistente en la intención dolosa, en la advertencia y conocimiento previo de que con ese acto se va a causar un daño público o privado, bien sea en detrimento de los intereses de la justicia o de terceros.

Cuando no existe ánimo o intención dolosa, y cuando la ausencia del empleado o funcionario público —sin renuncia ni licencia— es de tan corta duración que con ella no se causa ningún perjuicio de orden público o privado, no puede afirmarse, en estricto derecho, que se configuran todos los elementos integrantes del delito para deducir responsabilidad penal. La ley no exige que los jueces y magistrados permanezcan todo el día en sus oficinas, sino únicamente, "el tiempo necesario para mantener corriente el despacho de los negocios a su cargo, que no puede ser menos de cinco horas diarias". (Artículo 108 del C. J.).

Para que exista abandono del empleo y éste sea punible, no basta comprobar la falta de asistencia a la oficina pública, sino que es necesario demostrar que esa ausencia es dolosa y que con ella se produjo un daño público o privado, pues no sería jurídico dar el carácter de delito a un hecho que sólo constituye una irregularidad.

Si los negocios confiados a la dirección del empleado o funcionario a quien se acusa por abandono del cargo no sufrieron demora o retardo alguno, si con la ausencia no se paralizó la marcha de la oficina, ni se perjudicó ningún interés legítimo, si el abandono no tiene intención dolosa, pues no se hizo con el ánimo de paralizar la marcha ordinaria de los negocios, ni retardar la administración de justicia, mal puede imputarse a dicho funcionario un delito de abuso de autoridad por abandono del cargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, dictó la sentencia de nueve de junio del presente año cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"...El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué — Sala de lo Penal — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y obrando de acuerdo con su Fiscal, DECLARA que los actos ejecutados por el doctor Hernando Vera Vera, al ausentarse por pocos días del Juzgado del Circuito Civil de Ambalema, que tiene a su cargo, no constituyen delito, y en consecuencia ORDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO PENAL que por tal motivo se adelante contra el citado doctor Vera Vera".

Cumplidas las formalidades procedimentales y recibida la vista del Procurador, se procede a revisar la providencia consultada.

Prenotandos

El Concejo Municipal de Ambalema aprobó la proposición número 86, en virtud de la cual se

"solicita muy atentamente del Honorable Tribunal Superior del Tolima, la provisión rápida del Juez Primero del Circuito en esta ciudad, pues el titular, doctor Hernando Vera, desde el nueve de abril próximo pasado se ausentó y se encuentra abandonado este puesto".

"Esta Corporación anota al H. Tribunal los perjuicios que representa para los asociados la acefalía del Juzgado Civil de este Circuito y lo que representa una oficina de esta categoría a merced de un Secretario encargado —si esto fuera cierto".

En idéntico sentido se dirigieron al Tribunal Superior el Personero y Alcalde Municipal de Ambalema, y también, el señor Jesús A. Triana Buenaventura, comunicaciones en las cuales se da cuenta de que el doctor Hernando Vera Vera, Juez Civil del Circuito de Ambalema había abandonado el cargo.

El Tribunal por auto de quince de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, ordenó adelantar la correspondiente investigación y comisionó para tal fin, al Juez Penal del mismo Circuito.

Pruebas

Adelantada la correspondiente investigación y en orden al descubrimiento de la verdad de los hechos investigados se allegaron al sumario los siguientes elementos probatorios:

a) Copia del acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión, documentos con los cuales se comprueba la calidad que como funcionario de la rama jurisdiccional tenía, el doctor Vera Vera en la época en que se le imputan los hechos denunciados;

b) Certificación de la Alcaldía Municipal en la cual consta que el mencionado Juez no pidió ninguna licencia en las fechas en las cuales se dice abandonó el cargo;

c) Copia del acta de visita practicada a dicho Juzgado y cuadros demostrativos del movimiento de los negocios correspondientes a los meses de noviembre, diciembre, enero, febrero, marzo, abril y mayo de los años de mil novecientos cuarenta y siete y cuarenta y ocho.

En dicha acta, en él punto referente a "observaciones" se dice: "no se presentó queja alguna. Se trabaja de 8 a 12 y de 2 a 5 p. m.... No se observa demora alguna en los negocios que cursan en la oficina. Los juicios que se encuentran demorados se debe a los interesados que no activan su tramitación, que no suministran lo necesario y que no instan lo que procede en cada caso";

d) Copia de los decretos números 12 y 13 de 9 y 19 de abril respectivamente: Por el primero, el juzgado en ejercicio de la atribución conferida por el art. 369 del C. J. suspendió los términos en los negocios que cursaban en dicho juzgado, y por el segundo, los restableció por haber cesado las causas de anormalidad que dieron origen para suspender dichos términos;

e) Acta de la inspección ocular practicada en el juzgado con el fin de anotar las irregularidades o demoras cometidas en los negocios que cursaban en el despacho. En esa diligencia se dice: "al despacho del Juez no se encontraron negocios para resolver";

"f) También se recibieron algunas declaracionse en relación con los hechos investigados, y finalmente, se recibió declaración indagatoria al juez acusado, en relación con los hechos que se imputaron.

Se considera:

El delito previsto por el artículo 178 del Código Penal puede configurarse de dos maneras: bien sea porque el funcionario o empleado público, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo, ya, también, porque el funcionario o empleado público, sin causa justificada, sin renuncia o licencia haga dejación del puesto que desempeña por cualquier circunstancia.

El abandono implica necesariamente la dejación del puesto o la renuncia tácita del mismo por la no concurrencia al desempeño de las funciones inherentes al cargo; es decir, presupone la existencia de un hecho material: abandono del destino, desprecio o dejación de los deberes que la ley le impone, y un hecho subjetivo o moral consistente en la intención dolosa, en la advertencia y conocimiento previo de que con ese acto se va a causar un daño público o privado, bien sea en detrimento de los intereses de la justicia o de terceros.

Cuando no existe ánimo o intención dolosa, y cuando la ausencia del empleado o funcionario público —sin renuncia ni licencia— es de corta duración que con ella no se causa ningún perjuicio de orden público o privado, no puede afirmarse, en estricto derecho, que se configuran todos los elementos integrantes del delito para deducir responsabilidad penal. La ley no exige que los jueces y magistrados permanezcan todo el día en sus oficinas, sino, únicamente, "el tiempo necesario para mantener corriente el despacho

de los negocios a su cargo, que no puede ser menos de cinco horas diarias" (art. 180 del C. J.).

Para que exista abandono del empleo y éste sea punible, no basta comprobar la falta de asistencia a la oficina pública, sino que es necesario demostrar que esa ausencia es dolosa y que con ella se produjo un daño público o privado, pues no sería jurídico dar el carácter de delito a un hecho que sólo constituye una irregularidad.

Si los negocios confiados a la dirección del empleado o funcionario a quien se acusa por abandono del cargo no sufrieron demora o retardo alguno; si con la ausencia no se paralizó la marcha de la oficina, ni se perjudicó ningún interés legítimo; si el abandono no tiene intención dolosa, pues no se hizo con el ánimo de paralizar la marcha ordinaria de los negocios, ni retardar la administración de justicia, mal puede imputarse a dicho funcionario un delito de abuso de autoridad por abandono del cargo.

El abandono del empleo que se imputa al juez acusado se produjo en días feriados, y aún en el supuesto que el hubiera ocurrido en días de trabajo no le sería imputable el hecho como delito, porque en el sumario se halla plenamente establecido que no existe ninguna demora en los negocios confiados a su dirección; así consta en las actas de visita y en la diligencia de inspección ocular, y en el oficio número 55 firmado por el Ministro de Justicia que dice:

"Durante el tiempo transcurrido entre las dos últimas visitas, el trabajo de fondo realizado está representado por 31 sentencias y 288 autos interlocutorios, lo que da un promedio mensual de 3 para las primeras y 28 para los segundos, promedio que es bueno y guarda relación con el escaso volumen de negocios en curso.

"De la laudable situación del Juzgado se ha tomado nota en su tarjeta personal.

"En tales circunstancias —dice la Procuraduría— ni aparece probado el perjuicio a la administración pública ni a los particulares que litigaban en el Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, ni mucho menos el dolo o la culpa de parte del funcionario en el abandono que se le imputa, el cual fue motivado especialmente por calamidad doméstica.

"Y así las cosas no se reúnen los elementos constitutivos del delito de abuso de autoridad previsto por el artículo 178 del Código Penal que, entre otros requisitos, exige el de que el abandono del cargo sea "sin causa justificada".

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, confirma la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha nueve de junio de mil novecientos cuarenta y nueve por la cual se declara que los hechos imputados al doctor Hernando Vera Vera no constituyen delito, y se ordena cesar todo procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

NULIDADES.—ERROR EN CUANTO AL NOMBRE Y APELLIDO DEL PROCESADO O DE LA VICTIMA. — REEMPLAZO ILEGAL DE UN MIEMBRO DEL JURADO. — NULIDADES EN EL SUMARIO. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. RAZONES POR LAS CUALES ES IMPROCEDENTE EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO

1. — Cierto es que la ley consagra como motivo de nulidad el haber incurrido en error relativo "al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido" (numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P.), pero lo que importa no es la discrepancia sobre el nombre o sobre el apellido del sujeto activo o pasivo del delito, sino sobre la persona real y verdadera que corresponda al uno o al otro, porque el nombre y el apellido son apenas una manera de identificar a las personas, pero no son las únicas.

Dicho de otro modo: las personas se identifican por el nombre, pero lo importante no es la manera de identificarlas, sino su esencia o realidad, pues de lo contrario sería darle más valor al accidente que a la sustancia, a la forma que al contenido. La persona real y verdadera es lo que debe hallarse establecido en un proceso penal con toda certidumbre, porque el error esencial sobre ella, ya figure como sujeto activo o como sujeto pasivo del delito traerá mutaciones fundamentales sobre la figura de la infracción y sobre la responsabilidad. El mero error en el nombre o apellido del victimario o de la víctima no interesa en el juicio criminal, sino el error en la persona a que ese nombre o apellido corresponden.

Estas razones abstractas tienen plena confirmación en el artículo 102 del código de procedimiento, que al hablar del procesado, dice que la imposibilidad de identificarlo "con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no existe duda sobre la identidad física de la persona".

2.—Constituye causal de nulidad el hecho de reemplazar ilegalmente a un miembro del jurado o no reemplazarlo cuando exista motivo para ello (artículo 199, ordinal 3º del C. de P. P.). Mas, para que la nulidad exista, se necesitan dos condiciones: que el reemplazo sea ILEGAL, vale decir, que se reemplace a quien no está impedido para actuar, o, al contrario, que no se reemplace a quien sí lo está; y que se alegue en oportunidad, porque este motivo no es tan fundamental, no sólo porque un jurado consta de cinco miembros, sino también por que la ley proporciona a los interesados y al propio juez el modo de que la composición de un tribunal popular se realice consultando la recta administración de justicia y la defensa oportuna del procesado.

3.—Las nulidades en el sumario son excepcionales, pues que, dada su naturaleza, en él sólo cabe la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de la personería, por punto general, como ya en repetidas ocasiones lo ha dicho la Sala. Si algún acto de la investigación es nulo, así cabe considerarlo, pero ello no induce a concluir que la posterior actuación sea nula, como se desprende de la doctrina del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal.

4.—Cierto es que los términos que emplea el código al consagrar la causal 2ª de casación, dan lugar a pensar que no se hace distinción alguna entre juicios comunes y juicios por jurado, pues dice que "hay lugar a casación... cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o no se les haya tomado en cuenta... o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos".

Pero la naturaleza especial de este recurso hace pensar que el sentido de los términos no es el que se desprende en su forma más obvia, y así resulta de los antecedentes de la Comisión y de la circunstancia de que se hubiera suprimido el texto que consagraba la contraevidencia de los hechos con el veredicto como causal de casación.

En efecto, las actas de la Comisión expresan "que no debe existir causal por ser

notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto, tenemos ya que en las causas de que va a conocer el juzgado superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son los que declaró el jurado y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia". Y en otro lugar se añade que "en casación no se puede alegar sobre los hechos que el jurado declaró y que la sentencia también declaró".

Y eso se hizo para cambiar la ley vigente entonces, la 118 de 1931, que a más de considerar que era motivo de casación el veredicto contradictorio y el error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito, consagraba también como causal el ser la sentencia violatoria de la ley "por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria".

Por eso se apuntó en la casación de 4 de noviembre de 1944 que "la notoria injusticia del veredicto (hoy contraevidencia), como causal de casación, fue insinuación de la ley 118 de 1931 y que apenas rigió durante la vigencia de ésta" y que ni la ley 78 de 1923, que creó este recurso extraordinario, ni el nuevo código de procedimiento "incluyeron la injusticia notoria del veredicto entre las causales del recurso".

Y no se diga que el veredicto puede ser deficiente porque no contenga respuestas a preguntas que no se hicieron y sobre las cuales ha debido pronunciar el jurado su fallo. Esa hipótesis carece de todo fundamento, comoquiera que al jurado tiene que interrogársele, según constante jurisprudencia, no sólo sobre el género del delito, sino sobre las circunstancias modificadoras que se han dado por acreditadas en el auto de proceder y por las que luégo se demuestren en el curso del juicio; y, a más de eso, conserva la facultad de declarar que el hecho se realizó en circunstancias "diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 29 de la ley 4ª de 1943).

De otro lado, y esto es lo más importante, la doctrina encierra el sentido técnico y exacto de la casación, puesto que ella no es una tercera instancia; no es, como expresó la Comisión redactora del código, "el juicio del procesado, sino el juicio de la sentencia de segunda instancia. Durante este recurso, ni se allegan pruebas nuevas, ni se discuten los hechos declarados probados en la sentencia. Se discute el valor jurídico de la misma y, por lo tanto, la ley que le es aplicable".

5.—Los hechos, en principio, deben permanecer inmutables en casación, tal como los apreciaron los jueces de instancia, salvo que se haya hecho una apreciación ILEGAL de ellos, en dos sentidos: en el de la exactitud de las soluciones DE DERECHO que comportan esos hechos, y en el de la regularidad de las formas y del procedimiento empleados para aplicar esas soluciones DE DERECHO.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 29 de noviembre último, condenó a Ricardo Mejía Mejía a la pena principal de treinta y dos meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Hernando Ospina.

Contra esa sentencia recurrió el defensor del procesado y ante la Corte fueron presentadas dos demandas: la de éste y la de un apoderado especial.

La Corte estudiará solamente la última, esto es, la presentada por el apoderado especial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 268 del código judicial y 109 del código de procedimiento penal.

Hechos. Según el relato del Tribunal, Hernando Ospina era un prestante ciudadano de Buga, que se interesaba en obras de progreso y en actividades políticas, en las cuales fue acompañado por Guillermo Mejía, aunque luégo la misma lucha de partido los había separado.

El 11 de noviembre de 1941 y, hallándose en el Café Astor de aquella ciudad, Mejía manifestó su animadversión por Ospina, por motivos políticos, y al fin le dio una bofetada por la cara, por lo cual se trabaron en riña y cayeron al suelo. Al ver lo cual, Ricardo Mejía, padre de Guillermo, sacó su revólver y con él hizo varios disparos contra Ospina, que le ocasionaron la muerte al día siguiente.

El Juzgado Tercero Superior de Medellín, dis-

trito en el cual fue radicado el proceso, sobreseyó definitivamente en favor del sindicado, porque estimó que había actuado en legítima defensa subjetiva "cuando vio en peligro la vida de su hijo que en el suelo luchaba con Ospina y cuando éste intentaba sacar "arma" (f. 600 del c. 2°).

Pero el Tribunal consideró que no había habido la legítima defensa de que habló el Juzgado, porque Ospina recibió la muerte, según las pruebas del proceso, "en circunstancias en que la vida de Mejía no corría un inminente peligro, ya que el occiso no usaba ninguna arma que lo colocara en situación ventajosa sobre su contendor. El mismo acusado Ricardo Mejía —prosigue el Tribunal— reconoce aquella situación, cuando declara que aquéllos solamente luchaban, y que él no le vio arma de ninguna especie a Ospina" (f. 667 del c. 3º). En consecuencia, dictó auto de enjuiciamiento para Ricardo Mejía, por homicidio simplemente intencional, pero con la atenuante de la ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación (f. 671 ibídem).

El jurado reunido para calificar los hechos declaró, por mayoría, que el procesado era responsable de homicidio (f. 718 del c. 3º), pero en aquel estado de provocación, por lo cual se le condenó, en primera instancia, a la pena de treinta y dos meses de presidio (f. 736 ibídem).

Por último, el Tribunal, en la sentencia que se revisa, confirmó la del Juzgado (f. 755 ibídem).

Causal cuarta: nulidad del juicio.

La funda en cuatro motivos, a saber:

1º Error sobre el apellido de la víctima, pues el muerto fue Hernando Ospina y no Hernando Ospina Ospina, como dicen los jueces de instancia (artículo 198, numeral 8º del código de procedimiento penal).

2º Haber incurrido el Tribunal en error sobre la fecha del fallo de primera instancia, al aludir a ésta como proferida el 30 de mayo de 1948, cuando lo fue el 31 de mayo del mismo año. La sentencia de primer grado no fue, pues, revisada ni está confirmada, por lo cual se está en presencia de una de las nulidades llamadas constitucionales.

3º Haber reemplazado indebidamente a uno de los jurados (artículo 199, numeral 3°, del código de procedimiento penal); y

4º Carecer el auto cabeza de proceso de la designación del lugar, día, mes y año en que fue firmado, lo cual implica nulidad de esa pieza. En tales circunstancias, la investigación no se abrió real y legalmente, ni pudo cerrarse lo que no se había abierto, ni terminarse un sumario que no se inició ante la ley, ni dictarse el auto de proceder ni la sentencia (artículo 26 de la Constitución y 1º del código de procedimiento penal).

Se considera:

La Procuraduría estima de poco valor los motivos que se alegan para demandar la nulidad del proceso, y así lo son en realidad, como en seguida se verá.

El error sobre el apellido de la víctima no tiene existencia. En efecto, en el auto de proceder del Tribunal Superior se le imputó al procesado el delito de homicidio cometido en la persona de "Hernando Ospina Ospina", aunque en la parte motiva del mismo se le designó indistintamente como "Hernando Ospina O." y como "Hernando Ospina" (folio 663 del cuaderno 1º).

En el cuestionario sometido al jurado se alude a "Hernando Ospina" (folio 718) y en las sentencias de primera y de segunda instancia se hace referencia al mismo nombre y a "Hernando Ospina O." (fls. 729 y 755).

Pero esa designación corresponde a una sola y misma persona, como se deduce de las pruebas que cita la Procuraduría, y que son:

En la declaración rendida por la víctima el mismo día de los sucesos dijo llamarse "Hernando Ospina O." (f. 2 del c. 1º);

En la partida de nacimiento aparece con el nombre de Hernando, "hijo natural de María Romelia Ospina" (f. 726 del c. 3º);

En la partida de defunción figura como "Hernando Ospina O." (f. 69 del c. 1º);

En la partida de matrimonio se le nombra como "Hernando Ospina Ospina" (f. 1° del cuaderno de la parte civil).

En la indagatoria se le pregunta al procesado si conoce al señor Hernando Ospina, lo cual reconoce ampliamente; es más, al preguntarle si la persona contra la cual había disparado "en defensa de su hijo Guillermo, fue precisamente haciendo alusión a Hernando Ospina O., de quien usted acaba de hablar", contesta que es el mismo y que lo conocía desde bastante tiempo atrás, que no recuerda haber disparado sino dos veces y que el revólver es viejo; etc. (f. 47 v. del c. 1º).

"En esta forma —dice el señor Procurador— queda despejada toda incertidumbre sobre la identidad de la víctima, que lo fue "Hernando Ospina Ospina", o "Hernando Ospina O.", o simplemente "Hernando Ospina", apellidos éstos que correspondían a una sola persona, o sea, a la que dio muerte el señor Ricardo Mejía en el lugar,

día, hora y demás circunstancias que registra este proceso".

Cierto es, como el demandante lo afirma, que la ley consagra como motivo de nulidad el haber incurrido en error relativo **"al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido"** (ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P.), pero no es exacto que se haga una interpretación extensiva al decir que lo que importa no es la discrepancia sobre el nombre o sobre el apellido del sujeto activo o pasivo del delito, sino sobre la persona real y verdadera que corresponda al uno o al otro, porque el nombre y el apellido es apenas una manera de identificar a las personas, pero no es la única.

Dicho de otro modo, las personas se identifican por el nombre, pero lo importante no es la manera de identificarlas, sino su esencia o realidad, pues de lo contrario sería darle más valor al accidente que a la sustancia, a la forma que al contenido. La persona real y verdadera es lo que debe hallarse establecido en un proceso penal con toda certidumbre, porque el error esencial sobre ella, ya figure como sujeto activo o como sujeto pasivo del delito traerá mutaciones fundamentales sobre la figura de la infracción y sobre la responsabilidad. El mero error en el nombre o apellido del victimario o de la víctima no interesa en el juicio criminal, sino el error en la persona a que ese nombre o ese apellido corresponden.

Estas razones abstractas tienen plena confirmación en el artículo 102 del código de procedimiento, que al hablar del procesado, dice que la imposibilidad de identificarlo "con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, **cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona"** (subraya la Corte).

La Procuraduría observa que en el caso en estudio no hubo error sobre la persona, pues que el error consiste en la representación falsa o equivocada sobre una cosa, y aquí la persona a quien se dio muerte corresponde a una realidad sobre la cual no se abrigó duda alguna en ningún momento del proceso, pues que no puede pensarse que Hernando Ospina, u Ospina O. u Ospina Ospina hubiera sido un sujeto distinto al que aparece en el expediente como víctima del homicidio.

Así, pues, y como el Ministerio Público lo anota, este primer motivo de nulidad carece de fundamento.

El error sobre la fecha de la sentencia de primer grado tiene menos trascendencia.

Dice el Tribunal que revisa, por apelación interpuesta por el procesado, la sentencia dictada por el Juzgado 3º Superior **el 30 de mayo del presente año** (1948), siendo así que la sentencia tiene como fecha el 31 de mayo de 1948.

Si, pues, en este proceso, como tenía que ser —dice la Procuraduría— sólo se dictó una sentencia de primera instancia; si ésta subió al Tribunal en apelación interpuesta por el defensor; y si dicha entidad confirmó en todas sus partes aquel fallo, el secundario error en que incurrió el Tribunal en cuanto a la fecha de la providencia materia del recurso en nada trastornó los dos grados de jurisdicción que consagra la ley, ya que ambas sentencias se refieren exclusivamente al delito de homicidio cometido en la persona de Hernando Ospina O. por Ricardo Mejía y a la sanción que éste merece por tal hecho punible.

"El Tribunal, en consecuencia, no resolvió sobre otra infracción distinta de la reprimida por el Juez del conocimiento, ni confirmó un fallo diverso al que puso fin a este negocio en primera instancia.

"Por otra parte, ese leve error en cuanto a la fecha no está, ni podía estar, erigido en nulidad del juicio, puesto que no perturba las bases fundamentales de la organización judicial, ni merma los derechos de las personas que intervienen en el proceso".

Este segundo motivo de nulidad no tiene tampoco, pues, consistencia.

El indebido reemplazo de un miembro del jurado se hace consistir en que fue reemplazado ilegalmente quien no debía haberlo sido, a pesar de la reclamación del defensor, pues se le arguyó que había sido hecha inoportunamente.

El representante del procesado conoció la ilegalidad del reemplazo expirado el término que la ley concede, por lo cual estuvo en incapacidad física de reclamar en tiempo, y no sería justo que no se sancione con la nulidad la intervención de quien estaba impedido, cuando no hubo descuido o negligencia para reclamar.

La Procuraduría hace ver que el cargo es indeterminado, porque no se concreta a cuál juez de conciencia se refiere el demandante, desde luego que, a partir del sorteo general de jurados, hubo tres reemplazos de éstos (folios 685, 686 v. y 687 v.). Y, además, si el apoderado se refiere al reemplazo del señor Echavarría Olózaga, que fue el punto suscitado por el defensor ante el Tribunal (folio 750 del c. 3º), cabe en-

tonces observar que el cambio está justificado legalmente ,como lo prueban estas circunstancias:

"El 11 de julio de 1946 se hizo el sorteo general de jurados (f. 684); el 28 de marzo de 1947 fue reemplazado el señor Ricardo Mejía Correa, por no haber sido posible encontrarlo (f. 685); el 19 de febrero de 1948, fue reemplazado el señor Justo Restrepo Q., por hallarse ausente de la ciudad, y salió elegido entonces el señor Echavarría O. Helkin (f. 686 v.); y el 4 de marzo del mismo año fue reemplazado el señor Echavarría, en virtud de encontrarse radicado en Bogotá, según informe del Secretario del Juzgado (fls. 687 y 687 v.).

"El auto en que se ordenó reemplazar al señor Echavarría le fue notificado personalmente al señor defensor, sin que hubiera hecho reclamo alguno sobre el particular, hasta después de verificada la audiencia pública y de pronunciada la sentencia de primera instancia (fls. 687 y 750)".

Se considera:

Siguiendo el ajustado comentario del Procurador sobre este punto, puede concluírse que no existe la nulidad invocada, por las siguientes razones:

Realmente constituye causal de nulidad el hecho de reemplazar ilegalmente a un miembro del jurado o no reemplazarlo cuando exista motivo para ello (artículo 199 ,ordinal 3º del C. de P. P.). Mas, para que la nulidad exista, se necesitan dos condiciones: que el reemplazo sea **ilegal,** vale decir, que se reemplace a quien no está impedido para actuar, o, al contrario, que no se reemplace a quien sí lo está; y que se alegue en oportunidad, porque este motivo no es tan fundamental, no sólo porque un jurado consta de cinco miembros, sino también porque la ley proporciona a los interesados y al propio juez el modo de que la composición de un tribunal popular se realice consultando la recta administración de justicia y la defensa oportuna del procesado.

Ninguna de estas condiciones se cumplió en el caso del presente proceso.

En efecto, el secretario informó al juez que el señor Echavarría se encontraba en Bogotá, y ese informe hacía plena prueba del hecho atestiguado, al tenor de los artículos 121 y 632 del código judicial, 315 del código de régimen político y municipal y 251 del de procedimiento penal. Luego mal hubiera procedido el juez si no hubiera reemplazado a una persona no residente en la población, porque entonces sí no se hubiera actuado consultando la recta administración de justicia.

Además, el auto que ordenó el reemplazo del jurado señor Echavarría se le notificó personalmente al defensor del procesado, como ya se advirtió, sin que éste hiciera observación alguna sobre el particular.

"Es sabido que las actividades de las personas que intervienen en el proceso penal — dice la Procuraduría — están subordinadas a condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión, o sea, a lo que los expositores llaman **formas procesales.** Y entre éstas, una de las más importantes son los términos para producirse el acto o para impugnarlo, de tal suerte que si se dejan vencer dichos términos, se presentan los fenómenos de la caducidad y la invalidez jurídica.

"Pues bien, el haber dejado transcurrir el señor defensor los plazos que le daba la ley (acto del sorteo o cinco días después) para impugnar el reemplazo del señor Echavarría, determinó la caducidad (preclusión) y, con ella, la pérdida del derecho de ejecitar la impugnación.

"Aún más, ese prolongado silencio del señor defensor significó sencillamente una aprobación implícita al reemplazo del jurado Echavarría; y sería burlar la ley y hacerle un fraude a la misma si ese deliberado silencio se explotara después, como sucede ahora, para desvirtuar un acto que se llevó a término con todas las ritualidades del procedimiento".

La designación del lugar, día, mes y año en el auto cabeza de proceso falta realmente, pero ello no conduce a que se declare la nulidad de lo actuado, por múltiples razones:

En primer lugar, porque esa providencia tiene en el sello puesto al final la designación del lugar, y de las actuaciones subsiguientes se deduce con toda certidumbre cuál fue el día, mes y año de la iniciación de las diligencias de investigación, sobre todo, de la comunicación al señor Juez del Circuito y al señor Personero Municipal; pues por ellas se sabe que la investigación se inició por el Alcalde Municipal de Buga el 11 de noviembre de 1941, a las cinco y treinta y cinco minutos de la tarde (folios 1 a 5 del cuaderno 1º).

Además, esa circunstancia no está erigida en causal de nulidad en los artículos 198 y 199 del código procesal.

Por último, cabe anotar que las nulidades en el sumario son excepcionales, pues que, dada su naturaleza, en él sólo cabe invocar la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de la per-

sonería, por punto general, como ya en repetidas ocasiones lo ha dicho la Sala. Si algún acto de la investigación es nulo, así cabe considerarlo, pero ello no induce a concluir que la posterior actuación sea nula, como se desprende de la doctrina del artículo 202 del código de procedimiento penal.

Estas razones, que son también del Ministerio Público, permiten concluir que la causal invocada no puede prosperar.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos.

Extenso y cuidadoso estudio hace el demandante sobre esta causal, no sin advertir que no desconoce la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre ella, para pedir que se rectifique y que se declare el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos. Con esa finalidad alega dos motivos:

1º Que el Tribunal se abstuvo de reconocer la legítima defensa subjetiva que ejerció el acusado al dar muerte al señor Ospina; y

2º Que no aparece comprobado en el proceso el propósito de matar por parte del procesado, por lo cual se halla desintegrado el delito de homicidio, que requiere ese propósito, y por el cual fue sancionado.

Las razones de derecho para que se rectifique la doctrina de que en los juicios en que interviene el jurado no cabe invocar la causal segunda, esto es, la errada interpretación de los hechos, por cuanto el encargado de calificarlos es el jurado, que no procede ajustado a derecho, sino a su íntima convicción, pueden sintetizarse así:

a) La errada interpretación de los hechos cabe también en los juicios en que el jurado interviene y al no hacer la ley distinción alguna sobre el particular, no deben hacerla sus intérpretes. Al contrario, el código de procedimiento dice que "hay lugar a casación" cuando los hechos se interpretan erróneamente, sin distinguir si su calificación se hace por jueces populares o por jueces de derecho.

Es más, no podía ignorar el legislador su propio mandato de que cabía interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por los jueces superiores (artículo 556), siendo así que la mayoría de ellas se dictan con la intervención del jurado.

"Por otra parte —continúa— la alegación de que al admitir la segunda causal en esta clase de procesos equivale a revivir la que el inciso 5º del artículo 3º, ley 118 de 1931, consagraba y que el nuevo código suprimió, no parece bien fundamentada; ¿no será que, sabiendo el legislador que esta antigua causal quedaba incluída en la segunda del actual artículo 567, consideró redundante e innecesario reproducirla expresamente en otro ordinal?

"El pensamiento de la Comisión Redactora del nuevo código puede sintetizarse así, según consta de las actas: "Según nosotros mismos, cuando hay veredicto no podrá alegarse en casación sobre los hechos que declaró y que, como consecuencia de ello declaró también la sentencia". Pero, y en todo aquello que el veredicto no declaró, también rige la misma regla, no obstante el carácter restrictivo de las palabras de la Comisión?"

Muchos puntos sobre los cuales ha debido pronunciarse el jurado, como los eximentes de responsabilidad, y que no se le plantearon en el cuestionario, sobre todo con el sistema actual del cuestionario único previsto por la ley 4ª de 1943, es indudable que pueden y deben discutirse y analizarse en casación.

Se considera:

La Corte no rectificará su doctrina de que la causal segunda no tiene cabida en los juicios en que el jurado interviene, porque ella está de acuerdo con el texto de la ley y con el sentido técnico del recurso de casación.

Cierto es que los términos que emplea el código dan lugar a pensar que no se hace distinción alguna entre juicios comunes y juicios por jurado, pues dice que "hay lugar a casación.... cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta... o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos".

Pero la naturaleza especial de este recurso, de la cual se hablará adelante, hace pensar que el sentido de los términos no es el que se desprende en su forma más obvia, y así resulta de los antecedentes de la Comisión y de la circunstancia de que se hubiera suprimido el texto que consagraba la contraevidencia de los hechos con el veredicto como causal de casación.

En efecto, las actas de la Comisión expresan "que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto, tenemos ya que en las causas de que va a conocer el juzgado superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son los que declaró el jurado y ni siquiera pueden analizarse

para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia". Y en otro lugar se añade que "en casación no se puede alegar sobre los hechos que el jurado declaró y que la sentencia también declaró".

Y eso se hizo para cambiar la ley vigente entonces, la 118 de 1931, que a más de considerar que era motivo de casación el veredicto contradictorio y el error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito, consagraba también como causal el ser la sentencia violatoria de la ley **"por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria".**

Por eso se apuntó en la casación de 4 de noviembre de 1944 que "la notoria injusticia del veredicto (hoy contraevidencia) como causal de casación, fue insinuación de la ley 118 de 1931 y que apenas rigió durante la vigencia de ésta" y que ni la ley 78 de 1923, que creó este recurso extraordinario, ni el nuevo código de procedimiento "incluyeron la injusticia notoria del veredicto entre las causales del recurso".

Y no se diga que el veredicto puede ser deficiente porque no contenga respuestas a preguntas que no se hicieron y sobre las cuales ha debido pronunciar el jurado su fallo. Esa hipótesis carece de todo fundamento, comoquiera que al jurado tiene que interrogársele, según constante jurisprudencia, no sólo sobre el género del delito, sino sobre las circunstancias modificadoras que se han dado por acreditadas en el auto de proceder y por las que luégo se demuestren en el curso del juicio; y a más de eso, conserva la facultad de declarar que el hecho se realizó en circunstancias "diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 29 de la ley 4ª de 1943).

De otro lado, y esto es lo más importante, la doctrina encierra el sentido técnico y exacto de la casación, puesto que ella no es una tercera instancia, no es, como expresó la Comisión redactora del código, "el juicio del procesado, sino el juicio de la sentencia de segunda instancia. Durante este recurso, ni se allegan pruebas nuevas, ni se discuten los hechos declarados probados en la sentencia. Se discute el valor jurídico de la misma y, por lo tanto, la ley que le es aplicable".

Por eso en casación de 25 de enero de 1946 se dijo que "todo lo referente a pruebas, en juicios de los cuales conocen los jueces superiores con intervención del jurado, es materia de la libre apreciación de éste, sin sujeción a regla alguna de derecho. Luego aceptado un veredicto y perdida ya la oportunidad para declararlo contrario a la evidencia de los hechos, no cabe atacarlo en casación, finalizado el juicio, pues a ello equivale la crítica acerca de los elementos de convicción que le dieron base. De consiguiente, la causal segunda, que trata precisamente de que se realice un nuevo estudio de tal aspecto de un proceso determinado, sólo es aceptable cuando primó un criterio de derecho en el análisis de las pruebas de las cuales se derivó la responsabilidad". (G. J. números 2032—33, pág. 508).

Resumiendo las razones por las cuales no se ha admitido esta causal en los juicios por jurado, puede decirse que en ellos quien califica los hechos es el jurado y no el juez de derecho; luego si se admitiera que la Corte pudiera declarar un veredicto como contrario a la evidencia se suprimiría esta institución del jurado en su especial característica de fallo popular, sin sujeción a reglas de derecho. Porque el jurado —y sobre ello debe insistirse— no decide siguiendo los preceptos que la ley determina para apreciar los hechos, sino **por íntima convicción,** lo cual traería como resultado que se analizarían a la luz del derecho —y no se ve cómo puede hacerse semejante análisis— un veredicto en que los jueces no fallan sino "con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo hombre honrado, sin atender voz distinta a la de la personal conciencia".

Si hay alguna prueba de que la causal segunda en juicios en que el jurado interviene no debe tener cabida, dada la naturaleza especial de este recurso, es este proceso en que desde el enjuiciamiento se ha discutido con insistencia la legítima defensa subjetiva, la cual se presentó y se le explicó al jurado en la forma más amplia que pueda concebirse. Una nueva revisión del veredicto sería una nueva instancia, que no soporta un proceso penal sin subvertir totalmente sus fundamentos jurídicos.

Porque, se repite, la casación no es una tercera instancia en que se discutan los hechos y la responsabilidad del acusado, sino un juicio del juicio penal, como dicen los comentadores, o un juicio de la sentencia, como lo ha aceptado esta Sala. Los hechos, en principio, deben permanecer inmutables en la casación, tal como los apreciaron los jueces de instancia, salvo que se haya hecho una apreciación **ilegal** de ellos, en dos sentidos: en el de la exactitud de las soluciones **de derecho** que comportan esos hechos, y en el de la regularidad de las formas y del procedi-

miento empleados para aplicar esas soluciones de derecho.

En consecuencia, la causal invocada no puede prosperar.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

Se invoca esta causal como una consecuencia de la anterior, pues se afirma que el Tribunal no declaró el veredicto, como contrario a la evidencia de los hechos, como ha debido hacerlo y se declaró que el procesado había obrado en estado de ira o intenso dolor, siendo así que lo probado fue una legítima defensa subjetiva.

Así, pues, se quebrantaron los artículos 24 y 25, en sus ordinales 2º y 3º, 28 y 362 del código penal y, además, los artículos 554, 203 a 270 del código de procedimiento penal.

Se considera:

Como la Procuraduría lo anota, esta causal se invoca como consecuencia de la segunda y, siendo así que dicha causal segunda no prospera, tampoco ha de admitirse la primera, que de ella se deriva.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD. — OPOSICION A LA ENTREGA DE UN BIEN OBJETO DE UNA DECISION JUDICIAL. — NO PUEDEN FORMULARLA LOS CAUSAHABIENTES DEL LITIGANTE VENCIDO

Cuando el opositor a la entrega del bien sobre que versa una sentencia ejecutoriada, es causahabiente de la parte vencida en juicio, ya no tiene la calidad de tercero, porque entonces existe identidad jurídica entre éste y el litigante obligado a restituir el bien materia de la litis, conforme al artículo 474 del C. J. En tal caso no obra el fenómeno de la oposición, que se ha instituído para proteger el derecho de quien, habiendo sido extraño a la controversia judicial, no tiene por qué sufrir los efectos de un fallo ejecutoriado a espaldas suyas.

En tal virtud, la cosa juzgada opera tanto para la parte vencida como para sus causahabientes, quienes no gozan, por lo mismo, de privilegio alguno para hacer nugatorios los efectos de la sentencia definitiva.

La identidad jurídica entre las personas de los litigantes y sus causahabientes es un principio jurídico que impera en el derecho civil sustantivo y en el procesal, porque se encamina a garantizar la seguridad de los derechos y el respeto de las decisiones judiciales, las cuales, de no ser así, quedarían a merced de habilidosas maniobras y de fraudes de los litigantes que fracasaron en el pleito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, dieciocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: Debe calificar la Corte el mérito de las presentes diligencias, que se adelantaron contra los doctores Bolívar Chaves R. y José Eliseo Gómez Jurado, por cargos de responsabilidad que les hizo el doctor Teodulfo Dulce, en su condición de magistrado del Tribunal Superior de Pasto.

El mentado doctor Dulce acusó a los funcionarios porque le impusieron una multa como pena correccional, y porque no admitieron el incidente de oposición hecho a la entrega de unos terrenos, dentro del juicio ordinario de la señora Elvira Cortés de De la Rosa contra la señora Josefina Díaz de Dulce, esposa del denunciante. Acusa, además, al doctor Chaves R. por haber intervenido en el proceso, siendo así que había sido apoderado de una de las partes en el juicio.

La Procuraduría estudia por separado los dos primeros cargos, y la Sala, siguiendo su concepto, hará el análisis que corresponde.

a) **Pena correccional.** El Tribunal, en providencia de 19 de noviembre de 1943 y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 82, numeral 6º, del código judicial, le impuso al doctor Teodulfo Dulce una multa de cincuenta pesos, como sanción correccional, por haber estampado "frases injuriosas" contra el Tribunal, en su memorial de 22 de octubre del mismo año, presentado en el juicio ordinario de la señora de De la Rosa contra la esposa del doctor Dulce, providencia que fue firmada por los magistrados doctores José Eliseo Gómez Jurado, Bolívar Chaves R. y Peregrino Díaz Villota (f. 28 v.).

El doctor Dulce pidió que se revocara la multa y a ello accedió el Tribunal, en auto de 11 de diciembre de 1943, por haberse retractado el peticionario al manifestar que no había "tenido intención, en su escrito, de irrespetar o injuriar al Tribunal, ni a ninguno de sus miembros" (f. 28 v.).

"Esta sola circunstancia de la retractación—comenta la Procuraduría—hace ver que el Tribunal tuvo toda la razón al sancionar correccionalmente al doctor Dulce, y que ejerció conforme a derecho la potestad contenida en el artículo 82 del código judicial para reprimir los desacatos a la autoridad.

"Y, como por otra parte, la misma corporación revocó la multa impuesta, síguese que tampoco hubo perjuicio para el interesado.

"Por consiguiente, ni hubo arbitrariedad o acto injusto contra el doctor Dulce, ni éste sufrió perjuicio alguno en su persona con la providencia

tachada por el denunciante de "atentado contra los derechos individuales". Lo cual quiere decir que el delito de abuso de autoridad que se les imputó a los dos magistrados resulta inexistente ante las exigencias del artículo 171 del código penal".

Ningún comentario tiene que agregar la Sala al que hace su colaborador fiscal, pues está de acuerdo, en su sentir, con las pruebas del proceso y los textos legales.

b) Rechazo de la oposición a la entrega de los terrenos.

El juicio ordinario de la señora de De la Rosa contra la señora de Dulce terminó con sentencia condenatoria para ésta, pues en la parte resolutiva de esta providencia se le ordenó que entregara a la demandante, dentro de seis días de ejecutoriada la providencia, los inmuebles denominados "Achupalla" y "Puente" y una acción en el fundo de "El Páramo", ubicado en el distrito de Tangua, etc."

En el acto de la entrega se opuso a ella el señor Miguel Angel Mosquera, que ocupaba el predio de 'Achupalla" y, tramitado el incidente, fue fallado por el juzgado 2º del circuito en lo civil de Pasto, en forma favorable para el opositor, por considerar que era tercero poseedor que había demostrado su posesión en legal forma (f. 36 v.).

Pero el Tribunal revocó la providencia, porque estimó que el opositor no había probado el derecho que alegaba. Y agrega el Tribunal:

"Pero hay más: cuando el señor Mosquera se presentó a hacer oposición a la entrega del fundo, manifestó: "tener la tenencia del terreno, en donde tiene plantaciones de trigo y maíz y por tener además un contrato de compraventa y anticresis sobre el mismo terreno, verificado con la señora Josefina Díaz de Dulce..." Si esto es así, y constituyendo esa aseveración una confesión del opositor, hay que concluir que el título de su derecho procede de la vencida en juicio y por tanto, si ella es su causahabiente, no tiene la calidad de tercero, a quien no perjudica el fallo que se ejecuta y su oposición no puede prosperar" (f. 43).

La Procuraduría comenta que esa razón es definitiva y concluyente, porque "cuando el opositor a la entrega del bien sobre que versa una sentencia ejecutoriada, es causahabiente de la parte vencida en juicio, ya no tiene la calidad de tercero, porque entonces existe identidad jurídica entre éste y el litigante obligado a restituir el bien materia de la litis, conforme al artículo 474 del Código Judicial. En tal caso no obra el fenómeno de la oposición, que se ha instituído para proteger el derecho de quien, habiendo sido extraño a la controversia judicial, no tiene por qué sufrir los efectos de un fallo ejecutoriado a espaldas suyas.

En tal virtud, la cosa juzgada opera tanto para la parte vencida como para sus causahabientes, quienes no gozan, por lo mismo, de privilegio alguno para hacer nugatorios los efectos de la sentencia definitiva.

La identidad jurídica entre las personas de los litigantes y sus causahabientes es un principio jurídico que impera en el derecho civil sustantivo y en el procesal, porque se encamina a garantizar la seguridad de los derechos y el respeto de las decisiones judiciales, las cuales, de no ser así, quedarían a merced de habilidosas maniobras y del fraude de los litigantes que fracasaron en el pleito.

La providencia del Tribunal estuvo, por consiguiente, ajustada a una correcta interpretación de los artículos 474, 552 y 882 del Código Judicial, lo que descarta todo abuso punible de parte del Magistrado que la dictó" (fs. 43 y 44).

Las anteriores razones del Ministerio Público son acertadas y como ellas definen el problema, nada habrá de añadir la Sala.

c) El cargo de haber conocido del proceso el magistrado Chaves R., estando impedido, por haber sido apoderado de la señora Cortés de De la Rosa, está contradicho en forma terminante, pues los peritos que practicaron una inspección ocular en el juicio ordinario entre esta señora y la esposa del doctor Dulce, dicen:

"Consta en el proceso que el doctor Bolívar Chaves R. fue apoderado de la señora Elvira Cortés de De la Rosa; que el 2 de junio de 1943 substituyó este poder en la persona del doctor Max Chaves, folios 25 del cuaderno 6º; y que, a folios 57 del cuaderno 7º el doctor Bolívar Chaves R., como magistrado, se impidió (sic) de conocer este negocio por haber sido abogado, no habiéndole las partes prorrogado jurisdicción" (f. 9).

El acusado estima que si "está impedido en el asunto principal, no lo está para imponer sanciones disciplinarias, por haber sido irrespetado como miembro del Tribunal" (f. 28 v.). Y así era, puesto que los impedimentos y recusaciones se establecen para "conocer" de los negocios, esto es, para decidirlos en el fondo previo análisis de las pruebas y de las disposiciones legales aplicables a cada caso concreto, y en la ocurren-

cia no iba el Tribunal a decidir el negocio, sino simplemente a calificar si se había cometido una falta con un escrito dirigido a la corporación y nada más.

En consecuencia, forzoso es concluir que los acusados no cometieron delito alguno en las actividades que se han dejado estudiadas y que debe darse aplicación al numeral 1º del artículo 437 del código de procedimiento penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor de los doctores Bolívar Chaves R. y José Eliseo Gómez Jurado, por los cargos que se han analizado en la presente providencia.

Cópiese y notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

NULIDADES EN EL SUMARIO

En el sumario, las nulidades que pueden presentarse son la de incompetencia de jurisdicción y la de ilegitimidad de personería del querellante cuando el negocio es de aquellos que no pueden adelantarse oficiosamente.

Estas nulidades son aquellas que la doctrina y la jurisprudencia denominan absolutas porque atacan los fundamentos esenciales del proceso. No pueden subsanarse por intervención de actos o hechos posteriores a aquel que las origina, y cuando se está en presencia de una de ellas es deber del funcionario reconocerlas y como consecuencia, declararlas. Por regla general, éstas son las únicas nulidades que pueden presentarse en el sumario; toda otra omisión será constitutiva de una irregularidad pero no de una nulidad de previo pronunciamiento.

Cuando la ley exija con sanción de nulidad que se llenen ciertos requisitos en determinados actos y dichas formalidades no se observan o no se cumplen, el acto o diligencia será inexistente pero no nulo. Por esto es, por lo que la ley expresa que, sin necesidad de resolución especial —tales actos—se deben considerar como si no se hubieran verificado, ya que una cosa es la inexistencia del acto y otra muy distinta la nulidad: en el primer caso, la ley considera que el acto no se verificó, y por consiguiente no tuvo existencia y no produce efecto alguno; en el segundo el acto existe pero es nulo; por tanto es necesario que preceda su declaración.

El artículo 235 dice que los testigos deben ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción o Juez de la causa, ante su Secretario, circunstancias éstas que se harán constar en la respectiva acta, y cuando esto ocurre es natural que ese documento tiene plena validez, y los actos que en ellos constan son válidos mientras no se demuestre lo contrario.

La ley en esta disposición establece una presunción de legalidad sobre los hechos pasados ante el funcionario público, y la veracidad de ellos como su autenticidad no puede quedar al capricho de uno de esos funcionarios, sino a lo que conste en dicho documento público. La inexistencia de estos actos no proviene, propiamente, del hecho de que el funcionario no deje las constancias respectivas de que habla esta disposición y el artículo 245, sino del hecho de que el testimonio se recibió en forma distinta a la determinada por la ley procedimental.

"Lo importante y decisivo —dice la Procuraduría— en la recepción del testimonio, es pues, que el Juez interrogue personalmente al testigo, y de eso no se queja el defensor.

"Por consiguiente, tampoco es el caso de decretar la nulidad o inexistencia de aquellos actos procesales en concreto, en los cuales estuvo ausente el secretario, porque la ley no autoriza tal declaración de invalidez; dicha ausencia, desde luego, constituye una irregularidad censurable, caso de ser cierta, pero en manera alguna implica nulidad procedimental".

Es claro que cuando se demuestra que en tales actos, existen las irregularidades alegadas por el defensor, ellas tienen por lógica consecuencia la declaratoria de la inexistencia de los mismos, pero cuando esa comprobación se hace mediante una prueba sumaria extrajuicio, ella no tiene la credibilidad suficiente como para considerar el acto inexistente. El Juez en estos casos —como se dijo anteriormente— tiene que considerar como válidos los actos en que se afirma fueron recibidos con las formalidades legales, máxime, cuando esa constancia existe en el documento público que se tacha de inexistente, pero su valor no se desvirtúa por la simple afirmación que posteriormente hagan dichos funcionarios de no ser ciertos los actos que ellos afirman fueron válidos. Para que prospere esa afirmación es necesario e indispensable demostrarlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, dieciocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.
(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Contra las providencias de ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, y veintiocho de marzo del presente año, dictadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por las cuales se niega la nulidad de la actuación realizada durante el sumario, y no se accede a declarar prescrita la acción penal por el transcurso del tiempo, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación.

Petición

En memorial de ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho el defensor del procesado pidió al Tribunal que declarara la nulidad de lo actuado dentro del sumario por los siguientes motivos:

a) Porque las diligencias cumplidas en el sumario "fueron verificadas exclusivamente por el señor Juez 57 de Instrucción Criminal, sin hallarse presente el Secretario".

b) Porque las personas que figuran como secretarios eran sujetos que desempeñaban puestos públicos, "los cuales a petición del señor Juez le daban su firma a las diligencias para llenar esa necesidad bajo un aspecto formal"; y

c) Porque todas las diligencias se hicieron en la forma que se expresa en los numerales anteriores, pretermitiendo en esta forma las normas del código de procedimiento penal "que exigen que en esas actuaciones intervengan el Juez y el Secretario, y que otras se practiquen por éste último solamente (notificaciones)".

Para respaldar estas afirmaciones se tomaron declaraciones extrajuicio de los señores Luis Vargas Franco y Jaime Uribe P., personas que —según parece— sirvieron los cargos de secretarios en el tiempo a que se contrae la nulidad invocada.

Prescripción de la acción penal

En memorial de veintidós de julio de mil novecientos cuarenta y ocho el defensor pidió se declarara prescrita la acción penal, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 105 y 107 del Código Penal, y argumenta así:

"El artículo 107 transcrito, en el inciso 2°, ha creado una grave duda a los intérpretes de la materia, respecto a su última parte, donde dice: "pero en este caso el término de la prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105". No es explicable esta frase última anotada, al decir que no podrá extenderse el término de la prescripción más allá del contemplado por el artículo 105. Parece que esa frase se dejó así, sólo bajo el pensamiento que el legislador tenía sobre la materia, sin tener en cuenta que era una frase trunca de otra que había redactado la comisión penal creadora del código. Es decir, tengo la impresión de que el Legislador, pese al primer inciso de la disposición comentada y a la primera parte del segundo inciso de ella misma, tuvo como intención la de dejar que la prescripción no se interrumpiera con el auto de proceder".

Autos del Tribunal

La nulidad fue negada porque las pruebas —declaraciones extrajuicio— no eran pertinentes para demostrar los hechos alegados como fundamento de la nulidad, ya también, porque las personas que deponen declaran haber cometido una falsedad y porque esos testimonios "no pueden restarle a las declaraciones el valor que la ley les ha asignado, cuando aparecen suscritas por el funcionario y su secretario. Lo contrario sería introducir la inseguridad y el desorden en los procesos, donde, la posterior deposición de la persona que ha desempeñado las funciones de secretario, pudiera quitarle, a las diligencias en las cuales su firma aparezca, dando fe de la verdad del contenido de aquellos actos, el valor que éstos deben tener; y por el solo hecho de afirmar, esa misma persona, que no estuvo presente, cuando de modo terminante, expresa que concurrió a su recepción".

La prescripción fue negada porque al dictarse el auto de proceder ésta se interrumpió, y porque "el delito de prevaricato tiene como pena máxima cinco años, y como, para efectos de la prescripción, habría que computar el aumento hasta en un tanto más, por mandato del artículo 33 del C. Penal, la pena que podría merecer Gómez por sus delitos, sería la de diez años. Ahora, como de conformidad con el artículo 105 ibídem, la acción penal prescribe en el máximo imponible, si aquella pena fuese mayor de cinco años y menor de veinte; y, como por medio del auto de proceder se interrumpe la prescripción, comen-

zando de nuevo a contarse el lapso para tal efecto, es evidente que desde la fecha de los autos de la Corte y del Tribunal, hasta ahora, no ha transcurrido, ni por asomos, aquel tiempo de diez años. Y en cuanto a los considerandos que hace el señor defensor, de la interpretación que debe dársele al artículo 107 del Código Penal, la jurisprudencia de la Corte y de los Tribunales, tiene resuelto que el tiempo para la prescripción se contará de nuevo, a partir de la fecha del auto de proceder que la interrumpió".

Se considera:

En el sumario, las nulidades que pueden presentarse son las de incompetencia de jurisdicción y la de ilegitimidad de personería del querellante cuando el negocio es de aquellos que no pueden adelantarse oficiosamente.

Estas nulidades son aquellas que la doctrina y la jurisprudencia denominan absolutas porque atacan los fundamentos esenciales del proceso. No pueden subsanarse por intervención de actos o hechos posteriores a aquel que las origina, y cuando se está en presencia de una de ellas es deber del funcionario reconocerlas y como consecuencia, declararlas. Por regla general, éstas son las únicas nulidades que pueden presentarse en el sumario; toda otra omisión será constitutiva de una irregularidad pero no de una nulidad de previo pronunciamiento.

Cuando la ley exija como sanción de nulidad que se llenen ciertos requisitos en determinados actos y dichas formalidades no se observan o no se cumplen, el acto o diligencia será inexistente pero no nulo; por esto es, por lo que la ley expresa que, sin necesidad de resolución especial —tales actos— se deben considerar como si no se hubieran verificado. Ya que una cosa es la inexistencia del acto y otra muy distinta la nulidad; en el primer caso, la ley considera que el acto no se verificó, y por consiguiente no tuvo existencia y no produce efecto alguno; en el segundo el acto existe pero es nulo, por tanto es necesario que preceda su declaración.

El artículo 235 dice que los testigos deben ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción o Juez de la causa, ante su Secretario, circunstancias éstas que se harán constar en la respectiva acta, y cuando esto ocurre es natural que ese documento tiene plena validez, y los actos que en ellos constan son válidos mientras no se demuestre lo contrario.

La ley en esta disposición establece una presunción de legalidad sobre los hechos pasados ante el funcionario público, y la veracidad de ellos como su autenticidad no puede quedar al capricho de uno de esos funcionarios, sino a lo que conste en dicho documento público. La inexistencia de estos actos no proviene, propiamente, del hecho de que el funcionario no deje las constancias respectivas de que habla esta disposición y el artículo 245, sino del hecho de que el testimonio se recibió en forma distinta a la determinada por la ley procedimental.

"Lo importante y decisivo —dice la Procuraduría— en la recepción del testimonio, es pues, que el Juez interrogue personalmente al testigo y de eso no se queja el defensor.

"Por consiguiente, tampoco es el caso de decretar la nulidad o inexistencia de aquellos actos procesales en concreto, en los cuales estuvo ausente el secretario, porque la ley no autoriza tal declaración de invalidez; dicha ausencia, desde luego, constituye una irregularidad censurable, caso de ser cierta, pero en manera alguna implica nulidad procedimental".

Es claro que cuando se demuestra que en tales actos existen las irregularidades alegadas por el defensor, ellas tienen por lógica consecuencia la declaratoria de la inexistencia de los mismos, pero cuando esa comprobación se hace mediante una prueba sumaria extrajuicio, ella no tiene la credibilidad suficiente como para considerar el acto inexistente. El Juez en estos casos —como se dijo anteriormente— tiene que considerar como válidos los actos en que se afirma fueron recibidos con las formalidades legales, máxime, cuando esa constancia existe en el documento público que se tacha de inexistente, pero su valor no se desvirtúa por la simple afirmación que posteriormente hagan dichos funcionarios de no ser ciertos los actos que ellos afirman fueron válidos. Para que prospere esa afirmación es necesario e indispensable demostrarlos.

Prescripción

El Tribunal negó la petición fundado en varias razones: primero, porque el cómputo de penas hecho de conformidad con el artículo 33 del C. Penal (acumulación jurídica), la acción penal por cuanto hace a la sanción imponible para el delito no ha prescrito; segundo, porque la acción penal al tenor del artículo 107 de la ley sustantiva se interrumpió por el auto de proceder, y tercero, porque de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales, el tiempo de la prescripción de la acción debe contarse a partir de la ejecutoria del auto de proceder.

"Sin necesidad de recurrir al cómputo de penas por acumulación jurídica (artículo 33 del C. P.) —dice la Procuraduría— la acción penal no ha prescrito. Para ello basta considerar el solo delito de prevaricato, al cual se refieren las copias enviadas a la Corte.

"Realmente, dicha infracción tuvo ocurrencia del 23 de enero al mes de febrero de 1943.

"El Tribunal Superior dictó el auto de proceder el tres de octubre de 1945, y la Corte lo confirmó en sus providencias de seis de septiembre de 1946 y 25 de noviembre del mismo año. Es decir, que cuando el enjuiciamiento se pronunció aún no se habían cumplido los cinco años que exige la ley para que prescriba la acción penal derivada del prevaricato, al tenor de los artículos 105 y 168 del estatuto represivo.

"Ejecutoriado el auto de proceder, la prescripción se interrumpe a partir de allí y es preciso computarla de nuevo desde dicha ejecutoria, según expreso mandato del artículo 107 ibídem. Y del mes de noviembre de 1946, en que la Corte proceder, más los tres días necesarios para la ejenegó la reposición del auto que confirmó el decutoria de la providencia, tampoco han transcurrido hasta hoy los cinco años que requiere aquel fenómeno extintivo de la acción penal. Esta sólo prsecribe aquí en los primeros días del mes de diciembre de 1951".

De conformidad con el artículo 107 de la ley sustantiva, la acción penal se interrumpe por el auto de proceder; esta providencia, suspende, obstaculiza e interfiere los efectos de la prescripción en cuanto a la acción penal. En otros términos, dictado el auto de proceder, para que pueda invocarse el derecho sobre prescripción de la acción penal, es necesario e indispensable que transcurran a partir de la ejecutoria de esta providencia los términos señalados en el artículo 105 del Código, mientras esos términos no se cumplan el derecho no puede ejercitarse.

"Se ha pensado —ha dicho la Corte— que el auto de proceder no interrumpe la prescripción, pues aunque es cierto que el artículo 107 del C. P. dice que ese auto la interrumpe, la segunda parte del artículo parece contradecir la primera al proseguir así: "En este caso (el de la interrupción) el término no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105". Esto parece contradecir la primera parte del artículo, se repite, porque si hay interrupción por el auto de proceder, el término se extiende hasta más allá del señalado en el artículo 105 y para que no se extienda es necesario que no se interrumpa. La anomalía de que se viene hablando se debe a que el artículo no quedó como estaba en el proyecto, el cual decía: "...pero en este caso el término de la prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105, **aumentado en la mitad".** (Actas de la Comisión redactora del nuevo código penal, tomo I, página 270). Pudiera añadirse que esta interpretación sería también más benigna para los procesados y que, por lo tanto, debería aceptarse en guarda del principio de interpretar las disposiciones legales en el sentido más favorable para ellos. Sin embargo, el texto de la ley tal como reza no ofrece lugar a duda alguna y no se puede desatender su tenor literal, que ofrece un sentido gramatical exacto y lógico, so pretexto de consultar su espíritu, ni menos con el argumento de que el legislador incurrió en un olvido o equivocación (artículo 27 del C. C.). El inciso quiere decir que interrumpida la prescripción por el auto de proceder, hay que volver a contar un tiempo igual al señalado en el artículo 105 del Código, es decir, que el tiempo anterior se pierde, como sucede en la prescripción civil". (Auto, 6 de septiembre de 1945, LIX, 565).

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, oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él CONFIRMA las providencias de ocho de octubre de 1948 y 28 de marzo de 1949, que en su oportunidad fueron apeladas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE NULIDAD DE UNA PARTICION REALIZADA EN UNA SUCESION. CONDICIONES PARA QUE SEA PROCEDENTE LA DEMANDA DE RECONVENCION

El artículo 472 del Código Judicial, al determinar las condiciones en que procede la demanda de reconvención, no establece ninguna excepción a las reglas generales sobre competencia. Apenas prevé que esas reglas, como a toda demanda, deben también aplicarse a la de reconvención.

En este sentido nuestra ley procesal, a diferencia de algunas legislaciones extranjeras, no amplía en ninguna forma la órbita del juez que conoce de la cuestión principal. Según la disposición antes citada, la reconvención queda siempre sujeta, para que pueda ser tramitada y decidida junto con la demanda primitiva, a que el juez sea competente para conocer de ella, o sea admisible la prórroga de jurisdicción.

De donde se deduce que el Tribunal de Medellín, aunque es competente en relación con la demanda principal, por ser uno de los demandados el Departamento de Antioquia, no por eso puede conocer de la reconvención del Asilo de Ancianos, ya que, tratándose de un litigio entre particulares, el asunto es de la competencia de los Jueces de Circuito o de los Municipales, de acuerdo con la cuantía. En casos como éste, en que por razón de las partes la competencia es improrrogable (artículo 151 del C. J.), es muy cierto que prácticamente el demandado carece del derecho de reconvenir al actor; pero esta circunstancia no proviene sino de la propia ley, que ha subordinado la reconvención al hecho de que el juez sea competente para conocer de ella, sin excepciones de ninguna naturaleza.

Por lo demás, no importa que haya estrecha conexión entre una y otra demanda, ya que esta circunstancia no la ha considerado la ley como atributiva de competencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, tres (3) de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

La señora Dolores Molina Callejas, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario al Departamento de Antioquia y al Asilo de Ancianos de Medellín, ante el Tribunal Superior de dicha ciudad, con el fin de que se decretara la nulidad de la partición efectuada en el juicio de sucesión del señor Mariano Arango Callejas, se ordenara a los asignatarios restituír a la masa hereditaria los bienes que se les habían adjudicado, y se hicieran otras declaraciones.

De la demanda se dio traslado al señor Gobernador del Departamento de Antioquia y a la religiosa Sor Scholastique José, designada como directora y representante del Asilo de Ancianos de Medellín.

La expresada religiosa, en su condición ya dicha, propuso oportunamente demanda de reconvención contra la señora Molina Callejas, por medio de escrito firmado por ella y por su apoderado el doctor Cristian Botero. En la contrademanda se pedía que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que la expresada señora debe reembolsar al Asilo de Ancianos de Medellín, en la proporción que le corresponde, los bienes que le adjudicaron para pagarle tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) por concepto de gastos y expensas de última enfermedad; esta devolución la hará la señora con todos los frutos naturales y civiles.

"2ª Que debe pagar al Asilo de Ancianos de Medellín, en la proporción que le corresponde, el valor de lo que la sucesión pagó por derechos de lazareto correspondientes a la asignación de lo que le cupo en la sucesión a la expresada señora Dolores Molina Callejas v. de Arango, con sus intereses legales.

"3ª Que con relación al crédito por tres mil pesos ($ 3.000.00) constante en la escritura pública número 3.583 de 23 de septiembre de 1943 de la Notaría Primera de Medellín, se declare que como bien de la sociedad conyugal que fue, el Asilo de Ancianos de Medellín tiene su debida participación en él; y que como la señora lo ocultó o lo distrajo, perdió su porción en ese crédito y debe volver a esa entidad, en la proporción que le corresponde, el valor de ese crédito, doblado y con sus intereses.

"4ª Que lo que se le hubiere adjudicado por demás y por concepto de acrecimiento, debe devolverlo al Asilo de Ancianos de Medellín en la proporción que le corresponde, todo con sus frutos naturales y civiles.

"5ª Que debe pagar al Asilo de Ancianos de Medellín la proporción que le corresponda de la cantidad de veintiún mil trescientos cuarenta y siete pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 21.347.54) ,la cual se le pagó en exceso del valor de la porción conyugal a que tenía derecho".

En relación con esta contrademanda, el apoderado de la actora y demandada, doctor Julio Saldarriaga L., propuso las excepciones dilatorias de declinatoria de jurisdicción, inepta demanda e ilegitimidad de la personería, alegando como fundamento de ellas los siguientes hechos: que el Tribunal no era competente para conocer de la reconvención, por tratarse de un litigio entre dos personas de derecho privado; que el libelo de reconvención sólo fue presentado personalmente por Sor Scholastique José y no por el apoderado que aparece prohijándolo con su firma, y que no se había acreditado la personería del Asilo ni la representación que de éste tuviera la mencionada religiosa.

Sustanciado el incidente de excepciones, el Tribunal lo decidió por providencia de fecha diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, declarando probada la de declinatoria de jurisdicción, sin necesidad de estudiar las restantes.

Por apelación de esta providencia, vino el asunto a conocimiento de esta Sala, donde ya se han cumplido los trámites previstos por el artículo 502 del C. J.

Para resolver se considera:

El artículo 742 del Código Judicial, al determinar las condiciones en que procede la demanda de reconvención, no establece ninguna excepción a las reglas generales sobre competencia. Apenas prevé que esas reglas, como a toda demanda, deben también aplicarse a la de reconvención.

En este sentido nuestra ley procesal, a diferencia de algunas legislaciones extranjeras, no amplía en ninguna forma la órbita del juez que conoce de la cuestión principal. Según la disposición antes citada, la reconvención queda siempre sujeta, para que pueda ser tramitada y decidida junto con la demanda primitiva, a que el juez sea competente para conocer de ella, o sea admisible la prórroga de jurisdicción.

De donde se deduce que el Tribunal de Medellín, aunque es competente en relación con la demanda principal, por ser uno de los demandados el Departamento de Antioquia, no por eso puede conocer de la reconvención del Asilo de Ancianos, ya que, tratándose de un litigio entre particulares, el asunto es de la competencia de los Jueces del Circuito o de los Municipales, de acuerdo con la cuantía. En casos como éste, en que por razón de las partes la competencia es improrrogable (artículo 151 del C. J.), es muy cierto que prácticamente el demandado carece del derecho de reconvenir al actor; pero esta circunstancia no proviene sino de la propia ley, que ha subordinado la reconvención al hecho de que el juez sea competente para conocer de ella, sin excepciones de ninguna naturaleza.

Por lo demás, no importa que haya estrecha conexión entre una y otra demanda, ya que esta circunstancia no la ha considerado la ley como atributiva de competencia.

Todo lo cual es suficiente para que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRME, como ahora lo hace, la providencia objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R.— Belisario Agudelo D.— Germán Alvarado — Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INCIDENTE DE NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION E ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

1. — Las pruebas aportadas al proceso no tienen por qué incidir en la competencia de los jueces, que para estos fines sólo deben tomar en cuenta las cuestiones planteadas en la demanda. De aquí que si se ha demostrado o llega a demostrarse que el terreno de que se trata fue ocupado de hecho por la Nación y está adscrito a un servicio público, en contra de lo aseverado por los actores, esas serán circunstancias que deberán estudiarse en la sentencia definitiva, para determinar si son impeditivas de la acción o acciones intentadas; no circunstancias que puedan oponerse ahora a los planteamientos de la demanda, en relación con la justicia que debe conocer del presente negocio.

2.—El poder conferido por un representante legal a nombre y en representación de unos menores, no queda insubsistente por cesar aquél en sus funciones, sino sigue vigente hasta que sea revocado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro del juicio ordinario seguido ante el Tribunal Superior de Pereira por María Ramírez viuda de Suárez y otros contra la Nación, representada por el Administrador General del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, procede ahora la Sala a resolver la apelación interpuesta por la parte demandada contra la providencia de fecha doce de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual se desató el incidente de nulidad promovido por el apoderado del Consejo Administrativo, doctor Guillermo Angel Ramírez, en memorial de diez de abril del expresado año.

Se advierte que en el juicio de que se trata la Nación promovió demanda de reconvención contra los actores, la cual se ha venido tramitando junto con la principal, y que ya se ha dado cumplimiento al auto de esta Sala de diez y siete de mayo del año en curso.

Los demandantes habían pedido que se decretara en su favor la reivindicación de un lote de terreno de su propiedad que ocupaba el Ferrocarril del Pacífico en la ciudad de Armenia, que en subsidio se ordenara que la Nación, como dueña de dicho ferrocarril, debía entregarles el referido inmueble, por haber expirado el contrato de arrendamiento que había originado la ocupación, y que, en defecto de las anteriores súplicas, se declarara que la Nación debía pagarles la suma de cuarenta mil pesos, "valor del lote de que se ha hablado, y los intereses legales de esa suma desde el día de la retención indebida de tal lote hasta que el pago se verifique, o el valor que se fije por peritos dentro del juicio". De las expresadas peticiones iniciales sólo quedaron subsistentes, para ser decididas en el proceso, la principal y la segunda subsidiaria, a consecuencia de haberse declarado probada la excepción de declinatoria de jurisdicción respecto de la primera subsidiaria, con base en que dicha súplica no era de competencia del Tribunal sino de la Corte en juicio de única instancia, puesto que tenían su origen en un contrato.

Se afirmó en la demanda que el mencionado terreno era de propiedad de la parte actora y que la Nación era poseedora de mala fe del inmueble. También se hicieron otras afirmaciones relacionadas con la primera petición subsidiaria, de la cual ya no se conoce en este juicio, como se dijo antes.

Circunscrito el debate a las súplicas de que se ha hablado, el representante de la entidad demandada pidió que se declarara la nulidad de la actuación, cuando el negocio estaba para que las partes presentaran sus alegatos de instancia. Las causales alegadas por el personero de los Ferrocarriles Nacionales fueron las de "incompetencia de jurisdicción", "ilegitimidad de la personería" y "falta de notificación y emplazamiento en forma legal".

Como fundamento de las nulidades propuestas se adujeron las siguientes razones: a) Que el asunto no era de competencia de la justicia ordi-

naria sino de la justicia contencioso-administrativa, porque del proceso resultaba que la Nación había ocupado el terreno para un servicio público y se había pedido el pago de su valor; b) Que los menores demandantes Jaime, Luz y Silvia Suárez Ramírez quedaron indebidamente representados por el Dr. Luis Eduardo Ochoa Gutiérrez desde que cumplieron los veintiún años, ya que de aquí en adelante no podía ejercer sobre ellos la patria potestad su madre, la señora María Ramírez viuda de Suárez, que era quien le había dado poder al doctor Ochoa Gutiérrez; y c) Que se había dejado de notificar personalmente al apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales el auto de 2 de septiembre de 1946. Se agregó además que el personero de los demandantes había extralimitado sus poderes.

El Tribunal estudió con detenimiento tales motivos de nulidad, hasta llegar a la conclusión, en la providencia que ahora se revisa, de que ningún vicio afectaba al proceso. A las consideraciones del **a quo** habrá de referirse la Sala en adelante.

Incompetencia de jurisdicción

Como muy bien lo observa el Tribunal, las acciones impetradas en este asunto no se fundan, ni la de reivindicación ni la subsidiaria sobre pago del valor del inmueble, en ocupaciones de hecho por parte de la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Ninguna base da la demanda para entender que se trata de acciones relacionadas con la ocupación de un terreno por razón de trabajos públicos, pues de allí lo que se desprende es que ese terreno fue dado en arrendamiento para la Empresa del Ferrocarril Armenia-Ibagué en el año de 1929, y que desde el año de 1933, en que dejaron de pagarse los respectivos cánones, la Nación lo ha retenido indebidamente y se ha negado a entregarlo a sus dueños. Según parece, por esta razón se ha demandado a la Nación como poseedora de mala fe.

De otra parte, las pruebas aportadas al proceso no tienen por qué incidir en la competencia de los jueces, que para estos fines sólo deben tomar en cuenta las cuestiones planteadas en la demanda. De aquí que si se ha demostrado o llega a demostrarse que el terreno de que se trata fue ocupado de hecho por la Nación y está adscrito a un servicio público, en contra de lo aseverado por los actores, esas serán circunstancias que deberán estudiarse en la sentencia definitiva, para determinar si son impeditivas de la acción o acciones intentadas; no circunstancias que puedan oponerse ahora a los planteamientos de la demanda, en relación con la justicia que debe conocer del presente negocio.

Ilegitimidad de la personería

De acuerdo con las correspondientes partidas de origen eclesiástico, los demandantes Silvia, Luz y Jaime Suárez Ramírez nacieron, respectivamente, el 7 de marzo de 1918, el 5 de agosto de 1921 y el 26 de febrero de 1925. De autos resulta, igualmente, que la demanda principal le fue notificada al señor Fiscal del Tribunal, que en un principio representaba a la Nación, el 31 de octubre de 1938, y que la demanda de reconvención se le notificó al doctor Ochoa Gutiérrez, a quien le había dado nuevo poder para estos efectos la señora María Ramírez viuda de Suárez, a su propio nombre y en representación de sus expresados hijos Silvia, Luz y Jaime Suárez Ramírez, el 12 de abril de 1939.

Según esto, con excepción de Silvia Suárez Ramírez, los demás menores llegaron a la mayor edad después de notificadas la demanda principal y la de reconvención, por lo cual es de estricta aplicación el artículo 264 del C. J., conforme al cual el mandato judicial no termina "por la cesación de las funciones del que lo dio como representante de una persona natural o jurídica si ya está notificada la demanda, mientras aquélla por sí o por medio de un nuevo apoderado no lo revoca, o termina el poder por otra causa".

Y como en el presente juicio los demandantes Luz y Jaime Suárez Ramírez, después de terminada la patria potestad a que estuvieron sometidos, no han revocado el poder que a su nombre le confirió su madre al doctor Luis Eduardo Ochoa Gutiérrez, sígúese que la representación que éste ha continuado ejerciendo es perfectamente legítima.

Respecto de la señora Silvia Suárez Ramírez, indebidamente representada en cuanto atañe a la reconvención, su apoderado el doctor César Botero Medina ha ratificado expresamente la actuación afectada de nulidad, por medio de memorial dirigido a esta Sala el nueve de julio pasado.

Por último, no encuentra respaldo en el proceso la afirmación del apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales acerca de que el doctor Ochoa Gutiérrez extralimitó

sus poderes, ya que de autos aparece que la demanda principal fue ratificada por las señoras María Ramírez viuda de Suárez y Elisa Suárez Ramírez, obrando la primera en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Silvia, Luz, Jaime y Augusto Suárez Ramírez (fol. 63 v. del cuaderno número 1).

Falta de una notificación personal

Es evidente que el auto de 2 de septiembre de 1946, por el cual se reconoció personería a un apoderado sustituto, no fue notificado personalmente al representante del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Pero tampoco en este caso existe para la Corte la nulidad impetrada, por las razones que a este respecto da el **a quo** en los siguientes apartes de su providencia:

"El Tribunal no considera la causal alegada suficiente a invalidar toda la actuación procesal realizada en este juicio, con fundamento en lo prescrito en el inciso final del artículo 450 de la obra citada (C. J.), respecto del cual expresó la comisión revisora:

"Empero, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas han representado en juicio sin reclamar la declaración de nulidad, hay lugar a presumir que dan por valedero lo actuado, y, por tanto, no debe ya permitirse que aleguen esa causal". Y porque con posterioridad al auto de dos de septiembre citado, se observan en este juicio varias actuaciones de la parte demandada, sin reclamar la declaración de nulidad impetrada".

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, RESUELVE:

1º Declárase ratificada la actuación en el presente juicio por parte de la señora Silvia Suárez Ramírez.

2º En consecuencia, CONFIRMASE la providencia del Tribunal Superior de Pereira de fecha doce de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, que ha sido materia del presente recurso.

Tiénese al doctor César Botero Medina como apoderado de la señora Silvia Suárez Ramírez en el presente negocio, de acuerdo con la sustitución que le ha hecho el doctor Luis Eduardo Ochoa Gutiérrez y en los términos del poder conferido a éste (fs. 16 a 18 del cuaderno número 17).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



NULIDADES EN LOS JUICIOS CIVILES — NO PUEDE DECIDIR DE ELLAS EL SUPERIOR QUE SOLO CONOCE APELACION DE UN AUTO INTERLOCUTORIO

Si en general el superior sólo puede conocer del asunto objeto del recurso, por excepción le permite el C. J., para que los procesos no adolezcan de irregularidades sustanciales, que también pueda entender en la nulidad de lo actuado en el juicio, pero siempre que el negocio haya llegado a su estudio por apelación de la sentencia de primer grado.

En este sentido es claro el alcance de los arts. 455 y 456 del Código Judicial. Cuando el Juez que conoce de un juicio advierte en él algún motivo de nulidad, debe ponerlo en conocimiento de las partes; a su turno, las mismas partes pueden pedir las nulidades que estimen procedentes, en cualquier estado del juicio y antes de que se dicte sentencia. De aquí resulta que es al Juez que conoce del juicio, sea en la primera o en la segunda instancia, a quien le corresponde decidir sobre las nulidades que puedan afectarlo; no al superior que sólo entiende en la apelación de un auto interlocutorio, ya que en estos casos no conoce de todo el juicio, sino apenas de una parte del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, tres de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro del juicio ejecutivo seguido por el doctor Ramón Lozano Garcés contra el Departamento del Chocó, ante el Tribunal Superior de Quibdó, el representante de la entidad demandada, al notificarse del mandamiento de pago, denunció como bienes del Departamento el "remanente" del valor de una pala "Erie" que estaba embargada y secuestrada en la ejecución que adelantaba el doctor Próspero Ferrer Ibáñez contra el mismo Departamento del Chocó. Ese "remanente" fue embargado por el auto de 14 de julio de 1948, que se comunicó al Magistrado del Tribunal que venía conociendo de la expresada ejecución.

Para garantizar que el "remanente" denunciado y embargado era de propiedad del Departamento y suficiente para el pago de la deuda, se ofreció y admitió como fiador de saneamiento al señor Azarías Valencia, quien se obligó como tal por la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00).

Posteriormente el demandante Lozano Garcés, alegando que el "remanente" embargado no subsistía en la realidad, ya que la pala "Erie" de donde podía derivarse había sido desembargada en el ejecutivo del doctor Ferrer Ibáñez contra el Departamento, como de propiedad de un tercero, denunció nuevos bienes para el pago de la deuda, tanto de la entidad demandada como del propio fiador de saneamiento.

El Tribunal consideró procedente esta solicitud del ejecutante Lozano Garcés, en atención a que se habían traído al juicio las debidas comprobaciones. El nuevo embargo fue decretado por el Tribunal por auto de veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en los siguientes términos:

"1º Decrétase el embargo y secuestro de los fondos que el Departamento del Chocó tenga en las arcas del Banco de la República de esta ciudad, hasta por la suma de dos mil pesos ($ 2.000) m. cte.

"....

"2º Subsidiariamente, en caso de no existir fondos departamentales en el Banco aludido, decláranse embargados los bienes del señor Azarías Valencia, fiador de saneamiento, bienes que aparecen detallados en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que se encuentra en este expediente".

Del referido auto de embargo se le concedió apelación a la entidad demandada, en el efecto devolutivo, por lo cual ha venido el asunto a conocimiento de esta Sala. Aquí el doctor Adán Arriaga Andrade, acreditado como personero del Departamento del Chocó, ha pedido que se declare la nulidad de todo lo actuado en el juicio, del mandamiento de pago en adelante, o que en su defecto se revoque el auto apelado. Por este

motivo se habrá de decidir ahora tanto sobre dicha petición como sobre el recurso interpuesto.

Nulidad de lo actuado

Considera la Sala que la nulidad solicitada por el doctor Arriaga Andrade, que se extiende a toda la actuación procesal, a partir del auto ejecutivo de 28 de junio de 1948, está fuera del ámbito de su competencia, que debe limitarse al asunto materia de la apelación. Como la Sala no conoce ahora del juicio en su totalidad, sus facultades no llegan a abarcar las nulidades que puedan afectarlo.

Si en general el superior sólo puede conocer del asunto objeto del recurso, por excepción le permite el C. J., para que los procesos no adolezcan de irregularidades sustanciales, que también pueda entender en la nulidad de lo actuado en el juicio, pero siempre que el negocio haya llegado a su estudio por apelación de la sentencia de primer grado.

En este sentido es claro el alcance de los artículos 455 y 456 del Código Judicial. Cuando el Juez que conoce de un juicio advierte en él algún motivo de nulidad, debe ponerlo en conocimiento de las partes; a su turno, las mismas partes pueden pedir las nulidades que estimen procedentes, en cualquier estado del juicio y antes de que se dicte sentencia. De aquí resulta que es al Juez que conoce del juicio, sea en la primera o en la segunda instancia, a quien le corresponde decidir sobre las nulidades que puedan afectarlo; no al superior que sólo entiende en la apelación de un auto interlocutorio, ya que en estos casos no conoce de todo el juicio, sino apenas de una parte del proceso.

A este respecto dice Manresa y Navarro, en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España:

"Pero lo expuesto no significa que en todas las ocasiones esté capacitado el Tribunal de apelación para conocer y resolver sobre la totalidad de las cuestiones que abarca el proceso. La ley le marca inflexiblemente el límite hasta donde puede llegar y de donde no puede pasar, según los casos: si la apelación se interpone contra la sentencia que resuelve todas las cuestiones que se discutieron en lo principal, aquél tiene la facultad, que es deber, de dictar su resolución sobre la totalidad de las mismas; si la apelación se circunscribe solamente a alguno de los puntos litigiosos o a una infracción procesal, su competencia no alcanza más que a resolver tal particular, sin que pueda conocer del resto de las cuestiones, aun cuando estén pendientes o existan infracciones procesales no convalidadas...."

La providencia apelada

Según el señor apoderado del Departamento del Chocó, las razones para que se revoque el auto recurrido "surgen nítidamente" del proceso.

No lo entiende así la Sala, que no encuentra en esa providencia ningún reparo de ilegalidad. Si en la ejecución del doctor Próspero Ferrer Ibáñez contra el Departamento del Chocó quedó libre de la traba ejecutiva la pala "Erie" cuyo "remanente" fue embargado en el presente juicio —por lo menos mientras el superior resuelve— había que concluír que el embargo de tal "remanente" había dejado de existir. Y como aquel desembargo se decretó "por haber resultado el bien denunciado por el Gobernador de propiedad de un tercero, a más de estar adscrito a un servicio público de salubridad", el ejecutante Lozano Garcés no sólo recobró el derecho de denunciar nuevos bienes del Departamento, sino también bienes del fiador de saneamiento, según se desprende de los artículos 1016 y 1017 del Código Judicial.

Por lo tanto, el Tribunal hizo bien en decretar el embargo pedido.

Y sin más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, RESUELVE:

1° En el presente caso la Corte no puede conocer del incidente de nulidad propuesto por el apoderado del Departamento del Chocó, en su memorial de veinte de junio del corriente año.

2º Confírmase la providencia del Tribunal Superior de Quibdó de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, dictada en la ejecución del doctor Ramón Lozano Garcés contra el Departamento del Chocó.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

DESISTIMIENTO DE UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

Como ya lo ha decidido la Corte en casos similares, el desistimiento del proponente entraña la desaparición del interés de la parte que iba a contratar con la Nación, de tal suerte que la tramitación judicial posterior a ese desistimiento no realizaría la finalidad de las leyes del petróleo.

Es, pues, el caso de admitir la solicitud del Ministerio del ramo en el sentido de que se devuelva el expediente a la oficina de su origen, por haber cesado el motivo de estudio de la propuesta por parte de esta Corporación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales — Bogotá, tres de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

La Compañía Petrolera de Bogotá, por medio de apoderado, propuso al Gobierno Nacional, en escrito de 3 de mayo de 1939, presentado ante el Ministerio del ramo, la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, en un globo de tierras de 47.552,7 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los municipios de Chimichagua y San Sebastián de Buenavista, en el Departamento del Magdalena.

La propuesta en referencia fue registrada bajo el número 79, y admitida luego por el Ministerio en resolución del 7 de diciembre de 1939.

Dentro del término al efecto previsto por las leyes sobre la materia, formuló oposición el Municipio de San Sebastián de Buenavista, con relación a terrenos que el opositor considera de su propiedad.

En vista de la oposición precitada, el Ministerio, en Resolución del 13 de diciembre de 1940, y en cumplimiento del mandato legal pertinente, dispuso el envío del expediente a esta Sala de la Corte, para que aquí se decida si es o no fundada la pretensión del Municipio opositor.

Estando en curso la tramitación del negocio, vino a este despacho la siguiente comunicación de la secretaría general del Ministerio respectivo:

"...Por resolución número 320 fechada el 5 del mes en curso este despacho aceptó el desistimiento presentado por la "Compañía Petrolera de Bogotá" de la propuesta número 79 sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno ubicado en jurisdicción de los municipios de Chimichagua y San Sebastián de Buenavista, departamento del Magdalena.

"Como la citada propuesta fue enviada a esa H. Corte para los efectos del artículo 5º de la ley 160 de 1936, y en virtud del desistimiento de ella ha cesado el motivo de estudio de la propuesta por parte de esa Corporación, me permito solicitar a usted muy atentamente se sirva devolver a este Ministerio el expediente en referencia. De usted atento servidor. (Fdo.) Daniel Restrepo, Secretario General del Ministerio".

Se considera:

Como ya lo ha decidido esta Sala en casos similares, el desistimiento del proponente entraña la desaparición del interés de la parte que iba a contratar con la Nación, de tal suerte que la tramitación judicial posterior a ese desistimiento no realizaría la finalidad de las leyes del petróleo.

Es, pues, el caso de admitir la solicitud del Ministerio del ramo en el sentido de que se devuelva el expediente a la oficina de su origen, por haber cesado el motivo de estudio de la propuesta por parte de esta Corporación.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara que no hay lugar a la tramitación y fallo de la oposición a que se refiere el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis A. Flórez — Germán Alvarado — Belisario Agudelo—Luis Rafael Robles—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

CORRECCION DE ERRORES NUMERICOS EN QUE SE HAYA INCURRIDO EN UNA PROVIDENCIA JUDICIAL

El Juez que debe corregir el error numérico en que se haya incurrido al proferir una sentencia debe ser el mismo de la sentencia, pues no siendo ésta otra cosa que la conclusión de un proceso lógico, la rectificación que se haga ha de subordinarse a las mismas consideraciones que contribuyeron a la formación de la providencia primitiva.

La corrección numérica ha de ser de tal naturaleza que no vaya a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo, porque, de ocurrir tal cosa, se llegaría al absurdo de que a pretexto de una corrección numérica, se pretendiese, fuera de tiempo, una aclaración sobre conceptos oscuros o dudosos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Al señor Ministro de Educación Nacional, el veintiuno de enero de mil novecientos veintinueve, el señor Elías Henoc de Jesús Gómez solicitó concepto favorable para obtener pensión de jubilación ante la H. Corte Suprema de Justicia, conforme a lo preceptuado en el artículo 6º de la Ley 114 de 1913, y, al efecto adjuntó las pruebas correspondientes.

Una vez emitido dicho concepto, en forma favorable, vino el expediente a la Sala de Negocios Generales de la Corte, la cual, en fallo fechado el treinta y uno de julio de mil novecientos veintinueve, reconoció al señor Elías Henoc Gómez, por sus servicios prestados como maestro de escuelas oficiales una pensión de setenta pesos mensuales, a partir de enero de ese mismo año.

El doctor Eduardo Pérez Tamayo, en carácter de apoderado especial del señor Elías Henoc Gómez, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, el veintinueve de noviembre último, solicitó se corrija un error aritmético en que se incurrió en la sentencia aludida. Funda su petición en lo dispuesto en el artículo 483 del Código Judicial.

Se considera:

El expediente respectivo fue solicitado con carácter devolutivo a la Presidencia de la H. Corte y una vez estudiadas las pruebas que dieron base al fallo, encuentra la Sala que durante los dos últimos años el señor Gómez devengó las siguientes sumas: de enero de mil novecientos veinte, a marzo inclusive de mil novecientos veintiuno, a razón de ciento sesenta pesos mensuales. Con este sueldo trabajó durante quince meses. Durante los nueve meses anteriores a enero de mil novecientos veinte, a razón de ciento diez pesos mensuales.

Prueba lo anterior el certificado expedido por el Director General de Educación Pública del Departamento de Antioquia que obra a folios 3, 3 v. y 4 del expediente respectivo.

Conforme al artículo 483 del C .J., el error numérico ocurrido en una resolución judicial es corregible en cualquier tiempo.

Al respecto ha dicho la Corte: "El Juez que ha pronunciado una sentencia e incurre en un error simplemente aritmético, puede corregirlo de oficio y en cualquier tiempo conforme a lo dispuesto en el artículo 483 del C. J. La enmienda de la equivocación ocurrida en un fallo de la Corte, ha de corresponder a esta entidad, de acuerdo con el tenor literal del artículo citado.

"Sólo en acatamiento a tal disposición ha aceptado la Corte esta demanda: porque es lo cierto que hoy las demandas sobre pensiones como la acordada al señor N... no le competen a la Rama Jurisdiccional". Se trataba de una pensión del magisterio. G. J. Tomo 62, pág. 560).

El Juez que debe corregir el error numérico debe ser el mismo de la sentencia, pues no siendo ésta otra cosa que la conclusión de un proceso lógico, la rectificación que se haga ha de subordinarse a las mismas consideraciones que contribuyeron a la formación de la providencia primitiva.

La corrección numérica ha de ser de tal naturaleza que no vaya a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo, porque, de ocurrir tal

cosa se llegaría al absurdo de que a pretexto de una corrección numérica, se pretendiese, fuera de tiempo, una aclaración sobre conceptos oscuros o dudosos.

La pensión de maestro es la mitad del promedio de los sueldos devengados en los dos últimos años de servicio, de suerte que si el maestro devengó tres sueldos, v. gr.: en los dos últimos años, uno de $ 60.00, otro de $ 70.00 y otro de $ 80.00, la operación se practicaba así: 60+70+80=210. Este total se dividía por 3, y así daba el promedio de sueldo, para el caso que es de $ 70.00 y la mitad del promedio es $ 35.00.

En esta forma se practicó en el fallo como va a verse: 110+170=280. Promedio: $ 140. Mitad del promedio, $ 70.00.

Esta fue la práctica de la Corte en largos años, y la misma adoptada por el Consejo de Estado.

En estas condiciones no es posible hallar el error numérico que impetra el solicitante.

Como la providencia es negativa, basta un auto interlocutorio.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, niega la solicitud del doctor Eduardo Pérez Tamayo, quien obra en nombre de su poderdante.

Reconócese personería al doctor Eduardo Pérez Tamayo, al tenor del poder conferido por el señor Elías Henoc Gómez para que lo represente.

Notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS EN LAS TIERRAS DEL PREDIO DENOMINADO «PIPINI» — ADQUISICION DEL DOMINIO PRIVADO DE TIERRAS POR MEDIO DE JUSTA PRESCRIPCION, CONFORME A LAS LEYES COLONIALES SOBRE LA MATERIA

1.—Los documentos que ha examinado la Corte, en los cuales se hace referencia a la posesión de tierras con ganados, son demostrativos de que en ellas se cumplieron actos de explotación económica de la clase de los que la legislación indiana requería para que pudiese acreditarse la justa prescripción, al tenor de lo establecido especialmente en la Cédula de San Lorenzo, que definió lo que por tal debía entenderse.

2.—En fallo de 5 de agosto de 1942, la Sala de Negocios Generales dejó establecido cómo, pese a la aparente contradicción existente entre las leyes coloniales en materia de prescripción, en realidad dichas leyes nunca dejaron de reconocer la prescripción derivada de la explotación económica de las tierras.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor Bernardo J. Caicedo, obrando como apoderado de la sociedad denominada "Texas Petroleum Company", avisó al Ministerio de Minas y Petróleos que dicha empresa, en virtud de contrato celebrado con los señores Cenón Peralta y Simón Hernández, se propone efectuar trabajos de exploración con taladro y de explotación del petróleo reputado como de propiedad privada que se encuentre en el predio de Pipiní, situado en jurisdicción del Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima, cuya extensión es de quinientas sesenta y una hectáreas, treinta y nueve centésimos de hectárea (561.39 hts.), determinado por los siguientes linderos: "Del paso de Las Cárdenas, en la quebrada del Madroñal, unas diez cuadras abajo de la casa de 'Ña Germana', línea recta a la cuesta vieja de Los Mulatos; de aquí cogiendo por el borde de la mesa de Pipiní, borde abajo hasta encontrar con la chamba; ésta abajo hasta encontrar el llano de Guarruzal; ésta abajo hasta la quebrada de Guayní; ésta arriba hasta la desembocadura de la quebrada del Madroñal; de aquí en línea recta por una cerca de piedra al borde de la mesa o filo del llano de la Virgen, por todo el borde de la mesa, al salto de la quebrada del Madroñal, ésta arriba hasta el paso de Las Cárdenas, primer lindero citado".

Manifestó el avisante que el derecho a extraer el petróleo que pueda encontrarse en el mencionado predio de Pipiní se desprende del contrato celebrado con sus dueños, los prenombrados señores Peralta y Hernández, conforme a las voces de la escritura público número 44 de 24 de febrero de 1942, otorgada en la Notaría del Chaparral.

El señor Procurador General de la Nación emitió, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, concepto acerca del valor jurídico de los documentos que presentó el interesado como demostrativos de dominio privado sobre el petróleo, acogiendo en su totalidad el parecer emitido por el Servicio Legal del Ministerio que solamente halló como obstáculo legal para reconocer la propiedad privada del subsuelo de "Pipiní" la indeterminación de dicho predio, manifestando, empero, disentir del concepto del mismo Servicio en cuanto apreció inobjetable la propiedad de los señores Cenón Peralta y Simón Hernández sobre ese predio, con los títulos presentados y con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Chaparral, ya que a su modo de ver "está comprobado que dichos señores adquirieron derechos y acciones en las sucesiones de José del Carmen Reinoso y de Pedro Reinoso, pero no se ha establecido que los nombrados Reinosos fueran dueños del predio a que el aviso se refiere; ni que los vendedores de los derechos fueran en realidad sus herederos; ni que, en caso de estar esos derechos comprobados, fueran los únicos herederos".

El Ministerio de Minas y Petróleos dictó luégo la Resolución número 404 en la que dispone enviar a la Corte el aviso de exploración, para que

acá se resuelva, en juicio breve y sumario, si son o no fundadas las pretensiones de la sociedad avisante, después de expresar que la indeterminación del terreno respecto de los títulos antiguos le impedía reconocer propiedad privada sobre el subsuelo de "Pipiní", mas no en cuanto al reparo formulado por la Procuraduría en relación con la propiedad actual de los señores Peralta y Hernández sobre ese predio, —que para el Ministerio es inobjetable su demostración con los títulos presentados— por cuanto si bien es verdad que lo adquirido por dichos señores "en un principio fueron derechos en la sucesión de José del Carmen y Pedro Reinoso, por adjudicación de esas mortuorias y mediante compra de sus derechos a todos los herederos, ellos llegaron a ser dueños del referido predio".

En la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a instancias del avisante se practicó por ella una inspección ocular, con intervención de peritos ingenieros, en los terrenos del aviso, tendiente a establecer su determinación precisa, conforme al siguiente cuestionario sometido a la consideración de los expertos:

"1º Si los terrenos del predio de 'Pipiní', descritos en los títulos y conforme a las expresiones de linderos que en tales títulos constan, constituyen un globo cierto y determinado de ubicación conocida.

"2º Si las tierras del predio de 'Pipiní', están comprendidas por predios que fueron objeto de explotación económica en alguna época anterior al año de 1821, o hacen parte de ellos; tomando en consideración para ese estudio, los documentos presentados con el aviso. Los señores peritos se servirán concretar en qué consisten los actos de explotación económica a que se hace referencia.

"3º Como resultado del estudio y reconocimiento de que se acaba de hablar, los señores peritos deberán describir con suficiente claridad los linderos que determinan el predio de 'Pipiní' y sirven para ubicarlo, así como también la extensión aproximada de dicho predio, expresada en hectáreas".

Los señores peritos cumplieron su cometido, conforme al siguiente informe dictamen, rendido en oportunidad legal:

"Primero.—Habiendo procedido —según consta en el acta de la diligencia de la inspección ocular, que tuvo lugar el siete de diciembre en curso (1948)—, a verificar sobre el terreno los linderos del lote de 'Pipiní' —materia del aviso de exploración con taladro—, en acuerdo con la descripción que de los mismos se hace en dicho aviso, y del plano topográfico que al mismo acompaña, comprobamos la existencia cierta de un globo de tierras o lote, que, salvo pequeñas diferencias, a las cuales nos referiremos más adelante (punto 3°), corresponden real y verdaderamente al predio materia del aviso dado por la mencionada Compañía en memorial fechado el 13 de marzo de 1946 y que por lo tanto, constituye un globo cierto y de ubicación conocida.

"Segundo.—El mencionado predio, denominado 'Pipiní' se halla enclavado dentro del globo de tierras materia del aviso de exploración con taladro dado por la Texas Petroleum Company al Ministerio de la Economía Nacional el 20 de marzo de 1940. Dicho predio fue expresamente excluído de la extensión de tierras materia de ese aviso, y se le determinó por medio de una relación de linderos que es la misma que se adoptó para el predio materia del segundo aviso del cual nos ocupamos. Con respecto al globo de tierras materia del primer aviso la Honorable Corte Suprema de Justicia profirió el fallo publicado en la **Gaceta Judicial** correspondiente al número 1.987 del tomo LIII, que hemos tenido a la vista y consultado, proferido el 5 de agosto de 1942. En este fallo (página 941) se dice: "...hay en documentos ya examinados y en otros que va a verse, datos reveladores de (subrayamos) **explotación económica de todas las tierras comprendidas en el aviso de exploración,** realizados unos en el tiempo inmediato a los títulos, y otros un poco más de un siglo después, con los cuales se demuestra a juicio de la Sala, haberse adquirido **a título de justa prescripción,** frente a la Corona, las tierras de que se trata". Enclavado como queda dicho y puede verse en el plano que en copia se acompaña al presente dictamen, el predio de "Pipiní", dentro de un globo de tierra al cual ampara la misma titulación, y aceptada por la Honorable Corte Suprema, que **todas esas tierras** fueron materia **de explotación económica** suficiente a declarar que fueron adquiridas a **título de justa prescripción,** no vemos razón alguna para infirmar dicha aseveración ni la adquisición consiguiente de las mismas con respecto al predio de "Pipiní". La situación y la topografía de éste, así como la aptitud de estas tierras de "Pipiní" para el pastoreo de ganados y cultivos, es, como pudimos ver, análoga a la de las circundantes. Además está vinculada al resto por una extensión plana, comprendida entre el "Paso de las Cárdenas" y la "Cuesta Vieja de los Mulatos", la que presupone que un camino servía o daba acceso, desde las partes bajas que circuyen la

mesa o llano de 'Pipiní", a dicho llano y los caminos se construyen y usan para menesteres correlacionados con actos de explotación económica. En apoyo y corroboración de lo dicho debemos traer a cuento lo que puede leerse en la escritura de la venta que en 1775 hizo don Pedro Rivas de Luna a don Alonso Galindo de Mendoza (**Gaceta Judicial** número 1.978, pág. 942), escritura "que cubre prácticamente todo el sector sur del área..., donde figuran las fincas... San Bartolomé de Amoyá", "colindante ésta con el llano o mesa de Pipiní". Dicha escritura reza: "hasta el borde de la mesa de Chaparral..., y por todo el borde de la propia mesa y caída a lo llano... hasta llegar a la punta de 'Pipiní', en cuyas tierras comprendidas en ella... que pertenecen al Rodeo de la Aguada está fundada otra capellanía..."

"Por todo lo cual dictaminamos que del estudio de la titulación presentada se concluye que el predio de 'Pipiní' fue objeto de explotación económica que comprendió las tierras aledañas de Madroñal y San Bartolomé de Amoyá.

"Tercero. — Procedemos a redactar los linderos del predio de 'Pipiní', para atender lo solicitado en el cuestionario, si bien ponemos de presente que lo que dentro de los términos de éste no quede comprendido, de hecho está incorporado al globo de tierra materia del primer aviso. Las diferencias entre las diversas redacciones son las siguientes:

a) Desde 1892 se dice en las escrituras: "...de la desembocadura de la quebrada de Madroñal en la de Guainí línea recta por una cerca de piedra, al borde de la mesa o llano de la Virgen, por todo el borde de la mesa al Salto de la quebrada de Madroñal; ésta arriba hasta el 'paso de las Cárdenas'. Este lindero norte del predio, con tierras de Madroñal, anteriormente se establecía así: Quebrada de Guainí 'arriba hasta la desembocadura de la quebrada de Madroñal y ésta arriba hasta encontrar el paso de las Cárdenas'. Posteriormente en 1928 (escritura número 445 del 2 de septiembre) se dice: "siguiendo ésta (la quebrada de Guainí) arriba hasta encontrar el lindero del terreno de Madroñal y continuando por los de esta finca hasta llegar a la quebrada del mismo nombre en el paso que llaman de las Cárdenas". Entre el borde del llano de la Virgen y el cauce de la quebrada de Madroñal existe una faja o zona de terreno que durante algún tiempo se reconoció como perteneciente a Madroñal, luego en unos títulos se adjudica a 'Pipiní', llevando el lindero por el borde del llano de la Virgen. Ultimamente aparece, tanto en los avisos de la Texas, como en los títulos recientes, incorporada a 'Pipiní', lo cual no interesa para el caso de las relaciones entre el Estado y la Compañía avisante.

b) Del "Paso de las Cárdenas" todos los títulos establecen un lindero en línea recta a la "Cuesta Vieja de los Mulatos". En el plano que en copia se acompaña al presente dictamen se anota en rojo la diferencia que se observa con lo en él diseñado, si bien no se le concede importancia para efecto del aviso.

c) La **chamba** a que se refiere la alinderación descrita en el aviso, que dice: "....por el borde de la mesa de 'Pipiní' hasta encontrar con la chamba; ésta abajo hasta encontrar el llano de Guarruzal...". En la escritura número 17 del 9 de mayo del año de 1893 se encuentra suficientemente aclarado este lindero así: "...Siguiendo el borde de la mesa dicha de 'Pipiní' hasta encontrar **una chamba** que separa el potrero del Cajón con la cabecera de la loma llamada 'Delgadito...". En esta parte el plano ofrece un error manifiesto, si bien de escasa importancia, al incorporar a 'Pipiní' una parte del filo o cuchilla de "Delgadito".

Los linderos del predio de "Pipiní" los describimos a continuación refiriéndonos al acta de diligencia de inspección ocular, al plano y a las distintas descripciones que figuran en los títulos, así: "Desde un punto situado sobre la quebrada de Madroñal, determinado por un salto o cascada y denominado 'Paso de las Cárdenas', comprendido entre los mojones marcados H-125 y H-124, línea recta a este mojón; de aquí línea recta hacia el sur, y lindando con tierras de Madroñal hasta dar en un punto situado al borde de la meseta o llano de 'Pipiní', demarcado con el mojón que tiene la marca H-112, y situado a poca distancia del punto de la salida de la 'Cuesta Vieja de los Mulatos' en el dicho llano; luégo, tomando hacia el oriente, por todo el borde de la mencionada meseta, y lindando con tierras de 'San Bartolomé de Amoyá', hasta dar con las del 'Diamante'. Siguiendo por dicho borde hacia el norte, y lindando con estas tierras, hasta dar con una chamba situada entre el potrero de 'El Cajón' y la cabecera de la loma o cuchilla llamada 'Delgadito'; por esta chamba siguiendo hacia el norte; por la vaguada o vertiente del curso de agua que ,a través de la cabecera del llano del Guarruzal desemboca en la quebrada de Guainí; por ésta aguas arriba y en dirección al noroeste, hasta dar con la desembocadura de la quebrada de

Madroñal, lindando en esta parte con tierras de San José de Amature o número 2; por la quebrada de Madroñal, aguas arriba, hasta dar en una cerca de piedra sobre la margen izquierda de la misma; por esta cerca de piedra, línea recta al punto terminal de la cuchilla marcado en el plano H-132; por el filo de esta cuchilla, hacia occidente hasta encontrar el punto situado sobre el borde del llano de la Virgen, en donde se halla el mojón marcado H-130; por este borde, siguiendo hacia el occidente, hasta encontrar un mojón marcado H-125, y de aquí en línea recta al punto de partida situado sobre la quebrara de Madroñal y llamado de 'Paso de las Cárdenas'.

"El área aproximada de 'Pipiní', alinderado según la descripción anterior, y tomada con base en la copia del plano, que con el presente se acompaña, es de quinientas cuarenta y cinco hectáreas (545) con dos mil quinientos (2.500) metros cuadrados".

Por último, el señor apoderado de la Compañía avisante, doctor Francisco Rueda Caro, presentó su alegato que concluye con el pedimento de "que se haga el reconocimiento de la propiedad particular del petróleo con base en la existencia de títulos emanados del Estado anteriores al 28 de octubre de 1873 y en la determinación de los terrenos a que se refieren esos títulos, que abarcan el predio de 'Pipiní', y, subsidiariamente, con base en la prescripción. El señor Procurador Delegado en lo Civil también presentó el suyo solicitando se declaren infundadas las pretensiones del avisante, con base en la indeterminación del predio materia del aviso, no sin observar, como antes lo hiciera el señor Procurador General de la Nación, que no está suficientemente acreditado el interés jurídico del avisante, precisamente por no aparecer demostrado el hecho de ser en realidad propietarios del predio de "Pipiní" los señores Cenón Peralta y Simón Hernández, por las razones anteriormente anotadas.

Cumplido como se encuentra el trámite propio del asunto sometido a la decisión de esta Sala de Negocios Generales de la Corte, se procede a fallarlo.

Personería del avisante

Como antes se expresó, ningún reparo le mereció al Ministerio de Minas y Petróleos la prueba presentada por la Compañía avisante para demostrar o acreditar su interés jurídico en la tramitación administrativa, esto es, la concerniente a la propiedad actual de los señores Cenón Peralta y Simón Hernández sobre el predio materia del aviso y del contrato celebrado con éstos por el avisante, para la exploración y explotación del petróleo que allí pudiere encontrarse, prueba que apreció como inobjetable con los títulos presentados y la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Chaparral, complementada por la expedida por el Registrador del Guamo, por abarcar todo el tiempo exigido por la ley, "pues aunque lo que dichos señores adquirieron —dice el Ministerio—, refiriéndose a la observación de la Procuraduría— en un principio fueron derechos en la sucesión de José del Carmen y Pedro Reinoso, por adjudicación en esas mortuorias y mediante compra de sus derechos a todos los herederos ellos llegaron a ser dueños del referido predio".

En relación con este presupuesto procesal, que para la Sala es igualmente inobjetable por encontrar debidamente satisfechas las exigencias de la ley (ordinal b), del artículo 7º de la ley 160 de 1936), solamente cabe advertir, previo detenido examen de los títulos de propiedad y certificados expedidos por los respectivos Registradores de Instrumentos Públicos y Privados, acompañados con el aviso, que la propiedad actual de los señores Peralta y Hernández sobre el mencionado predio de "Pipiní" tiene su origen en las diversas transmisiones de los derechos adjudicados a los herederos de Encarnación Reinoso en la sucesión de éste, vinculados en aquel predio, conforme al Instrumento número 777 de 3 de octubre de 1888, contentivo de la protocolización ante el Notario del Circuito de El Guamo, del juicio de sucesión del mencionado Encarnación Reinoso, de quien, entre otros, aparecen como herederos adjudicatarios José del Carmen, o simplemente Carmen, y Pedro Reinoso, a que aluden la Procuraduría y el Ministerio de Minas y Petróleos en sus respectivas observaciones.

Por lo demás, la Compañía avisante presenta los contratos celebrados por ella con los actuales propietarios del predio de "Pipiní", a que se contrae el aviso, señores Peralta y Hernández, quedando así, en parecer de la Sala, demostrado el interés jurídico que le asiste a aquélla para dar el aviso.

Títulos aducidos para demostrar propiedad privada anterior a 1873

Acepta el Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de sus Servicios Técnico y Legal, que la documentación presentada por la Compañía avi-

sante, en cuanto a titulación antigua, "es idéntica a la que se acompañó con el memorial de aviso sobre exploración con taladro en los predios de "Apa" y "Juncal" y otros (en tierras de Chaparral), presentado por la misma Compañía en marzo de 1940", y asimismo que el predio de "Pipiní" se halla "enclavado en el centro de las tierras objeto de ese aviso dado en 1940, del cual lo excluyeron porque sólo en febrero de 1942 contrató la Texas con los dueños de "Pipiní" la exploración y explotación del petróleo que en este lote pudiera encontrarse", como también que los linderos particulares que se le fijan ahora a "Pipiní" son los mismos que se le señalaron al excluírlo de uno de los globos demarcados en el aviso de 1940. Y después de relacionar esos títulos y documentos antiguos para aceptar igualmente, que con ellos se comprueba que, "en diversas épocas y por conceptos o títulos varios, salieron del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, en total, 28 estancias de ganado mayor, una estancia de ganado menor y una estancia de pan coger", concluye absteniéndose de reconocer la propiedad privada sobre el subsuelo de "Pipiní", como lo hiciera antes con referencia al de los predios materia del aviso de 1940, dentro de los cuales se encuentra enclavado aquél, en razón de la indeterminación del terreno, esto es, por la imposibilidad material de ubicar la extensión de terreno que pudo haber salido del patrimonio del Estado en virtud de tales títulos y documetnos dentro de los linderos que contiene el aviso, precisamente por la gran diferencia superficiaria que existe entre las tierras que contiene el aviso con las dadas en merced, ya que en su sentir la alinderación que señalan esos títulos, "simplemente demarca la región o paraje dentro del cual debían medirse y entregarse las estancias concedidas, pero no deslindan esas mismas estancias".

Para mejor comprensión del asunto sometido ahora a la decisión de la Corte, que bien pudiera decirse fue fallado implícitamente, mediante sentencia proferida por esta Sala de Negocios Generales el 5 de agosto de 1942 (G. J. número 1987 de 1942), al conocer del juicio que dio lugar al aviso sobre exploración de petróleos dado en 1940, aviso que menciona el Ministerio de Minas y Petróleos en su citada Resolución número 404, según ha quedado visto, conviene transcribir los apartes pertinentes de esta providencia administrativa en relación con dicho aviso y en lo tocante a la indeterminación del globo general avisado entonces y a la del particular de "Pipiní", contenido o enclavado en aquél, a saber:

"Es decir que no se puede saber hoy si las tierras que pudieron haber salido del patrimonio del Estado en virtud de los títulos presentados son las mismas a que se refiere el aviso; que entre éstas y aquéllas hay una ingente diferencia de extensión superficiaria; que no es posible localizar los terrenos dados en merced dentro de la alinderación que trae el aviso, ni, por consiguiente, establecerse si los terrenos avisados salieron o no del patrimonio del Estado.

"Pero estas circunstancias en nada influyeron sobre la decisión de la Corte que en aquel juicio se formó un criterio dentro del cual pierde toda importancia la localización de los terrenos a que la merced se refería, ya que aquel alto tribunal llego a la conclusión de que por explotación económica del terreno comprendido dentro de la alinderación del aviso, el beneficiado de Oviedo y sus sucesores ganaron por prescripción contra el Estado la propiedad de todo el globo de tierras que encierran los linderos del aviso, aunque no estuviera amparado por los títulos presentados.

"Teniendo en cuenta el criterio de la Corte, acaso pudiera pretenderse que estando —como está— enclavado el predio de "Pipiní" en el área de aquel primer aviso y cuyo subsuelo se declaró de propiedad privada por la referida sentencia de la Corte, no tiene importancia el hecho de que ese predio esté o no amparado por los títulos presentados con el aviso, pues pudo quedar encerrado dentro de la mayor extensión que Oviedo y sus sucesores ganaron por la prescripción reconocida por la Corte en su sentencia. Pero a esto cabe observar que el predio de "Pipiní" no fue incluído en el área de aquel primer aviso y que, por consiguiente, la Corte no pudo referirse en su fallo a ese terreno; y que este Ministerio no tiene competencia para declarar que una extensión cualquiera de terreno salió del patrimonio del Estado por prescripción de ninguna especie. Tal declaración o reconocimiento compete privativamente a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, mediante el juicio propio correspondiente".

Verdad es que esta Sala de la Corte no se refirió expresamente, en el fallo a que alude la precitada Resolución ministerial, al predio de "Pipiní", objeto del aviso en examen, por la trivial razón de haber sido excluído dicho predio del área general de aquel aviso dado en 1940, como lo reconoce expresamente el Ministerio; pero si se tiene en cuenta que el predio de "Pipiní" se

encuentra "enclavado", como lo acepta el Ministerio y lo demuestra el plano topográfico acompañado con el aviso, en el área del globo general avisado en aquella oportunidad, sobre el cual se pronunció esta Sala mediante el citado fallo de 1942, lógico es concluír que el detenido estudio y análisis hecho entonces —de la titulación antigua presentada (la misma que hoy se aduce), **en relación con su existencia,** validez jurídica y extensión o área que comprende, del **dominio territorial privado en la legislación indiana,** de **la antigua posesión y prescripción, según el régimen establecido por la ley de 11 de octubre de 1821, base jurídica para hacer la declaración del dominio territorial privado,** para reconocer finalmente el hecho de haberse consumado jurídicamente la prescripción adquisitiva de las tierras avisadas frente al Estado, por actos de explotación realizados con anterioridad al año de 1821— implícitamente se relacionó también con el predio de "Pipiní", contenido dentro del de mayor extensión, resultando, por lo mismo, y consecuencialmente sometido o afectado dicho predio avisado a idéntico régimen jurídico y doctrinario, expuesto y aplicado en el fallo memorado el 5 de agosto de 1942.

En ese fallo esta Sala de la Corte estudió y analizó a espacio la documentación acompañada por la Compañía avisante, llegando a la conclusión de que los títulos emanados del Estado, los actos próximos de ejecución material y los cumplidos con intervención de autoridades eran, en su sentir, ineficaces para acreditar el dominio que pretendía aquélla sobre los terrenos cobijados por el aviso, y a ese estudio, por demás prolijo, se remite ahora la Sala para no acceder a la solicitud principal que le formula el apoderado de la Compañía, según quedó dicho, de reconocer la propiedad privada del petróleo con base en la existencia de títulos emanados del Estado anteriores al 28 de octubre de 1873 y en la determinación de los terrenos a que se refieren esos títulos, que abarcan el predio de "Pipiní".

En cambio, ningún inconveniente de orden legal se le presenta para hacer el reconocimiento subsidiario impetrado, a título de justa prescripción, como lo hiciera en relación a todo el globo avisado en 1940, que contiene —se repite— el predio particular de "Pipiní", según se dijo entonces, con fundamento en los datos que suministran los títulos y documentos presentados, reveladores de actos de explotación económica de todas las tierras comprendidas en el aviso de exploración, realizados unos en el tiempo inmediato a los títulos, y otras un poco más de un siglo después.

En el precitado fallo se discriminaron, en la forma que va a verse, aquellos datos demostrativos de explotación económica que suministraban los títulos, los mismos que hoy se tienen a la vista:

"El propio padre Oviedo, en su memorial presentado al Corregidor de Coyaima en 1647, después de mencionar todos sus títulos sobre las tierras en el llano del Chaparral y en Amoyá, decía: 'y entré en posesión de las unas y otras tierras, **poblándolas con ganados que tenía en mi patrimonio** para poderme sustentar en este beneficio, trayéndolos de la jurisdicción de la ciudad de Ibagué, donde los tenía...'

"En el informe del Oidor Blázquez de Valverde, en 1652, se lee: 'lo más útil y lo más apetecible de estos indios, como más necesario para sus rozas y cañaverales y sembrados, son las riberas del río de Saldaña por una parte y por otra de él...; pedía al dicho padre Francisco de Oviedo que conviniese en dejarles estas riberas y no lo pude conseguir en todo, **respecto de tener el dicho padre su hato y trapiche en una de estas riberas,** hacia la parte del río de Amoyá'.

"Es manifiesto que el padre Oviedo, no sólo había poblado las tierras con ganados, llevándolos a Ibagué, sino que el Oidor Blázquez encontró 'hato y trapiche', signos demostrativos de explotación económica.

"En 1712 doña Josefa del Olmo instituyó una capellanía a favor de su sobrino el maestro Gaspar de Oviedo, hijo del segundo capitán del Olmo y Oviedo. La capellanía se constituyó obrando conjuntamente el capitán Juan Bartolomé Rodríguez del Olmo y Oviedo y su mujer Mariana Marmolejo, quienes traspasaron a su hijo Gaspar de Oviedo, instituído capellán en la capellanía de su tía doña Josefa, cuya legítima se le reconoció "en una caballería de tierras en el sitio del Chaparral que según su avalúo es de cuatrocientos pesos, **doscientas reses de cría** a dos pesos cabeza, **treinta yeguas** a dos pesos, que hacen sesenta pesos, **doce caballos** a seis pesos cada uno, que importaban setenta y dos pesos, **diez mulas mansas** a veinte y cinco pesos cada una, un mulato esclavo en doscientos pesos, llamado Francisco, con más otro mulato esclavo llamado Juan...." Esta capellanía, sobre tierras del Chaparral, es demostrativa de explotación económica.

"En el año de 1755 don Pedro de Rivas y Luna le vende a don Alonso Galindo de Mendoza un extenso globo de tierra denominado Apa y San

Bartolomé, que cubre prácticamente todo el sector sur del área comprendida por el aviso de exploración, donde hoy se hallan las fincas 'El Queso,' 'Apa' y 'Juncal', 'San Bartolomé de Amoyá', 'Agua Dulce' y 'El Diamante'. Don Francisco de Rivas era sobrino del padre Oviedo, hijo de Tomasa de Oviedo y José de Luna.

"En la escritura de venta el otorgante declara: 'Sépase, con esta carta, cómo yo el Bachiller don Pedro de Rivas, Clérigo Presbítero domiciliario de este Arzobispado y residente en esta Villa de la Purificación, digo por mí y en nombre de mis herederos y sucesores y de los que de mí y de ellos hubieren título y causa, que vendo y doy en venta rrl. por fuero de heredad para siempre jamás, al capitán don Alonso Galindo, vecino de la ciudad de Santafé y residente en el sitio del Chaparral y a quien su derecho representare, las tierras que llaman de Apa y San Bartolomé que tengo en dicho sitio del Chaparral, cuyos linderos se comprenden desde la boca de la quebrada nombrada de la López que desagua en el río de Amoyá frente al potrero de Tuluní de la hacienda de Amoyá mirando al cerro de Calarma hasta el bordo de la Mesa del mismo Chaparral, en donde fundó doña Josefa del Olmo difunta una capellanía de mil y quinientos pesos que hoy sirve el doctor don Jerónimo de Oviedo, y por todo el bordo de la propia mesa y caídas a lo llano con las vueltas y ensenadas de Irco hasta llegar a la punta de 'Pipiní', en cuyas tierras comprendidas en el a que pertenecen al Rodeo de la Aguada está fundada otra capellanía de mil pesos que hoy sirve el doctor don Juan de Luna; y desde el paso de la quebrada de Guainí o del camino real que va de Santafé a la hacienda de Juan de Amoyá lindando con tierras de los indios de Coyaima, a dar al referido río de Amoyá y por éste arriba hasta la boca de la expresada quebrada de la López'.

"Según la escritura de venta, había en los terrenos de Apa y San Bartolomé dos capellanías, lo que demuestra que en ellas existía explotación económica, pues sin ésta no podían servirse las capellanías.

"En 1757 se produjo un documento que obra a folios 69 a 71 del cuaderno Titulación Antigua, tercera parte, y es **'La razón'** que el doctor don Jerónimo de Oviedo da al doctor don Francisco de Oviedo, del caudal que tiene en la **Hacienda Chaparral.** Allí se lee: 'Razón que yo el doctor don Jerónimo de Oviedo doy al doctor don Francisco de Oviedo, mi hermano, del caudal que hoy tengo y se ha agenciado desde el año pasado de mil setecientos veintinueve. En dicho año salí del colegio y habiendo llegado al sitio de Llano Grande, sin principio alguno, dicho mi hermano me habilitó... Luégo habiendo llegado estaba a cuidado de Francisco de Cedeño en este Chaparral dos mil y cuatrocientas reses, cincuenta y siete caballos, ciento diez y seis yeguas y veintidós mulas, que todo me lo entregó. Hoy a fuerza de mi trabajo se halla de hacienda existente en **estas haciendas** lo siguiente: primeramente **dos mil reses de cría reducidas a rodeo** y bien doctrinado, que a tres pesos son seis mil pesos, 6.000. Item, **cien yeguas** con sus padrones a cuatro pesos $ 400. Item, **dos garañones** de cincuenta pesos, $ 100. Item, **veinticinco mulas** a veinticinco pesos, $ 625. Item, **setenta caballos** a seis pesos, $ 420. Item, **doce bueyes** útiles a diez pesos, $ 120. Casas en el Chaparral, oficinas necesarias, casas, corrales y manga en el sitio de la Capellanía, manga en el sitio de la Tasajera, Cuira la casa de vivienda que tiene noventa pies de largo, lo que corresponde a lo ancho, tres corrales, huerta de cuatro cuadras en cuadro cercado de piedra, oratorio adornado de todo lo necesario... **trapiche a orillas del Amoyá, a la parte occidental,** con su ramada de cien pies... (en seguida se halla una larga lista de esclavos al servicio de la hacienda... A más de esto se han mantenido pleitos el espacio de siete años, y lo que se ha gastado en Pachito hasta el estado en que va; tienen también estas haciendas pendiente el pleito de don Alonso Galindo y de el Padre Rivas, tienen dos mil pesos de el Carmen, dos mil de la Capellanía de Pachito y trescientos pesos de la iglesia de Coyaima. Esto es cuanto he trabajado divirtiendo algunos oritos en vestuarios, herramientas, mantención de negros y lo más que se ofrece y se ha gastado en pleitos con el conocido adelantamiento que a fuerza de mi trabajo personal y de mis industrias he adquirido y por cesión que me hizo mi hermano de la Capellanía, la serví y dije las misas hasta que entró Pachito; es de advertir que todo lo referido se debe entender sin entrar en esta cuenta las tierras, que la Capellanía de Pachito es en esta forma: Nota—**Seiscientas reses a doce reales** y lo demás en tierras, de las seiscientas reses, como que he dicho las misas me he a provechado de los productos y lo demás está en ser, a nuestro sobrino Juanito **le habilité con cien novillos y bueyes de carga** y veintidós cargas de sal; de esto sólo tengo recibido cuatrocientos y cincuenta pesos y de lo demás no sé. El doctor don Jerónimo de Oviedo estuvo en el Colegio, allí estudió y se graduó y consiguió últimamente el

grado de presbítero y **todos los costos fueron de esta hacienda y con la decencia que requería la persona...**"

"Esta relación, que figura en el expediente de la mortuoria del presbítero don Jerónimo de Oviedo, es por demás expresiva sobre actos de explotación económica realizados en las haciendas del Chaparral, en el período a que ella se refiere. El padre Jerónimo recibió dos mil cuatrocientas reses y los demás semovientes relacionados. Después explica tener dos mil reses de cría de rodeo y los otros, semovientes que señala; que a la capellanía del nombrado Pachito corresponden seiscientas reses y que habilitó a Juanito con cien reses, y explica cómo las haciendas atendían a muchas y cuantiosas erogaciones.

"En 1758 el doctor Francisco Javier de Oviedo hace donación al doctor Francisco Javier de Soria y Oviedo, en estos términos: "Que siendo como es dueño de la hacienda de el Chaparral... en consideración a que cuando murió su padre sólo había en dicha hacienda setecientas reses... por cuyas razones le pertenecen al otorgante, más por compra que por herencia, lo que le movió a retirarse de dicha hacienda para transar dichas dependencias, dejándola en manos de Francisco Cedeño, a quien puso de administrador de ella, quien después entregó dicha hacienda y sus aperos al doctor don Jerónimo de Oviedo, hermano del otorgante, con la sola orden presunta que para ello dio entendimiento el otorgante que la cuidase y adelantase, lo que no hizo ni ha hecho, **habiéndose encontrado al tiempo de esta entrega dos mil y cuatrocientas reses con todo lo demás anexo.** (En seguida vienen las declaraciones sobre la donación que hace el otorgante a Francisco Javier de Soria, presbítero, su sobrino). (Folios 450 y 451, Titulación Antigua, segunda parte).

"El anterior documento confirma los datos sobre existencia de semovientes y otros elementos demostrativos de explotación económica en la hacienda de Chaparral, a que se hizo mención en el punto anterior.

"En el mismo año de 1758 otorga su testamento don Alfonso de Galindo y en él consta: "20. Item. Declaro por bienes míos, **la hacienda de Amoyá...** Y en el presente se compone de **siete mil reses más o menos de ganado de cría en rodeo** sujetos según el tanteo de personas inteligentes, y alguno manso **que los unos pastan entre los dos ríos de Amoyá y Saldaña y los otros en tierras del Chaparral que llaman de San Bartolomé,** pertenecientes a doña Josefa del Olmo, mi tía, a quien pagué los arrendamientos. Doscientas yeguas..."

Con este documento se acreditan actos de explotación económica, tanto en las tierras de Amoyá como en las del Chaparral, siendo de advertir que San Bartolomé hace parte de las tierras de Apa y San Bartolomé ya citadas, demostrándose por lo mismo, explotación en esta parte sur del área a que se refiere el aviso.

"En 1765 don Jerónimo de Oviedo dice en su testamento: "8. Item..... (roto).....por bienes míos un rodeo de ganado de cría que llaman de la Tasajera y consta de setecientas a ochocientas reses máse o menos". La Tasajera está situada dentro del área del aviso, en la parte más próxima a la ciudad de Chaparral.

"En 1781 otorga testamento doña María Josefa Romana y Herrera y en él expresa: "7º Declaro igualmente que a mis hijos José, Joaquín, Josefa Mariana, Antonia les he entregado su legítima paterna, al primero en las tierras de San Francisco desde la quebrada de Icurco, hasta la de Tune; **a la segunda en las tierras el Queso;** a la tercera en las de el Bejucal y a la cuarta en las de Tuluní, que todas son bien conocidas y cada **una ha llevado igual número de ganados y bestias".** También **El Queso** es hacienda que queda hoy dentro del área comprendida por el aviso, próxima a San Bartolomé.

"Los documentos que ha examinado la Corte, en los cuales se hace referencia a la posesión de tierras con ganados, son demostrativos de que en ellas se cumplieron actos de explotación económica de la clase de los que la legislación indiana requería para que pudiese acreditarse la justa prescripción, al tenor de lo establecido especialmente en la Cédula de San Lorenzo, que definió lo que por tal debía entenderse. Según el testamento de Alfonso de Mendoza, tenía él 7.000 reses en tierras de Amoyá y del Chaparral, y de los otros actos examinados resulta haber 3.300 reses en la hacienda del Chaparral, y si se supone —como es racional— que de las 7.000 reses citadas, 4.000 **poblasen** la parte de Amoyá que queda por fuera del aviso de exploración, se tiene un total de 6.300 reses, además de otros semovientes, como justificativo de explotación económica en una área, la del aviso, de 14.000 hectáreas, en terrenos que son de sabana en su mayor parte. Esos actos de explotación económica, considerados independientemente de los títulos que sobre las mismas tierras o sobre una parte de ellas se habían otorgado al padre Oviedo y a otras personas, constituyen, en el parecer de la Sala, **la justificación** que los interesados pudieron hacer de su posesión durante el régimen colonial, e igualmente, al

tenor de lo previsto en la ley 11 de octubre de 1821, artículo 5º, para obtener, de conformidad con ésta última, el título de propiedad".

Y como acertadamente se expresa en el memorial de aviso, "existe además otra prueba definitiva. Es la escritura de 1º de agosto de 1820 por la cual el doctor Miguel Galindo vendió a José Guzmán el hato de 'Pipiní'. Allí se determina por primera vez este predio como un terreno independiente y se indican los linderos de la actual hacienda de 'Pipiní. Se afirma también en dicho instrumento que en 1814 don Miguel Galindo entregó a José Guzmán el hato de 'Pipiní' con 'doscientas veinte y tres reses de cría mansas a siete pesos; una casa y corral en nueve pesos; una barra pequeña en cinco pesos; medio almud de platanal en tres pesos; una esclava nombrada Tomasa en ciento veinte y cinco pesos'.

"Revela esta transcripción la intensidad de la explotación económica verificada en las tierras objeto de este aviso antes de 1821, pues de ella se desprende que en 1814 pastaban en 'Pipiní', fundo que abarca algo más de 500 hectáreas, más de 200 reses mansas de cría. Por otra parte en esa época ya se denominaba 'Hato de Pipiní', lo que sin duda es signo revelador de una actividad económica intensa, organizada y continua. **Hato,** según la definición del Diccionario de la Real Academia Española, es 'hacienda de campo destinada a la cría de toda clase de ganado, y principalmente del mayor'. (T. A. número 53). El testamento de José Guzmán hecho en 1828, confirma esa extensa explotación económica. (T. A. número 54)".

Y a la anterior conclusión se ha llegado, teniendo en cuenta, además, que el predio de "Pipiní", a que se refiere el aviso, se halla en parecer de la Sala debidamente determinado, ya por ser idéntica la alinderación que se le señaló cuando se le excluyó del globo avisado en 1940 a la indicada en el aviso materia del presente juicio, como por lo afirmado por los peritos que intervinieron en la inspección ocular, cuyo dictamen se insertó anteriormente, sin que a ello se opongan las pequeñas diferencias anotadas por los peritos en cuanto a determinados errores de redacción sobre alinderación que contempla la titulación moderna, en cuyo caso las observaciones que el señor Procurador Delegado en lo Civil formula al respecto, no alcanzan a desvirtuar las conclusiones generales del mismo experticio en cuanto a la completa identificación y determinación de los vértices del polígono correspondiente al terreno de "Pipiní", tal como aparece gráficamente localizado en el plano elaborado por los expertos.

Las precedentes consideraciones son suficientes, a juicio de la Sala, para estimar que el predio de "Pipiní", enclavado como se encuentra en el área del globo general avisado en 1940, aviso que fue materia del citado fallo proferido por esta Superioridad el 5 de agosto de 1942, salió del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción, esto es, por actos de explotación económica realizados con anterioridad al año de 1821, como se reconoció en aquella sentencia con relación a toda la extensión de terrenos.

Finalmente, quiere la Sala hacer referencia a la siguiente observación formulada en este negocio por el Ministerio de Minas y Petróleos en la Resolución en que dispuso el envío del expediente a esta Corporación: "Allí se decidirá —advierte el Ministerio al referirse a la Corte— si durante cierto lapso en que rigió en los dominios españolse de América la ley 4ª, Título 8° del Libro II de la Novísima Recopilación de Castilla, se alcanzó a ganar por prescripción la propiedad de determinados terrenos, o si esa prescripción no pudo completarse porque antes de su perfeccionamiento entrara a regir la ley 14, Título XII del Libro 4º de las Leyes de Indias que declaró imprescriptibles, a partir de su vigencia, todas las tierras en estos sus dominios".

En sentir de la Sala, la presente objeción del Ministerio queda desvirtuada con la simple consideración de que en numerosos pasajes del memorado fallo de 5 de agosto de 1942 se estudia expresamente la aparente contradicción entre las leyes coloniales en materia de prescripción, a efecto de dejar claramente establecido que en realidad dichas leyes nunca dejaron de reconocer la prescripción derivada de la explotación económica de las tierras.

FALLO:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECIDE que es fundada la pretensión de la "Texas Petroleum Company" de explorar y explotar petróleo en las tierras situadas en el Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima, en el área comprendida por los linderos que aparecen transcritos al principio de esta providencia, correspondiente al predio denominado "Pipiní".

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Ministerio del ramo e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL.—CUANDO LA ACCION DE INDEMNIZACION SE ENDERE ZA CONTRA EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE NO CABE HABLAR DE PETICION HECHA ANTES DE TIEMPO SI LA DEMANDA SE PRESENTA CUAN DO EL PROCESO PENAL AUN NO HA CONCLUIDO

1.—Ya en repetidas ocasiones se ha puesto muy en claro por la Corte el hecho de que las normas contenidas en los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal se relacionan con el directo responsable del perjuicio, y en ningún caso con el tercero que, sin comparecer al juicio penal, puede ser demandado civil y separadamente.

En fallo de 10 de febrero de 1949, G. J. Nº 2068-2069, págs. 534 y siguientes, dijo la Sala de Negocios Generales:

"En verdad, si a este tercero no es posible demandarlo dentro del proceso penal, no existe contra él sino la vía de un juicio civil ante los jueces civiles. Consecuencialmente la demanda ante esta jurisdicción puede intentarse en cualquier momento, y, por tanto, no es jurídico, en tal evento, deducir una excepción de petición antes de tiempo, por no haberse antes concluído el proceso penal. Aún más: si así no fuese, se llegaría en la práctica a hacer nugatorio un derecho que la ley consagra, comoquiera que el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil establece una prescripción de tres años con relación a la responsabilidad del tercero, y ya que los procesos penales duran, por lo general, más de este tiempo".

2. — El caso fortuito exime de toda responsabilidad al agente. Calificado así el evento; no habiendo ilícito alguno en la actividad realizada por el fogonero Román en la noche del accidente, es improcedente la acción civil encaminada al resarcimiento del daño causado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Por medio de fallo fechado el 4 de diciembre de 1945, el Tribunal Superior de Manizales puso término al juicio ordinario que, contra la Nación y el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales había iniciado el doctor Gilberto Alzate Avendaño en su condición de apoderado de Julio Enrique Jaramillo, José Joaquín Vergara y María Cecilia García de Vergara.

La parte actora, en su libelo inicial, demandaba que por medio de sentencia definitiva el **a quo** resolviera y declarara:

"Que la Nación, como propietaria de la empresa pública de transportes denominada Ferrocarril del Pacífico, que abarca actualmente como línea filial un trayecto del Ferrocarril Troncal de Occidente, debe pagar a mis mandantes, a prorrata de sus respectivos derechos hereditarios, los perjuicios patrimoniales y morales que les fueron causados por la muerte trágica de su esposa e hija María Edilma Vergara de Jaramillo, quien pereció el 15 de septiembre de 1940 en un siniestro ferroviario, en la estación de Arauca, según el avalúo que de tales daños se hagan por peritos dentro de este mismo juicio o se establezca posteriormente en acción aparte.

"**Primera petición subsidiaria.**—En subsidio de la anterior declaratoria, pido que se condene a la Nación, como empresaria del Ferrocarril del Pacífico y del Ferrocarril Troncal de Occidente, a pagar a mis mandantes los perjuicios patrimoniales y morales sufridos por ellos con motivo de la muerte violenta de su esposa e hija María Edilma Vergara de Jaramillo, ocurrida el 15 de septiembre de 1940 en un siniestro ferroviario que se produjo en la estación de Arauca, jurisdicción del municipio de Palestina, en la cuantía que determine un dictamen pericial dentro del término probatorio de este juicio o se fije posteriormente en acción aparte.

"**Segunda petición subsidiaria.**—En defecto de las declaraciones precedentes, solicito que se declare que la Nación, como dueña y empresaria de la red actual conocida con el nombre genérico de Ferrocarril del Pacífico, está obligada a

pagar a la sucesión de María Edilma Vergara de Jaramillo, representada por mis mandantes, el valor total de los perjuicios patrimoniales y morales ocasionados por la muerte trágica de aquélla en el siniestro ferroviario ocurrido en la estación de Arauca el 15 de septiembre de 1940, sea tasados pericialmente dentro de este juicio o en acción posterior".

Posteriormente, en escrito fechado el 25 de abril de 1941, el apoderado de la parte actora corrigió su demanda inicial, en el sentido de dirigirla también contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, "entidad que tiene las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, según el texto de la ley 29 de 1931, que la crea", y que "tiene bajo su control, responsabilidad y cuidado las vías férreas de la Nación que se encuentran en explotación y servicio. La empresa pública de transportes denominada Ferrocarril del Pacífico, cuya red comprende el ramal del Ferrocarril Troncal de Occidente extendido entre Cartago y Arauca, donde se produjo el siniestro, estaba dirigida y subordinada al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en la fecha del accidente en que pereció la señora María Edilma Vergara de Jaramillo". Y agregá el apoderado' "En consecuencia. demando también al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, para que se le condene, conjuntamente con la Nación, solidariamente con ella o en subsidio de ella, a pagar a mis mandantes directamente, o a la sucesión de María Edilma Vergara de Jaramillo representada por ellos, los perjuicios ocasionados por la muerte trágica de María Edilma Vergara de Jaramillo...".

Los hechos fundamentales de su demanda los presenta el actor en treinta y tres numerales, que el Tribunal Superior de Manizales sintetiza en su fallo, así:

"Que la Nación es dueña de la línea férrea conocida con el nombre de Ferrocarril Troncal de Occidente, que se halla parcialmente construída; que en el sector de esta vía entre Cartago y Arauca, por explotación que hace la Nación, existe un tráfico regular de trenes para pasajeros y carga; que la referida línea hace parte de la red nacional del Ferrocarril del Pacífico; que como dependencia de este Ferrocarril, el Ferrocarril Troncal de Occidente se encuentra bajo el control mediato del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales; que los ingenieros, técnicos, Jefes de estación, maquinistas, fogoneros, freneros y demás individuos de las referidas empresas ferroviarias son empleados u obreros de la Nación, vinculados por el contrato de trabajo y pagados por ésta, de cuyos sueldos derivan la subsistencia; que el quince de septiembre de mil novecientos cuarenta, al rededor de las seis de la tarde, llegó a la estación de Arauca el tren de pasajeros, con la locomotora número 54 y varios vagones; que transcurrido un breve rato, una vez que descendieron los pasajeros, el maquinista Pedro Pablo Echeverri entregó el tren al fogonero David Román, con el objeto de que verificara los cambios de inversión y lo aprestara para salir a la mañana siguiente con rumbo al Zarzal; que éste no tenía conocimientos técnicos, ni patente de idoneidad para el manejo de locomotoras, por lo cual la maniobra debió ser ejecutada por el propio maquinista, quien responde de la seguridad del tren y no puede abandonar su puesto de servicio; que imprudentemente el maquinista confió al fogonero la práctica de los cambios, dirigiéndose aquél al caserío de Arauca, antes de que la maniobra se llevara a cabo; que antes de que el tren marchara a efectuar los cambios, el fogonero Reinaldo Barón procedió a desenganchar dos coches, que quedaron quietos y aislados, mientras la locomotora seguía adelante con el resto del convoy; que los patios de la estación de Arauca no tienen verjas, cercos divisorios, avisos preventivos, que impidan o prohiban el libre acceso a los vagones, tratándose de una extensión que se alarga sin vallas hasta el caserío de Arauca, la carretera y las márgenes del río Cauca; que para subir al tren no se necesita la exhibicón previa del billete o tiquete de aposentamiento en la estación de Arauca y que nadie ni nada veda la visita a los coches desenganchados; que a las seis de la tarde del quince de septiembre de mil novecientos cuarenta, cuando los dos coches estaban desenganchados, aislados y parados frente a la estación de Arauca, Julio Enrique Jaramillo y su esposa María Edilma Vergara de Jaramillo, acompañados de un jovencito, resolvieron subir a tales vagones, con el propósito de conocer su interior, sin que nadie les prohibiera hacerlo y sin que existiera en ello ningún riesgo aparente ni previsible; que dichos esposos se encontraban en el caserío de Arauca pasando su luna de miel, y que eran dos personas del campo, pertenecientes a familias de pequeños propietarios rurales, con holgados recursos económicos y buen rango social, pero sin ninguna experiencia mundana, ni anteriores oportunidades de viajar en tren, ni conocimiento inmediato de ese sistema de trans-

porte; que cuando ya la locomotora había avanzado un largo trecho, el frenero Leonardo Cuevas, encargado de hacer las señales a Román para practicar los cambios, observó que su compañero Barona había desenganchado erróneamente un vagón más de la cuenta y dio aviso al fogonero Román de que devolviera la máquina a recogerlo; que Román, lleno de cólera por la equivocación de los freneros, puso el tren en reverso y le imprimió a la máquina cuanta velocidad podía desarrollar, sin atender a las señales de Cuevas para que parara o frenara en vista de la inminencia del siniestro; que en los cambios se emplea, por previsión, por técnica y por reglamento, una velocidad mínima y una extremada cautela, pues en ellos puede haber peligro para las personas y para las cosas; que como el maquinista no ve hacia atrás cuando el tren marcha en reverso, necesita guiarse por las indicaciones que desde tierra se le hacen, sea oralmente o mediante un semáforo de banderas, so peligro de descarrilar el convoy, atropellar las gentes que suele haber en los patios de las estaciones o causar otros daños; que el enganche de los vagones se hace a una marcha progresivamente lenta, para no averiar sus estructuras ni provocar fuertes sacudimientos; que a pesar de las señas desesperadas y oportunas del frenero Cuevas, hechas a tiempo y a distancia suficiente para evitar el choque, el fogonero Román continuó retrocediendo el tren, vertiginosamente, hasta el extremo de sorprender al fogonero Barona sin oportunidad de ponerse a salvo, cogiéndolo de flanco y lanzándole al suelo; que el tren continuó su loca carrera en reverso, yendo finalmente a estrellarse, en un tremendo choque, contra los vagones desenganchados e inmóviles en donde se hallaban Jaramillo y su esposa; que el formidable impulso que traía el tren lo hizo avanzar más de once metros del lugar donde se produjo el choque, saliendo rodando por más de cincuenta metros los vagones desenganchados, no obstante la falta de desnivel de los patios de la estación, y teniendo que ser frenados los coches para impedir que se volcasen, coches de tercera clase, distinguidos con los números 341 y 351, que dice quedaron con gravísimos daños y averías en los chasises, carrocerías, truques y frenos, teniendo que ser llevados invertidos y remolcados, a los talleres de Cali para una costosa y complicada reparación; que María Edilma Vergara de Jaramillo, que se encontraba en el interior del primero de los coches estacionados, a causa del violento choque fue lanzada hacia afuera, con dirección a la plataforma, yendo a caer sobre los rieles y siendo triturada por las ruedas del tren en reverso que le trozaron por la cintura y la descuartizaron, produciéndole la muerte instantáneamente, cuyo cadáver fue levantado por las autoridades y trasladado a Manizales para la autopsia e inhumación; que la Vergara apenas había alcanzado a la pubertad, con precoz desarrollo físico y espléndida salud, de familia decente y honesta, socialmente respetada en Palestina por su abolengo y virtudes, cuyos padres tenían un caudal mejor que mediano; que la Vergara poseía una notoria belleza física y espíritu muy despierto, dotada de gracia corporal y atributos morales, que eran causa de amor y dicha para su esposo y para sus padres, que han sufrido con su muerte una pérdida sin consuelo; que la Vergara se había casado unos dos meses antes de su muerte con el demandante Jaramillo y cuidaba del manejo de la casa mientras su marido se ocupaba en negocios de café; que era hija de Joaquín Vergara y María Cecilia García, constituyendo éstos y Jaramillo los únicos herederos de ella; que la muerte de la Vergara causó a sus padres y a su esposo gravísimos daños patrimoniales y morales; que la causa de la muerte de la Vergara de Jaramillo fue el choque producido entre el tren y los vagones del Ferrocarril del Pacífico, perteneciente al Ferrocarril Troncal de Occidente, "por imprudencia e impericia manifiesta del fogonero David Román y los freneros citados", por faltas notorias de previsión, diligencia y cuidado de la empresa ferroviaria, así como de la mala escogencia del personal; que la Nación es propietaria de la empresa ferroviaria, y que responde civilmente por los perjuicios que causen a terceros las acciones y omisiones de sus agentes, a través de los cuales obra dicha persona moral".

En la sentencia del Tribunal de Manizales, cuya fecha anteriormente se señaló, se "declara probada la excepción de petición antes de tiempo, la que pone término a este juicio", fundándose para ello en el hecho de no conocerse aún el resultado del proceso penal iniciado contra David de Jesús Román, fogonero del F. C. del Pacífico y quien manejaba la locomotora número 54, del accidente. Notificada esta providencia, el apoderado del actor manifestó que apelaba. En consecuencia, el negocio ha llegado a esta Sala de la Corte, en donde ha sufrido la tramitación legal de la segunda instancia y será decidido, previas las siguientes consideraciones:

En primer lugar, cabe aquí, una vez más, ra-

tificar la doctrina de la Corte en relación con la acción de perjuicios dirigida contra terceros ajenos al proceso penal. Ya en repetidas ocasiones se ha puesto muy en claro el hecho de que las normas contenidas en los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal se relacionan con el directo responsable del perjuicio, y en ningún caso con el tercero que, sin comparecer al juicio penal, puede ser demandado civil y separadamente.

Esta Sala, en fallo muy reciente (febrero 10 de 1949, G. J. Nos. 2068—2069, págs. 534 y ss.), dijo:

"En verdad, si a este tercero no es posible demandarlo dentro del proceso penal, no existe contra él sino la vía de un juicio civil ante los jueces civiles. Consecuencialmente, la demanda ante esta jurisdicción puede intentarse en cualquier momento, y, por tanto, no es jurídico, en tal evento, deducir una excepción de petición antes de tiempo, por no haberse antes concluído el proceso penal. Aún más: si así no fuese, se llegaría en la práctica a hacer nugatorio un derecho que la ley consagra, comoquiera que el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil establece una prescripción de tres años con relación a la responsabilidad del tercero, y ya que los procesos penales duran, por lo general, más de este tiempo".

En el término probatorio de esta segunda instancia, ambas partes solicitaron allegar al expediente copias de la sentencia que puso fin al proceso penal iniciado contra el fogonero Román. Decretadas como fueron estas pruebas, el Juzgado Primero Superior de Manizales envió copias de las sentencias de primera y segunda instancias, transcribiendo de esta última pieza sólo la parte resolutiva.

Entrado este negocio para fallo, la Sala, en auto para mejor proveer dictado el 17 de noviembre de 1948, estimó conveniente "traer a los autos copia completa y debidamente autenticada del fallo de segunda instancia dictado por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Manizales, el veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, confirmatorio del de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Superior de dicho Distrito Judicial, fechado el diez de octubre del año anterior, mediante el cual fue absuelto, en desarrollo y acatamiento del veredicto pronunciado por el Jurado, el señor David de Jésús Román, quien manejaba el tren en los momentos de producirse el accidente que culminó con la muerte de la señora María Edilma Vergara".

El asunto aquí controvertido implica el análisis de la influencia del proceso penal en el juicio civil. Del accidente que culminó con la muerte de María Edilma Vergará de Jaramillo, se originaron dos juicios: el penal, seguido contra el fogonero Román, encaminado a buscar la responsabilidad penal del procesado; el civil, instaurado por el marido y la madre de la extinta, con el fin de percibir la indemnización de los perjuicios, los cuales se demandan de la Nación y del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

El caso de autos cae dentro de las limitaciones preceptuadas en el artículo 28 de nuestro Código de Procedimiento Penal, ya que las sentencias de primera y segunda instancias, en el juicio penal seguido contra Juan de Jesús Román, ponen de presente que la infracción no se ha realizado. En el fallo dictado por el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Manizales se expresa que "como el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos, el suscrito Juez lo acoge, y de acuerdo con éste entra a proferir la sentencia correspondiente". Los jueces de conciencia optaron en su veredicto por la tesis del caso fortuito y se la atribuyeron al insuceso, para resolver la situación jurídica de Román declarándolo: "No es responsable".

"La víctima del daño —ya lo dijo la Corte— que como acreedor de la obligación de indemnizar se presenta al juicio a demandar la reparación por el daño, tiene necesidad, para triunfar en sus pretensiones, de dar la prueba completa del hecho culpable, del daño sufrido y de la relación de causalidad que liga la culpa y el daño. Sin la demostración de estos tres elementos esenciales no se puede estructurar el fenómeno de la responsabilidad civil que el sistema de nuestro derecho tiene como fundamento de la culpa. Para que exista la responsabilidad civil es necesario demostrar un hecho ilícito (delito penal o delito civil); comprobar la realidad del daño, y establecer, además, que estos dos términos, **ilícito** y **daño**, están vinculados por una relación de causa y efecto". (Casación, 28 de septiembre de 1940, T. L. 351).

Que el accidente de la Estación de Arauca, a que se refieren los autos, ocurrió; que de él resultó muerta la señora María Edilma Vergara de Jaramillo; que por esta muerte, sufrieron graves perjuicios el esposo y la madre de la extinta; son todos hechos plenamente probados dentro del

juicio. Pero del resultado del proceso penal se desprende una calificación jurídica de importancia capital en el caso en estudio: el accidente se debió a un caso fortuito. Así conceptuaron los jueces de conciencia y acogiéndose a esta tesis, y fundándose en ella, profirió su fallo el **a quo.**

El caso fortuito exime de toda responsabilidad al agente. Calificado así el evento; no habiendo ilícito alguno en la actividad realizada por el fogonero Román en la noche del accidente, es improcedente la acción civil encaminada al resarcimiento del daño causado. "Cuando la sentencia proferida en el juicio criminal dice que el hecho imputado al sindicado no se ha realizado, eso ya no puede discutirse y menos contradecirse en el juicio civil. La sentencia de la jurisdicción criminal excluye **ipso-jure** en este estado la civil. Si para efecto de demosrar una responsabilidad determinada se adelanta la respectiva investigación criminal y ella termina después de evacuarse todas las citas que resulten, con un sobreseimiento definitivo a favor del sindicado, con fundamento en que éste no es autor del hecho ilícito, es de orden público respetar ese estado de cosas, porque de lo contrario surgirían a la relación social de unas mismas partes dos fallos contradictorios sobre una misma situación jurídica y esto peca, no sólo contra la estabilidad y seriedad de las resoluciones firmes de los jueces, sino contra el artículo 36 de la ley 169 de 1896 y contra el 28 de la ley 94 de 1938". (Sentencia anteriormente citada).

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil, en vista fiscal fechada el 3 de agosto de 1948, presenta un amplio estudio sobre la influencia del proceso penal en el proceso civil; y concretamente sobre el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal hace consideraciones que la Corte comparte.

En virtud de los hechos relacionados y ante las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. — **Revócase** la sentencia materia del presente recurso de apelación, dictada por el Tribunal Superior de Manizales, el día cuatro de diciembre de 1945.

Segundo.—**Absuélvese** a la Nación y al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de todos los cargos formulados en su contra en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—El Secretario, **Nicolás Llinás Pimienta.**

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DEL PETROLEO QUE PUEDA HALLARSE EN UN TERRENO DENOMINADO "SAN FRANCISCO", EN EL TERRITORIO VASQUEZ (DEPARTAMENTO DE BOYACA)

Reiteradamente ha dicho la Corte: "Lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto".

Faltando esta identificación, no es necesario estudiar la eficacia de los títulos presentados por el avisante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Roberto Wesselhoeft, con poder de los señores Ralph W. Stearns y John E. Cook y representado por el doctor Antonio del Castillo, dio aviso de exploración y explotación del petróleo que pueda hallarse en el terreno llamado "San Francisco", ubicado en el Territorio Vásquez, del Departamento de Boyacá.

El Ministerio de Minas y Petróleos en resolución de 22 de octubre de 1947 dispuso que se enviaran el aviso y la documentación respectiva a la Sala de Negocios Generales de la Corte para los efectos del artículo 7° de la Ley 160 de 1936.

En esta providencia se dijo: **"Determinación del terreno.**—Ha de repetirse aquí que no se ha allegado al expediente el título emanado del Estado ni documentos públicos de origen oficial que demuestren su existencia. Por consiguiente, no es posible establecer cuál terreno pudo haber salido del patrimonio del Estado.

"Aceptando, empero, y por vía solamente de discusión, que realmente existe el título de que pretende ser copia la simple presentada con el aviso, se tiene que el terreno a que allí se hace referencia no se determinó. En efecto, en la diligencia de remate y adjudicación, apenas se indica ese terreno así: 'el pedazo de tierra realenga que corre del río grande de la Magdalena abajo desde la Isla del Tostado hasta la boca del río Nare'. Se da un solo lindero. No podría saberse, con ese solo dato cuál es el terreno rematado.

"En la diligencia de posesión dada por el alcalde parroquial de Nare a Asunción del Castillo el 8 de octubre de 1831 se dan linderos distintos del que figura en la copia informal del remate, y es natural que así sea, porque se trata —como ya lo dejo consignado atrás— de un terreno distinto de aquél, pues en esa misma diligencia se dice que el terreno de que se va a poner en posesión a la citada señora 'es el que remató Pedro Bravo'. El otro terreno de que habla la copia simple lo remató Miguel del Castillo Altamirando. Se trata, pues, de terrenos distintos.

"Pero ocurre, además, que los linderos que se dan en el aviso tampoco coinciden con los que se dan en esa diligencia de posesión. En efecto, en ésta se alindera el terreno así: 'Desde la boca del mismo brazuelo del Tigre en donde se pusieron los respectivos mojones conectando el terreno desde allí hasta el Peñón de San Francisco'. También en esta diligencia sólo se da un lindero. En tanto que en el aviso se fijan los linderos así: D'esde la boca del brazuelo del Tigre hasta el Peñón de San Francisco inmediato a la angostura del Carare, lindando por el frente con el de Jabonal, río Magdalena de por medio; por el occidente el río Magdalena; por el norte la quebrada El Hermitaño; por el sur, parte del río Magdalena, del río Palagua y la laguna del mismo nombre; y por el oriente, desde el extremo oriental de esta laguna, línea recta, hasta encontrar el lindero del norte'.

"No se sabe de dónde sacan los avisantes esta alinderación tan completa que encierra un área de 25.000 hectáreas, cuando lo rematado por Miguel del Castillo fue sólo una estancia de ganado mayor, es decir, una extensión de 208 hectáreas aproximadamente. Tiene, pues, razón el servicio técnico cuando afirma que los avisantes han multiplicado por 120 el área del remate.

"En un todo acojo los conceptos y las conclusiones del estudio del Servicio Técnico sobre la indeterminación del terreno".

Habiendo llegado el asunto a la Corte, se le

dio la tramitación que le corresponde, sin que durante la dilación probatoria se hubiese aducido prueba alguna para identificar y determinar el terreno.

Oído el señor Procurador Delegado en lo Civil emitió este concepto: "1º.....2º Desde el punto de vista material. Existe una completa imprecisión tanto respecto de los linderos como de la ubicación del terreno a que se refieren los documentos presentados; hay una falta absoluta de concordancia entre la cabida de que hablan los títulos y la que se señala al terreno sobre el cual versa el aviso; no se sabe cuál es la base sobre la cual los interesados han fijado determinados linderos al terreno actual...".

Una inspección ocular era necesaria para poder hacer alguna luz en esta indeterminación. Y como ello no se pidió por los interesados, el negocio no puede prosperar.

Esta Sala ha dicho reiteradamente: "Lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto".

Faltando esta identificación, no es necesario estudiar la eficacia de los títulos presentados por el avisante.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es fundada la pretensión que el señor Roberto Wesselhoeft, como apoderado de los señores Ralph W. Stearns y John E. Cook, y en su propio nombre, ha manifestado ante el Ministerio de Minas y Petróleos y que ha dado lugar al presente juicio.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. — PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS. — PUEDEN SER OBJETO DE COMPROBACION EN EL JUICIO. — PERJUICIOS MORALES OBJETIVADOS

1.—Al disponer el artículo 2356 del Código Civil que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, extiende la reparación no sólo al daño pecuaniario por menoscabo de la hacienda, sino también al daño causado por ofensa en la honra o dignidad personal, y al que le cause molestia o dolor por obra de malicia o negligencia del agente. Todo derecho lesionado requiere una reparación necesaria para conservar la armonía social. Esta doctrina la ha venido sentando la Corte desde hace ya mucho tiempo.

2.—En reciente sentencia (septiembre 27 de 1946) trató la Corte (Sala de Negocios Generales) de los perjuicios morales subjetivos para decir que no obstante la naturaleza de tales perjuicios, su extensión y cuantía sí pueden demostrarse. Ellos consisten a veces en el ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas, pero deben ser ciertos y personales. "Se aprecian desde el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos familiares acreditados plenamente. La presunción, en esta forma tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del Código Judicial. La regulación del PROETIUM DOLORIS en una cifra numérica está subordinada a la pauta que se traza en el artículo 95 del Código Penal, según lo ha resuelto reiteradamente la Corte Suprema por medio de sus Salas de Casación Civil y Negocios Generales".

3.—Los perjuicios morales objetivados hácense derivar ciertamente del estado de ánimo; pero en donde se les busca repercusiones es en las actividades productivas del ser que los sufre. Se dice que por causa del quebranto de ánimo el patrimonio material del paciente sufre mengua o menoscabo. Pónese como ejemplo el del profesional que por la rudeza del golpe, sufrió incapacidad para seguir atendiendo normalmente a su profesión, registrándose así una merma en el producido de sus actividades, y con ello una merma en el activo de su patrimonio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Doña Teresa Ortiz ventiló ante el H. Tribunal Superior de Medellín un juicio ordinario para obtener de la Nación colombiana una indemnización de perjuicios morales y materiales resultantes de la muerte de su hijo natural Rafael Ortiz Arroyave, ocurrida con motivo y por ocación del siniestro aéreo del Campo de Santa Ana en 24 de julio de 1938.

Aunque el señor Fiscal a quien le tocó descorrer el traslado y contestar la demanda dijo que desconocía los hechos para que fueran probados, y aunque propuso la excepción de "inexistencia de la obligación" y cualquiera otra, de carácter perentorio, que resulte antes de fallar en definitiva", el Fiscal a quien le correspondió intervenir en el trámite de alegatos, al formular el suyo lo hizo trayendo a la memoria la revista celebrada en la luctuosa fecha. "Uno de los aviones piloteado por el teniente César Abadía, dijo, se vino a tierra sobre el mismo campo, dejando un saldo de numerosos muertos y heridos". Y hallando que en el expediente está plenamente comprobada la muerte del señor Rafael Ortiz y el carácter con que se presenta la demandante a reclamar la indemnización, pide a la justicia que obre de conformidad con la doctrina sentada por esta Sala, tanto en relación con los perjuicios materiales como con los morales que se traen a cuento.

Hubo en la primera instancia pruebas de la parte demandante y el fallo; que la coronó es del siguiente tenor:

"1º Declárase a la Nación civilmente responsable de los perjuicios materiales causados a la

señora Teresa Ortiz con la muerte de su hijo Rafael Ortiz Arroyave, los que se regularán conforme al artículo 553 del C. Judicial y lo expuesto en la anterior motivación.

"2º Condénase al Estado Colombiano a pagar a la señora Teresa Ortiz la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) por concepto de perjuicios morales subjetivos causados a ella con la muerte de su hijo Rafael Ortiz Arroyave.

"3º No se condena a la Nación al pago de perjuicios morales objetivados, y, por tanto, se la absuelve del respectivo cargo.

"4º Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el señor Fiscal al contestar la demanda. Esta declaración se hace en relación con lo dispuesto en los ordinales 1º y 2º del presente fallo".

De tal fallo apeló el apoderado de la demandante, y por recurso concedido vino el negocio a la Corte. La segunda instancia pasó por trámite de pruebas, del que aprovechó el apelante.

El señor Procurador, a quien se le avisó la llegada del negocio, alegó de conclusión en pieza que termina así:

"Con fundamento en todo lo que antecede, en nombre de la parte demandada, pido a la H. Corte que al reconocer que la parte demandante no demostró la existencia de perjuicios materiales ciertos, precisos y concretos, revoque la sentencia consultada y apelada y en su lugar absuelva a la Nación de los cargos que se le formulan".

No se observa causal de nulidad de previo purgamiento, y es llegado el momento de pronunciar el fallo de segundo grado.

Consideraciones de la Corte:

El fallo del H. Tribunal tiene estos basamentos:

Que halló establecida la personería de la señora Teresa Ortiz para demandar en su calidad de madre natural.

Que de igual manera encontró comprobado que Rafael Ortiz Arroyave falleció en el siniestro de aviación.

Que la ocurrencia del siniestro, tan conocido en los anales judiciales, está plenamente demostrada, lo mismo que la responsabilidad que de él le ha resultado a la Nación, y que esta Corte ha reconocido en fallos ya numerosos.

Que está demostrado el aporte que el occiso Ortiz Arroyave daba para atender a la subsistencia de su madre, lo que de acuerdo con testimonios hizo hasta su muerte, la cual ocurrió estando él soltero y sin hijos conocidos que le impusieran otra obligación alimentaria.

El señor Procurador hace presente que, tratándose como se trata, de una acción encaminada a obtener una reparación por culpa extracontractual o aquiliana, es preciso inquirir si se llenan los requisitos que esa acción comporta, y que, la jurisprudencia, en aplicación y desarrollo de normas legales, ha venido consagrando.

Esos requisitos son los que el señor Procurador enumera en cuatro ordinales, a saber: a) Interés jurídico de la parte actora; b) La culpa del demandado; c) La realidad del perjuicio causado; y d) La relación de causalidad entre aquella y éste.

a) y b) El señor Procurador conviene en que los dos primeros requisitos que para la prosperidad de la acción entablada por la señora Teresa Ortiz Arroyave son menester, están establecidos en los autos. Dice, al efecto, lo siguiente en el alegato de conclusión:

"**Interés jurídico del actor.**—Como lo tiene establecido la H. Corte, por interés jurídico para el ejercicio de una acción hay que entender aquel que viene a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que se cree sufrido por la persona que alega el interés y en cuanto aparezca que se ha lesionado un derecho subjetivo de quien invoca la existencia de ese interés.

"En el caso de autos se tiene que la señora Tersea Ortiz ha demostrado que era la madre natural del señor Rafael Ortiz Arroyave, de manera que con esa sola demostración se satisface la exigencia del interés jurídico para intentar la presente acción, ya que de ahí se deduce claramente que la parte actora es la titular de un derecho, cuyos alcances y contenido van a ser discutidos precisamente en este juicio.

"**La culpa de la Nación.**—Con los documentos oficiales que se acompañaron a la demanda se demostró que el 24 de julio de 1938 se llevó a cabo una revista militar, en el campo de Santa Ana y que, dentro de su desarrollo, se produjo el siniestro en el cual perdió la vida el señor Rafael Ortiz Arroyave. La calificación culposa que se le ha dado a este siniestro a través de numerosos fallos, me exonera de la obligación de profundizar un poco en esta materia; sobre todo porque en su día se adujeron varios argumentos en defensa de la Nación, los cuales no fueron hallados suficientes por la H. Corte para exonerar de responsabilidad a la Nación por las consecuencias de aquel lamentable acontecimiento.

"Demostrado, pues, en el caso de autos que el señor Rafael Ortiz Orroyave perdió la vida como consecuencia del siniestro de aviación a que se hace referencia, no hay inconveniente en acep-

tar que el actor cumplió con la obligación de probar este segundo requisito esencial de su acción".

Los comprobantes de que Teresa Ortiz es la madre natural del extinto Rafael Ortiz Arroyave pueden consultarse a los folios 10 a 12 del cuaderno principal. Consisten en una certificación de origen eclesiástico sobre la inscripción en los libros parroquiales de Belén, arquidiócesis de Medellín, del nacimiento de Rafael Antonio, ocurrido el 13 de marzo de 1903. Conforme a ese documento, es hijo natural de Teresa Ortiz. El Notario Segundo de Bogotá certifica por su parte que en la oficina de su cargo fue inscrita la defunción de Rafael Ortiz Arroyave. De acuerdo con esta certificación la inscripción se hizo en conformidad con los reglamentos sobre registro del estado civil de las personas.

En comprobación del hecho culposo atribuído a la Nación, el actor adujo con el libelo de demanda la prueba de la ocurrencia del tan conocido accidente aéreo registrado en el Campo de Marte, Municipio de Usaquén, el día 24 de julio de 1938.

La prueba es documental y la integran las siguientes piezas: El informe rendido por la Comisión investigadora de las posibles causas que determinaron el accidente; copia de la orden de desfile y maniobras que tuvieron lugar en la mencionada fecha de 1938; copia del Decreto que destinó al teniente César Abadía para que, como oficial de las fuerzas militares operara en el arma de la aviación; certificación de que el teniente César Abadía —que figuraba como uno de los mejores pilotos de la aviación militar— había recibido una llamada de atención por la falta de atención por la falta de seriedad para comandar; y exposiciones de origen oficial en las cuales se hace reconocimiento de que maniobras imprudentes del nombrado teniente, su temerario arrojo, causaron estragos que la Nación se ha visto obligada a reparar.

Comprobadantes iguales a los que se acaban de nombrar los ha tenido en consideración la Corte en los numerosos fallos rememorados por el señor Procurador.

En las sentencias se ha pronunciado la justicia en el sentido de reconocer que la culpa es achacable a la Nación, y que sobre ésta pesa la obligación de indemnizar a los lesionados.

La enorme afluencia de gentes venidas a Bogotá con motivo de la fecha centenaria de su fundación, constituye a todas esas gentes en testigos y relatores del suceso. Los gobiernos que en su capital tienen su sede, oficialmente constataron y señalaron la fecha de su ocurrencia como de infausta recordación. Esto, añadido a la publicidad que han tenido los fallos, le han impreso al accidente una notoriedad tan manifiesta, que relevan de la obligación de reproducir en detalle los comprobantes de que tal tragedia ocurrió y con su espantable magnitud. Para el señor Procurador, como ya se dijo, no es cosa discutible la ocurrencia del siniestro.

La Sala cree que, dilucidada como está la culpabilidad que tuvo la Nación en tan lamentable suceso, no tiene para qué insistir en los motivos que para deducirla ha tenido en cuenta.

c) **Los perjuicios causados a la señora Teresa Ortiz.** — Al tratar del tercero de los requisitos, empieza el señor Procurador por asentar este postulado:

"El perjuicio de que se trata debe tener ciertos caracteres específicos, el primero de los cuales es el de su certeza, por lo cual es hoy doctrina unánimemente aceptada la de que en juicio no es dable mandar indemnizar sino aquellos daños precisos y concretos que se demuestren. La indemnización es un derecho. Emana por ende de hechos palpables. Donde los hechos no están acreditados por sus circunstancias reales y tangibles, no hay modo de sacar conclusiones prácticas debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad el acaecimiento probable, pero difícil su demostración".

La doctrina que invoca el señor Procurador es tomada de la que esta Sala de Negocios Generales asentó en sentencia de 10 de marzo de 1943.

De ahí en adelante las alegaciones del señor Procurador se enderezan a llevar al ánimo de la Corte el convencimiento de que no existe la prueba plena y completa, según la ley, de la existencia del perjuicio realmente causado a la actora en su patrimonio material con la muerte de su hijo. "No hay manera, arguye en este punto el señor Procurador, de condenar al resarcimiento de perjuicios de esta índole 'debido a que el campo procesal repudia el criterio meramente conjetural, aun cuando la hipótesis sea en realidad de acaecimiento probable', es decir, que aún aceptando que ordinariamente los hijos atienden a la subsistencia de los padres — hipótesis de acaecimiento probable — mientras en un caso determinado no se haya demostrado que realmente el hijo sí atendía a esa subsistencia mediante la prueba de hechos que así lo demuestren, se estará en un terreno meramente conje-

tural, el cual es repudiado en el campo del derecho procesal.

"Faltando, como falta, el tercer elemento o requisito constitutivo de la acción —dice ya para terminar el señor Procurador— sobra toda referencia que quisiera hacerse acerca del cuarto de los requisitos, o sea, acerca de la relación de causalidad entre la actividad culposa y el daño o perjuicio, pues falta uno de los extremos para hablar de relación alguna".

Al reparo que hace el señor Procurador, cabe hacerle, en primer término, esta observación: la demanda no está solamente circunscrita a la indemnización por daños materiales, sino que abarca los daños de orden moral o subjetivo que en la sentencia de primera instancia tuvo en cuenta el **a quo** para condenar a la Nación al pago de la suma de $ 2.000 por concepto de tales perjuicios. Se hace la observación, porque como se ha dicho, el señor Procurador pide la completa absolución de la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Los perjuicios morales.—Al disponer el artículo 2356 del Código Civil que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, extiende la reparación no sólo al daño pecuniario por menoscabo de la hacienda, sino también al daño causado por ofensa en la honra o dignidad personal, y al que le cause molestia o dolor por obra de malicia o negligencia del agente. Todo derecho lesionado requiere una reparación necesaria para conservar la armonía social. Esta doctrina la ha venido asentando la Corte desde hace ya mucho tiempo. (Véase, entre otras, la sentencia de 22 de julio de 1922. **Jurisprudencia,** Tomo 3°, número 2934).

En reciente sentencia (septiembre 27 de 1946), trató esta Sala de la Corte de los perjuicios morales subjetivos para decir que, no obstante la naturaleza de tales perjuicios, su extensión y cuantía sí pueden demostrarse. Ellos consisten a veces en el ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas, pero deben ser ciertos y personales. "Se aprecian desde el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima del accidente. Su demostración puede aceptarse por medio de una presunción simple, fundada en los vínculos familiares acreditados plenamente. La presunción, en esta forma, tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del Código Judicial. La regulación del **proetium doloris** en una cifra numérica está subordinada a la pauta que se traza en el artículo 95 del Código Penal, según lo ha resuelto reiteradamente la Corte Suprema por medio de sus Salas de Casación Civil y Negocios Generales".

Doña Teresa Ortiz tenía el parentesco más cercano con el occiso; el vínculo más estrecho la ataba a él, por haberlo traído a la vida. Esta única consideración basta para concluir que en su ser moral recibió ella rudo golpe. Sufrió grave quebranto por ajena culpa, y se le debe la reparación consiguiente.

La ley ha creído, sí, necesario que se fije un monto del cual no se puede pasar, y el artículo 95 del Código Penal lo señala en dos mil pesos, que fue lo que el **a quo** reconoció. En esa parte debe confirmarse la sentencia.

Los perjuicios que necesitaban una demostración palmaria, ya que se salen del marco puramente subjetivo para ocupar puesto en el terreno económico, son los llamados morales objetivados. Hácense derivar ciertamente del estado de ánimo; pero en donde se les busca repercusiones es en las actividades productivas del ser que los sufre. Se dice que por causa del quebranto de ánimo el patrimonio material del paciente sufre mengua o menoscabo. Pónese como ejemplo el del profesional que por la rudeza del golpe, sufrió incapacidad para seguir atendiendo normalmente a su profesión, registrándose así una merma en el producido de sus actividades, y con ello una merma en el activo de su patrimonio.

Así entendido el perjuicio moral objetivado, el H. Tribunal **a quo** tenía que echar de menos la prueba de que doña Teresa Ortiz hubiera sufrido merma de su capacidad productiva por consecuencia del golpe moral que le produjo la muerte de su hijo Rafael Ortiz Arroyave, y tuvo razón en desconocerlo. La misma falta de prueba se anota en esta instancia.

Los perjuicios materiales.—Para rechazar el señor Procurador una condena por perjuicios materiales, argumenta que éstos se demandan con fundamento en meras conjeturas. Para él no pasa de ser conjetura la de que Rafael Ortiz hubiera atendido a la subsistencia de su madre Teresa Ortiz .

La Corte observa:

La obligación natural que tiene todo hijo de cuidar a los padres en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren de sus auxilios, ha alcanzado la consagración de principio de derecho positivo, y para los padres se traduce en el

derecho a alimentos reglamentados en título especial del Código Civil.

Que con esa obligación cumplía el fallecido Ortiz Arroyave, se deduce de las declaraciones de Camilo Alvarez, Julián Yusti, Fernando Córdoba, que se refieren a ese hecho como que públicamente se sucedía y que de todo el vecindario era perceptible. "'Rafael Ortiz atendió siempre a la subsistencia de la señora Teresa Ortiz", afirman en una parte de su declaración los testigos, y agregan en otra: "'le prodigaba todos los cuidados y cariños que los hijos dan a sus madres".

Para que Ortiz Arroyave pudiera sustentar a su madre, era preciso que él tuviera bienes, o al menos renta, profesión u oficio de donde pudiera derivar proventos que lo pusieran en posibilidad de cumplir con sus obligaciones de hijo. Los testifos nombrados ya y Daniel Restrepo, Zabulón Casas y José Elías Gómez, révelan cuál era la cuenté de recursos de donde Ortiz sacaba para vivir él y para cumplir con la obligación de asistencia a su madre: era hombre trabajador dedicado al comercio en escala modesta, pero de continuo movimiento y en lugar muy frecuentado por las gentes.

Pudieron percatarse de la actividad que Ortiz desarrollaba y de la economía con que vivía, y estas circunstancias observadas a diario pusieron en capacidad de afirmar que el negocio le daba a Ortiz rendimientos. Para adquirir esa convicción no necesitaban los observadores de conocimientos o prácticas especiales. Ni es raro que las relaciones de vecindad en los núcleos urbanos propicien un ambiente de familiaridad, y que dentro de ese ambiente unos vecinos puedan darse cuenta minuciosa de las posibilidades pecuniarias de los otros y de la intensidad de sus negocios. Esta posibilidad aumenta cuando los negocios se desarrollan en lugares públicos y en horas aprovechables del día y de la noche. Una cantina en sectores que para la disipación son adecuados, la han señalado los vecinos como productiva, y por las condiciones de su dueño pudieron fijar aproximadamente que daba rendimientos de doscientos a trescientos pesos mensuales.

En la segunda instancia Juan R. Ramírez, Misael Pérez Montoya y Luis Puerta —vecinos del sector y conocedores directos de Ortiz Arroyave— reforzaron el testimonio que ya operaba de que era hombre laborioso, moderado en sus gastos personales y de sanas costumbres. Y añaden un detalle de importancia suma en el negocio: que destinaba unos doscientos pesos para la sustentación de su madre.

Cualquiera que hubiera sido esa ayuda de Ortiz Arroyave para la subsistencia de la demandante, lo cierto es que de esa ayuda se vio privada desde el momento en que su hijo desapareció víctima de la tragedia de Santa Ana. Y no hay necesidad de mayores argumentos para aceptar que los perjuicios materiales se ocasionaron, y que ellos deben ser debidamente reparados.

El quantum.—A esta segunda instancia adujo la parte actora prueba de peritos como para establecer el monto de la indemnización a que aspiraba aquélla.

El peritazgo que unánimemente emitieron los doctores Alberto Montejo, Guillermo Múnera Botero y Alberto Arboleda Pombo, dsepués de relatar los antecedentes del proceso y de asentar algunas consideraciones de orden jurisprudencial y económico, entran a hacer su apreciación tomando como base para ella el tiempo indemnizable, el cual, según ellos, debe computarse desde el fallecimiento de Ortiz Arroyave.

La liquidación que hacen los peritos nombrados en relación con los perjuicios materiales, es:

"a) Por concepto de los nueve años, siete meses y diecisiete días a razón de $ 200.00 mensuales, tiempo consolidado hasta el 11 de marzo de 1948 $ 27.713.00

"b) Por vida probable de la actora en nueve años y medio, según la tabla de Garuffa 16.994.40

"TOTAL de los perjuicios materiales $ 44.707.40"

Sobre la base de $ 200.00 mensuales—que como probable pensión alimentaria daba el occiso Rafael Ortiz a su madre en los últimos meses de su vida— hacen los peritos la liquidación que se acaba de transcribir.

La Sala observa:

Ningún testigo afirma como cosa exacta la contribución que Rafael Ortiz le diera a su madre para su subsistencia. Ni hay en los autos prueba de que ella mantuviera rango especial que requiriera esa suma para sus gastos personales.

De otro lado, la calidad del negocio que los testigos dicen haberle conocido a Rafael Ortiz —y del cual derivaba las utilidades que se le atribuyen—hacen suponer que él tenía que atender con esas mismas utilidades a su subsistencia, a la continuación del negocio, y al cuidado de su propia salud, no muy asegurada con la atención que todas las noches habría de prestarle a una cantina en barrios de tolerancia.

Dadas todas estas circunstancias, estima la Sala

que es exagerado el monto de la pensión mensual asignada por los peritos a la señora Ortiz, y halla que lo equitativo es fijarle la suma de sesenta pesos ($ 60.00) como pensión mensual que su hijo Rafael habría podido racionalmente pasarle para su subsistencia.

Reducida la base de la indemnización por perjuicios materiales, esa misma reducción debe sufrir el total de los tales perjuicios materiales, en orden a lo ya expuesto en los anteriores apartes.

La Sala ha acogido esta base para la fijación de la cuantía de la indemnización, después de un examen razonado de los testimonios que a esa contribución se refieren, y en uso de la facultad que tiene por ley para apreciar las pruebas en el fallo definitivo. El peritazgo producido en la segunda instancia, con la moddificación que en orden a las razones expuestas le corresponde, es, pues, la pauta para regular el **quantum** de los perjuicios materiales.

Base para el cómputo que aquí debe hacerse, es la vida probable de la señora Teresa Ortiz, quien conforme al certificado visible al folio 9 del cuaderno número 4, alcanzaría al edad de 73 años, 5 meses, 22 días. Según la partida visible al folio 1 del mismo cuaderno, la señora nació el 26 de diciembre de 1883; de modo que el día 24 de julio de 1938, fecha en la que perdió a su hijo, contaba ella la edad de 54 años.

De esta última fecha en adelante tiene derecho a que se le compute una renta equivalente a la cantidad mensual que dejó de recibir de su hijo como pensión alimentaria.

La Sala, siguiendo práctica ya establecida, divide en dos períodos el tiempo indemnizable: el primer período, corresponde al tiempo transcurrido desde la muerte de Rafael Ortiz Arroyave hasta el 24 de julio del presente año, o sean once años; y el segundo período se cuenta desde esta última fecha hasta la que marca el término de la vida probable de Teresa Ortiz.

El primer período, que es el que los peritos llaman consolidado, da lugar a esta operación: setecientos veinte pesos (indemnización anual) multiplicado por once años.....$	7.920.00
El segundo período, de ocho años, daría lugar a esta operación: ocho años, multiplicado por los $ 720.00 anuales, igual a $ 5.760.00. Pero como esta última cantidad se le anticipa, es equitativo hacerle la deducción de los intereses correspondientes, y aplicando al efecto la tabla del ingeniero Garuffa, se reduce a.....$	4.465.44
SUMA TOTAL .....$	12.385.44

Resumen de lo expuesto en este último capítulo es:

Valor de los perjuicios morales.....$	2.000.00
Valor de los perjuicios materiales....	12.385.44
Suma total de los perjuicios.....$	14.385.44

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, FALLA:

1º DECLARASE a la Nación civilmente responsable de los perjuicios causados a la señora Teresa Ortiz con la muerte de su hijo Rafael Ortiz Arroyave;

2º CONDENASE al Estado Colombiano a pagarle a la señora Teresa Ortiz la suma de doce mil trescientos ochenta y cinco pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 12.385.44) por concepto de perjuicios materiales. Y la de de dos mil pesos ($ 2.000.00) por concepto de perjuicios morales simplemente subjetivos.

3º CONFIRMANSE los pronunciamientos marcados con los numerales 3º y 4º del fallo apelado.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FERROCARRILES

1.—Informante de una defunción ante el Notario o quien haga sus veces, puede ser lo cualquiera de las personas nombradas en los artículos 356, 358, 359, 360 y 361 del C. Civil. El funcionario de Policía que practica las diligencias correspondientes a la investigación es, desde luego, el más adecuado para rendir la información.

2.—Si el Notario expresa en el acta de registro de estado civil cosa distinta de lo que se le informa, u omite parte de lo informado, cualquiera de los interesados o de los testigos puede hacer observaciones a fin de que el acta sea estrictamente ceñida a la verdad de lo otorgado. En ausencia de toda observación, el acta firmada por los interesados y los testigos bajo la fe del Notario, presta fe en lo que respecta a su PARTE FORMAL.

3.—Está vigente la obligación que la ley de "Policía de los Ferrocarriles" les impuso a las respectivas empresas de establecer barreras en aquellos puntos en que las ferrovías cruzan caminos públicos y al nivel de éstos, y lo está la de mantener guardas encargados de impedir el paso de transeúntes en el momento de circular trenes.

Y si a pesar de esto no se mantienen las barreras o cadenas de apertura y cierre, es indudable que con ello incurre la empresa en omisión de lo ordenado por la ley.

Ni para eludir la responsabilidad les vale a los Ferrocarriles la alegación de que el plano de la ciudad hace difícil el sostenimiento de barreras o cadenas permanentes en lugar tan necesariamente transitado por las gentes que en esos lugares tienen sus habitaciones. Porque a falta de barreras o cadenas debe mantenerse en esos sitios guardas permanentes que impidan el paso de los transeúntes en los momentos de circulación de los trenes.

Previsora la ley, no quiere que una actividad tan peligrosa como es la de la circulación de trenes se pueda desarrollar sin las convenientes precauciones. Por lo demás, es muy trajinada la doctrina sobre responsabilidad civil que acarrea una conducta inconsiderada y falta de cuidado y diligencia, cuando de esa falta puede resultar el perjuicio de otros. ¿Qué decir cuando se obra con prescindencia de las precauciones específica y expresamente ordenadas por la ley?

4.—La regla del artículo 2356 del Código Civil no solamente es aplicable a quien obra con intención dolosa. También sin esa intención puede causarse daño, cuando se procede con ligereza. La responsabilidad puede contraerse, no solamente con la comisión de actos positivos. Las omisiones pueden también generarla. Doctrina es ésta que nuestros expositores derivan del artículo 2356 del Código citado.

En empresas ferroviarias, lo mismo que en todas las que desarrollan actividades peligrosas, deben tomarse todos los medios de precaución para que esas actividades no causen daños a terceros. El descuido en tomar las medidas que la prudencia indica; la inadvertencia de los malos resultados que para particulares pueden tener los actos u omisiones de la empresa, la hacen responsable.

5—La actividad, la perseverancia, son hechos materiales susceptibles de testimoniarse. La actividad de una persona se puede ver; su perseverancia en determinado cometido también se puede ver. Y quienes tales cosas ven, pueden formarse una íntima convicción sobre los resultados de esa actividad perseverante.

Cuando comparecen ante la justicia personas a declarar sobre actividades o sobre actitudes crónicamente repetidas por otras, y dan como razón de su dicho el de la observación de las cosas o sucesos, y dejan comprender que su exposición es el fruto de la aplicación de los sentidos, de lo que vieron, o de lo que oyeron, se está en presencia de testimonios simples. Las explicaciones o conclusiones que saquen de lo ates-

tiguado no le quita su virtualidad al testimonio.

6.—Jurisprudencias repetidas de la Corte han asentado la doctrina de que el artículo 2341 del C. Civil no hace distinción respecto de las clases de daño que está obligado a reparar aquel que ha cometido delito o culpa, y que se ve por ello obligado a indemnizar. La generalidad de la disposición le da entrada a la acción indemnizatoria por perjuicios morales. La misma jurisprudencia ha sostenido que por perjuicios morales deben entenderse todos aquellos que afectan la fama, la buena reputación, la tranquilidad, etc., o sea cuanto constituye el patrimonio moral de las personas.

Pero la misma jurisprudencia ha encontrado en el artículo 95 del Código Penal una pauta reguladora de la cuantía de esa indemnización. Si fuera a señalarse el PROETIUM DOLORIS, sería ello poco menos que imposible, pero como alguna reparación debe tener quien lo sufre, ha creído el Legislador prudente señalar una cantidad hasta la cual puede hacerse el reconocimiento.

7.—Es natural suponer que quien se ve privado de una manera trágica del cónyuge o compañero aceptado para compartir las alternativas de la vida, siente en su ser interior una pena, muy grande. Por eso la Corte, en repetidas sentencias, ha convenido en reconocerle al cónyuge que ha pasado por esa pena el derecho al máximo de la indemnización prevista en el artículo 95 del C. Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto once de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Citadas las partes para sentencia de primer grado halló el H. Tribunal Superior de Pereira que tratándose de un juicio por la responsabilidad civil que sobre la Nación pueda gravitar por el accidente ferroviario de que fue víctima Jesús Antonio Gallego, no había actuado el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y mandó poner en conocimiento de aquéllas el hecho procesal, por creerlo inductivo a nulidad, de acuerdo con la norma del artículo 455 del C. Judicial.

Reclamado el auto en mención por el apoderado de la parte demandante, el reclamo dio lugar a que la Sala de Decisión del H. Tribunal declarara que no había lugar a decretar la nulidad, y dio como razón la de que "a la hora de ahora (se refiere al 23 de septiembre de 1943) la dirección y administración de los Ferrocarriles de propiedad de la Nación está a cargo o corresponde al Organo Ejecutivo y el señor Fiscal de este Tribunal se apersonó la representación de la parte demandada como le cumplía hacerlo".

Para hacer tan rotunda afirmación el H. Tribunal buscó apoyo en el Decreto 1420 de 17 de julio de 1943.

Sobre esa base procesal el H. Tribunal de Pereira pronunció la sentencia que le dio término en primera instancia a este negocio, que, como queda dicho, versa sobre la responsabilidad que a la Nación le achaca la señora Ana Feliz Buitrago por la muerte de su esposo Jesús Antonio Gallego, ocurrida en pos del accidente ferroviario registrado en Girardot el treinta de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

La sentencia en mención fue condenatoria de la Nación y el señor Fiscal del Tribunal, con la personería que el fallador le había reconocido apeló, como apeló la parte demadante.

La Corte, sin embargo, halló invalidez en la notificación que del fallo se hizo al señor Fiscal, y dispuso la devolución del proceso al **a quo** para que subsanara el defecto de la notificación.

Brindóle esa circunstancia oportunidad al señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para constituir un apoderado, a fin de que la entidad estuviera representada en el juicio, como en efecto lo fue por abogado inscrito.

Este se manifestó a su turno en alzada contra la sentencia, como lo había hecho antes el señor Fiscal del Tribunal. De ahí en adelante la entidad demandada ha sido oída en la segunda instancia por medio del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales.

Pero como en el alegato de conclusión el personero de los Ferrocarriles afirma la persistencia del vicio de nulidad, y tal afirmación está contenida también en uno de los capítulos del salvamento de voto del Magistrado doctor Eduardo Orozco Ochoa, es conveniente dilucidar previamente esa cuestión.

Dicho está que la Corte se vio en la obligación

de tomar una providencia para que se saneara el vicio que a primera vista pudo advertir.

De esa providencia son estos apartes:

"Cuando se notificó al Fiscal la sentencia del Tribunal (23 de junio de 1944), ya estaba en vigencia el decreto número 1842 de 1943 de fecha 18 de septiembre publicado en el **Diario Oficial** del 27 del mismo mes, y cuyo artículo primero dice:

"La dirección y administración de los ferrocarriles de propiedad de la Nación continuará ejerciéndose por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de conformidad con las disposiciones legales anteriores al Decreto número 1420 de 1943, y sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en el mencionado Decreto.

"Por consiguiente, en todos los asuntos que se relacionen con la dirección y administración delegada, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por el Administrador General, tiene la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a ferrocarriles nacionales y cables aéreos, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas, de todos los privilegios concedidos a la Nación'.

"La disposición transcrita, como la del decreto Nº 1420 y otra que se dictó posteriormente por medio del decreto ejecutivo número 2645 de 30 de diciembre de 1943, cuyo artículo 2 repitió que el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales tendrá en las materias colocadas bajo su dirección, "la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio público, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios" **Diario Oficial** Nº 25.435 de 3 de enero de 1944), fueron promulgados por el gobierno en uso de las autorizaciones especiales que le confirió el artículo 19 de la Ley 7ª de marzo de 1943, las cuales expiraron el primero de enero de 1944.

"El Decreto 1420, conforme lo ha reconocido la Corte en otros casos, trajo como consecuencia la revalidación en los juicios de todo lo que con posterioridad se había actuado, con audiencia del agente del ministerio público, en juicio dirigido contra una empresa férrea nacional. Por esta razón, todo lo actuado antes de proferirse la sentencia apelada, es válido.

"Aun cuando el decreto 1842 del mes de septiembre, que le devolvió al Consejo su autonomía administrativa y al administrador general la personería en juicio, dice que es interpretativo del decreto 1420 promulgado en el mes de julio, sin embargo las actuaciones judiciales seguidas bajo el imperio de la Ley 29 de 1931 con audiencia del agente fiscal, para ventilar cuestiones atañederas a los poderes del Consejo, quedaron siempre válidamente ratificadas. En primer lugar porque las situaciones concretas que se crean al favor de una disposición legal, en beneficio de los particulares, no pueden destruírse por ley posterior, porque eso equivale a darle efecto retroactivo a la ley, contra todo principio constitucional y legal. Y en segundo lugar, porque no hay que olvidar que el gobierno al dictar el decreto 1420 del mes de julio obró encarnando la soberanía del Estado, de suerte que en cada proceso judicial fue la propia nación demandante o demandada, la que tuvo a bien, mediante disposición general, suprimir la representación judicial del administrador de los ferrocarriles y devolvérsela al ministerio público, con lo cual claramente también revalidó lo que éste había gestionado a su nombre, en juicios en que la representación de la nación, por lo tocante a los ferrocarriles, le correspondía al administrador general del Consejo.

"Dictada la sentencia en el presente negocio, en vigencia ya el decreto 1842, que le devolvió al administrador del consejo la representación judicial de los negocios colocados bajo el cuidado de esa entidad, la notificación de dicha providencia judicial corresponde surtirla con aquel empleado, pues el fiscal no es personero del Consejo".

Es, por tanto, cierto que lo relativo a reposición de lo actuado con la intervención del Ministerio Público está ya dilucidado por la Corte en auto de 24 de febrero de 1945, ejecutoriado y cumplido. Sobre lo dicho allí no hay para qué volver. Ni procede ahora el nuevo incidente que insinúa el señor apoderado de los Ferrocarriles Nacionales, por acatamiento a lo dispuesto en el artículo 394 del C. Judicial.

Previamente debe establecerse también lo relativo a la personería de Ana Feliz Buitrago, objetada por el señor abogado de los Ferrocarriles Nacionales: "Ana Feliz Buitrago, dice, carece de personería sustantiva para demandar y solicitar indemnizaciones en su carácter de cónyuge sobreviviente de Jesús Antonio Gallego R., cuya muerte no está probada legalmente en autos".

El matrimonio. — Con copia de la partida de

origen eclesiástico expedida por el Párroco de Pereira, ha establecido Ana Feliz Buitrago que el 14 de enero de 1935 contrajo matrimonio canónico con Jesús Antonio Gallego ,el mismo que con tal nombre fue bautizado en Finlandia el 1° de febrero de 1903. En la partida correspondiente se lee: "Casó en Pereira el 14 de enero de 1935 con Ana Feliz Buitrago" (fol. 19, cuaderno número 2).

En 1935 no regía la ley 92 de 1938 que ha hecho efectivo en Colombia el registro civil, y que solamente admite como pruebas principales de tal estado a las copias auténticas de las partidas expedidas por los funcionarios civiles encargados de llevar ese registro. Por entonces regía la ley 57 de 1887 que admitía como pruebas principales del estado civil las certificaciones de los Párrocos. Es suficiente, pues, la que ha exhibido la demandante en demostración de su matrimonio (artículo 19 de la Ley 92 de 1938).

La defunción.—Al folio 36 del cuaderno número 2 se encuentra el siguiente documento:

"Como Notario Principal del Circuito de Girardot, Certifico: Que en el libro civil del registro de Defunciones, tomo 9º de 1939, al folio 1 vuelto hay una partida que a la letra dice: Al margen: '**Jesús Gallegos.** — En el texto: Nº 490. En la ciudad de Girardot, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a siete de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, se presentó el señor Inspector Segundo Municipal de Policía y Tránsito y declaró: Que entre las cinco y las seis de la mañana del día treinta de agosto del presente año, en el hospital de esta ciudad, falleció por causa de accidente ferroviario, Jesús Gallegos, de treinta y cinco años de edad y empleado de profesión. Se ignoran los demás datos. El doctor Manuel Riveros D'Alemán certificó sobre la causa de la muerte. Fueron testigos de esta acta los que la suscriben por ante mí que doy fe. (Firmados). El Inspector, Andrés Aparicio C. Octavio H. Rico, Luis Chiappe M. El Notario Principal, Daniel París".

Informante de una defunción ante el Notario o quien haga sus veces, puede serlo cualquiera de las personas nombradas en los artículos 356, 358, 359, 360 y 361 del C. Civil. El funcionario de Policía que practica las diligencias correspondientes a la investigación de un acontecimiento trágico, es, desde luego, el más adecuado para rendir al información.

Quien le suministró los datos al señor Notario de Girardot fue el Inspector Segundo Municipal de Policía y Tránsito, que por razón de su destino debía tomar a su cargo la investigación del modo como ocurrió el accidente ferroviario. Noticiado después del deceso de Gallego tenía que hacerlo constar en los libros de la Notaría.

El funcionario registrador del estado civil, al consignar en el acta de nacimientos, matrimonio y defunción, tiene que atenerse, por lo general, a los datos que le suministre el avisante.

Si el Inspector de Policía le dio al Notario de Girardot como nombre del extinto el de "Jesús Gallegos", así tenía que consignarlo el Notario, como tenía que anotar la hora del fallecimiento, el lugar en que éste ocurrió y la causa del deceso, tal como se lo expresara el informante.

Ni el inspector ni persona alguna de las que concurrieron al otorgamiento del acta, suministraron pormenores sobre el estado civil y el último domicilio del occiso; luego el Notario tenía que hacer constar esa carencia de datos.

A esta observación debe agregarse esta otra: si el Notario expresa en el acta cosa distinta de lo que se le informa, u omite parte de lo informado, cualquiera de los interesados o de los testigos puede hacer observaciones a fin de que el acta sea estrictamente ceñida a la verdad de lo otorgado. En ausencia de toda observación, el acta firmada por los interesados y los testigos bajo la fe del Notario, presta fe en lo que respecta a su **parte formal.**

En el caso de autos se inscribió la defunción de **Jesús Gallegos,** que fue el nombre suministrado por el Inspector de Policía.

La identidad. — Se alega ahora, que en este pleito no se piden indemnizaciones por muerte de la persona que a ese nombre respondía, sino por la muerte de **Jesús Antonio Gallego R.**

Para demostrar que se trata de la misma persona, ha traído la parte actora dos testimonios: el de Juan Pérez y el de Eva Calderón de Pérez. Ambos testigos rindieron su declaración ante el Juez de la causa que lo fue en primera instancia el H. Tribunal Superior de Pereira. El testimonio fue rendido en el término de pruebas, sin que hubiera sido tachado en tiempo, o merecido tacha formulada también en su oportunidad.

Dícense los testigos libres de todo parentesco con la demandante y en seguida hacen la afirmación del conocimiento personal que tuvieron de Jesús Antonio Gallego por haber sido padrinos de matrimonio que el mismo lesionado contrajo con Ana Feliz Buitrago, añadiendo que es la misma persona que en el acta de defunción aparece con el nombre de Jesús Gallego. Si a tal testimonio se agregan las constancias de las

actas visibles a lso folios 4 del cuaderno principal y 19 del número 2, con ello hay suficiente base para colegir que solamente se trata de una equivocación en el apellido inscrito en la partida de defunción, y que el verdadero nombre del occiso es el de Jesús Antonio Gallego, con el cual fue conocido durante su vida, y en acto de tanta trascendencia como es el matrimonio.

La circunstancia de que los testigos Pérez y Calderón de Pérez hagan alusión a la partida de defunción que se les puso de presente, no altera la autenticidad de ésta. La concordancia del testimonio respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon los hechos materia de su deposición, sirve apenas para establecer la identidad que la parte actora quería que se estableciera. A quien la impugne, le corresponde dar la prueba de que el acta se refiere a distinta persona de la que se ha querido identificar. (Artículo 393 del C. C.).

Lo expuesto inclina a la Sala a reconocerle suficiente personería a Ana Feliz Buitrago para el ejercicio de la acción que ha lanzado como cónyuge sobreviviente de Jesús A. Gallego.

Debiendo avocarse la cuestión a fondo, se tiene:

Ana Feliz Buitrago, en su calidad de cónyuge sobreviviente, demanda para sí de la Nación Colombiana —propietaria de la empresa del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila— una indemnización que estima en $ 60.000.00 o la que fijen peritos, por los perjuicios causados con la muerte trágica de Jesús A. Gallego R., ocurrida en Girardot después del accidente ferroviario acaecido el treinta de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

Catorce hechos invoca la demandante en apoyo de su pretensión, los que sintetizados son:

Que Jesús Antonio Gallego, su esposo, hombre dedicado al comercio de víveres al por mayor, de edad aproximada de treinta y cinco años, murió pocos minutos después de haber sido lesionado por la locomotora número 38 del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila el día 30 de agosto de 1939 (hechos 1º, 5º y 12).

Que el ferrocarril que la Nación Colombiana explota como dueño, tiene tendidos sus rieles en calles de la ciudad de Girardot sin establecer barreras o cadenas, guardavía o cierres automáticos ni conservar siquiera allí guardas encargados de impedir el paso a los peatones y prevenirlos del peligro, medidas de precaución para evitar perjuicios. (Hechos 2º, 3º, 8º, 9º y 10º).

Que en el día treinta de agosto de mil novecientos treinta y nueve, más o menos a las tres de la mañana, partió de la estación de Girardot, con dirección a Bogotá, un tren de carga arrastrado por la locomotora número 38, que maneja el maquinista Juan Pérez, atropelló a Jesús Antonio Gallego, en un trayecto de ferrovía, y en sitio dotado de alumbrado público y cuando la visibilidad era clara como para distinguir cualquiera objeto interpuesto en la vía férrea. (Hechos 5º y 6º).

Que la empresa no puso ningún medio adecuado para evitar el accidente en que perdió la vida Gallego; y su conducta en general y la del maquinista Juan Pérez, en particular, delata imprevisión, descuido y falta de las precauciones que indica la prudencia. (Hechos 7º, 18, 10 y 11).

Que la demandante, su viuda, muerto Gallego, ha quedado privada de su apoyo y afecto, y de los recursos económicos que él le suministraba en particular.

Que al Ministerio de Obras Públicas acudió la viuda en solicitud de un arreglo amigable, sin ningún resultado.

En esos hechos, y en lo que disponen los artículos 1494, 2341, 2349, 2356 y concordantes del C. C., y de la Ley 76 de 1920, está fundada la demanda.

El señor Fiscal del Tribunal, funcionario que llevaba la voz de la Nación, contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones pedidas por la actora, y rechazando, por inconducentes, las disposiciones legales citadas allí.

En cuanto a los hechos, los contestó así:

Del 1º dice que "parece ser cierto, aunque encuentro que la partida de matrimonio no está debidamente identificada".

Del 2º, que es cierto.

Del 3º y 14, dice desconocerlos y exige su comprobación.

Y a todos los restantes, les da su negativa.

El juicio en primera instancia culminó con el fallo de veintitrés de junio de 1944, condenatorio de la Nación como "responsable del hecho, imprevisión, descuido culpable que ocasionó la muerte del señor Jesús Antonio Gallego R., en el accidente ferroviario ocurrido el 30 de agosto de 1939 en la ciudad de Girardot, en la carrera 12, entre calles 14 y 15, y que por consiguiente debe pagar los perjuicios ocasionados a la demandante, los cuales perjuicios se tasarán de conformidad con el artículo 553 del C. Judicial".

Tócale ahora a la Corte examinar los hechos que la defensa reconoce y los que impugna, a la luz de las comprobaciones del proceso. Ese exa-

men pondrá a las claras si hay la concurrencia de culpas que los alegatos esbozan.

La ocurrencia del accidente.—Gentes al servicio del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila son los testigos Patrocinio Cruz Quimbayo, Cupertino Castañeda y Juan Jerez. De sus declaraciones visibles a los folios 41, 43 y 50 del cuaderno número 2 resultaron presenciales del accidente porque todos — el último como maquinista y los otros dos como fogoneros — se ocupaban en el manejo de la locomotora número 38, que, salida de la estación de Girardot, atravesó la carrera 12, entre las calles 14 y 15, de la nombrada ciudad, a eso de las tres de la mañana del día 30. de agosto de 1939. Por la condición de operarios en la locomotora, pudieron darse cuenta de que tal vehículo atropelló a Jesús Antonio Gallego y al pasar por sobre él le amputó un pie.

Al dicho uniforme de los tres testigos nombrados, se agrega el de Luis Sierra Castro y Guillermo Castro Ibarra (folios 43 y 66 del cuaderno número 2) y esos testimonios son suficientes para dar por establecido que el hecho determinante del perjuicio que en su integridad corporal sufrió Jesús A. Gallego fue la actividad desarrollada en el manejo de la máquina del servicio del Ferrocarril en aquella hora de la madrugada y en lugar público de la ciudad portuaria.

La autoridad de policía tuvo conocimiento del suceso, puesto que el Inspector Segundo Municipal de Girardot fue quien le avisó al Notario la ocurrencia.

No hay, sin embargo, en los autos comprobaciones de los diligenciamientos que por mandato y con intervención de esas autoridades se hubieran practicado en orden a los reconocimientos médicos del herido; de la constatación de su fallecimiento; de la autopsia o examen anatómico del cadáver, etc., que de oficio debían haberse adelantado. El testimonio del médico Manuel Riveros D'Alemán, mencionado en la partida de defunción, después de expresar que fue comisionado por la Gobernación de Cundinamarca para practicar varias autopsias en cadáveres resultantes de un accidente ferroviario ocurrido en Tocaima el Jueves Santo del año de 1938, dice en lo pertinente: 'Entre los cadáveres a quienes practiqué autopsia no recuerdo en el momento si figuró el señor Jesús Antonio Gallego, y posiblemente no". (Folio 61, cuaderno número 2).

Una solicitud de Ana Feliz Buitrago fechada en Pereira el 31 de octubre de 1939 valió para que se procediera al levantamiento del sumario con motivo del accidente.

En el término de prueba de la primera instancia, es decir, en la secuela del actual proceso civil, fue cuando el Inspector Segundo Municipal de Girardot, subcomisionado para una reconstrucción del accidente en que fue herido Gallego, practicó una diligencia de inspección ocular sobre el sitio del acontecimiento, con asistencia de testigos individualmente designados por el comitente. Ocho meses menos cuatro días tenía de transcurrido el accidente (folio 45, cuaderno número 2).

El Inspector Segundo identificó el sitio asesorado por Patrocinio Cruz y Juan Jerez, quienes, como testigos actuarios lo señalaron, mostrando la posición en que se encontraba Gallego "en momentos de ser cogido o arrollado por la locomotora". Como documentos testificantes de lo inspeccionado obran los fotografías de los folios 46 a 49 del cuaderno número 2.

La reconstrucción corresponde a lo que los testigos Cruz y Jerez vieron en la fecha del accidente (folios 41 y 50 v., cuaderno número 2). Es de observar:

a) Patrocinio Cruz había dicho en su declaración: "no me consta si tendría el pie sobre la vía" (se refiere a Jesús Antonio Gallego). Pero agrega en seguida: "Vi que el señor Gallego había sido atropellado por la locomotora en mención; nosotros continuamos nuestro recorrido y no sé para dónde se llevaron al herido, quien llevaba el pie fracturado, pues no decir (sic) si dicho señor murió a consecuencia del atropello".

b) Jerez, después de asegurar que manejaba la locomotora número 38 en la madrugada del accidente, sí dice terminantemente que Jesús Antonio Gallego tenía un pie sobre la vía, el que "le fue tronchado o amputado violentamente por la locomotora al pasar sobre él, a consecuencia de lo cual falleció poco después en el hospital de esta ciudad".

Guillermo Castro Ibarra y Luis Sierra Castro, que en la reconstrucción debían haber intervenido, porque de los presenciales del suceso quiso el H. Tribunal **a quo** que se asesorara el inspeccionante, no concurrieron a la reconstrucción. Pero sus declaraciones, que obran a los folios 43 y 61 del cuaderno número 2, resultan de acuerdo con lo que depuso el maquinista Jerez.

A esos testimonios les reconoce fuerza especial el H. Tribunal, pudiéndose decir que a ellos se atuvo para dar por cierta la muerte de Gallego y deducir la responsabilidad de la empresa ferroviaria. Dice el **a quo**: "gran importancia, por ser rendidas por los mismos empleados de la

empresa, contra uno de los cuales, Jerez, se ha iniciado el correspondiente sumario criminal, según constancias procesales, aparece establecido fehacientemente la relación de causalidad entre el accidente y la muerte de Jesús Antonio Gallego, en forma acorde en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar".

Cierto es que falta la prueba de facultativos o expertos que hubieran hecho el reconocimiento de la persona lesionada. Pero ello no debe ser óbice para que se tomen aquí en cuenta los testimonios de quienes vieron cómo se sucedió el accidente, y cómo al arrollamiento por la máquina, sobrevino la muerte del arrollado. Hechos materiales como los que acaban de citarse pueden comprobarse por todos los medios que permite la ley. Y medios probatorios son el testimonio de presenciales y las atestaciones escritas, como la expedida por el Notario de Girardot de que se ha hecho mención. El H. Tribunal, en fuerza de tales pruebas, aceptó que Gallego falleció en el Hospital de Caridad.

La culpa de la Empresa.—Como hecho demostrado puede tenerse el de que el Ferrocarril de Girardot atraviesa en esa ciudad calles públicas sin que allí existan barreras, cadenas, guardavías, ni obras materiales que les impida a los peatones el tránsito.

Así lo acepta el representante judicial de los Ferrocarriles y lo pudo verificar un funcionario comisionado por el **a quo** al practicar un vista ocular. De la misma manera lo atestiguan los señores Noel Mejía, Hernando Céspedes, Jaime Echeverri y Guillermo Vallejo Restrepo (fols. 11 a 13 v. del cuaderno número 2).

Aunque es también verdad que en la segunda instancia alega el señor abogado de los Ferrocarriles que la obligación de cercar las ferrovías de uno y otro lado de ellas, fue derogada por el artículo 2º de la Ley 19 de 1921.

La Sala observa: está vigente la obligación que la ley de "Policía de los Ferrocarriles" les impuso a las respectivas empresas de establecer barreras en aquellos puntos en que las ferrovías cruzan caminos públicos y al nivel de éstos, y lo está la de mantener guardas encargados de impedir el paso de transeúntes en el momento de circular trenes.

Y es de anotar que en los autos está comprobado con las gráficas tomadas en la reconstrucción del accidente, que el Ferrocarril de Girardot atraviesa calles o vías del tránsito público y al nivel de ellas.

Y si a pesar de esto no se mantienen las barreras o cadenas de apertura y cierre, es indudable que con ello incurre la empresa en omisión de lo ordenado por la ley.

Ni para eludir la responsabilidad les vale a los Ferrocarriles la alegación de que el plano de la ciudad hace difícil el sostenimiento de barreras o cadenas permanentes en lugar tan necesariamente transitado por las gentes que en esos lugares tienen sus habitaciones. Porque a falta de barreras o cadenas debe mantenerse en esos sitios guardas permanentes que impidan el paso de los transeúntes en los momentos de circulación de los trenes.

Previsora la ley, no quiere que una actividad tan peligrosa como es la de la circulación de trenes se pueda desarrollar sin las convenientes precauciones. Por lo demás, es muy trajinada la doctrina sobre responsabilidad civil que acarrea una conducta inconsiderada y falta de cuidado y diligencia, cuando de esa falta puede resultar el perjuicio de otros. ¿Qué decir cuando se obra con prescindencia de las precauciones específica y expresamente ordenadas por la ley?

Puede tenerse, pues, como demostrado que fue en esa ferrovía desprovista de tales obras y de guardianes que vigilen el tránsito, donde Jesús A. Gallego sufrió la lesión corporal que le causó el paso de una máquina pesada por sobre una de sus extremidades inferiores.

Concurrentes al sitio, vieron herido a Gallego y se dieron cuenta de que la lesión le produjo la muerte. De ello hablan Guillermo Castro Ibarra y Juan Pérez, que ocurrieron a prestarle auxilio, y Luis Sierra Castro que con Juan Jerez, Patrocinio Cruz Quimbayo y Cupertino Castañeda presenciaron el arrollamiento. (Fols. 43, 57 y 61, C. Nº 2).

Del testimonio de los señores que se acaban de nombrar se deduce que Gallego murió a resultas del accidente. Entre la concurrencia de éste y la defunción de Gallego apenas mediaron breves horas, y uno de aquéllos, Sierra Castro, afirma su intervención en el "levantamiento del cadáver".

El señor apoderado de los Ferrocarriles en este punto discurre así:

"El artículo 2356 del Código Civil establece que 'por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta', pero en el caso de autos, no se descubre malicia o negligencia del maquinista, señor Juan Jerez, que lo pudiera hacer responsable a él o a la empresa férrea para con Gallego, o mejor para con sus herederos,

pues el lesionado murió a consecuencia de la herida sufrida".

La regla del artículo 2356 no solamente es aplicable a quien obra con intención dolosa. También sin esa intención puede causarse daño, cuando se procede con ligereza. La despreocupación para con los demás puede redundar en culpa. La responsabilidad puede contraerse, no solamente con la comisión de actos positivos. Las omisiones pueden también generarla. Doctrina es ésta que nuestros expositores derivan del artículo 2356 del código citado.

En empresas ferroviarias, lo mismo que en todas las que desarrollan actividades peligrosas, deben tomarse todos los medios de precaución para que esas actividades no causen daño a terceros. El descuido en tomar las medidas que la prudencia indica; la inadvertencia de los malos resultados que para particulares pueden tener los actos u omisiones de la empresa, la hacen responsable.

El caso que cita el apoderado doctor Cock es uno de los tantos en que la Corte ha reconocido que el "no establecer las precauciones debidas" es una "omisión culposa".

Cuando al lado de esa culpa por omisión de una empresa concurre la culpa del lesionado, y ésta se puede demostrar, es de aplicación el principio que el doctor Cock invoca en otra parte de su alegato: "La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Esa faz del negocio debe tratarse ahora:

Culpa del lesionado. — No hay en los autos la prueba del estado de embriaguez que a Gallego lo hubiera hecho caer tendido en aquella zona de peligro. La alusión que el señor apoderado pone en boca de Cupertino Castañeda, no tiene firmeza de prueba. La especie la emite solamente un testigo, refiriéndose al decir de otros que no determina. Los artículos 698 y 699 especifican las condiciones para que las declaraciones de oídas puedan estimarse, y ninguna de esas condiciones tiene la de Castañeda en el punto concreto de la borrachera de Gallego.

Pero no se necesitaba tampoco de establecer esa circunstancia de la embriaguez para convenir en que fue imprudente la conducta de Gallego.

No es allí lugar adecuado para buscar el reposo corporal. La circunstancia de buscar una calle pública para dormitorio no es norma de conducta de los hombres prudentes. Porque la inconsciencia que produce el sueño, deja a quien a él se entrega, indefenso contra peligros naturales o emanados de la acción humana.

Si voluntariamente prefirió Gallego el reposo a la intemperie en aquel lugar, en vez del reposo bajo techo, ya con ello observaba una conducta no aconsejada por la prudencia. Y a lo máximo subió la imprevisión cuando se tendió al borde de la carrilera, dejando sobre ésta un pie, según lo muestra la reconstrucción verificada dentro del término de prueba, y el dicho de testigos presenciales. Gallego no podía ignorar que aquel paraje, falto de barreras y de vigilancia, bien o mal escogido para el tráfico ferrocarrilero, tenía su destinación especial: la de correr trenes, destinación que repugna con la de un dormitorio o lugar de reposo.

Ya así las cosas ,hay que convenir en que Gallego de hombre avisado se convirtió en hombre imprudente y se puso al margen de la más rudimentaria previsión.

Establecida como queda la concurrencia de culpas, es de rigor aplicar el principio que invoca el señor apoderado de los Ferrocarriles. La responsabilidad debe computarse en la proporción en que aparecen cometidas las culpas.

El quantum.—Para establecer la cuantía de la indemnización, hay estos datos:

Gallego era negociante en víveres; compraba y vendía y los transportaba a distintos lugares. Con él celebraron operaciones mercantiles de esa especie los señores Manuel Alzate, Efraín Jiménez, Adán Santofimio, Medardo Orjuela y Aristides Hernández (folios 14 v., y 24 a 26 v. del cuaderno número 2).

Afirman esos conocedores de la persona y de las ocupaciones habituales de Gallego, que las utilidades que éste sacaba de sus actividades mercantiles no bajaban de doscientos pesos. Lo dicen, se repite, por haberlo conocido y negociado con él. Dan detalles que mueven el ánimo a aceptar la veracidad de esos testimonios, como el de que Gallego demostraba ser hombre de iniciativa e inteligente; que sorteaba con habilidad las alternativas de ganancias y pérdidas, y que por la perseverancia y la honradez que consolidaba su crédito, obtenía éxitos palpables.

La actividad, la perseverancia, son hechos materiales susceptibles de testimoniarse. La actividad de una persona se puede ver; su perseverancia en determinado cometido también se puede ver. Y quienes tales cosas ven, pueden formarse una íntima convicción sobre los resultados de esa actividad perseverante.

Cuando comparecen ante la justicia personas a declarar sobre actividades o sobre actitudes

crónicamente repetidas por otras, y dan como razón de su dicho el de la observación de las cosas o sucesos, y dejan comprender que su exposición es el fruto de la aplicación de los sentidos, de lo que vieron, o de lo que oyeron, se está en presencia de testimonios simples. Las explicaciones o conclusiones que saquen de lo atestiguado no le quita su virtualidad al testimonio.

Aquí viene de molde la observación de Ricci:

"Hay juicios y apreciaciones propias de quien quiera que tenga discernimiento, que surgen espontáneos, sin presuponer en el sujeto especiales conocimientos o aptitudes; prohibir a los testigos semejantes juicios equivaldría a inutilizar en absoluto la misma prueba testifical.

"Así como los peritos ante hechos que a su presencia se ofrecen, emiten a veces juicios sobre sus circunstancias al modo que lo harían los testigos, así ocurre también que un testigo a más de referir las puras circunstancias **de visu et de auditu,** expone su personal criterio, dando ciertas explicaciones para determinar adecuadamente el hecho en su material causalidad y en sus consecuencias. Queda, sin embargo, reservado al juez apreciar estas explicaciones a la vez que las deducciones periciales **secundum acta et probata,** teniendo en cuenta los demás resultados del litigio, y en especial las circunstancias del hecho mismo, manifestadas de algún modo, y las deducciones de las partes". (Tratado de las Pruebas. Tomo I, pág. 374).

La exposición ante la justicia de hechos como los que se acaban de comentar, con las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su ocurrencia, colocan a las exposiciones de los Sres. Alzate, Hernández, Jiménez, Orjuela y Santofimio en la categoría que a la prueba testimonial le asigna el Capítulo VII, Título XVII, Libro II, Código Judicial.

Los datos suministrados por los testigos los tomaron los peritos Arturo Valencia Arboleda y Luis Eduardo Ochoa Gutiérrez —peritos nombrados por la parte demandante y el señor Fiscal, respectivamente—, en la experticia que corre al folio 53 y vuelto del cuaderno número 2.

Los dos primeros fundamentos del dictamen se refieren precisamente a la clase de actividades en que se ocupara el señor Gallego cuando perdió la vida. Los fundamentos marcados con los números 3 y 4, reposan en cálculos tomados de las tablas de la Compañía de Seguros acerca de la supervivencia de los cónyuges Gallego-Buitrago. El quinto de los fundamentos se basa en el producido de los negocios del occiso, del cual producido hacen los peritos una deducción por concepto de lo que él necesitaba para su negocio trashumante. El último de los fundamentos dice relación con la supervivencia de la perjudicada.

A los fundamentos marcados con los numerales 1º y 2º, ninguna observación tiene que hacerles la Sala.

Al 3º, le cabe la observación que los mismos peritos hacen en el 6º de sus considerandos: que es cálculo inocuo el que se haga sobre la supervivencia de Jesús A. Gallego.

En cuanto a los fundamentos marcados con los numerales 4º y 6º, hay que tener en cuenta que la indemnización por concepto de perjuicios materiales, en lo que concierne a la cónyuge sobreviviente, debe circunscribirse a lo que ésta dejó de percibir como suministros para su vida desde que le faltó su marido. La mujer casada tiene derecho a que el marido la reciba en su casa y le suministre todo lo necesario según sus facultades; y el cónyuge es el primero que señala la ley entre las personas que tienen el derecho a alimentos. (Artículos 178, 179 y 411, C. C.).

El cálculo que hacen los peritos de que Gallego no necesitara para su propia subsistencia y la atención a su negocio sino de sesenta pesos, y que el resto de sus utilidades se lo debía entregar a su cónyuge Ana Feliz Buitrago, no deja de ser arbitrario. Por la misma consideración de que se trataba de un negocio trashumante, y de que, para conservarlo en buenas condiciones, necesitaba Gallego mantener algunas reservas. Por lo demás, no hay constancia sobre la necesidad que tuviera de conservarle a su cónyuge cierta alcurnia o posición. Más racional es suponer que con ella compartiera sus utilidades en igual proporción.

Y como en fuerza de una alegación del señor apoderado de los Ferrocarriles fue necesario traer a los autos la constancia de que la viuda señora Ana Feliz Buitrago contrajo nuevamente matrimonio, había que determinar la fecha en que este último suceso acaeció para fijar el término del desamparo en que ella tuvo que vivir a consecuencia de la tragedia que la privó de su primer esposo. Porque no hay que olvidar que la base más firme que tiene la acción entablada por la señora Ana Feliz Buitrago es la de que "con la muerte de Gallego se le privó a ella de la fuente de su subsistencia: la actividad de Gallego".

Determinada como se ha visto la fecha en que

la viuda de Jesús Antonio Gallego contrajo de nuevo matrimonio, a esa fecha —cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y dos— se la debe señalar como término del tiempo que a ella se le debe indemnizar por el perjuicio material que le produjo la pérdida del apoyo material que para su subsistencia tenía en vida de su primer esposo. (Véase partida de matrimonio, folio 3 del cuaderno número 5).

La petición marcada con el ordinal b) en el libelo tiende a que se declare que la Nación está obligada a pagarle a Ana Feliz Buitrago una suma de pesos "en que se estiman los perjuicios causados por la muerte trágica de Jesús Antonio Gallego o la suma que se fije por peritos dentro del curso del juicio o en la forma establecida en el artículo 553 del C. Judicial". Como se advierte en lo transcrito, el actor no hizo discriminación entre perjuicios morales y entre perjuicios materiales.

El fallo de primer grado se reduce a hacer el reconocimiento de la responsabilidad que pesa sobre la Nación colombiana como propietaria de la empresa del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, y respecto a la determinación del **quantum** de la indemnización se remite al incidente previsto en el artículo 553 del C. Judicial.

En la segunda instancia el apoderado de la actora dedica un capítulo especial al reclamo de los perjuicios morales.

Del alegato aludido conviene destacar:

"**Perjuicios morales.**—Se alegó por el apoderado de los ferrocarriles, que los perjuicios morales debían descartarse por cuanto la viuda, pasados varios años de la muerte de su marido, se volvió a casar, de acuerdo con las informaciones que él tiene. Esto, aunque no está probado en los autos y se refiere a una simple afirmación del apoderado, no pasa de ser necesidad ("sic") de referirse al punto por cuanto el dolor moral no se refiere a toda la existencia de la persona que lo sufre, sino al momento mismo y no se trata de la eternidad; aquí pasó un tiempo que es prudente aún dentro del más estricto principio para que esta pobre viuda buscara la forma de libertarse de la infinita orfandad en que la dejó la muerte de su marido. El dolor eterno no existe sino en la mente de quien espera evadir su responsabilidad por todos los medios, sean ellos los que fueren".

Jurisprudencias repetidas de la Corte han asentado la doctrina de que el artículo 2341 del C. Civil no hace distinción respecto de las clases de daño que está obligado a reparar aquel que ha cometido delito o culpa, y que se ve por ello obligado a indemnizar. La generalidad de la disposición le da entrada a la acción indemnizatoria por perjuicios morales. La misma jurisprudencia ha sostenido que por perjuicios morales deben entenderse todos aquellos que afectan la fama, la buena reputación, la tranquilidad, etc., o sea cuanto constituye el patrimonio moral de las personas.

Pero la misma jurisprudencia ha encontrado en el artículo 95 del C. Penal una pauta reguladora de la cuantía de esa indemnización. Si fuera a señalarse el **proetium doloris**, sería ello poco menos que imposible, pero como alguna reparación debe tener quien lo sufre, ha creído el Legislador prudente señalar una cantidad hasta la cual puede hacerse el reconocimiento.

Es natural suponer que quien se ve privado de una manera trágica del cónyuge o compañero aceptado para compartir las alternativas de la vida, siente en su ser interior una pena muy grande. Por eso la Corte, en repetidas sentencias, ha convenido en reconocerle al cónyuge que ha pasado por esa pena el derecho al máximo de la indemnización prevista en el artículo 95 del C. Penal.

De modo que, por las razones últimamente expuestas, a la señora Ana Feliz Buitrago ha de reconocérsele por vía de indemnización del perjuicio moral, la suma de dos mil pesos.

Liquidación de los perjuicios materiales.—Tomando como base la fecha del accidente ferroviario que acabó con la vida de Jesús A. Gallego, o sea el 30 de agosto de 1939, y aceptando que éste compartía con su esposa las utilidades, habrá que multiplicar el tiempo transcurrido entre el día del deceso y el del nuevo matrimonio de la señora Ana Feliz Buitrago, por la suma de cien pesos mensuales que es la que corresponde a la mitad de los rendimientos que el negocio le proporcionaba a Jesús A. Gallego.

Mas, como ya se ha establecido, que el occiso cometió culpa al exponerse imprudentemente y en las condiciones que atrás se relievaron, la fijación definitiva debe subordinarse a la ya reconocida concurrencia de culpas; lo que quiere decir que en orden a los perjuicios materiales, éstos solamente son indemnizables hasta la mitad, pues en la otra mitad la responsabilidad pesa sobre el occiso.

Resumen:

Dos (2) años, ocho (8) meses, cuatro (4) días durante los cuales se vio privada Ana Feliz Buitrago del apoyo pecuniario que le prestaba su

primer marido, a razón de cien pesos ($ 100.00) mensuales, da la cantidad de tres mil doscientos trece pesos con treinta y dos centavos ($ 3.213.32); Esta cantidad se reduce a la mitad por la consideración de la concurrencia de culpas, y queda en mil seiscientos seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 1.606.66).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Primero.—Reconócese que la Nación Colombiana como propietaria de la empresa del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila ,es civilmente responsable, en la proporción señalada en la parte motiva de este fallo, del hecho trágico que produjo la muerte de Jesús Antonio Gallego R.

Segundo.—Condénase a la Nación colombiana al pago de la suma de mil seiscientos seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 1.606.66) por concepto de perjuicios materiales; y al de dos mil pesos ($ 2.000.00) por concepto de perjuicios morales sufridos por la señora Ana Feliz Buitrago como consecuencia de la muerte de su esposo Jesús Antonio Gallego R.

Queda en estos términos REFORMADA la sentencia de veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, proferida por el H. Tribunal Superior de Pereira.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PERSONERIA JURIDICA DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. — SU PRUEBA NO ES NECESARIA EN JUICIO — ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA

1.—Cuando se adelanta un juicio por o contra la Nación, un Departamento o un Municipio, no es necesario acreditar la personería jurídica de esas entidades, porque ellas son personas jurídicas por disposición expresa de la ley (artículo 80 de la Ley 153 de 1887), la que deben conocer los jueces.

Tampoco es necesario en estos casos que se acredite la calidad de representante que de una de esas entidades, demandante o demandada en el juicio, tiene determinada persona, porque la ley no presume la usurpación de funciones, y corresponde ,en consecuencia a quien alega la usurpación del título, suministrar la prueba de este hecho.

2.—La nulidad por indebida representación en el juicio no puede ser pedida por quien ha llevado la representación judicial de la parte que se dice ha estado indebidamente representada, porque, si quien alega la nulidad por la mala representación, no es representante, no puede pedir ni obtener su declaración, y si ha sido legalmente representante, no hay lugar a declarar la nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Cumplidas las formalidades procedimentales de rigor, procede esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Gobernador del Departamento del Chocó contra los autos de 9 de julio y 3 de agosto de 1948, proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en el ejecutivo que allí adelanta el doctor Próspero Ferrer Ibáñez contra el expresado Departamento, por suma de pesos.

Antecedentes

Auto de 9 de julio.—Al ser notificado el Gobernador del Chocó del mandamiento ejecutivo denunció para el pago, como bien de propiedad departamental, una pala "Erie", designando como perito avaluador y depositario de la misma al doctor Antonio Bonilla Gómez, manifestando abstenerse de designar fiador de saneamiento, por cubrir con exceso el bien denunciado el crédito que se persigue.

Decretado el embargo, secuestro y avalúo del bien denunciado por el ejecutado, la pala "Erie" mencionada, se procedió a surtir la diligencia respectiva en el día y hora prefijados, asignándosele como valor, por acuerdo de los peritos, la cantidad de $ 45.000.00 m./cte. La entrega de dicho bien al secuestre designado no fue posible realizarla, por cuanto se hizo presente el doctor Gabriel Tobón Correa, manifestando tenerlo como representante del Servicio Interamericano de Salubridad Pública", y "quien a su vez —se dice en el acta levantada al efecto— tiene dicho bien como de su propiedad, según contrato que exhibió, celebrado con la mencionada entidad por la antigua Intendencia del Chocó", en razón de lo cual "el señor Magistrado lo dejó en su poder en calidad de secuestre", sin que el ejecutante manifestara insistir en la persecución de ese bien.

Así las cosas, el ejecutante doctor Ferrer Ibáñez elevó un memorial ratificando su manifestación de no insistir en la persecución de la pala "Erie", en atención a lo alegado por el doctor Tobón Correa, para denunciar y solicitar el embargo, secuestro y avalúo, como bien departamental, del automóvil Chevrolet, modelo 1947, destinado al servicio del señor Gobernador y altos empleados del Gobierno seccional, como así fue decretado por auto de 9 de julio de 1948, en el cual se dispuso, asimismo, el levantamiento del embargo y secuestro primitivamente decretados, auto del cual se concedió al ejecutado el recurso subsidiario de apelación, en defecto del principal de reposición que fue denegado.

Como fundamentación de su resolución el **a quo** expresó:

"Por no haber ofrecido fiador de saneamiento el Departamento, lo mismo que por haber resultado el bien denunciado por el Gobernador de propiedad de un tercero, a más de estar adscrito a un servicio público de salubridad; el ejecutante tiene pleno derecho a denunciar, como lo ha hecho, un nuevo bien. Y como éste, el denunciado, nó se halla comprendido dentro de las excepciones de los artículos 1003 y 1004 del Código Judicial ni dentro de las establecidas por leyes especiales, el Tribunal considera procedente la petición y por lo tanto, accederá a ella. Y asimismo, por las razones expuestas, ordenará el levantamiento del embargo y secuestro primeramente decretados".

Luego, para denegar la reposición impetrada por el señor Gobernador, quien adujo como razón las circunstancias de no haberse dictado inmediatamente después de la notificación del mandamiento ejecutivo el auto de embargo de la pala, ni habérsele concedido un plazo prudencial para presentar caución de saneamiento, así como también el no haberse dado aplicación estricta al artículo 1021 del Código Judicial, por no haber manifestado el ejecutante que desistía de perseguir el bien denunciado por el representante legal del Departamento, el Tribunal tuvo en cuenta que el ejecutado manifestó desde un principio abstenerse de designar fiador de saneamiento, al paso que el ejecutante, como antes se vio, dijo no insistir en la persecución de la pala, para denunciar luégo el automóvil que posteriormente fue embargado y secuestrado y ello en atención, se repite, a la manifestación que hiciera el doctor Tobón Correa durante la diligencia de secuestro, de tener aquel bien como representante del "Servicio Interamericano de Salubridad Pública". Y con relación al citado artículo 1021 del Código Judicial, que estimó de estricta aplicación al caso, en atención a la oposición hecha por quien dijo tener la pala, no a nombre del ejecutado, sino de un tercero o sea el "Servicio Interamericano de Salubridad Pública". y en consideración también a la manifestación expresa que hiciera el ejecutante de **no insistir** en la persecución de ese bién y al silencio que guardó el ejecutado al respecto, absteniéndose de insistir, circunstancias que en su sentir no autorizaban el procedimiento indicado por esa disposición para establecer quién era el dueño de la pala, expresó lo siguiente:

"'Que el bien sea o continúe siendo del Departamento, era precisamente lo que se iba a dilucidar en el incidente de haber insistido las partes o alguna de ellas en la persecución de él. Al no haberlo solicitado así, quiere decir que se conformaron con la decisión del Magistrado, al creer fundada la oposición por parte de quien dijo tener la "Pala Erie" por cuenta del Instituto Interamericano de Salubridad Pública y quien exhibió, además, un contrato celebrado entre el Instituto y la extinguida Intendencia del Chocó, en el que aparece que para efectos de alcantarillar y sanear a Quibdó, la Intendencia y el Instituto forman un fondo común al que aquélla aporta la Pala Erie y éste, sumas determinadas".

En sentir de la Sala, la providencia en examen es jurídica por las claras razones de orden legal que allí se aducen, especialmente en lo atinente a la debida aplicación que se le dio al artículo 1021 del C. J. por haber manifestado el ejecutante no insistir en la persecución del bien denunciado por el ejecutado y por la implícita conformidad de éste con tal declaración, al abstenerse o guardar silencio al respecto, en cuyo caso el ejecutante tenía perfecto derecho para denunciar otro bien, como lo hizo, con la facultad que le otorga la ley y obtener su embargo y secuestro, como se decretó en la providencia materia de la alzada.

Auto de 3 de agosto.—Mediante resolución de de esta fecha el Tribunal no accedió a decretar la nulidad de lo actuado en el juicio de que se ha venido hablando, nulidad solicitada por el señor Gobernador del Departamento del Chocó con fundamento —se dice en el memorial respectivo— "en la causal tercera del artículo 448 del Código Judicial" o sea "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

Como bien lo entendió el **a quo**, el señor Gobernador se refiere más bien a la segunda causal, esto es, la consistente en la ilegitimidad de la personería de la parte demandada y la de quien figura como su representante, a juzgar por el siguiente pasaje del respectivo memorial: "Es evidente, y para comprobarlo basta con revisar el expediente respectivo, que en el juicio que adelanta el doctor Próspero Ferrer Ibáñez contra el Departamento del Chocó, no se ha acreditado en ninguna forma la personería jurídica de la entidad demandada. Tampoco se ha demostrado quién es la persona que ejerce el cargo de Gobernador, lo que también se demuestra con la sola revisión del cuaderno en que consta la demanda a que hago referencia".

Para denegar lo pedido el Tribunal razonó así:

"Los Departamentos, como la Nación y los Municipios son personas jurídicas por disposición de

la ley 153 de 1887, artículo 80; y por tanto, muy al contrario de lo que estima el señor Gobernador, no se requiere acreditar la personería jurídica de esas entidades, sea que figuren como actoras o como demandadas; porque, como es obvio, la personería en tales casos existe por manto de la Ley y no hay que olvidar que los Jueces y Magistrados estamos en el deber u obligación de conocerla.

"....."

"Y en cuanto a la calidad de Gobernador en el doctor Sergio Abadía Arango, téngase en cuenta que la ley tampoco presume la usurpación de títulos o funciones oficiales; de donde cuando así ocurra, corresponde previamente a quien alega la usurpación del título demostrarlo para sacar avante sus pretensiones en ello fundadas.

"De otro lado, el doctor Sergio Abadía Arango, por haber actuado en calidad de Gobernador del Chocó dentro del juicio, carece en concordancia con nuestras disposiciones procesales, de la facultad para alegar la ilegitimidad en cuanto a su representación se refiere. Bástenos al respecto, transcribir el siguiente párrafo de la Corte: "Ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado legítimamente la representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla y si ha sido legalmente representante, no hay lugar a declararla". (G. J. Tomo LIV, pág. 167)".

Superfluo resultaría hacer más consideraciones sobre el tópico contemplado por el Tribunal, dadas la claridad de las razones de orden legal allí expuestas y la doctrina transcrita de esta Corte Suprema de Justicia, para llegar a la conclusión de que el auto en mientes debe ser confirmado.

En razón de lo dicho, esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirma en todas sus partes los autos apelados de anterior mención.

Se reconoce al doctor Adán Arriaga Andrade como apoderado del Departamento del Chocó en este negocio, con las facultades de que habla el respectivo memorial suscrito por el señor Gobernador de ese Departamento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado — Luis Rafael Robles—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL CIVIL.—VALOR LEGAL DE LAS CERTIFICACIONES.—RESPONSABILIDAD POR CULPA DE EMPLEADOS O DEPENDIENTES.—CULPA DE LA VICTIMA

1.—Cuando las probanzas agregadas al proceso criminal no acreditan plenamente la comisión de un delito y en eso se funda un sobreseimiento, no hay una calificación definitiva, y por lo mismo no hay nada que impida la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor puede probar debidamente en ella el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño.

2.—Certificar equivale, etimológicamente, a hacer cierta una cosa, a dar testimonio de verdad.

En el tratado de las pruebas les da el Código Judicial a las certificaciones el alcance de documentos auténticos mediante el lleno de ciertos requisitos. Y las admite también como forma especial de rendir declaraciones. En el artículo 678 expresa el mencionado Código que ciertas personas pueden declarar por medio de certificación.

La ley respalda con la fe pública a las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil, pero con la condición de que en tales certificaciones se inserten las actas correspondientes.

Igual respaldo les otorga a las certificaciones de los Jueces y de los Magistrados, con estas restricciones: las certificaciones tienen que concretarse a hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones, y a hechos de los cuales no quede dato en el proceso, pues si esos datos existen allí, debe, quien necesite acreditarlos, obtener la copia tomada de los procesos.

Estas precauciones de la ley hacen ver que lo que ella quiere es que la verdad que está protocolizada en las actuaciones oficiales, no pueda ser suplantada por el dicho escueto de los funcionarios, cuya alternabilidad es muy posible, como posible es que en ellos flaquee la memoria si solamente a esta facultad hubieren de confiarse.

3.—Incurre en culpa quien necesitando encomendarle a otra persona la ejecución de determinadas actividades, no tiene el cuidado suficiente en la escogencia, y por esa falta de cuidado causa daños a terceros. Por el daño que causen con ocasión del servicio los servidores o empleados responde la persona que los mantiene bajo su dependencia y que de ellos se sirve.

4.—Si no hay elementos que dejen en el ánimo el pleno convencimiento de que la conducta de la víctima hubiera sido la determinante de su propia muerte, y si en cambio los hay que inducen a aceptar la culpa de la empresa, ya con ello puede decirse que están establecidos los elementos que la jurisprudencia ha creído esenciales para proferir un reconocimiento de perjuicios. Y ya, con estas consideraciones, hay también base para pronunciar un fallo condenatorio de la parte demandada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez y ocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

En auto para mejor proveer dispuso esta Sala que se inquiriera por el resultado de las diligencias promovidas en averiguación de los responsables de la muerte del señor Ramón Infante, con el resultado de que se trajo a los autos la constancia legal del sobreseimiento pronunciado a favor de Víctor Julio Silva y Cristóbal Useche, maquinista y conductor, respectivamente, del tren que en las horas del medio día del quince de enero de mil novecientos cuarenta arrolló al mencionado Ramón Infante.

Según los comprobantes ameritados (folios 33 y 34 del cuaderno número 4), el sobreseimiento lo profirió el Juzgado Primero Superior de Tunja por motivos de prescripción de la acción penal. El H. Tribunal Superior de ese Distrito Ju-

dicial confirmó el sobreseimiento fundándose en razones distintas que expresa brevemente así:

"Iniciada la investigación, se adelantó en lo posible; mas por negligencia de los investigadores en el diligenciamiento del informativo, o por falta de testigos presenciales, no se logró establecer plenamente si la muerte de Infante se debió a su propia imprudencia o descuido o si la culpa fue de los encargados del tren, especialmente el maquinista Víctor Julio Silva, de quien hay constancia había causado en dos ocasiones anteriores la muerte en accidente a dos personas.

"De lo anteriormnete expuesto se deduce que la muerte de Ramón Infante se debió a un accidente desgraciado en que seguramente por imprevisión del anciano al prenderse del tren sin que éste hubiera parado, vino a tierra por apresurarse a tomarlo estando aún en movimiento. Del expediente consta que la máquina llegó a la estación a la velocidad reglamentaria; de consiguiente la culpa no fue de imprevisión del maquinista, sino de la imprudencia del desafortunado pasajero Ramón Infante.

"Pareciendo más probable la imprudencia del pasajero, surge la falta de responsabilidad de los sindicados y de consiguiente ésta debe ser la razón de la medida liberatoria, conclusión a la cual en todo caso habría que llegar en virtud de la duda que ofrece el expediente, y de acuerdo con el principio jurídico debe resolverse a favor de los acusados".

No hubo, pues, sentencia absolutoria de los ferroviarios sindicados por aquel accidente. El Juzgado del conocimiento dispuso la cesación de todo procedimiento reconociendo que el tiempo había hecho su obra; por eso trajo a cuento la prescripción y en ella apoyó su fallo. El superior estuvo de acuerdo con la solución, pero la apoyó en que no se le puso el debido cuidado a la investigación ni se allegaron elementos de convicción suficientes para dictar un auto de proceder contra los sindicados.

Llama la atención que el Tribunal después de decir que no se logró establecer si la muerte de Infante se debió a su propia imprudencia, optó sin embargo por la conjetura de que este anciano al prenderse del tren en movimiento vino a tierra y pagó con su vida la imprudencia. A esta conclusión llegó el Tribunal por la duda, no por el convencimiento, como se deduce de la lectura del auto de sobreseimiento. El sobreseimiento de los vivos y la inculpación a la víctima, no reposan en hechos demostrados, sino, por el contrario, en la ausencia de pruebas.

No se le ha traído a esta Sala un fallo del Juez del Crimen que hubiera englobado todos los frentes que a la justicia pudiera presentarle la tragedia. El sobreseimiento no fue el resultado de una contundente demostración de la inculpabilidad de los operarios de la empresa ferroviaria o de la inexistencia del hecho que causó el deceso de Infante, ni de la propia víctima. Mucho menos puede deducirse de la lectura de esa pieza el reconocimiento de que los sindicados obraron en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Sentado lo anterior, puede ahora la justicia civil resolver sobre la acción propuesta por la viuda y los hijos de Infante sin temor de resultar en contraposición con decisiones de fondo proferidas por la justicia punitiva y en relación con el tópico de la responsabilidad que ahora trata de establecerse. Cuando las probanzas agregadas al proceso criminal no acreditan plenamente la comisión de un delito y en eso se funda un sobreseimiento, no hay una calificación definitiva, y por lo mismo no hay nada que impida la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, "porque el actor puede probar debidamente en ella el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño". (Casación, noviembre 1941. LII, 798).

Esta consideración preliminar no podía dejarla a un lado la Corte en vista de lo que dispone el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

En pos de este preámbulo se entra a considerar el recurso que ha traído el negocio a esta Superioridad.

Ante el H. Tribunal Superior de Bogotá entablaron doña Sara Molano de Infante y don Jorge y don Ramón Infante M., mayores todos, vecinos los dos primeros de Bogotá y el último de Tunja, juicio ordinario contra la Nación, para que en sentencia definitiva se declare:

A) Que la Nación como propietaria del Ferrocarril del Nordeste, es civilmente responsable del daño causado por la muerte del señor Ramón Infante A., ocurrida a consecuencia del atropello de que fue víctima por parte del mencionado ferrocarril, el 15 de enero de 1940, en la estación del ferrocarril de Tunja denominada "El Paradero".

B) Que la Nación está obligada a pagarle a los señores Molano de Infante, Jorge y Ramón Infante M., el valor de los perjuicios tanto materiales como morales avaluados por peritos en forma legal, o los que la justicia fije, perjuicios re-

sultantes de la muerte del señor Ramón Infante;

C) Subsidiariamente a la anterior petición, que la Nación está obligada a pagarle a la sucesión del señor Ramón Infante A., representada por su esposa e hijos como sus herederos, el valor que fijen los peritos en la forma legal, o los que la justicia fije con arreglo a derecho, anexos al daño causado con la muerte del señor Infante por el atropello de que éste fue víctima en la fecha señalada;

D) Que si no se fija el valor de los perjuicios en la sentencia, se fije en el incidente autorizado por el artículo 553 del C. Judicial, y

E) Que en caso de oposición se condene a la Nación en las costas del juicio.

Los doce hechos en que se apoya la demanda pueden extractarse así:

A las horas del medio día del 15 de enero de 1940 fue atropellado don Ramón Infante por el tren número 34 de la Empresa del Ferrocarril del Nordeste, empresa que explota la Nación como de su propiedad (hechos 1º y 12).

El convoy del siniestro estaba en aquel día a cargo de Cristóbal Useche como conductor, Víctor Julio Silva como maquinista y Pedro Hernández como fogonero. Estos eran empleados y operarios de aquella empresa nacional (hechos 1º y 3º).

El tren que ocasionó el accidente llegó a la estación a una velocidad mayor de la permitida en los reglamentos, violándose de esa manera los reglamentos de policía de ferrocarriles (hechos 4º y 11).

Don Ramón Infante falleció instantáneamente por el arrollamiento de que fue víctima. Antes de ese suceso gozaba de buenas condiciones de salud, era ebanista de fama y con su trabajo sostenía el hogar (hechos 2º, 8º y 9º).

Doña Sara Molano de Infante era esposa legítima del occiso, y Jorge y Ramón Infante son hijos legítimos nacidos dentro del matrimonio Infante-Molano (hechos 6º y 7º).

Las circunstancias de modo y de lugar como se sucedió el accidente, evidencian la velocidad con que llegó el tren a la estación y la culpa extracontractual de la Nación, propietaria de la Empresa (hechos 5º y 10).

Como disposiciones legales invocó la parte actora en apoyo de su demanda las de los Títulos 12 y 34 del Libro 4º del C. Civil; las de la ley 76 de 1920, "y demás disposiciones y principios que regulan la responsabilidad de las entidades públicas". Como normas procesales, las pertinentes al juicio ordinario de mayor cuantía.

El señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales descorrió el traslado y contestó la demanda desconociendo la causa y razón de ella.

En cuanto a los hechos reconoció como verdaderos los siguientes:

Que la empresa del ferrocarril sindicada de ser responsable de la muerte del señor Ramón Infante A., es de propiedad de la Nación;

Que los señores Víctor Julio Silva, Cristóbal Useche y Pedro Hernández desempeñaban las funciones de maquinista, conductor y fogonero, respectivamente, en el tren número 34 que atropelló al señor Infante.

También acepta el hecho de que el señor Infante falleció a consecuencia del atropello. Pero le atribuye al occiso haber atravesado imprudentemente la vía cuando el tren entraba a la estación pitando y tocando la campana.

No acepta la imputación de desmedida velocidad y afirma que ésta no pasaba de la que normalmente llevan los trenes al entrar a las estaciones o paraderos.

Niega, igualmente, que el señor Infante gozara de buenas condiciones de salud, y afirma, por el contrario, que padecía de una enfermedad en los órganos de la locomoción.

De los demás hechos exigió que fueran demostrados en el juicio.

Desde la contestación, el señor Administrador tachó la conducta del señor Infante de violatoria de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 76 de 1920.

La sentencia de primer grado fue absolutoria de la entidad demandada. Tampoco condenó a la parte actora a que pagara las costas.

Apeló del fallo el doctor José Vicente Parra, quien representó a los demandantes en la primera instancia. El mismo apoderado ha sostenido la acción en el segundo grado, suministrando nuevas pruebas y produciendo en tiempo alegaciones.

Agotados los trámites y no hallándose causal de nulidad que deba purgarse previamente, entra la Corte a considerar.

Personería de las partes.—El H. Tribunal **a quo** dice:

"Hay legitimación en causa de ambas partes, porque la Nación es la dueña y empresaria del servicio de ferrocarriles nacionales, y puede ser demandada, representada por el administrador general, como lo ha sido, en virtud de normas especiales que reglamentan la creación, funcionamiento, administración y representación, y que

se apartan de la norma general de que el Fiscal del respectivo Tribunal es el representante de la Nación".

Ante la Corte también ha estado representada la parte demandada por el señor Administrador, y la Sala lo ha admitido, por estar vigentes los reglamentos que le han otorgado la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, credencial suficiente para que pueda hablar en todo juicio que necesite entablar la dependencia a su cargo, o que contra tal dependencia se dirija.

Doña Sara Molano de Infante comparece como viuda de don Ramón, de quien se dice que fue muerto en el accidente ocurrido en la ciudad de Tunja el quince de enero de mil novecientos cuarenta. A ese matrimonio se refiere la partida de origen eclesiástico agregada al folio 4 del cuaderno número 11. El cura Rector de Tibasosa lo presenció y lo autorizó **in facie ecclesiae** el día 13 de agosto de 1903. Ese testimonio tomado de los libros parroquiales puede aceptarse como prueba por razón de la fecha a que se refiere, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 92 de 1938.

Don Jorge y don Ramón Infante Molano comparecen como hijos mayores nacidos dentro del matrimonio Infante-Molano. Así lo acreditan con documentos de la misma procedencia eclesiástica (folios 3 y 6 del cuaderno número 1). De suerte que hay la misma razón para admitir como pruebas de la filiación las partidas de nacimiento de los señores Infante-Molano, ya que los nacimientos tuvieron lugar con anterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938.

El deceso de don Ramón está acreditado con un conjunto de documentos que pueden verificarse a los folios 6 y 7 del cuaderno número 2, y 7 del cuaderno número 1. El Jefe de Estadística Municipal de Tunja otorgó la licencia correspondiente para la inhumación. En tal licencia dice que Ramón Infante murió el 15 de enero de 1940 a las 12 a. m. y que pereció en forma violenta. Esa afirmación aparece ratificada en las copias de las actas del levantamiento del cadáver y de la autopsia, practicadas por ante el Juez Primero de Permanencia el mismo día 15 de enero.

Los hechos.—Dentro del término de prueba de la primera instancia rindieron declaraciones a petición de la parte actora los señores José María Quijano, Pbro., Ladislao Molina, empleado de la empresa, Biviano Puentes, Abraham Ramírez y Demetrio Orjuela (folios 9, 15, 16 y 17 del cuaderno número 2).

Dícense presenciales de los siguientes hechos: que el 15 de enero de 1940 como a las doce y media del día llegó a la estación llamada El Paradero, de la ciudad de Tunja, un tren de los de la vía del Nordeste, procedente de Bogotá. Que más o menos a los cinco minutos llegó al mismo lugar otro tren que venía de Sogamoso, el cual causó el accidente de que fue víctima don Ramón Infante. Que el tren despedazó al señor Infante causándole la muerte.

Anotan estos testigos como circunstancia muy impresionante la de que el tren de Sogamoso entró al paradero con excesiva velocidad. El Pbro. Quijano dice que él protestó en su interior por la insólita ocurrencia. Los otros testigos dicen que la protesta se exteriorizó entre los circunstantes y que hubo reclamos a los empleados de la empresa.

En la segunda instancia rindieron declaración en los mismos términos los señores doctor Manuel José Porras, José González, José Guillermo Torres y Aurelio Martínez Díaz. Los primeros depusieron ante el Juez comisionado y los otros ante el Magistrado sustanciador (folios 3 y ss. del cuaderno número 5).

Los testigos Torres y Rodríguez Díaz refieren así el acontecimiento: "el tren que bajaba de Bogotá ya estaba estacionado en su puesto, y la gente que llegaba de Bogotá estaba bajándose del referido tren, cuando de improviso, y en ese preciso momento subió la máquina o tren que hacía el recorrido de Sogamoso a Bogotá, máquina que entró a gran velocidad a la vía y por tal motivo no dio lugar o tiempo a las personas que en ese momento estaban bajándose del tren que acababa de llegar de Bogotá a subir al andén, siendo ésta la causa para que la máquina que venía de Sogamoso atropellara y diera muerte violenta al señor Ramón Infante, a quien vi despedazado; ...las personas que se encontraban en la Estación protestaron ante el Jefe de la Estación, por haber entrado el tren de Sogamoso intempestivamente".

La parte demandada ha enfrentado a esos testimonios los de los señores Carlos Cortés Lee y Julia Lee de Cortés, enviadas al H. Tribunal **a quo** del Ministerio de Obras Públicas, como informaciones de nudo hecho (folios 10 a 14 del cuaderno número 3) y ratificadas en el segundo grado a solicitud de la parte demandada.

La señora Lee vda. de Cortés en su ratificación se refiere a un accidente ocurrido el 15 de enero

de 1940 en el Paradero de Tunja, sin expresar la hora del suceso. Se dice sabedora, por referencias, de que una persona fue cogida por la locomotora sin que ella presenciara el accidente, aun cuando advierte que después de ocurrido éste se vio muerto ya al atropellado. Hace constar que el ferrocarril proveniente de Sogamoso entraba a poca velocidad.

El doctor Cortés Lee se ratificó ante el Cónsul colombiano en Chicago, comisionado al efecto, en todo lo dicho en la declaración juramentada que había rendido por ante el Juez Municipal de Tocaima, y que en lo pertinente dice: "sé y me consta por haberlo visto y presenciado, que el día quince de enero de mil novecientos cuarenta ocurrió un accidente de tránsito en el paradero de Tunja, en el cual al entrar el tren que hacía el recorrido entre Sogamoso y Bogotá, una persona se pasó sobre la carrilera, por donde entraba el referido tren, fue cogida por éste, a causa de haber pasado a muy corta distancia del tren que avanzaba, a pesar de venir a poca velocidad. Lo anteriormente dicho me consta porque estaba esperando el tren en la referida estación cuando sucedió dicho accidente, y por eso pude observar bien que el individuo fue cogido por la locomotora, a pesar de la escasa velocidad que traía. No supe si la persona cogida por dicha locomotora correspondía al nombre de Ramón Infante. Aun cuando no pude apreciar bien la edad de dicha persona por la impresión que me causó, estimo que la edad de ésta frisaba entre cuarenta a cincuenta años".

Hay que observar que el doctor Cortés no determina la hora de la llegada de los trenes, y que expresamente hace constar que no supo que la persona cogida fuera Ramón Infante. En cuanto a la aseveración de que el tren entraba a moderada velocidad está contradicha por otras pruebas, como se verá más adelante.

El daño. — Al folio 6 del cuaderno número 2 aparece el acta del levantamiento del cadáver de la víctima. Practicó la diligencia el Juez Primero de Permanencia asesorado de peritos.

Allí se lee:

El cadáver del individuo a quien cogió el tren "lo encontramos tendido, en el suelo, debajo de uno de los carros de segunda clase, a un lado de la vía y entre la plataforma y los rieles, el cuerpo estaba recogido y mutilado, le hacía falta la cabeza, la que encontramos debajo de la rueda delantera de la máquina, también hacia el lado izquierdo; la cabeza estaba sobre el riel y la rueda le tenía agarrado un pedazo de piel, por lo cual dispusimos que se moviera el tren hacia atrás para poder sacarla y en efecto, la sacamos, la condujimos seguidamente al lugar en donde se encontraba el cuerpo... Procedimos en seguida de haber marchado el tren a hacer la identificación del occiso, lo que nos fue posible (sic) por encontrarse completamente despedazado, en forma especial la cabeza, los brazos y piernas, pues el estómago no se le rompió. Como no nos fue posible eso en el momento y no habiendo persona que lo reconociera, se le pasó requisa en todos los bolsillos, donde le encontramos: unas tarjetas y un sobre que dice: Ramón Infante...; encontramos la cédula de ciudadanía distinguida con el número 216.759, expedida en Tunja el tres de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro y que corresponde a la persona del señor Ramón Infante Amézquita. En esas varias personas presentes manifestaron que era la misma persona a que corresponde la cédula dicha y por consiguiente procedimos a hacerlo echar a una camilla para que lo condujeran al anfiteatro".

En la diligencia de autopsia practicada por los médicos legistas dicen éstos que lo que se les puso de presente para el examen anatómico, fueron los fragmentos de un cadáver. En seguida expresan: "Todas estas lesiones y desgarramientos de los tejidos que determinaron la decapitación y el desprendimiento de los miembros, fueron por violentas contusiones y es a ellas a quienes debe imputarse la muerte de Infante".

La calificación.—Considera el H. Tribunal que el caso **sub lite** es el de una actividad peligrosa que entraña una presunción de culpa en quien la ejercita, presunción que solamente puede destruírse estableciendo que en el daño causado intervinieron: o un elemento extraño o la fuerza mayor o la culpa de la víctima. Para discurrir así, dice el Tribunal que se apoya en fallos recientes de la Corte y en especial en el de 14 de marzo de 1938.

De los elementos de prueba aducidos a la primera instancia deduce el **a quo** que, si en principio el daño podría achacársele a la culpa presunta de la Nación empresaria del ferrocarril, de esa responsabilidad por culpa hay que exonerarla por haberse puesto de patente la culpa de la víctima.

Al estudio de esa conclusión ha de dedicar esta Sala de la Corte preferencial atención.

La culpa de la nación.—La empresa ferroviaria del Estado al correr sus trenes, ejercita ciertamente una actividad peligrosa. Pero en el caso **sub judice** los operarios de la empresa aumenta-

ron la peligrosidad: primeramente, por el exceso de velocidad que el maquinista le imprimió a la máquina; en segundo lugar, por no haberse coordinado debidamente el arribo a El Paradero con la llegada de otro convoy a la misma estación; y en tercer lugar, por haberle confiado la máquina a un individuo que ya la empresa tenía signado por maniobras imprudentes productoras de perjuicios.

1ª Ya se vio que son varios los testigos que deponen a favor de la afirmación contenida en la demanda de que la máquina número 52 llevaba una inconveniente velocidad al llegar al paradero de la ciudad de Tunja en las horas del medio día del 15 de enero de 1940. Y se vio también que a ese testimonio plural la empresa no pudo oponer otro testimonio distinto del de la señora Julia Lee de Cortés y doctor Carlos Cortés Lee, que aseguran que la velocidad de la máquina era moderada.

En refuerzo del dicho de los señores Lee Cortés, presentó la parte demandada la certificación que corre al folio 6 del cuaderno número 3.

La aludida certificación está expedida por el Administrador del Ferrocarril Central del Norte, Sección Segunda, Sur y Nordeste. La solicitó el señor Administrador General de los Ferrocarriles y fue expedida por el Administrador subalterno, "teniendo a la vista —dice— los informes reglamentarios rendidos oportunamente por el personal al servicio del tren número 34 que hacía el recorrido de la Estación de Sogamoso a Bogotá, el día quince (15) de enero de mil novecientos cuarenta (1940)".

Se observa:

Ninguno de los informes en que se basa la certificación está transcrito en ésta, no obstante la referencia que hace a un incidente determinado ocurrido en el servicio ferroviario. Y es del caso anotar esa circunstancia porque de esos incidentes debe llevarse un registro, por disposición del artículo 19 de la ley 76 de 1920, invocada por el Administrador General. Ese registro es lo que presta fe de lo ocurrido, salvo prueba en contrario, dice el artículo citado en su parte final.

Certificar equivale, etimológicamente, a hacer cierta una cosa, a dar testimonio de verdad.

En el tratado de las pruebas les da el Código Judicial a las certificaciones el alcance de documentos auténticos mediante el lleno de ciertos requisitos. Y las admite también como forma especial de rendir declaraciones. En el artículo 678 expresa el mencionado Código que ciertas personas pueden declarar por medio de certificación.

La ley respalda con la fe pública a las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil, pero con la condición de que en tales certificaciones se inserten las actas correspondientes.

Igual respaldo les otorga a las certificaciones de los Jueces y de los Magistrados, con estas restricciones: las certificaciones tienen que concretarse a hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones, y a hechos de los cuales no quede dato en el proceso, pues si esos datos existen allí, debe, quien necesite acreditarlos, obtener la copia tomada de los procesos.

Estas precauciones de la ley hacen ver que lo que ella quiere es que la verdad que está protocolizada en las actuaciones oficiales, no pueda ser suplantada por el dicho escueto de los funcionarios, cuya alternabilidad es muy posible, como posible es que en ellos flaquee la memoria si solamente a esta facultad hubieran de confiarse.

He aquí la razón para que la Sala no acepte como prueba de los hechos que aquí ha querido establecer la parte demandada, la certificación del señor Administrador del Ferrocarril del Nordeste, quien, por lo demás, es empleado subalterno de la Administración General de los Ferrocarriles, persona jurídica que en este pleito ha desempeñado el papel de demandado.

Queda en pie, por lo mismo, el testimonio plural y contestes sobre la circunstancia de la velocidad que traía el tren que, procedente de Sogamoso llegó al Paradero de Tunja al medio día del 15 de enero de 1940.

Este detalle resulta protuberante en la diligencia del levantamiento del cadáver, en la cual intervino el Juez Primero de Permanencia asesorado de peritos. El cuerpo, según el acta, estaba mutilado en forma horripilante: la cabeza había sido llevada por la rueda delantera de la máquina, desprendida del cuerpo que yacía debajo de uno de los carros de segunda. Con eso no más puede apreciarse la velocidad, porque es sabido que después de la locomotora va la carbonera y carros que no son de pasajeros; después van los de tercera clase y luégo los de segunda. La distancia que según estos datos mediaba entre el lugar del hallazgo de la cabeza y el lugar del hallazgo del resto del cadáver, acusa que el convoy llevaba una velocidad que en ningún caso podía ser la adecuada para arribar a un

paradero o estación donde se apostan quienes esperan la llegada o la partida de trenes.

2ª Según el testimonio del presencial doctor José Guillermo Torres, no había acabado de bajar la gente conducida en el tren que procedía de Bogotá, cuando **intempestivamente** entró el tren procedente de Sogamoso. Entró **de improviso**, dice el testigo Aurelio Rodríguez. Y ambos agregan que esa fue la causa para que la máquina que venía de Sogamoso atropellara y diera muerte violenta a Ramón Infante.

En la afirmación de las circunstancias de rapidez o velocidad que traía el convoy procedente de Sogamoso y del modo sorpresivo como ese convoy llegó a la estación de El Paradero, están completamente de acuerdo todos los testigos de la parte actora. El **a quo** da a entender que esas circunstancias, especialmente la de la velocidad, debía haberse establecido con prueba pericial.

Se observa:

El movimiento de las personas y el de las cosas son perceptibles por medio de los sentidos. Por la vista se puede percibir cuando las cosas se hallan en estado de quietud y por la vista se aprecia cuando entran o se ponen en movimiento. Quienes hayan presenciado el tránsito del estado de quietud al de movimiento, y lo relatan ante la justicia, rinden un testimonio. Lo rinden los que relatan el modo como vieron que se desarrolló el movimiento, lento, apresurado, a la derecha, a la izquierda, para arriba, para abajo, etc.

"Testigos —dice Dellepiane— son las personas que relatan un hecho caído bajo su percepción, o hechos que han caído directamente bajo la acción de los sentidos". "Se ha dicho, agrega, que los testigos son los ojos y los oídos de la justicia; con ello se quiere dar a entender que las percepciones visuales desempeñan el papel principal en el testimonio". "La declaración de un testigo, dice más adelante, proporciona una reconstrucción más o menos completa de un hecho pasado por medio de una serie de afirmaciones cuyo grado probable de seriedad, de sinceridad y de cordura, ya sea en bloque o tomadas una a una, habremos de determinar mediante el análisis crítico". (Teoría General de la Prueba. Capítulo XX).

Aplicada esta doctrina al caso de autos, ha de decirse que las declaraciones rendidas en las dos instancias, sirven para hacer la reconstrucción del accidente ocurrido el día 15 de enero de 1940. Ninguno de los testigos fue tachado en tiempo, y el modo como se produjeron ante la justicia está ajustado a las normas que el C. Judicial ha establecido en orden a la comparescencia y las condiciones de forma reglamentarias de esa clase de pruebas.

El testimonio, en casos como el cuestionado, es instrumento legal para descubrir la verdad y el juzgador no puede desecharlo sino en los casos expresamente determinados por la ley.

3ª La transcripción del fallo del Tribunal Superior de Tunja, si bien apunta que no logró establecerse la culpabilidad de los encargados del tren en el siniestro ocurrido el 15 de enero de 1940, afirma en cambio que hay constancia de que el maquinista Víctor Julio Silva "había causado en dos ocasiones anteriores la muerte en accidente a dos personas".

Incurre en culpa quien necesitando encomendarle a otra persona la ejecución de determinadas actividades, no tiene el cuidado suficiente en la escogencia, y por esa falta de cuidado causa daños a terceros. Por el daño que causen con ocasión del servicio los servidores o empleados responde la persona que los mantiene bajo su dependencia y que de ellos se sirve.

En este punto no debe olvidarse que en los diversos fallos proferidos contra la Nación por el tan conocido siniestro de Santa Ana, se ha tenido en cuenta que el Estado no fue lo suficientemente cauto al confiar el manejo del avión militar a un oficial, reconocidamente experto, pero ya calificado de imprudente y por esta circunstancia censurado.

Podría decirse que cualquiera de las circunstancias que se acaban de analizar constituiría de suyo un hecho que habría podido advertirlo la empresa y que no lo advirtió; y que, con ello, le causó lesión a un ciudadano. Queda así relevada la responsabilidad porque concurren: una falla en la conducta, inductiva a daño; un daño real y seguridad de que éste no habría resultado si de otra manera hubiera procedido la empresa. Pero como la parte demandada ha alegado la culpa de la víctima, hay que hacer el examen detenido de esa aserción.

La culpa de la víctima.—Tres versiones se han dado sobre la culpabilidad de Ramón Infante:

"Seguramente el anciano quiso prenderse del tren sin que éste hubiera parado y por eso vino a tierra". Eso lo supuso el H. Tribunal Superior de Tunja, y en esa suposición se fundó para pronunciar el sobreseimiento en lugar de la prescripción que había reconocido el inferior .

La versión del H. Tribunal de Bogotá es otra: Infante "no alcanzó a salir de la zona de peligro cuando pretendió hacerse a un lado, y, posible-

mente, el arrollamiento obedeció a una caída hacia atrás por un paso falso, en el momento en que llegaba el tren".

El representante de los Ferrocarriles al contestar la demanda, alega en descargo de la Empresa, que Infante adolecía de una enfermedad en los órganos de la locomoción, y que esa enfermedad fue la determinante de su caída sobre la vía férrea momentos antes de ser cogido por la locomotora cuando trató de subir al andén atravesando la carrilera por donde entraba el tren.

Ya se vio, cómo el Tribunal de Tunja echó por el camino de las conjeturas a falta de prueba directa de la culpabilidad de Infante. Si la versión de ese Tribunal descansara sobre hechos comprobados, y no sobre conjeturas, habría que tener como incontrovertible la culpa de la víctima y se impondría la absolución de la parte demandada. Igual solución habría que darle al presente negocio si se hubiera comprobado que la ocurrencia básica del pleito la ocasionó un elemento extraño o fuerza distinta de la que impulsaba al ferrocarril que ocasionó el estrago.

De acuerdo con la primera hipótesis, Infante quiso ejercitar un acto temerario; de acuerdo con la segunda, apenas hizo el movimiento instintivo de salir del peligro; de acuerdo con la tercera, cayó sobre la vía por causa de la dolencia de que sufría crónicamente, pero entre esta caída y el arrollamiento por la locomotora, mediaron unos minutos.

Esta última versión que es la propuesta en la contestación de la demanda, y que, por tanto forma parte de la **litis contestatio** en este pleito civil, no deja muy en claro la inculpabilidad de la empresa, porque si mediaron minutos entre la caída y el arrollamiento, bien pudo el maquinista darse cuenta del que había caído en la carrilera para ponerle los frenos al tren y contenerlo.

Testigos hay, como Julio Camargo y Tito A. Reyes, que dicen haber observado en Infante que tenía impedimento para andar normalmente. El segundo dice que era una várice, contestando a una repregunta. Pero ambos convienen en que esa lesión no imposibilitaba a Infante para el trabajo. Aquí es de advertir que la parte demandada en sús repreguntas afirma que la várice la tenía Infante en la pierna derecha. La autopsia, practicada por médicos legistas, dice del cadáver que "solamente conservaba su integridad el miembro inferior derecho" y no dice que en él hubieran observado los médicos reconocedores la existencia de la várice. No hay voz técnica alguna sobre esa dolencia física que había de impedirle a Infante toda la libertad de locomoción.

Ni puede dejar de advertirse que ninguno de los Tribunales afirma como cosa plenamente comprobada el modo como cada cual consideró que actuó el victimado Infante.

En cambio, a todas las hipótesis les cabe un reparo fundamental. Que en aquel lugar la empresa no había establecido barreras para cerrarle el paso al público, ni había puesto, en subsidio, guardas apostados allí para impedir que los particulares transitaran por el sector.

Las medidas de seguridad que ha impuesto la ley, se hacen más necesarias en lugares aledaños a los poblados, para que la regularidad del servicio se coordine y armonice con la necesidad permanente que el público tiene de transitar por esos lugares.

Si no hay elementos que dejen en el ánimo el pleno convencimiento de que la conducta de Infante hubiera sido la determinante de su propia muerte, y si en cambio, los hay que inducen a aceptar la culpa de la empresa, ya con ello puede decirse que están establecidos los elementos que la jurisprudencia ha creído esenciales para proferir un reconocimiento de perjuicios. Y ya, con estas consideraciones, hay también base para pronunciar un fallo condenatorio de la parte demandada.

Clasificación de los perjuicios. — Pide la demanda que a la viuda y a los hijos del occiso se les paguen los perjuicios tanto morales como materiales resultantes de esa muerte. Ya se vio que una y otros han acreditado el vínculo que les ataba al difunto.

Los perjuicios morales.—La jurisprudencia ha aceptado como cosa que está en la naturaleza, la del quebranto de ánimo que experimenta una persona por la pérdida de los seres queridos, con quienes se tienen estrechos vínculos inherentes de la consanguinidad o que se forman por el enlace matrimonial. Por eso ha mirado como natural y corriente el que se les haga, a modo de satisfacción, un reconocimiento a aquellos que por culpa ajena se ven privados del esposo, o de los padres, etc.

Cuando quiera que los Tribunales colombianos han decretado indemnizaciones por concepto de perjuicios morales han admitido que en ello no debe verse una fijación del **proetium doloris,** cosa que sería imposible. Se ha querido admitir una reparación que cabe muy bien dentro del princi-

pio general consignado en el artículo 2356 del C. Civil. Y en la dificultad de avaluarlo como si se tratara de perjuicios materiales, han optado por la pauta señalada en el artículo 95 del Código Penal que le da entrada al prudente arbitrio del Juez.

En uso de esa atribución, la Sala cree que a la viuda se le puede reconocer la suma que esa disposición autoriza como máximo, o sea la de dos mil pesos ($ 2.000.00).

La circunstancia de que el occiso en su ancianidad tuviera que vivir dedicado al trabajo, hace pensar a la Sala en que el occiso no contaba con la solicitud y los cuidados de sus hijos mayores. Y en ese entendimiento piensa que como no se debe tasar la reparación debida a éstos en la misma medida, la fija en mil pesos ($ 1.000) por cada uno.

Liquidación de perjuicios materiales.—La esposa, en su calidad de tal, tenía derecho a que su marido la recibiera en su casa y le proporcionara todo lo necesario para su subsistencia. El tenía para con ella la obligación alimentaria impostergable (Artículos 177 y 411 C. C.). Y sobre esa base hay que decir que la viuda tiene derecho a que se le indemnice como daño material todo lo que habría podido recibir de su esposo mientras viviera éste.

No sucede lo mismo con los hijos: los hijos varones que han alcanzado la mayor edad no están cobijados por la misma protección, a menos de enfermedad o de impedimento físico que les impida trabajar.

No se ha probado que el difunto viviera con sus hijos Jorge y Ramón; que los estuviera educando o que tuviera con ellos obligación distinta. No hay base, por tanto, para reconocerles y liquidarles perjuicios materiales.

Lo dicho hasta aquí permite, desde luego, hacer una condena en abstracto para que los perjuicios se liquiden en el incidente. Ha de inquirirse, sin embargo, si hay datos que permitan hacer la condena en concreto para así relevar a la parte favorecida de mayores gastos y de una mayor espera por la definición de su negocio.

Existe en el expediente la constancia de la edad que había alcanzado el occiso, que es base necesaria para fijar la supervivencia, o sea el tiempo en que había podido contribuír a la subsistencia de su esposa.

Existe también el dato de lo que Infante ganaba con su trabajo diario. Lo suministran los testigos Abraham Ramírez, Julio Camargo C. y Tito A. Reyes. De las declaraciones de estos señores se deduce que el victimado Infante ejercía la profesión de carpintero, y que podía ganar dos pesos diarios.

Los Tribunales de Colombia han hallado razonable adoptar para estos casos las tablas que —elaboradas matemáticamente sobre datos estadísticos— llevan las compañías de seguros, y en las cuales puede saberse cuál es la supervivencia que corresponde a cada edad. Tal sistema que esta Sala de la Corte ha adoptado en otros fallos, por ejemplo, en el de 2 de abril de 1943, (**Gaceta Judicial** Nº 1.996 — pág. 417), y que los Tribunales han ya incorporado en sus jurisprudencias, servirá para fijar aquí la cuantía del perjuicio material sufrido por Sara Molano de Infante.

Y el perjuicio, como ya se dijo, está representado por lo que dejó de recibir de su marido para su subsistencia en nueve años transcurridos desde el día de la muerte hasta el día de la supervivencia probable, que a la edad que tenía Infante había de corresponder según las mencionadas tablas.

Como el auxilio o suministro alimentario sería el de treinta pesos mensuales, o sean trescientos sesenta pesos al año, éste sería el otro factor para conseguir el resultado o monto de la indemnización por perjuicios materiales.

El día de la muerte (15 de enero de 1940), tenía Infante 66 años, de acuerdo con el certificado visible al folio 7 del Cuaderno Nº 1. De acuerdo con lo establecido por las aludidas tablas, habría sobrevivido Infante, a partir de esa fecha, nueve años, es decir, que la indemnización es por tiempo pasado. La viuda era cinco años menor que el occiso, según aparece de las comprobaciones del estado civil agregadas a los autos.

Resumen:

Nueve años, a razón de trescientos sesenta pesos anuales, da la cantidad de tres mil doscientos cuarenta pesos ($ 3.240.00), que es lo correspondiente a perjuicios materiales, que tiene derecho a cobrar la viuda.

En mérito de lo expuesto, 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 el fallo apelado, y en su lugar,

RESUELVE:

Primero.—La Nación, como propietaria del Ferrocarril del Nordeste, es civilmente responsable

de la muerte del señor Ramón Infante A., ocurrida a consecuencia del accidente ferroviario de que fue víctima en el día quince de enero de mil novecientos cuarenta, en la Estación denominada "El Paradero" de la ciudad de Tunja, de la vía del Nordeste.

Segundo.—Condénase a la Nación Colombiana a pagarle a la señora Sara Molano de Infante, la suma de tres mil doscientos cuarenta pesos ($ 3.240.00), por concepto de perjuicios materiales; y la de dos mil pesos ($ 2.000.00), por concepto de perjuicios morales.

Tercero.—Condénase a la Nación Colombiana a pagarle a cada uno de los señores Jorge Infante Molano y Ramón Infante Molano, la suma de mil pesos ($ 1.000.00), por concepto de perjuicios morales.

Cuarto.—Se absuelve a la Nación de los demás cargos de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

OPOSICIONES A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL

Si el inciso 3º del artículo 21 de la Ley 95 de 1890 permite la inclusión de un comunero en el padrón cuando es notorio e indudable su derecho, eso no implica que pueda prescindirse de demostrar en juicio que el Administrador ha sido elegido en los términos del artículo 17 de la mencionada ley, o sea por verdaderos comuneros y en la forma como allí se prevé.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El Ministerio de Minas y Petróleos, por resolución de ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, aceptó la propuesta número 105 de la Tropical Oil Company, encaminada a obtener del Gobierno Nacional en contrato de exploración y explotación de petróleos un lote de terreno de cuarenta y seis mil novecientos setenta y ocho hectáreas (46.978 hectáreas) de extensión, ubicado en los municipios de Baranoa, Sabanalarga, Usiacurí, Polonuevo, Sabanalarga, Santo Tomás y Palmar de Varela (Departamento del Atlántico), y comprendido por los siguientes linderos:

"Como punto de partida se ha tomado un mojón de concreto ubicado en la confluencia del Arroyo Grande con el río Magdalena, en la ribera norte del arroyo, punto que está señalado en el plano con la letra "B". Las coordenadas geográficas del mojón "B" son: latitud diez grados treinta y ocho minutos cuarenta y dos segundos con siete décimos de segundo Norte (10º 38' 42, 7" N); longitud setenta y cuatro grados cuarenta y cuatro minutos cincuenta y dos segundos con tres décimos de segundo (74° 44' 52,3") al Oeste de Greenwich, o cero grados treinta y nueve minutos cincuenta segundos con dos décimos de segundo (0º 39'59, 2") al Oeste de Bogotá. Del punto "B" se sigue una línea recta con rumbo de norte setenta y ocho grados Oeste (N 78° W) por una longitud de treinta mil setecientos cuarenta y cuatro (30.744) metros hasta el punto señalado en el plano con la letra "C". Del punto "C" se sigue una línea con rumbo de Norte doce grados Este (N 12° E) por una longitud calculada de doce mil ochocientos noventa (12.890) metros hasta el punto señalado en el plano con la letra "D". Este punto "D" se encuentra sobre el lindero Sur ("I-J") de la propuesta del Sindicato de Inversiones, S. A., aceptada por resolución fechada el 17 de agosto de 1941 del Ministerio de Minas y Petróleos, o sobre la prolongación de dicho lindero hacia el Oeste, en el caso de que el vértice "I" de la propuesta del Sindicato de Inversiones resultare ubicado al Este de la recta que, partiendo del punto "C" de la presente propuesta, tiene rumbo de Norte doce grados Este (N. 12° E). Del punto "D" se sigue una línea recta con un rumbo de Este verdadero por una longitud de catorce mil novecientos cincuenta y siete metros (14.957) hasta el punto señalado en el plano con la letra "E", que está situado sobre el lindero "I-J" de la propuesta del Sindicato de Inversiones, S. A. La línea "D-E" coincide en todo o en parte de su extensión con el lindero "I-J" de la propuesta del Sindicato de Inversiones, S. A., dependiendo de sí el vértice "I" del lote solicitado por el Sindicato de Inversiones, S. A. resultare ubicado al Oeste o al Este del vértice "D" de la presente propuesta. Del punto "E" se sigue una línea recta con un rumbo de Sur setenta y ocho grados Este (S. 78° E) por una longitud calculada de trece mil setecientos setenta (13.770) metros hasta el punto señalado en el plano con la letra "F", que está ubicado sobre la margen occidental del río Magdalena. Del punto "F" se sigue por toda la margen occidental del río Magdalena ,aguas arriba, hasta volver al punto de partida "B". La línea recta que une los puntos "F" y "B" tiene un rumbo calculado de Sur tres grados cuarenta minutos Ooeste (S. 3° 40' W) una longitud calculada de diez y seis mil ciento setenta (16.170) metros. Todos los rumbos citados en la alinderación anterior están referidos al meridiano astronómico que pasa por el punto de partida "B".

Al contrato solicitado por la Tropical se opusieron oportunamente el Municipio de Polonuevo, el Municipio de Sabanalarga y el Municipio de Santo Tomás, representados por sus respectivos Personeros Municipales. También se opuso

a nombre de la Comunidad de los terrenos "De Isabel López", el doctor Saúl Parra, con poder que le había conferido el doctor José P. Esmeral, como administrador de dicha Comunidad.

En vista de que se alegaba la propiedad privada del petróleo, respecto de terrenos que se decían comprendidos dentro del de la propuesta y de las pruebas presentadas, el Ministerio de Minas y Petróleos decidió enviar el negocio a esta Sala de la Corte, para los fines del inciso 4º del artículo 5º de la ley 160 de 1936.

En esta etapa judicial se han producido nuevas pruebas y las partes han presentado sus correspondientes alegatos, por lo que ahora se procede a decidir sobre el mérito de las oposiciones a que se ha hecho referencia, agotado como está el trámite sumario previsto para estos casos.

Oposición del Municipio de Polonuevo

Para la demostración de su derecho el representante del Municipio de Polonuevo ha aducido las siguientes pruebas:

1°—Un remate de tierras realengas, realizado en 1758 por don Mariano Echavarría, en nombre de los vecinos del sitio de Pueblonuevo de San Luis Beltrán, ante el Alcalde Pedánea de Barranquilla, como comisionado del Gobernador y Capitán General de la Provincia de Cartagena de Indias. Ese remate fue por ocho caballerías, diez y siete fanegas y siete almudes de tierra, extensión delimitada por "Cruz del Potrero", i buscando la "Piedra Grande" con rumbo al camino real de Malambo, sobre la "Sabaneta de Valencia", sitios cercanos al conocido con el nombre de "El Naranjito", pasando por el "Bajo de la Mora" i en rumbo al "Poste" qe está en la mano derecha del mismo camino de "Malambo" se pasa por "Piedra Pequeña" cercana de la "Sabana", se llega a la "Cruz del Guamacho", pasando por los sitios llamados "Las Mellizas", "Los Matarratones" i el "Dibidibi", "Arroyo Caramoa", "El Caracolí", "Boca de Arroyo Negro", "Arroyo Garrapatola", "Arroyo Grande", "Caracolí" con pernos hasta "Barranco Colorado". (fs. 13 u 14 del cuad. número 9). A renglón seguido de dicho remate aparece la siguiente aprobación: 'Vistos i siendo legal el remate hecho ante el señor Alcalde Pedáneo del sitio de Barranquilla, de las tierras del sitio de Pueblonuevo de San Luis de Beltrán, en el partido de la tierra adentro, recaído en Mariano Echavarría en nombre de los vecinos del sitio de Pueblonuevo de San Luis de Beltrán, se aprueba y para qe le sirva de bastante título, líbresele el correspondiente testimonio. **José Solís Folch de Carmona".** (fs. 13 v. del cuaderno número 9).

2º—Una diligencia de mensura a que se refiere el remate anterior, practicada en diciembre de 1844 y enero de 1845 por el Alcalde de Polonuevo, de orden del señor Gobernador de la Provincia; diligencia en que se recorrieron los linderos del terreno, como allí aparece en los siguientes términos:

"En la parroquia de Polonuevo, a los diez y nueve días del mes de diciembre del año de mil ochocientos cuarenta y cuatro..... estando reunidos en la plaza de este lugar..... se dio principio a la medición mandada a hacer por el señor Gobernador de la Provincia, partiendo desde el umbral de la puerta de la Santa Iglesia y tomando la dirección qe de este lugar sigue por camino de esta a Sabanagrande, siendo como las siete de la mañana; y preparados los medidores de una soga de cuero seco que fue arreglada por la vara castellana con una extensión de cinco varas y de las tarjas competentes para ir marcando en ellas las medidas parcial (sic) del primer lindero: hecha esta operación con toda prolijidad y cuidado y dejando una señal por cada cien varas, se llegó como a las tres de la tarde a la "Cruz del Potrero", qe es el primer lindero reconocido, y hecha la cuenta y confrontada cada una tarja de los peritos medidores, resultó una extensión de cinco mil varas castellanas; número igual al medido en el anterior mes de septiembre y al primitivo de los títulos... En el lindero reconocido con el nombre de la "Cruz del Potrero", a los veinte días del mes de diciembre de mil ochocientos cuarenta y cuatro... y caminado sobre la Pica relimpiada en la dirección N. del viento Norte, comenzóse a medir bajo la dirección de los peritos y llevando la competente cuenta en las tarjas, y se llegó al segundo lindero conocido con el nombre de "Piedra Grande", la cual de reconocer ser una gran piedra antigua en que pueden a la vez moler dos personas; la cual está colocada en el mismo ángulo que forma la Pica tomando dirección hacia el corte del camino real para Malambo sobre la Sabaneta de Valencia, cercano al paraje conocido con el nombre de "El Naranjito de Pedrola", y hasta allí se midieron cinco mil quinientas cincuenta y tres varas... En el segundo lindero de la "Piedra Grande", siendo las

diez de la mañana del día veintiuno de diciembre de mil ochocientos cuarenta y cuatro... se dio principio, marchando sobre la Pica abierta, a la medida que parte enesta dirección en línea transversal hasta encontrar la recta en el Poste fijado a la derecha del mismo camino Real de Malambo, que es el tercer lindero, hasta cuyo punto se midieron cinco mil doscientas treinta varas... y siguiendo sobre la misma Pica abierta en la misma dirección... hasta reconocer el cuarto lindero llamado "La Cruz del Guamacho", se midieron cinco ciento veinte varas, pasando por los parajes indicados y conocidos con los nombres (ilegible), cueva, las Mellizas, las... y el Dividivi, recorriendo ahí desde "Piedra Grande" hasta el Guamacho una extensión de diez mil trescientas cincuenta varas castellanas... En el lindero conocido con el nombre de "La Cruz del Guamacho", a los veinte y tres días del mes de diciembre de mil ochocientos cuarenta y cuatro.... se continuó la medición mandada practicar sobre la Pica abierta partiendo en la dirección N en línea recta hacia el O. de Polonuevo y pasando por un punto que demarcan dos ceibas pareadas, siguiendo adelante se encontró el "Poste" que demarca el quinto lindero, sobre el arroyo de "Caramacoa", por el cual pasa el camino que sigue en dirección del distrito de Baranoa, y hasta dicho poste se midieron siete mil trescientas cuarenta y ocho varas castellanas... Estando en el paraje nombrado Caramacoa... se dio principio..... y pasando por el lugar conocido con el nombre de "Jobo Dulce" y dejando en la dirección S. O. el poste interno a "El Caracolí" conocido hoy con el nombre de "Jaguey de Pantoja", se llegó a la boca del "Arroyo Negro". que es el sexto lindero, y se midieron siete mil novecientas diez y ocho varas... En el distrito de Polonuevo, a los cuatro días del mes de enero de mil ochocientos cuarenta y cinco... se dio principio a la rectificación de la mensura en la dirección del camino Real para Sabanalarga, y siguiendo todo el camino Real que parte de esta Parroquia...; y después de pasar por "Arroyo Cañafístola" se llegó al paso de "Arroyo Grande" que está marcado con el séptimo lindero, y hasta allí se midieron siete mil quinientas varas castellanas; caminóse midiendo sobre la Pica recién abierta y por línea recta se llegó a un "Caracolí" con tres pernos grandes clavados en él e inmediato a "Barranco Colorado", que es el octavo lindero, habiéndose medido desde el paso de "Arroyo Grande" hasta dicho Barranco Colorado cuatro mil setenta y ocho varas... En el lindero titulado "Barranco Colorado", a los ocho días del mes de enero de mil ochocientos cuarenta y cinco..... y siguiendo la línea de la Pica que comienza en el ángulo que forma el terreno y tomando la dirección N comenzó a practicarse la medida material y pasando los puntos conocidos con los nombres de "Cañaveral", de Balsico o los Bálsamos, bocas de Zorra Cañaveral de Purnio y Barranco de San Nicolás, se llegó como a las cuatro y media o cinco de la tarde al primer lindero nombrado "Cruz del Potrero y se midieron siete mil seiscientas noventa y siete varas castellanas..." (fs. 14 a 19 del cuaderno oposición).

3º—Y una sentencia judicial de 1868, en la cual se reconoció, en juicio promovido por el Municipio de Baranoa para los fines de lo dispuesto por la ley 10 de octubre de 1867 del Estado Soberano de Bolívar, que las TIERRAS DE POLONUEVO ERAN APROPIADAS y pertenecían a los vecinos de Polonuevo. En ese fallo que fue dictado por el Juzgado de la Provincia de Sabanalarga y confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, se tuvo en cuenta la posesión real y efectiva por veinticinco años continuos de que hablaba la expresada ley de 10 de octubre de 1867. Ese proceso se siguió en el Juzgado de Sabanalarga con audiencia del Fiscal de la Provincia, y la consulta de la sentencia se surtió ante el Tribunal con audiencia del Procurador General del Estado.

Según dicho fallo las TIERRAS DE POLONUEVO constan de diez y seis caballerías, comprendidas por los siguientes linderos: "Partiendo del caserío de Polonuevo, que forma el punto céntrico de aquel terreno, hacia el noroeste, se encuentra el principal y primer lindero en el paraje nombrado "Guamacho"; de aquí partiendo al sur, y pasando por el poste del camino viejo de Polonuevo a Baranoa siguiendo en línea recta, se encuentra la "Boca del Arroyo Negro", que forma la segunda esquina; de este punto y partiendo al este por todo el "Arroyo Grande", aguas abajo, se llega al paraje nombrado "Barranco Colorado", cuyo punto forma la tercera esquina del terreno y donde hay también un CARACOLI donde se colocaron dos pernos y una cruz como señal de este lindero, haciendo en ese mismo punto límite también de las tierras que fueron de propiedad del finado don Manuel de la Victoria de la Hoz; del "Barranco Colorado" referido y siguiendo hacia el

norte en línea recta, pasando por la Ciénaga de "Los Jayos", "Boca de Zorro" y Ciénaga de Purnio", se llega al poste de "Los Matarratones", que se encuentra en el mismo camino de Polonuevo a Sabanagrande; siguiendo de aquí el mismo rumbo norte en línea recta, y pasando por el "Bajo de la Mora", se llega al punto llamado "Las Piedras" o "Sabanita de Valencia", que es la otra esquina; y partiendo de esta dirección al oeste y pasando por el poste que se halla en el camino de Polonuevo a Malambo, se encuentra otra vez el "Guamacho", que es el punto desde donde se principió la descripción". (Fs. 12 a 15 del cuaderno de oposición).

Según lo transcrito, en los varios títulos relacionados figuran como puntos principales de la alinderación "Las Piedras" o "Piedra Grande", "La Cruz del Guamacho", "Boca de Arroyo Negro" y "Barranco Colorado", lo cual deja la impresión de que todos ellos versan sobre un mismo terreno, a pesar de la diferencia en cuanto a la cabida.

Así hubo de reconocerlo la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, después de comparar los linderos de la diligencia de mensura de 1844-45 con los linderos de las declaraciones que sirven de fundamento al fallo judicial de 1868, en los siguientes términos:

"Los puntos del lindero que se indican en las declaraciones coinciden con sus nombres en los indicados en las actas de las diligencias de mensura de que se habló ya al estudiar la escritura número 315".

Con esta aclaración, nada tendría que objetar ahora la Corte a los aludidos títulos, como demostrativos de la propiedad privada del petróleo, si se hubiera establecido la determinación real y concreta del terreno a que ellos se refieren. En efecto, en este caso de títulos perfectos que tienen carácter de emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, principalmente si se tiene en cuenta que hoy sería improcedente no reconocerle valor al fallo judicial de 1868, por el cual se declaró que las TIERRAS DE POLONUEVO **eran apropiadas,** o sea de propiedad particular. Tuviera o nó el Estado Soberano de Bolívar poder para dictar la ley de 10 de octubre de 1867 y ya para entonces se había derogado la ley nacional número 70 de 4 de julio de 1866, que permitía a los Estados expedir leyes encaminadas a deslindar la propiedad nacional de la de los particulares, es lo cierto que con base en aquella ley local se pronunció el fallo de 1868, y es también evidente que la segunda instancia se surtió con audiencia del señor Procurador General del Estado, que era al propio tiempo Agente del Ministerio Público de la Unión, según la ley de los Estados Unidos de Colombia número 17 de 20 de abril de 1865. Además, como dicho fallo se dictó a instancia del distrito de Baranoa y allí se reconoció que las tierras cuestionadas pertenecían "a los vecinos de Polonuevo", es natural que al erigirse esta fracción en MUNICIPIO, éste viniera a ser el titular de ellas.

Pero ocurre, como se ha dicho, que aquí no se ha demostrado que el terreno a que los títulos se refieren constituya un bien concreta y objetivamente determinado, en el sentido que pueda localizarse como cuerpo cierto, a la luz de los linderos destinados a individualizarlo.

La diligencia de mesura de 1844-45 no permite localizar el terreno en el plano topográfico de la propuesta, según concepto de la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, que sólo pudo dibujarlo como **probable,** "mediante un esfuerzo de interpretación" de dicha diligencia.

A este respecto dijo la expresada Sección Técnica:

"Las diligencias de mensura transcritas tienen deficiencias que son notorias porque afectan la exactitud del trabajo, e inexplicables satisfactoriamente dada la época relativamente reciente en que se practicaron... No consta instrumento alguno que se usara con el objeto de fijar la dirección o rumbo de los alineamientos y en varios de éstos no se indicó dirección, y en todos los demás esa dirección es muy vaga, de modo que el terreno quedó sin determinación precisa. No se acompañó croquis o plano que oriente y donde se indique la posición de los puntos que se citan y éstos no se encuentran en el plano de la propuesta ni en el mapa oficial del departamento. Mediante un esfuerzo de interpretación de esas diligencias se ha llegado a dibujar una figura probable del terreno que se propuso medir, como se indica en el croquis adjunto".

Sin embargo, el opositor no hizo practicar la inspección ocular pedida en este juicio, con la cual se habría establecido si las TIERRAS DE POLONUEVO podían determinarse realmente sobre el terreno, aprovechando para ello los linderos de los títulos. El hecho de que el pueblo de Polonuevo esté dentro del lote de la pro-

puesta, como se observa en el plano topográfico de la misma, no permite deducir esa determinación sin una verificación sobre el terreno, por las circunstancias anotadas por la Sección Técnica.

Así pues, por esta razón no habrá de prosperar la oposición del Municipio de Polonuevo, que por lo demás, trajo a estos autos un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Sabanalarga, en el cual consta que el registro de los títulos aducidos no ha sido cancelado por ninguno de los medios de que trata el artículo 789 del Código Civil.

Oposición del Municipio de Sabanalarga

La única prueba de esta oposición consiste en el título protocolizado por medio de la escritura pública de 15 de diciembre de 1856 de la Notaría de Sabanalarga, conforme al cual en el año de 1770 se adjudicaron dos globos de tierra realenga, por estos linderos:

Primer globo: "Desde la letra A. primer lindero, nombrado la Ciénaga o pozo de Mojan, y siguiendo a B. sitio de Manga, y de aquí corre a C lindero de Arroyo Guayepo, de aquí sigue a D. lindero de la Cruz del Muerto y de aquí corre a E. sitio de Cascajal, y de aquí sigue a F. sabana del Manglar, lindero de Ariza, y de aquí corre a G. lindero de Arroyo Guanábano a la orilla del río Grande a un jobo y una ceiba de leche, y de aquí pasa la línea a H., boca de Arroyo Grande que sale al río y sitio de Pacheco, de aquí sigue la otra línea a la letra A., primer lindero.

Segundo globo: "En este sitio de Sabanalarga..., y habiendo llegado al lindero A. que se halla a la vanda del Norte en un palo de Caracolí inmediato a este sitio, y tendiendo la cabuya desde él, por el rumbo del Les-sueste, a él se midieron mil seiscientas y diez varas; y de aquí se mudó al rumbo al Leste cuarta al Nordeste y a él se midieron dos mil quinientas cincuenta varas, y de aquí se mudó al rumbo al Les-nordeste, y a él se midieron dos mil seicientas cincuenta varas, y con ellas se llegó al lindero B. nombrado Rincón de Manga, y de aquí tomando al otro frente, se tomó el rumbo del Norueste y a él se midieron setecientas varas, y de aquí se mudó el rumbo al Norueste cuarta al Norte cuatro grados Norte, y a él se midieron cuatro mil quinientas varas, y con ellas se llegó al paraje C. y punta del Rincón de Arroyo Grande. Y siendo preciso el meter este rincón en esta tierra, se mudó el rumbo al Nordeste cuarta al Leste, y a él se midieron dos mil trescientas varas, y con ellas se llegó al paraje D. y de aquí se mudó al rumbo al Norueste cuarta al Norte, y a él se midieron novecientas cincuenta varas, y con ellas se llegó al paraje E. último extremo de esta rinconada... y tendiendo la cabuya por el rumbo del Oeste, cinco grados Sud-oeste, y a él se midieron dos mil y cuatrocientas varas, y de aquí se mudó el rumbo al Sudoeste cuarta al Sur, y a él se midieron mil trescientas cincuenta varas y con ellas se llegó al paraje F., paso real de Arroyo Grande y camino de Pueblo Nuevo, Soledad y Barranquilla, y de aquí se mudó el rumbo al Oeste cuatro grados Norueste y a él se midieron cinco mil varas y con ellas se llegó al lindero Y. nombrado Sabana Cuchara, siendo de advertir que esta línea pasó por el paraje G. nombrado el Dividivi y por el paraje H. nombrado Arroyo Chino, dejando siempre a la derecha el Arroyo de Baranoa... Y siendo preciso seguir la otra frente, se tendió la cabuya por el rumbo del Sudesteste, y a él se midieron dos mil trescientas sesenta varas, y con ellas se llegó al paraje I. nombrado Sabana Clemente, y de aquí siguiendo el mismo rumbo a él se midieron cinco mil varas y con ellas se llegó al lindero A. y sitio de Sabanalarga, donde se comenzó esta mensura". (Fs. 5 a 15 del cuaderno oposición).

Según el título, los expresados globos fueron sacados a licitación en 1770 por el Juez Sub-Delegado de Tierras de Cartagena, y rematados por Pedro Patiño, "para él y sus comparte individuos de los sitios de Sabanalarga y Puerto Alegre explicados en la lista de su pretensión. Pagado el precio del remate éste fue confirmado por el Gobernador y Oficiales Reales de la Provincia de Cartagena, en la forma que sigue:

"Confírmase el remate celebrado en veinte y cuatro de octubre del corriente año de las veinte y dos caballerías de tierra, veinte y dos fanegas y una cuartilla de otra, **en favor del común y poblaciones que las han comprado,** y con atención al valor de ellas, y la equidad con que deben mirarse los vasallos de Su Magestad se asignan por servicio pecuniario relativo a este expediente, cuarenta pesos. Y contado de su entrega en Reales Cajas, devuélvanse estos autos al Juzgado de Tierras para las demás providencias que allí deban darse, trayéndose primero el documento necesario para la comprobación de la partida de

entrada. CIERRA. — ESCOBAR. — MONTERO. Proveyeron y firmaron el auto antecedente los señores don Gregorio de Cierra, Coronel de Reales Ejércitos, Gobernador y Comandante General de esta Plaza y Provincia; Tesorero don Rafael Escobar, y Contador don Pedro Montero, Oficiales Reales de esta ciudad de Cartagena de Indias, por su Magestad, hoy diez y nueve de diciembre de mil setecientos setenta años".

Pero si éstos y otros detalles del título demuestran que fue expedido de acuerdo con la legislación de la época en el caso presente no se ha demostrado que los globos de que allí se trata puedan determinarse como cuerpo cierto, ni que tales globos estén comprendidos dentro del lote de la propuesta. Según la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, el primer globo de la oposición queda fuéra del área de la propuesta, y sobre el segundo no se puede saber su ubicación.

Como lo dice el Servicio Legal del Ministerio, "no puede reputarse suficiente la presentación de un título... para impedir un acto administrativo, en tanto no se compruebe que el bien por él protegido quedaría vulnerado con el acto que la Administración proyecta".

Oposición del Municipio de Santo Tomás

En su memorial de oposición el señor Personero del Municipio de Santo Tomás, después de transcribir los linderos de la propuesta número 105 de la Tropical, se expresa así:

"Dentro del área de dicha propuesta está abarcado el globo de tierra denominado "De Don Manuel de la Victoria", situado en las jurisdicciones municipales de Santo Tomás y Palmar de Varela, siendo condueños en tales terrenos ambos Municipios, y los que tienen los linderos generales que pasan a expresarse según, la escritura Nº 1 de 2 de enero de 1866 de la Notaría del Circuito de Santo Tomás, por medio de la cual obtuvieron el citado dominio proindiviso sobre los susodichos terrenos los referidos Municipios: "Camino público de este distrito para Polonuevo desde su arranque o principio hasta el paraje denominado Cruz o Ciénaga del Potrero, Aguada de San Nicolás, Ciénaga de Naranjitos, Cañaveral del Purnio, Boca de Zorra, Rincón del Borcico, Ciénaga de Misajares, Cruz de Arroyo Viejo, Arroyo Grande Barranca, cauce de este arroyo hasta encontrar el camino público de Ponedera a este Distrito; camino público de Ponedera a este Distrito, pasando por los Sanjones Barro Prieto, Jaguei de Sitio Viejo, Pedro Díaz, Juncalejo, Hatillo y Calle del Hatillo del Palmar de Varela, calle de la Ciénaga de este Distrito hasta encontrar la de Torre Alta y calle de Torre Alta hasta encontrar el principio del camino que va para Polonuevo, que se ha establecido como primer lindero".

"Los terrenos antes citados, de la fraternidad, o antiguamente de Don Manuel de la Victoria, salieron legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, como lo comprobarán los apoderados que el Municipio constituirá para la continuación del correspondiente juicio, dentro del término correspondiente para ello, adicionando el título que a ésta acompaño".

Según lo anterior, la oposición del Municipio de Santo Tomás fue propuesta únicamente en relación con el terreno llamado en otro tiempo "De Don Manuel de la Victoria", hoy "Tierras de la Fraternidad". La Corte no habrá de ocuparse, por lo tanto, de los títulos referentes al globo denominado "Tierras de Rieux", que fueron traídas a esta etapa judicial sin que la oposición versara sobre tal terreno.

En cuanto al globo "De Don Manuel de la Victoria", la única prueba aducida consiste en la escritura número 1 de 2 de enero de 1866, por la cual Manuel Antonio de la Hoz y otros vendieron dicho globo —en común— a "los actuales i futuros vecinos de los Distritos de Santo Tomás i Palmar de Varela".

Alega el señor apoderado del Municipio que en este título aparece inserta otra escritura de 2 de diciembre de 1865, conforme a la cual el señor Manuel Antonio de la Hoz redimió en el tesoro nacional, de acuerdo con las disposiciones sobre desamortización de bienes y derechos de **manos muertas**, dictadas a partir del año de 1861, el censo que pesaba sobre el terreno "De Don Manuel de la Victoria", constituído en favor del Patronato laical fundado por María Antonia de la Hoz en 1804. Y agrega dicho apoderado que como el inmueble gravado con ese censo debía estar inscrito en el registro de bienes desamortizados, la declaración hecha en 1865 por el Agente Principal de esos bienes en el Estado de Bolívar, de que el expresado terreno quedaba libre y su dueño "en aptitud de poder disponer de las tierras recitadas como mejor le pareciere", implica que la Nación se desprendió por ese acto de la propiedad de tal terreno.

Para la Corte la conclusión a que llega el señor apoderado del Municipio de Santo Tomás no halla respaldo en las disposiciones sobre desamortización. En primer lugar, las fincas gravadas con censos en favor de **manos muertas** no podían ocuparse por los administradores de bienes desamortizados sino en el caso especial previsto por el artículo 6º de la ley 41 de 29 de mayo de 1864, caso que no se ha demostrado fuera el del censo redimido en 1865. Y en segundo término, el alcance de esa redención no podía ser otro que el de libertar la finca gravada,—para suprimir las trabas que tal sistema implicaba para el desarrollo de la propiedad inmueble. Por esto si los títulos de la finca no eran idóneos respecto del Estado, la redención del censo en el tesoro no regularizaba dicha situación, máxime cuando para su inscripción en los libros de registro sólo se exigía la escritura de reconocimiento (artículo 32 del Acuerdo de 24 de octubre de 1861 sobre contabilidad de bienes de manos muertas).

Por consiguiente, no se ha probado que el terreno de la oposición salió del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873; es decir no se ha dado la prueba sobre propiedad privada del petróleo prevista por la ley.

Tampoco se ha demostrado que ese constituya un bién objetivamente determinado, comprendido como tal dentro del lote de la propuesta.

Oposición de la Comunidad de Isabel López

Con poder conferido por el doctor José P. Esmeral, como Administrador de la Comunidad de los terrenos de "Isabel López", el doctor Saúl Parra se opuso a la concesión de petróleo solicitada por la Tropical Oil Company, alegando que esos terrenos habían salido del dominio nacional antes del 28 de octubre de 1873.

Según el memorial de oposición, los linderos de las tierras de "Isabel López" ,son los siguientes:

"Agua viva Alandete-Sabana Platanar-Habitación de Josefa de la Hoz-Arroyo Pescadero-Falda del Cerro de Sabana Gato-Poste de Perico Ligero-Pajonar-Los Jenequenes-Sabana Guanabanar-Derramadero de Loriza-Falda de Sierra de Guacamayo-Ojar de Isabel López-Caño de Lucía-Playa de Caño de Iguana-Arroyo Sabana Platanar, y de aquí al primer lindero".

Entre las pruebas de esta oposición figuran los títulos protocolizados por medio de la escritura número 15 de 26 de febrero de 1923 de la Notaría del Circuito de Sabanalarga, títulos con los cuales se establece:

a) Que en el año de 1724 el Licenciado don Alejo Díaz y Muñoz, como Juez Privativo de Tierras de la Provincia de Cartagena, admitió a composición de ocho caballerías de tierra al Capitán don Luis Polo del Aguila y Esquivel, mediante el pago de ochenta patacones. Las tierras compuestas corrían "desde la estancia de Agua viva a el lindero de Perico Ligero, y desde Loriza a el Ojar de Isabel López";

b) Que en el año de 1738 D. Juan Bautista Vaamon de Taovada, Juez de Tierras de Cartagena, con vista del título anterior, amparó al presbítero D. Thomas Josef Polo del Aguila y Canencia y a sus hermanos, como hijos del Capitán D. Luis Polo del Aguila en la posesión de las ocho caballerías de tierra mencionadas;

c) Que en los años de 1778-y 1779 el Gobernador y Comandante General de la Provincia de Cartagena, D. Juan de Torrezar Díaz Pimienta, a instancias de doña Ana María de Barros, ordenó el deslinde de las tierras de "Isabel López" y el lanzamiento de quienes las ocuparan sin el consentimiento de la peticionaria, "haciendo q. le paguen quanto por esta razón justamente le adeuden". Según ese deslinde, que se llevó a cabo por el Capitán de Milicias D. Juan Miret, entre el 16 de agosto y el 5 de septiembre de 1779, los linderos de las tierras de "Isabel López" quedaron especificados así:

"...parage que se nombra agua viva, primer lindero de los citados en los títulos... donde se dio principio a la pica de su división siguiendo la línea al lindero que se nombra Perico Ligero y pasando por el parage que se nomina Sabana Platanar avitación de Josefa de la Hoz... al arroyo que se nombra de pescadero.... a la cruz ya dha que permanece en la falda del Serro nombrado Sabana Gatos... al lindero nombrado Perico Ligero... a coger la línea que sigue de Perico Ligero a Loriza... y siguiendo la línea se encontró un parage que digeron llamarse el Pajonar y de éste pasó la pica a otro parage nombrado los genequenes... y pasando por la Sabana que se nombra Guanabanar... al derramadero de Loriza... de dho Loriza... a un parage que digeron llamarse la Sierra de Guacamayo por cuya falda... a salir al camino que sale de Isabel López al sitio de Molinero, y atravezando dicho camino... hasta salir al lindero que se nomina del Ojar... desde el lindero del Ojar de Isabel López... hasta encontrar el parage que

nombran el Caño de Lucía, el cual tiene agua permanente. ..hasta donde llaman las Playas del Caño de Iguana... en derechura al arroyo ya nombrado Sabana Platanar... hasta el primer lindero agua viva". (Fs. 23v. a 25 del cuaderno oposición).

ch) Que el 7 de septiembre de 1780 el mismo Gobernador y Comandante General de la Provincia de Cartagena, don Juan de Torrezar Díaz Pimienta, aprobó las diligencias practicadas por don Juan Miret, por medio del siguiente proveído:

"Vistos: Con lo expuesto por el Protector de Naturales se aprueban las dilig.as practicadas por D. Juan Miret para el deslinde y amojonamiento de tierras nombradas de Isabel López en el Partido de tierra adentro pertenecientes a Da Ana de Barros, a quien se ampara y mantiene en la posesión de ellas, devolviéndole los instrum.tos de propiedad que tiene presentados, y dándosele el testimonio q. solicita de este exped.te. Juan Pimienta. — Joaquín de Mosquera y Figueroa. — Proveyó y firmó el auto inmed.to el Sor.D. Juan de Torrezar Días Pimienta... Gov.or y Comandante gral. de esta ciudad y Provincia de Gartg.a de Ind.s.".

Dada la concatenación de los títulos anteriores, estima la Corte que la diligencia de deslinde de 1779 vino a aclarar y a precisar los linderos de la primitiva composición de tierras de 1724. Y como ese deslinde fue ordenado —y después aprobado— por el señor Gobernador de la Provincia de Cartagena, de ahí se deduce que debió confirmarse la expresada composición de tierras, si se tiene en cuenta que tal confirmación le correspondía al señor Gobernador en unión de los Oficiales Reales, de acuerdo con la cédula de San Lorenzo del Real de 1754.

De otro lado, en el presente asunto se practicó una inspección ocular con peritos, durante la cual pudo identificarse el terreno de la oposición, por los linderos que aparecen en la diligencia de deslinde de 1779. También se estableció que ese terreno está en parte comprendido dentro del lote de la propuesta.

Sobre este punto dijeron los peritos en su dictamen:

"En los pliegos que acompañamos como anexos a este escrito están consignados los datos y detalles y cálculos de las operaciones que hemos descrito y con cuyos resultados se ha dibujado el plano que también adjuntamos. En este plano el área sombreada y encerrada por el polígono marcado con los puntos C-XSabana Gato-Y, representa la porción de los llamados terrenos de la comunidad de Isabel López que queda comprendida dentro del lote solicitado en concesión por la Tropical Oil Company". (F. 50 v. del cuaderno número 8).

Pero si lo expuesto es suficiente para demostrar que las tierras de 'Isabel López" salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ¿cuál es el interés actual de los opositores?

Con este objeto se han presentado las siguientes pruebas:

1º Una decisión o fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga de 3 de noviembre de 1875, en que se hizo la siguiente declaración: "Que las ocho caballerías de tierras nombradas **'Tierras de Isabel López'** pertenecen en posesión y propiedad a los individuos siguientes: Manuel Esteban, José del Carmen i Felipa Fernández en una sexta parte, o sea una caballería, diez i seis fanegas, ocho almudes, treinta y dos varas cuadradas i seis pies, en porciones iguales; Isabel Barros en una sexta parte íntegra; Federico, Eustaquio i Juana de Mata Barros en una sexta parte, en porciones iguales; José Domingo, Santos, Manuel Tomasa, Jacinta y Manuela Arteta en otra sexta parte, también en porciones iguales; José Eugenio Esmeral, Daniel Escorcia i Nicolás Esmeral en otra sexta parte, también en porciones iguales; Manuel José, Juan, Félix, Micaela, Ana y Sumnamite Barros en otra sexta parte, también en porciones iguales. En consecuencia, éstos disfrutarán de las prerrogativas de dueños hasta que en juicio ordinario se decida que existe un tercero de mejor derecho que aquéllos, y para todo lo cual se interpone la autoridad del destino". (Fs. 36 v. a 38 del cuaderno oposición).

2° Copias de las escrituras números 86 de 18 de mayo de 1925 y 153 de 25 de octubre de 1939, de la Notaría de Sabanalarga, en la última de las cuales consta que Julio Arteta Coronell, Graciela y Rosana Arteta Coronell, Agustina Alba, Juan Victoriano Barros Fernández y otras personas, diciéndose copropietarios de las tierras de "Isabel López", se reunieron en junta de comuneros y designaron como Administrador de la Comunidad al doctor José Patrocinio Esmeral. (Fs. 2 a 5 del cuaderno número 8 y fs. 10 a 13 del cuaderno oposición).

3º Copia del acta de posesión del doctor José P. Esmeral como Administrador de la Comunidad

de las tierras de "Isabel López", de fecha 27 de octubre de 1939; y

4º Un Certificado de la Oficina de Registro de Sabanalarga de 26 de septiembre de 1944, en el cual aparece que se registraron debidamente los siguientes actos y escrituras: el fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga de 3 de noviembre de 1875, la escritura número 153 de 25 de octubre de 1939, la escritura número 86 de 18 de mayo de 1925 y la escritura número 15 de 26 de febrero de 1923. En ese certificado se hace constar además:

"Séptimo.—Que en el archivo de la Oficina de Registro aparecen diversos registros relacionados con traspasos de acciones, derechos y unidades de la Comunidad de las Tierras de Isabel López, en distintas fechas, pero que el suscrito Registrador no puede certificar la equivalencia de tales acciones.

"Octavo.—Que examinados los libros de registro de esta oficina en un período de más de treinta años, o sea desde el primero de enero de mil novecientos tres a esta fecha, no aparece que se haya dividido la Comunidad de Tierras de Isabel López".

Por estos documentos sólo se sabe que numerosas personas, diciéndose copropietarias de las tierras de "Isabel López", se reunieron en junta de comuneros en 1939 y designaron como Administrador de la Comunidad al doctor José P. Esmeral, pero no hay prueba alguna de que esas personas tuvieran evidentemente el carácter que invocaron al reunirse. Al contrario: de acuerdo con tales documentos la Comunidad de las tierras de "Isabel López" continúa integrada por las personas a que se refiere el fallo judicial de 3 de noviembre de 1875, ninguna de las cuales concurrió a la junta de 1939.

Siendo esto así, ¿cómo puede considerarse que el doctor José P. Esmeral es efectivamente representante de la mencionada Comunidad? Dónde el interés actual para la oposición?

El doctor Saúl Parra alega a este respecto:

"Ahora bien: si tenemos en cuenta que de autos consta la existencia del padrón de la Comunidad desde 1875 y además que en la formación del padrón de la Comunidad el administrador debe anotar como comunero no sólo a quien se lo solicita y comprueba su calidad de tal, sino también de oficio cuando "es notorio e indudable el derecho de un individuo" (inciso 3º del artículo 21 de la citada ley 95 de 1890), se llega a la conclusión forzosa de que el valor probatorio del padrón depende de la fe que le da la ley al dicho y a las resoluciones del administrador, puesto que su criterio prima en la apreciación de los títulos que se le presenten con las solicitudes de inclusión en el padrón, y en las inclusiones que haga de oficio en él".

Ante todo, conviene advertir que en 1875 no hubo junta de los comuneros de las tierras de "Isabel López" ni se designó administrador de la Comunidad. No puede hablarse por eso de padrón en esa época. Entonces lo que hubo fue una decisión judicial que declaró quiénes eran los dueños de dichas tierras, mientras no se demostrara en juicio ordinario que había otros dueños de mejor derecho.

De otra parte, si el inciso 3º del artículo 21 de la ley 95 de 1890 permite la inclusión de un comunero en el padrón cuando es notorio e indudable su derecho, eso no implica que pueda prescindirse de demostrar en juicio que el administrador ha sido designado en los términos del artículo 17 de la mencionada ley, o sea por verdaderos comuneros y en la forma como allí se prevé. Sin esta prueba, en el caso de autos ni siquiera se conoce el interés jurídico que sirva para legitimar la oposición.

Por esto mantiene ahora la Sala la tesis que sostuvo en sentencia de fecha 13 de febrero de 1946:

"Si la Comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios en la Comunidad están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio aludido.

"Comprobación de la copropiedad que, tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos si opera a partir de la fecha de la vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la de adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo.

"Habría de resultar, en efecto, de tales documentos si la propiedad del bien existe en común así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad.

"De otra parte, sólo en el caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se

hacen figurar como actuales comuneros podría ser tal comunidad organizada desde luego mediante el nombramiento de un administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la ley 95 de 1890 antes citada.

"....."

"Este punto fundamental de la designación del Administrador de la Comuidad está gobernado de manera especial por el mandato del artículo 17 de la citada ley 95 de 1890, según el cual hay Junta General de la Comunidad cuando concurra un número de comuneros que represente más de la mitad de todos los derechos en el bien común y es esa necesaria Junta General la que puede nombrar el Administrador por mayoría absoluta de votos". (GACETA JUDICIAL, Tomo LX, números 2029-2030-2031, pág. 281).

Por estas últimas razones no habrá de prosperar la oposición de que se trata.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no son fundadas las oposiciones consideradas en la parte motiva de esta providencia, formuladas a la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 105 de la Tropical Oil Company.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Jorge García Merlano, Ofl. Mayor.

REPRESENTACION EN JUICIO DE LOS DEPARTAMENTOS

1.—La representación judicial de un Departamento corresponde a su Gobernador, de conformidad con el artículo 114 de la Constitución Nacional, y cuando este artículo agrega: "pudiendo delegar esta representación conforme a la ley" no hace referencia al ordinal 3º del artículo 176 del C. J., que atribuía esa representación a los Fiscales de los Tribunales Superiores, sino a las disposiciones que en el Código de Procedimiento Civil reglamentan el mandato para gestionar en juicio.

2.—La norma del artículo 176, ordinal 3º, del C. J. quedó derogada por el artículo 89 del Acto Legislativo número 1 de 1945, que atribuyó a los Gobernadores de los Departamentos la representación de éstos en juicio, pues es imposible conciliar esas dos disposiciones.

3.—Una ley derogada no revive por las solas referencias que a ella se hagan.

4.—Un Departamento es persona jurídica según el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, y, por consiguiente, en juicio contra él no es necesaria la prueba de su personería.

5.—Quien no es legítimamente representante judicial de otro carece de interés legal para pedir la nulidad del juicio por indebida representación de aquél a quien él representó de esa manera. Por tanto, quien actuó en un juicio como representante de otro, no puede invocar y obtener la declaración de esa nulidad, porque, si ha sido legalmente representante, no hay lugar a declararla, y, de lo contrario, carece de interés legal para ello.

6.—Según los artículos 632 y 634 del C. J., las publicaciones que se hacen en los periódicos oficiales se presumen auténticas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

En el juicio ordinario de Francisco Urbano y Nelson Valencia contra el Departamento del Chocó dijo el señor Gobernador, al ser notificado del auto que admite la demanda, que la representación del demandado la tenía el Fiscal según la ley; pero el Tribunal Superior de Quibdó, en auto de 13 de junio del año próximo pasado, dijo que no aceptaba esa delegación y que continuaría teniéndose al notificado como representante en el juicio, salvo que su facultad la delegara observando las disposiciones generales sobre nombramiento de apoderado.

No desconoce el apelante que conforme al numeral 3º del artículo 59 del Acto Legislativo número 3 de 1910 era atribución del Gobernador llevar la voz del Departamento y representarlo en asuntos políticos y administrativos, y a los Fiscales de los Tribunales Superiores representarlo en las acciones que contra el Departamento se dirigieran y que debieran ventilarse ante dichos Tribunales (ordinal 3º, artículo 176 del C. J.); ni desconoce que el Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 194 de la Constitución codificada) atribuyó a los Gobernadores representar al Departamento en los negocios administrativos y judiciales. Motiva su alzada el alcance que da a la frase complementaria de ese ordinal: "Pudiendo delegar esta representación conforme a la ley", frase que a su entender se refiere a lo que la ley tenía determinado en ese momento, porque de no haber sido esa la intención del constituyente habría dicho: "Pudiendo delegar esta representación en la forma que determine la ley". En síntesis, el apelante cree hallar en aquella frase complementaria una referencia a lo dispuesto en el citado ordinal 3º del artículo 176 del C. J. y no a las disposiciones que en el Código de Procedimiento Civil reglamentan el mandato para gestionar en juicio.

Cuando el ordinal 3º del artículo 89 del Acto Legislativo número 1º de 1945 dijo que el Gobernador representaría al Departamento en los negocios judiciales, quitó esa representación al Fiscal del Tribunal, luego en esa parte quedó tácitamnete derogado el ordinal 3º del artículo 176 del C. J. dada la imposibilidad de conciliar esas dos disposiciones (artículos 71 del C. C.). Como la Constitución es ley reformatoria y de-

rogatoria de la legislación preexistente; como se estima insubsistente una disposición legal por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores (artículos 3º y 9º, Ley 153 de 1887), y como una ley derogada no revive por las solas referencias que a ella se hagan, no puede tenerse como vigente aquella parte de que se viene haciendo mérito del ordinal 3º, artículo 176 del C. J., aun cuando fuera aceptable, que no lo es, que a ella se refiriera la frase complementaria antes transcrita.

En el incidente de nulidad de lo actuado sostiene el señor Gobernador que el actor ha debido presentar con la demanda la prueba de que existe el Departamento del Chocó y de que él es su Gobernador, prueba que echa de menos.

Considera el Tribunal, en auto de 3 de agosto del año próximo pasado que ahora se revisa, que esa prueba no es necesaria en el presente caso por ser el Departamento persona jurídica según el artículo 80 de la ley 153 de 1887; y porque, según cita que hace de providencia de la Corte (G. J., T. 54, pág. 167) "ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegítimamente la representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla; y si ha sido legalmente representante, no hay lugar a declararla".

A lo anterior se agrega que según los artículos 632 y 634 del C. J. las publicaciones que se hacen en los periódicos oficiales se presumen auténticas y que tanto la ley que creó el Departamento del Chocó como el Decreto del señor Presidente de la República sobre nombramiento del doctor Sergio Abadía Arango para Gobernador de esta entidad están publicados en el "Diario Oficial".

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA los dos autos apelados.

Reconócese al doctor Adán Arriaga Andrade como apoderado especial del Departamento del Chocó, quien reasumió el poder que anteriormente había sustituído en el doctor Oswaldo Rengifo.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado — Luis Rafael Robles—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN JUICIO EJECUTIVO DE IMPUESTOS NACIONALES (SUCESIONES)

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenía facultad legal para revisar la liquidación hecha por la Administración de Hacienda de Boyacá y fijar el monto del impuesto. En firme la resolución, tenía fuerza obligatoria y para su revisión a fin de que se declarara su ilegalidad y fuera corregida y restablecido el derecho violado, existía a la hora de la demanda la acción contencioso administrativa consagrada en los artículos 62 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Correspondiendo al Consejo de Estado anular o corregir la Resolución Ministerial, no era procedente recurrir para ello a la justicia ordinaria, porque ésta no puede, sin usurpar jurisdicción, asumir funciones de aquella rama de la administración.

No se desconoce, pues, la facultad legal para hacer revisar en juicio ordinario las sentencias de excepciones y la de pregón y remate, ni que el campo exceptivo en juicios por jurisdicción coactiva tiene hoy radio más extenso que el que tenía en el anterior Código Judicial; lo que se afirma es que conforme a la organización actual y existente a la hora de iniciarse la acción, el conocimiento de lo que es cuestión de fondo en el pleito estaba ya atribuído a jurisdicción distinta de la ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

El presbítero Olegario Albarracín dejó en su testamento el potrero "Piedramesa" para que con la mitad de su valor mandara el Obispo de Tunja aplicar misas de acuerdo con la intención del testador y por los de su mayor obligación, y para que contribuyera con la otra mitad a la obra de las misiones católicas de cualquier parte del mundo donde lo juzgara necesario.

En la sucesión del donante fue avaluado el inmueble en doce mil pesos ($ 12.000.00) en razón de que era tierra de primera clase con cabida de quince fanegadas. La liquidación del impuesto de sucesiones fue objetada y por apelación de la nueva providencia resolvió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 29 de octubre de 1938, que el monto líquido debido por impuesto era de mil doscientos pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 1.200.55). Dijo también que por lo que correspondía a la señora Elvira Sarmiento de Quiñones debía pagar ésta cuatro mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos con cuatro centavos ($ 4.484.04).

La Administración de Hacienda Nacional de Boyacá ejecutó a la herencia por $ 3.337.41, saldo de lo que entonces debía por impuesto de sucesiones. El potrero de "Piedramesa" fue presentado entre otros bienes, para el pago, y en esa ejecución fue avaluado en tres mil ochocientos pesos ($ 3.800.00), pues hallaron los peritos que era tierra de segunda clase y de área aproximada de cinco y media fanegadas. La actuación se adelantó hasta dictar sentencia de pregón y remate, el 12 de abril de 1940, momento en el cual se hizo el pago.

La parte ejecutada propuso oportunamente como principal la excepción de ilegalidad de la liquidación y como subsidiarias las de error y nulidad de la misma. Fundó la primera en que por ser legado especial, **sui generis**, la asignación de la mitad del potrero de "Piedramesa" para mandar a aplicar misas por la intención del Presbítero Albarracín, no había disposición alguna que lo gravara con impuesto de asignaciones; y porque la otra mitad estaba exceptuada de impuesto por dos razones: porque el señor Obispo de Tunja tenía hecha la afirmación de que había resuelto invertir esa parte del legado en las misiones de Colombia, y porque de acuerdo con los artículos 11, 25 y 31 del Concordato vigente y el convenio suscrito por la Santa Sede y el Gobierno de Colombia, el 27 de diciembre de 1902, dan a las misiones católicas de la República el carácter de instituciones destinadas exclusivamente a la asistencia social, a la difusión de la

instrucción y al adelanto de la ciencia en el país, instituciones a las cuales se refiere para la exención del impuesto de sucesiones el ordinal 3°, artículo 25, ley 63 de 1936. El error de la liquidación lo hizo derivar del en que incurrieron los peritos respecto de la extensión y calidad del terreno; y la nulidad alegada la hizó consistir en no haber sido el Ministro sino su Secretario quien firmó la liquidación del impuesto. Los peritos que en esa articulación intervinieron como avaluadores le asignaron al predio "Piedramesa" el valor de tres mil quinientos pesos ($ 3.500).

Esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de noviembre de 1939, declaró no probada la excepción principal y la última subsidiaria, e improcedente la segunda, por las siguientes razones: porque si la asignación para misas no podía considerarse como legado de beneficencia sí estaba comprendida en el grupo E de la tarifa fijada por el artículo 13 de la ley 63 de 1936, y porque al no estar probado con certificado oficial que las misiones católicas están sometidas en Colombia a la inspección y vigilancia del Gobierno en cuanto al manejo e inversión de bienes y derechos adquiridos por asignación y donación, como lo establece el decreto número 1020 de 7 de mayo de 1936, en el ordinal i) del artículo 17, dichas instituciones no podían gozar de la exención de que se trataba; porque la corrección del error en el avalúo practicado para el cobro de los impuestos establecidos en la ley 63 de 1936 estaba sujeta a normas que esa ley fija en el artículo 40 y no era la Sala la que podía modificarla sino el juez de la causa mediante el trámite de un incidente; porque el C. P. y M. impone al Secretario suplir las faltas accidentales del Ministro, y porque se presume que los actos de los empleados públicos están ajustados a la ley.

En libelo de 4 de octubre demandaron a la Nación el excelentísimo señor Obispo de Tunja y la señora Elvira Sarmiento de Quiñones para que en juicio ordinario se declare: Que son ilegales las sentencias de pregón y remate y de excepciones y por tanto no obligan en cuanto se refieren a los impuestos de la masa global hereditaria; que la liquidación de los impuestos en referencia hecha por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 29 de octubre de 1938, es ilegal en cuanto se refiere a los impuestos a cargo de los actores limitados al potrero de "Piedramesa" y que por tanto, no estaban, ni están obligados a pagar esos impuestos, y que la Nación está obligada a devolver el valor de ellos con los respectivos intereses. Subsidiariamente, que aquellas sentencias de pregón y remate y de excepciones no obligan en cuanto se refieren al exceso de impuesto de masa global y sucesiones sobre las cantidades que los actores debían pagar teniendo en cuenta el precio de $ 3.500.00 señalado por los peritos al predio de "Piedramesa", durante la tramitación de las excepciones, o el comercial que el predio hubiera tenido en la fecha del avalúo o inventarios, y que en esa diligencia incurrieron los peritos en error grave al fijar el valor del predio; que la liquidación del impuesto que hizo el Ministerio es ilegal y no obliga a los actores en cuanto excedan de las cantidades que debían pagar, en caso de estar obligados a ello y de acuerdo con el valor de $ 3.500.00, o el comercial que hubiera tenido en la época del avalúo en el juicio de sucesión, y que la Nación no tenía derecho a percibir ni lo tiene a retener y por tanto debe devolver, con sus intereses, lo que cobró y recibió por el citado impuesto sobre el excedente del precio de $ 3.500.00 que es el que realmente corresponde al terreno de "Piedramesa".

El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de 23 de febrero último, oportunamente apelada por ambas partes, negó las declaraciones solicitadas como principales, y condenó a la Nación a devolver a los demandantes la suma que resulte de restar de la cantidad que recibió por concepto de los impuestos pagados por el legado de "Piedramesa" la que corresponda por dichos impuestos sobre $ 3.650.00, considerando al asignatario dentro del grupo D de la tarifa establecida por el artículo 13 de la ley de 1936, previa nueva liquidación, pero sin intereses del exceso que ha de devolverse.

El fallador de primera instancia consideró que el alma del testador y las misiones católicas no eran las legatarias sino el señor Obispo de Tunja, y que siendo modal la asignación quedaba comprendida en el grupo D de la tarifa señalada en el artículo 13 de la ley 63 de 1936 en lo que la liquidación del impuesto se refiere a "Piedramesa", y que, por tanto, no debían prosperar las peticiones principales de la demanda.

Para sostener la prosperidad de las peticiones subsidiarias se fundó en que los peritos en el juicio de sucesión habían incurrido en error grave en cuanto a la calidad y la extensión o cabida del fundo de "Piedramesa", pues resulta que el terreno no es de primera sino de segunda clase y sólo de cinco fanegadas y media y no de quince como ellos computaron, errores que llevaron a

quienes hicieron la liquidación del impuesto de sucesiones a imponer un gravamen mayor del que justamente correspondía deducir, razón por la cual debía darse aplicación al 2318 del C. C., considerando que la Nación recibió de buena fe porque los responsables del error no fueron sus empleados sino quienes avaluaron en el juicio de sucesión.

Aun cuando no se practicó en este juicio ordinario peritazgo alguno se les dio valor probatorio a los trasladados de aquel juicio y del ejecutivo; y en cuanto a la sentencia de esta Sala de la Corte que queda citada se limitó a decir dicho fallador que ella era revisable, de acuerdo con la doctrina del artículo 1030 del C. J.

No se indica en la demanda hecho especial para fundar las peticiones referentes a la sentencia de excepciones de 28 de noviembre de 1939 y a la de pregón y remate del 12 de abril de 1940, pero por la anterior narración se comprende que obedecen las peticiones a que la primera no declaró ilegal, errónea o nula la liquidación que en último término hizo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que fijó el monto de lo que por impuesto de sucesiones debían pagar los actores como asignatarios de bienes que al morir dejó el Presbítero Olegario Albarracín R.; y la segunda en que a pesar de la ilegalidad, error o nulidad de la Resolución se ordenó llevar adelante la ejecución como había sido decretada.

Las otras declaraciones se fundan en que dado el error en que incurrieron los peritos que avaluaron el predio de "Piedramesa", en el juicio de sucesión, no se debía, ni se debe de manera justa sino parte de lo que se ordenó pagar.

De todo lo anterior se concluye que si no es nula, o si no se puede declarar ilegal, en todo o en parte la citada Resolución ministerial, no se pueden hacer las declaraciones solicitadas.

Lo relacionado con la jurisdicción y competencia debe ser siempre materia de estudio previo por parte del juzgador a quien se dirige el peticionario en demanda de decisión alguna, para no avocar el conocimiento y dar lugar a actuaciones que al fin pueden resultar nulas, con manifiesto perjuicio para los interesados.

Refiriéndose a la competencia en el caso de autos dice la Procuraduría:

"Después de un detenido estudio del problema debatido en el presente negocio, la Procuraduría ha llegado a la conclusión de que no es el caso de entrar a estudiar a fondo en este juicio las razones de orden jurídico que pudieran asistir al demandante para obtener de la justicia ordinaria las declaraciones impetradas, ni los fundamentos de orden legal que sirvieron de base al H. Tribunal Superior de Tunja, para dictar la providencia recurrida. Es decir, si debe declararse la nulidad de las providencias a que el demandante hace referencia en el libelo por ser ilegales y no tener carácter obligatorio para sus representados, o si, por el contrario, tales providencias deben mantenerse y surtir sus efectos en los términos en que están concebidas.

"A tal conclusión ha llegado la Procuraduría, por considerar que la presente acción se ha encauzado por una vía equivocada ya que, en opinión de este despacho, no es precisamente la vía ordinaria la indicada para obtener los pedimentos de la parte actora y porque, en consecuencia, carece de competencia la justicia ordinaria para conocer de este negocio y se configura claramente el error jurídico de petición de modo indebido en que incurrió el demandante". Y saca estas conclusiones:

"a) Los puntos debatidos en este juicio ordinario son exactamente los mismos que se discutieron en el ejecutivo;

"b) La controversia planteada se refiere directa y exclusivamente a un asunto de impuestos de carácter nacional;

"c) Las peticiones de los demandantes tienen como único fin, obtener la devolución del valor de esos impuestos que se cobraron con base en una liquidación equivocada;

"d) Tratándose, como en efecto se trata, de un asunto relativo exclusivameite a impuestos, los interesados han debido hacer la reclamación por la vía gubernativa y, si era el caso, acudir a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; y

"e) La competencia para el conocimiento de negocios relativos a reclamaciones sobre impuestos, como el caso que se contempla, está expresamente atribuída a la justicia de lo Contencioso Administrativo, y, por tanto, la justicia ordinaria carece de competencia para conocer del presente juicio".

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenía facultad legal para revisar la liquidación hecha por la Administración de Hacienda de Boyacá y fijar el monto del impuesto. En firme la Resolución tenía fuerza obligatoria y para su revisión a fin de que se declarara su ilegalidad y fuera corregida y restablecido el derecho violado, existía a la hora de la demanda la acción contencioso administrativa consagrada en los artículos 62 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Correspondiendo al Consejo de Estado anular o corregir la Resolución Ministerial, no era procedente recurrir para ello a la justicia ordinaria, porque ésta no puede, sin usurpar jurisdicción, asumir funciones de aquella rama de la administración.

No se desconoce, pues, la facultad legal para hacer revisar en juicio ordinario las sentencias de excepciones y la de pregón y remate, ni que el campo exceptivo en juicios por jurisdicción coactiva tiene hoy radio más extenso que el que tenía en el anterior Código Judicial; lo que se afirma es que conforme a la organización jurídica actual y existente a la hora de iniciarse la acción, el conocimiento de lo que es cuestión de fondo en el pleito estaba ya atribuído a jurisdicción distinta de la ordinaria.

Como la falta de jurisdicción que se anota no es susceptible de enmendarse con la prórroga que de ella hicieran las partes, pues se trata de jurisdicción no prorrogable, es el caso de proferir de plano la nulidad de lo actuado en las dos instancias del juicio.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara NULO lo actuado en las dos instancias de este negocio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado — Luis Rafael Robles — Humberto Gómez Naranjo (Conjuez)—**Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

Según lo establece el artículo 10 de la ley 160 de 1936, son de propiedad particular los petróleos adjudicados como minas durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912, artículo que estuvo vigente desde el 23 de noviembre de este año hasta el 15 de noviembre de 1913, fecha en la cual fue sancionada la ley 75 del mismo año, por medio de la cual se derogó expresamente el artículo 112 de la ley 110 de 1912.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El señor Octavio Archila solicitó del Gobierno Nacional en contrato de exploración y explotación de petróleos un globo de terreno de una extensión de treinta y ocho mil setecientas cincuenta (38.750) hectáreas, situado en el Municipio de Lorica, del Departamento de Bolívar, y comprendido por los siguientes linderos:

"Como punto de referencia se ha tomado un mojón de concreto localizado en el sitio 'La Candelaria', Departamento de Bolívar, fijado astronómicamente y cuyas coordenadas geográficas son las siguientes: Latitud nueve grados once minutos cuarenta y tres segundos, punto siete (9º 11' 43" .7). Norte: Longitud setenta y seis grados cero cero minutos treinta y cuatro segundos, punto ocho (76º 00' 34" .8) al Oeste de Greenwich. De este mojón se sigue en línea recta con rumbo al Este, por una distancia de mil novecientos noventa metros (1990 mts.) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra "A", de partida de la alinderación. 1. Del punto "A" se sigue en línea recta con rumbo Norte veinte grados trece minutos Este (N. 20º 13' Este) por una distancia de doce mil trescientos setenta metros (12.370 mts.) hasta dar en el punto marcado en el plano de la letra "B" (lindero común con la propuesta aceptada al señor Manuel Toro. 2. Del punto "B" anterior se continúa por una línea recta con rumbo Norte setenta grados diez y siete minutos Este (N. 70º 17' E.) por una distancia de dos mil setecientos diez metros (2.710 mts.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "C", situado en la margen izquierda del río Sinú. 3. Del punto "C" anterior se continúa por la misma margen izquierda del río Sinú, aguas arriba, a dar en el punto marcado en el plano con la letra "D". La línea recta que une los puntos "C" y "D" tiene un rumbo de Sur diez y siete grados nueve minutos Este (S. 17º 09' E.) y una longitud de treinta mil sesenta metros (30.060 mts.). 4. Del punto "D" anterior se sigue en línea recta con rumbo de Norte sesenta y nueve grados treinta minutos Oeste (N. 69º 30' W.) y distancia de quince mil doscientos ochenta metros (15.280 mts.) a dar en el punto marcado en el plano con la letra "E". 5. Del punto "E" anterior se sigue en línea recta con rumbo Sur veinte grados treinta minutos Oeste (S. 20° 30' W.) y por una distancia de cuatro mil ochocientos sesenta metros (4.860 mts.) a dar en el punto marcado en el plano con la letra "F". 6. Del punto "F" anterior se continúa en línea recta con rumbo Norte sesenta y nueve grados veintidós minutos Oeste (N. 69º 22' W.) y por una distancia de cinco mil veinte metros (5.020 mts.) a dar en el punto marcado en el plano con la letra "G", vértice sureste de la propuesta aceptada al señor Manuel Toro. 7. Del punto 'G" anterior se sigue en línea recta con rumbo Norte veinte grados trece minutos Este (N. 20º 13' E.) y por una distancia de catorce mil quinientos treinta metros (14.530 mts.) a dar en el punto de partida "A" (lindero común con la propuesta número 197 aceptada al señor Manuel Toro)". °

Admitida la expresada propuesta por el Ministerio de Minas y Petróleos, por resolución de quince de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, la "Compañía Explotadora de Petróleos, S. A.", por medio de apoderado, se opuso a la celebración del contrato solicitado por el señor Archila, alegando que dentro de los linderos de la propuesta estaba comprendida una mina de petróleo de su propiedad particular denominada

"El Salado", situada "a dos leguas de distancia de la hacienda Santa María" y alinderada así:

"Colocado el perito en un pozuelo o manifestación de petróleo, que está en el lugar nombrado 'El Salado', midió mil quinientos (1.500) metros hacia el este; luégo de este punto midió mil quinientos (1.500) metros hacia el norte, donde se colocó el primer mojón; de aquí hacia el oeste se midieron tres mil (3.000) metros, donde se puso el segundo mojón; de aquí hacia el sur se midieron tres mil (3.000) metros, donde se colocó el tercer mojón; de este punto se midieron tres mil (3.000) metros hacia el oeste, donde se colocó el cuarto mojón; y de aquí hacia el norte se midieron mil quinientos (1.500) metros) hasta cerrar la figura".

Con motivo de esta oposición y de las pruebas presentadas, el Ministerio envió el negocio a esta Sala de la Corte, para que aquí se resolviera sobre las pretensiones de la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A., mediante el juicio breve y sumario previsto por la ley.

Durante el trámite en la Sala, no ha habido lugar a nuevas pruebas. Y como ya las partes han tenido la oportunidad de alegar en defensa de sus intereses, se procede ahora a dictar la decisión que corresponda.

Los títulos

Para los fines de su oposición, la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A., ha presentado las siguientes pruebas:

1º Copia de la escritura pública número 1153 de 1º de diciembre de 1913 de la Notaría de Cartagena, en que aparece protocolizado el título de adjudicación de la mina de petróleo "El Salado", título que fue expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 9 de octubre de 1913, en favor de Diego Martínez & Cía., de Cartagena, Diego Martínez & Cía., de Lorica, Manuel Burgos & Cía., de Berástegui y Prisciliano Cabrales, de Montería. Según consta en dicha escritura, el referido título fue registrado en el Libro Nº 1 el 15 de octubre de 1913, en la Oficina de Registro del Bajo Sinú, con sede en Lorica.

2º Copia de la escritura pública número 279 de 20 de abril de 1920 de la Notaría Segunda de Cartagena, en que figura protocolizado un recibo expedido el 12 de febrero del mismo año por el señor Administrador de Hacienda Nacional de Cartagena, sobre consignación de ochenta pesos ($ 80.00), "en pago del derecho a perpetuidad, de conformidad con el artículo 3º de la ley 59 de 1909, de la mina de petróleo denominada "El Salado", situada en el Municipio de Lorica".

3º Copia de las escrituras números 1274 de 29 de diciembre de 1913, 341 de 13 de abril de 1914 y 300 de 31 de mayo de 1938, todas de la Notaría de Cartagena. Por la primera escritura nombrada se constituyó la sociedad "Compañía Explotadora de Petróleo del Río Sinú", con el objeto de "poner en estado de explotación" varias minas de petróleo, entre ellas la mina "El Salado", aportada a la sociedad por sus primitivos dueños; por la escritura número 341 se hicieron algunas modificaciones a la de constitución de la sociedad mencionada, como la de cambiarle el nombre por el de "Compañía Explotadora de Petróleos, S. A.", a la cual se le traspasó en ese acto el activo y el pasivo de la "Compañía Explotadora de Petróleo", con la expresa manifestación de que la mina de petróleo "El Salado" hacía parte del activo traspasado.

4º Un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Lorica de fecha 18 de agosto de 1945, en el cual constan las distintas tradiciones de dominio relacionadas, a partir de la adjudicación de la mina de petróleo, y en donde aparece que la propiedad actual de ésta corresponde a la "Compañía Explotadora de Petróleos, S. A."

5º Y un certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena de 28 de julio de 1945, sobre la existencia de la "Compañía Explotadora de Petróleos, S. A." y sobre la persona de su actual gerente.

La idoneidad de los títulos

Según se desprende de la escritura pública número 1153 de 1º de diciembre de 1913 de la Notaría de Cartagena, el título de la mina de petróleo "El Salado" fue expedido en forma legal por la Gobernación del Departamento de Bolívar, mientras estuvo en vigencia el artículo 112 de la ley 110 de 1912. Allí aparece el aviso del descubrimiento de la mina, dado ante el Alcalde Municipal de Lorica el 1º de abril de 1913; el correspondiente escrito de denuncia; la diligencia de mensura, amojonamiento y posesión de la mina, mediante el cumplimiento previo de los requisitos de carteles, pregones, etc.; la constancia del pago de los derechos fiscales; la orden de expedir el título, y la adjudicación propiamente

dicha, o sea la expedición del título el 9 de octubre de 1913, con las firmas del Gobernador y del Secretario de Hacienda del Departamento de Bolívar. Consta igualmente que este título fue debidamente registrado.

De lo dicho se deduce que la **mina de petróleo** "El Salado' 'es de propiedad particular, ya que aquí se trata de uno de los casos previstos en el artículo 10 de la ley 160 de 1936, como lo reconoce el mismo señor Procurador Delegado en lo Civil, en los siguientes apartes de su alegato ante la Corte:

"Efectivamente, según lo establece el artículo 10 de la ley 160 de 1936, son de propiedad particular los petróleos adjudicados como minas durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912,

"Este artículo estuvo vigente desde el 23 de noviembre de 1912 hasta el 15 de noviembre de 1913, fecha en la cual fue sancionada la ley 75 de aquel año, por medio de la cual se derogó expresamente. Las diligencias de adjudicación de la mina "El Salado" se iniciaron con el aviso correspondiente ante el señor Alcalde Municipal de Lorica el día 1° de abril de 1913 y el título fue registrado el día 15 de octubre de 1913, es decir, antes de que hubiera dejado de regir el artículo 112 citado.

"Establece el mismo artículo 10 de la ley 160 de 1936 que cuando se trate de minas de petróleo así adjudicadas, al interesado particular le bastará presentar, para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la misma ley, el título de adjudicación expedido por autoridad competente, o sea, por el Gobernador del Departamento respectivo, para que se considere cumplida la exigencia de demostrar que el petróleo es de propiedad privada.

"En el caso presente, la Compañía opositora ha dado cabal cumplimiento a las exigencias del artículo 10 de la ley 160, de manera que nó hay observación alguna qué formular en cuanto a la validez jurídica del título".

De otra parte, según los demás títulos aducidos, la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A. es actualmente dueña de la **mina de petróleo** "El Salado", en virtud de sucesivas tradiciones de dominio.

La ubicación de la mina

De acuerdo con la finalidad de las oposiciones en materia de petróleos, la de ahora tiende a que no se celebre el contrato propuesto por el doctor Octavio Archila, "en relación con el petróleo que pueda encontrarse dentro de la mina denominada "El Salado", que queda dentro de la alinderación de la mencionada propuesta número 258", según manifestación de la propia compañía opositora.

Sin embargo, en este juicio no hay prueba alguna que permita saber si la **mina de petróleo** "El Salado" está comprendida dentro del área de la propuesta del señor Archila. La circunstancia de haberse tomado como punto de referencia para la determinación o alinderación de la mina "un pozuelo o manifestación de petróleo", no deja duda sobre la necesidad que había de verificar su exacta ubicación sobre el terreno, para la demostración que ahora se echa de menos.

Ya desde que la oposición estuvo a conocimiento del Ministerio de Minas y Petróleos, y con razones que no han sido desvirtuadas durante el presente juicio, dijo la Sección Técnica:

"Como ni en este plano ni en los mápas oficiales aparece el 'pozuelo o manifestación de petróleo' que debía servir de punto arcifinio de referencia para la alinderación de la mina, y como ni siquiera figura 'el lugar nombrado El Salado', este Servicio carece de bases para conceptuar acerca de si es aproximada o no la ubicación que le fijan los interesados".

Falta en este caso, por consiguiente, una de las demostraciones necesarias en toda oposición, ya que, como lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, no puede reputarse suficiente la presentación de un título para impedir un acto administrativo, en tanto no se compruebe que el bien por él protegido quedaría vulnerado con el acto que la administración proyecta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECIDE que no es fundada la oposición de la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A. a que se ha hecho referencia, la cual fue formulada a la propuesta de exploración y explotación de petróleos del señor Octavio Archila.

El doctor Germán Silva Azuero es apoderado de la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A., de acuerdo con el poder que para esta oposición le confirió el señor Henrique G. de Pombo, gerente en ejercicio de la mencionada Compañía.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION POR RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — EL MANDATO JUDICIAL CONFERIDO EN REPRESENTACION DE UN INCAPAZ POR SU REPRESENTANTE LEGAL NO QUEDA INSUBSISTENTE POR EL SOLO HECHO DE CESAR ESTE EN SUS FUNCIONES — LA SOLA AFIRMACION DE QUE EL PERJUDICADO VIAJABA EN SU CONDICION DE DEPENDIENTE DE LA ENTIDAD DEMANDADA NO ES DEMOSTRACION SUFICIENTE DE QUE SE EJERCE ACCION DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. — NOCION DE PERJUICIO MORAL

1. — Otorgado un poder judicial por un REPRESENTANTE LEGAL, padre, tutor o curador, etc. (artículo 62 C. Civil), y aceptado y desarrollado en el juicio el mandato, a la representación así otorgada, no la termina la mera circunstancia de que el constituyente del poder haya dejado de ser representante legal. La procuración subsiste, y el Juez de la causa no puede desconocerla mientras no se le haga saber una voluntad en contrario por quien tenga facultad para revocar o sustituir.

2.—Cierto que algunos de los hechos de la demanda hablan de que el occiso era dependiente de la Nación, y que en su carácter de empleado viajaba en el avión del siniestro. Esta circunstancia, sin embargo, la trae a cuento el libelista como una justificación de que don Francisco Zapata viajara en el día de la tragedia en un avión militar. Esa circunstancia no arguye, de suyo, una intención de encarrilar la demanda hacia una declaración de perjuicios por incumplimiento o mala ejecución de un contrato.

3.—Consisten los perjuicios morales —según lo entiende la jurisprudencia— en el "ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas. Se aprecian bajo el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima del accidente. Su demostración, como en el caso SUB LITE puede aceptarse por medio de una presunción simple fundada en los vínculos familiares acreditados plenamente. La presunción en esta forma, tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del C. Judicial". (Sentencia de la Sala de Negocios Generales. Septiembre 27 de 1946).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

La caída del avión marca Ford número 642 en la base aérea llamada "Germán Olano" o Palanquero, ocurrida el 15 de agosto de 1941, ha dado lugar al lanzamiento de la presente acción de perjuicios contra la Nación, dueña de dicho aparato.

La ha entablado el doctor Marco Naranjo López en su propio nombre y como apoderado de las señoras Ana Rosa Herrera de Zapata, Concepción, Matilde, Inés, Carmen, Rosa María, María Teresa, y de Carlos, Luis y Jorge Enrique Zapata Herrera, y Ana María Zapata de Bueno y Rebeca Zapata de Bernal.

En la demanda, dirigida al H. Tribunal de Bogotá, el doctor Naranjo pide que se declare:

"A) Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios causados a Ana Rosa Herrera de Zapata, Inés, Concepción, María Teresa, Matilde, Carlos, Carmen, Rosa María, Luis y Jorge Zapata Herrera y a Ana María Zapata de Bueno y a Rebeca Zapata de Bernal, o subsidiariamente a Francisco Zapata, mediante la caída del avión marca Ford número seiscientos cuarenta y dos, ocurrida el día quince de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en la Base Aérea llamada "Germán Olano" o "Palanquero", a consecuencia de la cual murió el citado Francisco Zapata; sea que tales perjuicios se deban al solo hecho dañoso del avión, que puede imputarse a culpa civil de la Nación; sea que se deban a hecho o culpa civil de los dependientes de la Nación; sea que se deban a culpa civil realmente cometida por la Nación; o bien que se deban a estas diversas causas a la vez.

"B) Que, en consecuencia, la Nación está obligada a pagar, dentro del término legal, de una parte a los citados Ana Rosa Herrera de Zapata, Inés, Concepción, Matilde, Carlos, Carmen, Rosa María, Luis y Jorge Zapata Herrera, y a Ana María Zapata de Bueno, y, por otra parte al suscrito Marco Naranjo López, en la proporción indicada por los contratos del diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y dos y del diez y seis de febrero del presente año que se enuncian en los hechos de esta demanda —o subsidiariamente sólo a los primeros que son mis mandantes— la suma de pesos que se fije en forma legal como valor en dinero de la indemnización correspondiente a los perjuicios causados a los mismos Ana Rosa Herrera de Zapata, Inés, Concepción, Matilde, Carlos, Carmen, Rosa María, Luis y Jorge Zapata Herrera y a Ana María Zapata de Bueno, y además, a María Teresa Zapata y a Rebeca Zapata de Bernal, con la caída del avión mencionado en las circunstancias indicadas ya, más los intereses legales de esa suma liquidados desde la fecha de la muerte de Francisco Zapata hasta el día del pago.

"C) Subsidiariamente a las peticiones formuladas bajo el ordinal B) inmediatamente anterior:

"Que la Nación está obligada a pagar, dentro del término legal, a la sociedad conyugal que había sido formada por Ana Rosa Herrera de Zapata con Francisco Zapata, sociedad hoy disuelta y representada o constituída por el cónyuge sobreviviente Ana Rosa Herrera de Zapata y por los herederos de don Francisco Zapata, la suma de pesos que se fije en forma legal como valor en dinero de la indemnización correspondiente a los perjuicios causados al mismo don Francisco Zapata o a dicha sociedad conyugal, con la caída del avión mencionado en las circunstancias expresadas, más los intereses legales de esa suma liquidados desde la fecha de la muerte de don Francisco Zapata hasta el día del pago.

"D) Para el caso de no fijarse el monto de la indemnización dentro del que se inicia, pido que se ordene su fijación con arreglo al procedimiento sumario previsto por el artículo 553 del C. J."

La demanda ha sido estimada en más de veinte mil pesos, y en derecho está principalmente fundada en las disposiciones reglamentarias de la Responsabilidad Civil por los Delitos y las Culpas que se hallan contenidas en el Título 34, Libro 4º del C. C., y el artículo 15 de la Constitución. Subsidiariamente en los Títulos 12 y 26 de los mismos Libro y Código, en el artículo 1506 ibídem, el Título 15, Libro 2º del C. de Co. Terrestre y las disposiciones sobre aeronáutica. En lo procedimental pide que se apliquen los reglamentos del juicio ordinario de mayor cuantía.

De los diez y siete hechos que enumera la demanda, puede hacerse este extracto:

Que el avión número 642 arriba nombrado, pertenecía a la Nación y estaba cuidado por ella el día 15 de agosto de 1941, fecha en la cual arrancó de la base aérea llamada Germán Olano o Palanquero que también pertenece a la Nación (hechos 1º y 4º).

Que el avión iba manejado por dependientes del Gobierno Nacional y operaba con autorización de los superiores del Ramo de Aviación Nacional (hecho 5º).

Que en momentos en que el avión tomaba altura con dirección a Bogotá, se vino violentamente a tierra quedando gravemente heridas varias personas, entre las cuales estaba don Francisco Zapata. Este formaba parte del servicio civil de la mencionada base aérea; tenía derecho a viajar en los aviones oficiales, y había solicitado y obtenido puesto en el número 642 para viajar a Bogotá en donde residía su familia. (Hechos 2º, 3º y 6º).

Que los perjuicios se produjeron "bien por el solo hecho dañoso del avión mencionado, que puede imputarse a culpa civil cometida por la Nación por causa o con ocasión del establecimiento y funcionamiento del servicio público de aviación, o por causa o con ocasión de la construcción, explotación, uso o guarda en general de la Base Aérea llamada Germán Olano o Palanquero y del avión mencionado; bien por hecho o culpa civil de alguno de los dependientes de la Nación, cometida por causa o con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas al servicio público de aviación; ya por virtud de culpa civil realmente cometida por la Nación o por sus representantes por causa o con ocasión del establecimiento y funcionamiento del servicio público de aviación, o por causa o con ocasión de la construcción, explotación, uso o guarda en general de la Base Aérea llamada Germán Olano o Palanquero y del avión mencionado; o bien, por virtud de todas las causas que se dejan indicadas". (Hecho 14).

Que don Francisco Zapata vivía en completa armonía con su familia que la constituían la señora Ana Rosa Herrera de Zapata, con quien había contraído matrimonio, y en quien había tenido estos hijos que vivían todos cuando ocurrió el accidente, con excepción de Francisco. (Hechos 7º, 8º y 13).

Que de los hijos que viven, María Teresa pertenece a una comunidad religiosa; Matilde y Carmen son inhábiles para trabajar por enfermedad; Inés es de edad escolar y Jorge está en la etapa de preparación profesional. Los demás, aunque pueden trabajar, apenas alcanzan a satisfacer sus propias necesidades.

Que la viuda, por su edad, es inhábil para el trabajo. Don Francisco con su trabajo la sustentaba, lo mismo que a Matilde, Carmen, Inés y Jorge, pues era relativamente joven y poseedor de buenas condiciones físicas, intelectuales y profesionales, etc. (Hechos 10, 11 y 12).

Que a doña Ana Rosa Herrera de Zapata le cedieron sus hijas María Teresa y Rebeca sus acciones para hacerse indemnizar por la muerte de su padre, y al doctor Marco Naranjo López le han cedido parte de sus derechos la viuda y algunos de los herederos de don Francisco Zapata.

Descorrió el traslado de la demanda el señor Fiscal Primero del Tribunal de Bogotá y al señor Síndico Recaudador del impuesto de sucesiones se le dio el aviso ordenado en el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, por tratarse de juicio en que se ventilan derechos sucesorales.

El señor Fiscal negó el derecho a promover la demanda y la causa y razón de ella por considerar que a la Nación no le cabe responsabilidad por el accidente aéreo.

Y en cuanto a los hechos solamente aceptó el relacionado con el poder otorgado al doctor Naranjo López.

El fallo de primer grado, proferido cuando estuvo agotada la actuación correspondiente, fue absolutorio para la Nación, pero no condenó en costas a los demandantes.

Estos se alzaron contra la sentencia y ante la Corte han gestionado la revocación del fallo apelado, produciendo pruebas y alegatos.

La Nación ha sido representada por el señor Procurador Delegado.

Antes de entrar a examinar el fondo de las peticiones de la demanda, debe estudiarse una irregularidad que el señor Procurador pone de presente en su alegato de conclusión y que se refiere a la representación que la señora Ana Rosa Herrera de Zapata ha ejercitado en este pleito como madre legítima de la señorita Inés Zapata Herrera.

"Conforme a la partida visible al folio 4 v., C. número 1, Inés nació el 30 de octubre de 1923, por lo cual —dice el señor Procurador— aunque era menor al iniciarse el juicio, llegó a la mayor edad durante la tramitación del litigio, motivo por el cual su madre Ana Rosa Herrera de Zapata, no podía seguir representándola. Por tanto, Inés ha debido seguir obrando directamente, a partir de la fecha en que llegó a la mayor edad, y, no habiéndolo hecho así, se ha incurrido en una notable irregularidad que pongo en conocimiento de esa H. Corte para los fines a que hubiere lugar".

Observa la Sala:

La señora Ana Rosa Herrera de Zapata le dio poder al doctor Marco Naranjo López para que en su propio nombre, y en el de la entonces hija menor suya Inés, promoviera el presente juicio. Obraba la señora Herrera de Zapata en ejercicio de la prerrogativa que los padres tienen para representar a los hijos de familia en las acciones civiles que contra éstos se establezcan (artículo 13, Ley 45 de 1936 y 240, C. Judicial), prerrogativa ésta inherente a la patria potestad (artículo 307, C. Civil).

Las funciones de la señora de Zapata, como representante legal de su hija Inés cesaron el 31 de octubre de 1944, fecha en que ésta alcanzó la mayor edad. A esa sazón ya el doctor Naranjo López no solamente había incoado el juicio materia del mandato, sino que lo había adelantado hasta iniciar la segunda instancia.

La procuración del doctor Naranjo López podía continuar respecto de doña Ana Rosa y los hijos mayores de ésta. ¿Podía continuarla respecto de la señorita Inés aun cuando ésta había alcanzado capacidad legal para comparecer en juicio por sí misma?

El inciso segundo del artículo 264 del C. Judicial, dice que el mandato judicial no termina "por la cesación de las funciones del que lo dio como representante de una persona natural o jurídica, si ya está notificada la demanda, mientras aquélla por sí o por medio de un nuevo representante no lo revoca, o termina el poder por otra causa".

Fija el alcance de esa disposición la Comisión que redactó el proyecto que luégo se convirtió en Ley 105 de 1931, así:

"Respecto a los casos en que expira el mandato judicial que la ley 103 (de 1923) enumera en su artículo 267, hemos creído más acertado dejar que obre la disposición general contenida en el artículo 2189 del C. Civil; y señalar en el proyecto que presentamos los casos en que no expira: o sea por muerte del mandante cuando ya está notificada la demanda, a no ser que los herederos revoquen el poder o fenezca por otra causa; o por la cesación de funciones del que lo

constituyó si ha sido notificada la demanda a menos que finalice por otro motivo. Así se consultan mejor los intereses del poderdante y la celeridad en los juicios".

Ese proyecto, que como se ve, sugiere una aclaración o modificación aditiva del art. 2189 del C. Civil, fue sometido a las Cámaras Legislativas junto con la exposición de motivos por conducto del Ministerio de Gobierno. El Congreso acogió el proyecto con algunas modificaciones. El artículo del proyecto que acaba de transcrifirse no fue modificado.

Por tanto, ha de entenderse que otorgado un mandato judicial por un **representante legal,** padre, tutor o curador, etc. (artículo 62 C. Civil), y aceptado y desarrollado en el juicio el mandato, a la representación así otorgada, no la termina la mera circunstancia de que el constituyente del poder haya dejado de ser representante legal. La procuración subsiste, y el Juez de la causa no la puede desconocer mientras no se le haga saber una voluntad en contrario por quien tenga facultad para revocar o sustituir.

En fin: con el mandato judicial que tiene el doctor Marco Naranjo López puede adelantar su procuración mientras no se le revoque o se le encomiende a otra persona.

Otra cuestión plantea el señor Procurador que debe dejarse dilucidada:

"En numerosas ocasiones —alega— la H. Corte ha indicado que no es procedente la acumulación de la acción extracontractual y la contractual. Así por ejemplo, en fallo de casación fechado el 1º de diciembre de 1938 la H. Corte dijo: 'No deben involucrarse la responsabilidad contractual y la delictual. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción **híbrida,** según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito. Lo que puede acontecer es que hay hechos que, además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica, independiente de todo arrimo contractual, pueden constituir así mismo fuente de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación porque se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio'. (G. J. Tomo XLVII, número 1943)".

Adelantándose al señor Procurador, el doctor Naranjo López había hecho un análisis de la responsabilidad que en su libelo le achaca a la Nación para afirmar, enfáticamente, que ella es de naturaleza extracontractual, alegando razones que en extracto son las siguientes: "1a....—La obligación violada por la Nación mediante el siniestro no era una obligación contractual sino una obligación meramente estatutuaria o legal, pues la relación de servicio público no es de carácter contractual sino meramente estatutuaria según lo tiene establecido la jurisprudencia, especialmente respecto a los casos, como el del presente juicio, en que el empleado entra al servicio por virtud de decreto o resolución de nombramiento y por virtud de la correspondiente diligencia de posesión". (G. J. Tomo 48, pág. 539, y Tomo 52, págs. 901 y 902).

"El carácter extracontractual de la responsabilidad civil que se debate en el presente juicio resalta principalmente al observar que no hay la más mínima base para encontrar vínculo contractual entre la Nación y los demandantes, en el momento del accidente, y por razón del viaje que hacía don Francisco Zapata en el referido avión".

'2ª...—La aviación militar no es una empresa privada de transportes; ni se rige, dada su naturaleza especial, por las disposiciones legales que regulan el contrato de transporte; ni las condiciones en que efectúa el transporte de particulares cuando ello sucede, se establecen en forma contractual; por el contrario, se trata de un servicio público fundamental del Estado Colombiano que, por tener ese carácter, se regula por un estatuto de derecho público, en donde las condiciones del transporte están íntegramente señaladas en el mismo estatuto sin que pueda haber lugar a participación de ninguna clase de los particulares o usuarios en la fijación de las condiciones en que ha de verificarse el transporte; la persona que quiere hacer uso de ese medio de locomoción tiene que aceptar incondicionalmente las normas fijadas por el estatuto. Ningún contrato existe, pues, entre el pasajero y el Estado cuando aquél viaja en los aviones militares nacionales. Es decir, que también en tales casos la relación jurídica que se establece entre el pasajero y el Estado es meramente estatutuaria o legal, y de ninguna manera contractual, siendo, por tanto, responsabilidad de carácter extracontractual y no contractual la que surge del incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones respectivas. Y ello es más cierto todavía si se tiene en cuenta, como ya se dijo, que

ninguna base hay para pensar que entre los familiares de don Francisco Zapata y la Nación existía un vínculo contractual el día del siniestro, y por razón del viaje que hacía el señor Zapata, y cuya violación se haya invocado como fuente de la indemnización que se reclama".

Hablando más adelante de la posibilidad de que se califique como contractual la debatida responsabilidad de la Nación, agrega:

"Esta posibilidad no proviene, sin embargo, de que los demandantes hayan ejercitado una acción híbrida o sea que en el enunciado de los hechos hayan hecho afirmaciones contradictorias entre sí que sirvan para configurar una y otra responsabilidad al mismo tiempo; sino que los hechos' o afirmaciones, siendo congruentes entre sí y constituyendo en su conjunto el hecho antijurídico causante de los perjuicios, son susceptibles de una u otra calificación, según sea el criterio del intérprete. Para los demandantes, tales hechos son constitutivos de responsabilidad civil extracontractual, por las razones antes expuestas".

El demandante, según lo transcrito, le ha indicado a la justicia el camino del reconocimiento de la responsabilidad extracontractual, pero defiere al mejor juicio de ésta, por si la que encuentra perfilada es la contractual.

Para su reparo sobre acumulación indebida de acciones, el señor Procurador halla pie en el siguiente aparte del actual libelo:

"También se funda esta demanda tanto en cuanto (sic) a las peticiones principales como a las subsidiarias, y cualquiera que sea la responsabilidad que se deduzca, en las disposiciones pertinentes de los Títulos IX, XII y XXI del Libro 1º del Código Civil, en armonía con lo dispuesto por los Títulos II del Libro 3º y XII del Libro 4º del mismo código. Invoco también lo dispuesto por la ley sobre aeronáutica".

La Corte observa:

Al H. Tribunal no se le pasó por alto la cuestión de si había o no incompatibilidad entre la acción principal y la subsidiaria propuesta por el doctor Naranjo López: no vio que hubiera pugnacidad entre las dos acciones. Apenas halló esta diferencia entre ellas: que, en la principal, los actores reclaman la indemnización fundados en qué, por la muerte del señor Zapata, se han visto privados de beneficios pecuniarios que él les proporcionaba, con lo cual ha sufrido mengua el patrimonio de ellos; y que en la subsidiaria proponen que se reconozca que el señor Zapata sufrió perjuicios en su propia persona que comprometen la responsabilidad de la Nación, dueño del aparato conductor, a la vez que directora y organizadora del servicio aeronáutico oficial. En este último caso, dice el Tribunal, "los autores obran, aunque no lo digan, o lo digan mal, como representantes del causante, lo cual equivale a decir que al obrar por él es como si el causante mismo obrara".

Y, como una y otra súplica, lo que en realidad persiguen es que la justicia declare que la Nación tiene la obligación de indemnizar perjuicios derivados de la inesperada muerte del señor Zapata causada por la caída del avión, y en circunstancias comprometedoras de la entidad dueña del aparato, el H. Tribunal llega a esta conclusión:

"Conforme al numeral 3º y al inciso 1º del artículo 209 del C. J., en una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones, y ello es viable siempre que no sean contrarias o incompatibles entre sí. Y pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, 'siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles'. A juicio del Tribunal la acción subsidiaria propuesta en la demanda que se estudia, no es incompatible con la primera, y por consiguiente, tanto la acción principal como la subsidiaria son viables".

La interpretación que el H. Tribunal le dió a la demanda no es errada. Porque si se lee con cuidado la parte petitoria del libelo, se adquiere el convencimiento de que el derecho deducido en justicia en la súplica principal y el deducido en la subsidiaria, es el mismo; o sea el que puede resultar del hecho de la muerte del señor Francisco Zapata ocurrida de manera inesperada y en circunstancias que acusan falta en el servicio, descuido, imprevisión, etc., que es lo que le da configuración a la culpa extracontractual.

El contexto de las suplicaciones no da base para concluir que ellas proponen la acumulación de acciones incompatibles. Para reparar el perjuicio de que se querellan los actores, no se le proponen a la justicia remedios contrarios.

Aun apartándose de la literalidad de las suplicaciones para sacar la intención de la demanda en los hechos, se tiene que en ellos tampoco se asegura de manera terminante y expresa la celebración de contrato entre el señor Zapata o sus herederos y la entidad demandada. Cierto que algunos de los hechos hablan de que el occiso era dependiente de la Nación, y que en su carácter de empleado viajaba en el avión del siniestro. Esta circunstancia, sin embargo, la trae

a cuento el libelista como una justificación de que don Francisco Zapata viajara en el día de la tragedia en un avión militar. Esa circunstancia no arguye, de suyo, una intención de encarrilar la demanda hacia una declaración de perjuicios por incumplimiento o mala ejecución de un contrato.

Y si el reparo del señor Procurador se apoya en la cita de reglamentos atañederos a los contratos, a ese punto podría contestarse en la siguiente doctrina de la Corte:

"El juzgador está en la obligación de examinar la verdadera intención de la demanda, revelada en sus peticiones y en los hechos propuestos para fundarla, más que en la denominación que se le diera a la acción y en las disposiciones civiles invocadas. La cita de los preceptos legales con que se pretende respaldar un derecho puede ser equivocada; pero si el derecho en realidad existe bajo otra denominación, y las circunstancias de hecho necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen a efecto de definirlo. (Sentencia de 9 de abril de 1940. G. J. números 1955 y 1956)".

Puede ya cerrarse este capítulo diciendo que la Corte no encuentra que la acción propuesta por el doctor Naranjo López sea verdaderamente una acción híbrida de aquellas que la jurisprudencia ha hallado como imposibles de resolver en un solo fallo según las citas del señor Procurador.

Aquí debe advertirse que las consideraciones que el doctor Naranjo López aduce y que atrás se copiaron, las expresó esta Sala de la Corte cuando le tocó fallar el juicio que por el mismo siniestro, ocurrido en la Base Aérea de Palanquero, entablaron los señores Darío Triana y sus hermanos contra la Nación. Aquéllos se creyeron perjudicados con la misma trágica ocurrencia en la cual perdió la vida el señor Telmo A. Triana, quien, al igual del señor Francisco Zapata viajaba en el avión Ford número 642 (v. G. J. números 2025 a 2027-bis, correspondiente a octubre, noviembre y diciembre de 1945, páginas 1070 y siguientes).

Esas consideraciones le sirvieron a la Sala para fijar en el campo de la responsabilidad extracontractual la acción intentada por los señores Triana, y en fuerza de ellas, la Sala se apartó de la opinión del señor Procurador Delegado, quien hallaba improcedente tal acción por creer que los demandantes estaban especialmente amparados y protegidos por las disposiciones especiales de la Ley 196 de 1936, ley que, en concepto de la Procuraduría, debía primar sobre las reglas generales de responsabilidad e indemnización de perjuicios de que trata el Código Civil.

El H. Tribunal **a quo** hizo un estudio de los documentos que la parte actora presentó para acreditar su personería, y de ese examen concluyó que está demostrado que la señora Ana Rosa Herrera estaba ligada al señor Francisco Zapata por el vínculo matrimonial, y que de ese matrimonio resultaron los hijos que con la señora Herrera forman el grupo que en el litigio ha asumido el papel de demandante. De allí concluye: "la personería sustantiva de quienes accionan en nombre propio está demostrada, lo mismo que su interés jurídico y todos los demás presupuestos procesales. La personería adjetiva del doctor Naranjo López para demandar en nombre de las personas a quienes señala como sus mandantes, acredita la personería adjetiva".

El doctor Marco Naranjo López ha exhibido documentos demostrativos de que Ana Rosa Herrera de Zapata en su propio nombre y como representante de Inés, y Jorge, Concepción, Matilde, Carlos, Carmen, Rosa María y Luis Zapata Herrera y Ana María Zapata de Bueno, celebraron con él contratos de cesión en virtud de los cuales se ha hecho titular en un treinta por ciento de los derechos que a sus poderdantes les puedan corresponder como resultado de esta litis. (Folios 7 a 9, y 12, cuaderno número 1).

En otro capítulo se ocupa el **a quo** de las pruebas demostrativas de la forma como se produjo el siniestro. Y en otro, se ocupa de las pruebas encaminadas a establecer el daño o las lesiones sufridas por el señor Francisco Zapata. Al terminar este último capítulo anota que al cadáver del señor Francisco Zapata no se le hizo autopsia, y agrega: "Falleció en el Hospital Militar Central a la hora de las 8.45 p. m. el día 19 de agosto de 1941. Su muerte fue comprobada por el médico Jefe de ese Hospital en presencia de dos personas más que con él la certificaron, y quedó determinada como causa de la muerte, la fractura de la octava costilla izquierda y congestión pulmonar".

Para terminar la parte motiva, dice el H. Tribunal:

'No se adujo prueba alguna indicativa o demostrativa de que la herida o fractura de esa costilla la hubiera recibido el extinto Zapata en el siniestro, o que inmediatamente sucedido éste hu-

biera aparecido con esa herida, y que por ella hubiera sido llevado al Hospital Militar, y que la congestión pulmonar a su vez fuera la consecuencia de esa fractura, para de tales circunstancias desprender la necesaria causalidad con mira a establecer la imputabilidad de la entidad demandada por tal daño y así comprometer su responsabilidad civil... Ante el vacío señalado que se encuentra en la prueba, no es posible dar por demostrado el daño y por esto no es menester hacer dilucidación alguna sobre cuál criterio debiera adoptar el Tribunal de normas legales que auspiciaran la responsabilidad de la Nación, si la del contrato de transporte o la de la responsabilidad delictual porque ello sería superfluo ante el defecto probatorio de hecho tan importante como el anotado que obliga a negar las súplicas de la demanda y a absolver congruentemente a la Nación".

Los apartes que se acaban de transcribir justifican el fallo absolutorio del H. Tribunal: hubo carencia de pruebas en la primera instancia.

Se ha llenado ese vacío probatorio en esta segunda instancia? Eso es lo que se va a estudiar en seguida.

La parte actora solicitó aquí que se consiguiera del Ministerio de Guerra copia de la constancia de que el señor Francisco Zapata quedó gravemente herido en el siniestro de aviación que tuvo lugar el 15 de agosto de 1941 con el avión marca Ford número 642; de que dicho señor fue trasladado al Hospital Militar Central por cuenta y orden del Gobierno Nacional, y de que a consecuencia de dichas heridas o golpes murió el señor Zapata en la ciudad de Bogotá.

Como el Ministerio se limitara a expedir certificación sin insertar las constancias escritas existentes en el Archivo de esa dependencia, el señor apoderado insistió en que se le expidiera la copia, y ella es la que aparece al folio 56 del cuaderno número 4, y que textualmente dice así:

"Historia Clínica número 3856, correspondiente al Oficial de Estadística, Francisco Zapata.—Hospital Central Militar. — Historia número 3856.— Hoja número 4.—Nombre: Zapata, Francisco. 62 años. Oficial de Estadística. Base Aérea de Palanquero. Antecedentes hereditarios: sin importancia. Antecedentes personales: por datos de los familiares, en años anteriores le fue diagnosticada una dilatación aórtica. Historia del accidente del avión número 642 el día 15 de agosto de 1941. Como llega el enfermo al Hospital en estado de shock y permanece en estado de semi-inconciencia, no se obtuvo ningún dato. Agosto 15 de 1941. Llega en la ambulancia de Sanidad: 2½ p. m. Examen general. Enfermo en estado de shock. Aparato circulatorio: ruidos cardíacos ligeramente velados. No se oye soplo ni alteraciones del ritmo. 100 pulsaciones al minuto ipotenso. Aparato respiratorio: estertores húmedos, tos poco frecuente. El enfermo evita toser, porque le causa agudo dolor el hacerlo, en costado izquierdo. Aparato digestivo: lengua saburral, dientes en mal estado. Hígado aumentado de volumen. Abdomen ligeramente meteorizado. Aparato urinario: el primer día que permanece en el Hospital anuria completa. Examen local. De lo que se queja el enfermo es de dolor en el hemitórax izquierdo, dolor que se acentúa con los movimientos respiratorios y a la palpación. Hay un punto más doloroso en nivel de la octava costilla, parte posterior. En todo el lado izquierdo del cuerpo presenta contusiones y erosiones que no denotan por sí mismas gravedad alguna. Examen radiológico: se le practica el examen radiológico número 1709 del tórax y de la bóveda craneana. En él se ve que hay una fractura de la parte media y posterior de la octava costilla izquierda y aumento de los diámetros cardíacos y del cayado aórtico. Diagnóstico: Fractura de la octava costilla izquierda, contusiones y erosiones generalizadas. Tratamiento: Agosto 15 de 1941. Inmediatamente traído al Hospital se le aplican tónicos cardíacos y 1.000 cc. de suero. En las horas de la tarde presenta síntomas de congestión pulmonar doble. Se le prescriben tónicos cardíacos y expectorantes. Estimulantes difusibles. Agosto 16. El estado general empeora, hay intensa disnea. 100 pulsaciones al minuto. Temperatura: 38º. Se le aplican 2.000 unidades de suero antitetánico. Lavado intestinal. Tónicos cardíacos y expectorantes. Agosto 17. Enfermo cianótico, no expectora, tose muy poco y evita hacerlo a causa del dolor que le produce. Continúa el tratamiento con suero, calcio y antígeno neumocóccico. Tónicos cardíacos y se le pone dentro de la tienda de oxígeno. En las horas de la noche el enfermo se agrava notablemente, la cianosis aumenta, el pulso se torna intermitente. Se le practica una sangría de 150 cc. Agosto 18. Enfermo en estado de inconsciencia. No tose. Se instaló una broncoplejía. El pulso sube a 120 al minuto, es hipotenso. Se le aplica suero por vía endovenosa, 1.000 cc. Tónicos cardíacos. Antígeno neumocóccico, expectorantes y permanece todo el día y la noche con cámara de oxígeno. Agosto 19. Estado

de mayor gravedad que el día anterior, se continúa con el mismo tratamiento. Del medio día en adelante en estado agónico y muere a las 8.45 p. m. Hospital Militar Central. Dirección. Bogotá, julio 28 de 1945. Es fiel copia sacada de sus respectivos originales".

En vista del documento que se acaba de insertar —copia fiel sacada de sus respectivos originales que reposan en una dependencia oficial del Ministerio de Guerra, y que por esa circunstancia tiene la calidad y el valor de documento auténtico (artículo 632 del C. Judicial)—, se puede tener como establecido el proceso clínico por el cual pasó don Francisco Zapata desde el día 15 de agosto de 1941 hasta la noche del 19 del mismo mes, fecha en la cual ocurrió el fallecimiento. Ya en la primera instancia operaba el acta de defunción, que en lo general contiene los datos que el artículo 357 del C. Civil ordena que se expresen allí. Respecto de la causa del fallecimiento dice la partida aludida: "Fractura octava costilla izquierda y congestión pulmonar".

El acta contiene la constancia de que se reunieron el médico Jefe del Hospital Militar, el Síndico del mismo y el Oficial de Estadística con el objeto de comprobar el fallecimiento de Francisco Zapata. La reunión tuvo lugar el diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, es decir, en el día de la defunción de Zapata. La presencia del médico Jefe del Hospital Militar y su dictamen sobre la causa de la muerte del señor Zapata ,vienen a suplir a la diligencia de autopsia echada de menos por el a quo.

También desde la primera instancia operaba ya el informe rendido por el Comandante de la Base Aérea de Palanquero con relación al siniestro aéreo mencionado. Parte de ese informe contiene la descripción completa de cómo ocurrió el accidente con inclusión de las causas que lo motivaron y hasta donde ellas pudieron conocerse:

"El avión Ford 642 — dice el informe en la parte aludida — decoló de la pista de la Base Aérea 'G. Olano" desprendiendo normalmente y tomando altura media de 40 metros. A esta altura falló el motor izquierdo. El piloto en un viraje amplio de 180º quiso volver sobre la Base para tomar un campo de emergencia, pero al entrar en el campo encontró un árbol que lo obligó a efectuar un viraje fuerte a baja altura, lo que originó que el ala izquierda del avión chocara contra la cerca de la Base, lo que motivó la caída del avión sobre la rueda izquierda y como consecuencia se produjo el accidente cuyos resultados se acompañan al presente informe".

Resultados del accidente, según el mismo informe, fueron: cuatro heridos de la tripulación; y dos muertos y once heridos que eran pasajeros.

También en la primera instancia y a solicitud de la parte actora se libró despacho al señor Ministro de Guerra para que certificara por conducto de las oficinas correspondientes, entre otros puntos sobre el siguiente: "e) Si entre las personas que viajaban en el avión el día del siniestro, se encontraba el señor Francisco Zapata, quien recibió heridas graves en el mismo siniestro, y si fue trasladado a Bogotá por el Gobierno Nacional y que en Bogotá murió pocos días después a consecuencia de las heridas". El despacho fue auxiliado y por orden del señor Secretario General de Guerra el informe solicitado fue despachado por el Director General de la Fuerza Aérea. En el diligenciamiento se hace mención del punto e) y respecto a él dice: "se contesta afirmativamente". Más adelante, y refiriéndose al punto h), dice: "El señor Francisco Zapata se encontraba en buen estado de salud".

Si como estaba ya establecido con el informe de la Dirección General de Aviación, en el avión Ford número 642 que se estrelló el viernes 15 de agosto de 1941 en el sitio de Palanquero volaba el Jefe de Estadística señor Zapata, solamente resta averiguar si este Jefe de Estadística corresponde a la persona de don Francisco Zapata cuya esposa y cuyos hijos han promovido este juicio de indemnización.

Al folio 20 vto. del cuaderno de pruebas de la primera instancia ya aparece un certificado del subJefe de la Sección de Archivo del Ministerio de Guerra, basado en datos tomados de la misma oficina, y de conformidad con ese certificado el señor Francisco Zapata fue dado de alta el 1º de mayo de 1940 como Jefe de Estadística de la base aérea Germán Olano, y en este puesto se hallaba el 15 de agosto de 1941, constando que en el día 19 del mismo mes se le dio de "baja por defunción". La dliigencia de posesión fue asentada en la Base Aérea de Germán Olano el día 15 de mayo de 1940 (folio 36, cuaderno número 4).

Con esto último queda establecido que el Jefe de Estadística señor Francisco Zapata, a quien por motivo de esa calidad se le permitió ocupar puesto en el avión número 642 el día 15 de agosto de 1941, fue el mismo que a consecuencia de la caída violenta del mencionado aparato, resultó con lesiones corporales; el mismo que por cuenta del Gobierno fue hospitalizado en el Hospital Militar Central; el mismo a quien los médicos le

encontraron una complicación pulmonar originada por el mismo golpe, y el mismo que falleció a las 8.45 p. m. del día diez y nueve de los mismos mes y año.

Llenado el vacío probatorio que advirtió el a quo y en virtud del cual optó por absolver a la Nación de los cargos de la demanda, se entra ahora al estudio de los elementos de la relación extracontractual de responsabilidad civil por la culpa que los demandantes le atribuyen al Estado.

El señor Francisco Zapata viajaba por licencia que le había otorgado la Dirección de Aviación (folio 28, cuaderno número 4). Era el señor Zapata un empleado civil, y sus funciones eran las de Jefe de Estadística. Por tanto, la situación de ese señor cuando ocurrió el siniestro fue la que describe esta Sala en el fallo atrás rememorado, o sea, la de una persona extraña a la actividad que ocasionó el daño y que lo tuvo que soportar pasivamente por ignorar los efectos que pudiera producir un descuido por parte de quienes son responsables de aquella actividad.

En esa situación debe decirse que al caso presente le es aplicable la conclusión a que llegó esta misma Sala y en el caso de Telmo A. Triana, a saber: que por cuanto a que Zapata viajaba como un simple pasajero, la presunción de culpa que entraña el hecho dañoso —que en el presente caso recae sobre la Nación directora y organizadora de la aviación oficial— solamente podrá desvirtuarse con la ocurrencia de la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención culposa de la propia víctima.

El señor Procurador en el caso que aquí se estudia ha invocado la ocurrencia de un caso fortuito, cosa que no hizo cuando se ventiló el reclamo por el accidente que causó la muerte de Telmo A. Triana. Como comprobante de que el caso fortuito se sucedió, acude el señor Procurador al informe técnico de la Dirección General de Aviación que también a estos autos ha sido traído por la parte demandante.

Ahora, como enantes, halla la Sala de la Corte que el informe rendido por la Comisión designada por el Ministerio de Guerra, en vez de destruir las razones que hay para declarar culpable a la Nación, acentúa más la culpabilidad.

De ese informe que se puede consultar al folio 10 del cuaderno número 2, debe destacarse lo siguiente:

"a) La causa principal del accidente fue la falla que se presentó en el motor izquierdo, que consiste en estornudos intermitentes cuando en los momentos de la salida se hallaba el avión entre los cinco y cuarenta metros de altura más o menos. Después se enumeran en seis ordinales los factores que han podido producir esa falla, y se concluye que "por el estado de destrozo en que quedó el avión no se sacó ninguna deducción fija', mucho menos cuando por el trabajo normal durante la prueba antes de salir y en los vuelos anteriores no indicaba anormalidad alguna. c) La longitud de la única pista de aterrizaje que tiene la base, 900 metros, unido a las condiciones de los terrenos que la circundan, los cuales se encuentran cubiertos de árboles, troncos, edificaciones, cercas, zanjas, etc., se debe tomar como otra causa del accidente. Los suscritos miembros de la comisión ponemos de presente que, mientras la longitud de la pista permanezca en las condiciones actuales, las fallas de los motores o comandos, que en un futuro se presenten por efecto del estado general del material de vuelo que tiene más de ocho años de servicio y el mantenimiento defectuoso que sufrió durante los años de 1932, 1933 y 1934, lógicamente tendrán consecuencias graves".

Este informe fue ratificado ante la Corte por sus signatarios, como consta a folios 13 vto. del cuaderno número 4, declaración del Teniente Coronel Alberto García Bonilla, que firma el informe referido como Jefe de la Sección de Operaciones; y a folio 10 del mismo cuaderno, declaración del Capitán Justino Mariño, encargado de la Sección Técnica del Ministerio de Guerra cuando ocurrió el accidente.

Esa declaración conteste de los miembros de la oficina de aviación en que ratifican sus exposiciones técnicas y los conceptos que emitieron con apoyo en la observación directa de los elementos que integran la Base, dejan establecido sin lugar a duda, que hubo imprevisión por parte de la entidad directora y organizadora de la aviación militar. Pretendía mantener el servicio con elementos naturalmente desgastados y que por lo mismo podrían fallar en un momento dado. Eso sí era previsible, como era previsible que las condiciones para todo mundo palpables en que se mantenía la pista, habían de producir en cualquier día un siniestro, si era que antes no se había presentado.

Esta única consideración, deja sin fundamento sólido a la alegación del caso fortuito que hace el señor Procurador.

En ningún momento se ha alegado por parte de la Nación la culpa de la víctima.

En vista de las comprobaciones de que se ha hecho mérito, se puede decir, como en el caso fallado anteriormente, sobre el mismo siniestro, que está patentizada la culpa de la Nación, y que esta entidad es civilmente responsable y debe indemnizar los perjuicios producidos por el accidente en que perdió la vida el señor Francisco A. Zapata.

Dice el señor Procurador que no se ha demostrado la existencia del perjuicio moral objetivado; que en orden al moral subjetivo solamente debe reconocérsele a alguno de los demandantes, porque respecto de Carlos Julio, Luis María, Ana María, Rebeca y Teresa no hay en los autos, ni un indicio siquiera, de que lo hayan sufrido.

Respecto del perjuicio material conviene en que está demostrado que el señor Francisco Zapata "sostenía económicamente con su trabajo personal y por completo el hogar". Pero observa que quienes declaran acerca de ese hecho no indican cuál era exactamente la ayuda económica dada por don Francisco a su esposa e hijos; ni quién recibía las sumas de dinero que constituían ese apoyo, ni en qué forma se efectuaba, ni en qué ocasiones o períodos.

Las súplicas de la demanda hablan en general de perjuicios, sin hacer la discriminación que el señor Procurador insinúa en su alegato. La parte demandante en el alegato de segunda instancia habla de indemnización del daño material y de la indemnización del daño moral sin mencionar perjuicios morales objetivados. Y si por éstos se ha de entender el colapso o la disminución de la capacidad productiva que experimenta una persona que se halla bajo la influencia de una pena, es evidente, como lo dice el señor Procurador, que de ese daño moral objetivado no hay prueba ninguna en el proceso.

Perjuicios morales.—Consisten estos perjuicios —según lo entiende la jurisprudencia— en el "ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas". Se aprecian bajo el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima del accidente. Su demostración, como en el caso **sub lite**, puede aceptarse por medio de una presunción simple fundada en los vínculos familiares acreditados plenamente. La presunción en esta forma, tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del C. Judicial". (Sentencia de la Sala de Negocios Generales. Septiembre 27 de 1946).

En orden a la satisfacción debida a los familiares que han sido lastimados en lo que constituye su patrimonio moral, y de acuerdo con la doctrina que acaba de copiarse, halla la Sala establecidos los vínculos de parentesco que los demandantes dicen tener con el señor Zapata. Desde la primera instancia exhibieron partidas de origen eclesiástico, asentadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, y admisibles, por lo mismo, como comprobaciones del estado civil. Según ellas, es cierto que el primero de febrero de mil novecientos contrajeron matrimonio Francisco Zapata y Ana Rosa Herrera, y lo es que, durante el matrimonio nacieron, y son, por lo mismo, hijos legítimos de esos esposos, los señores María Concepción, Matilde, Rebeca, María Teresa, Carlos Julio, María del Carmen, Rosa María, Luis María, Ana María, Jorge Enrique e Inés.

De los hijos, como ya se dijo, todos han comparecido en el juicio por sí mismos, con excepción de Inés, que fue representada por su madre. En el día de la tragedia la mencionada Inés había alcanzado a la edad de diez y ocho años.

Esto asentado, cree la Sala que en el caso presente, como en otros en que ha tratado de la satisfacción debida al cónyuge y a los hijos legítimos, se les debe fijar la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada uno de ellos, como indemnización por el perjuicio moral.

Perjuicios materiales.—En la sentencia que en el capítulo anterior se mencionó, dejó asentada esta Sala la doctrina que profesa acerca de esta clase de perjuicios. Dijo así: "En lo que respecta a los perjuicios materiales habrá de decirse que no los constituye la vida misma, sino los resultados de orden patrimonial, que se derivan de su eliminación o su quebranto. Sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que, por la sola muerte de una persona, sus familiares eran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de la de un animal o de cualquier cosa, pudiera ser objeto del derecho, como ocurría en siglos ya abolidos en que el esclavo se apreciaba en dinero, como una de tantas mercancías. Con todo, la desaparición de una persona puede causar perjuicios materiales, comprendidos en el daño emergente y el lucro cesante con relación a quienes se ven privados de la ayuda económica que les proporcionaba la víctima de un siniestro". (Fallo citado. G. J. Tomo LXI. Números 2040-41).

En el caso **sub lite** todo el perjuicio queda resumido en esto: la viuda y los hijos que vivían

al lado del señor Zapata dejaron de disfrutar de la ayuda pecuniaria que éste les suministraba para su sustento. El hecho 12 de la demanda lo expresa así, y por eso conviene reproducirlo en esta parte del fallo:

"Don Francisco Zapata mediante su trabajo personal no sólo obtenía lo necesario para la satisfacción de sus necesidades personales sino para satisfacer las necesidades de su esposa doña Ana Rosa Herrera de Zapata y de sus hijos Matilde, Carmen, Inés y Jorge mencionados, y, en realidad las satisfacía, o, en todo caso, estaba obligado a satisfacerlas".

Al hacer el cálculo de los perjuicios no se puede dejar de atender a lo expresado en ese hecho de la demanda: don Francisco con lo que devengaba como remuneración de su trabajo personal, tenía que atender a la satisfacción de sus propias y personales necesidades, y lo demás lo dedicaba a la sustentación de su familia.

Acerca del trabajo personal a que estaba dedicado don Francisco cuando fue víctima del accidente, hay estas constancias: en septiembre de 1939 fue nombrado Jefe de Estadística de la Base de Madrid (Escuela de Mecánicos de Aviación), con el carácter de interino. En propiedad entró a ejercer el mismo puesto en el mes de noviembre del mismo año.

En el mes de enero de 1940 fue destinado al mismo servicio de Estadística en la Base Germán Olano. En mayo de 1940 se le destinó a un servicio igual en la Sección de Operaciones de la misma Base, y en ese puesto se le mantuvo hasta el día de su muerte.

Los decretos de nombramiento y las diligencias de posesión pueden consultarse a los folios 8 y 12 vto. del cuaderno número 2; y 35 y 36 del cuaderno número 4.

En cuanto a las asignaciones que correspondieran a esos puestos, pueden verse en el certificado expedido por el Subjefe de la Sección de Archivo del Ministerio de Guerra que obra al folio 20 vto. y 21 del cuaderno número 2. De acuerdo con esa certificación, que al decir del certificante, está calcada "en las listas de revista correspondientes", las asignaciones o imputaciones en lo correspondiente al señor Zapata se descomponían así: sueldo mensual, $ 130.00; sobresueldo, $ 19.50; y partida de alimentación, $ 15.00.

En total, el señor Zapata devengaba como remuneración de sus servicios una cantidad mensual de ciento sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos.

No es exagerado suponer que de esa suma mensual reservara el señor Zapata para sus gastos personales sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 64.50), y que el resto, o sea, la suma de cien pesos, lo destinara para la sustentación de la familia.

Por consiguiente, la base para la liquidación del perjuicio material es la parte del sueldo de que racionalmente podía disponer, y que se ha fijado en la suma de cien pesos.

No hay constancia en los autos de que el señor Zapata ejercitara una actividad distinta de la de su empleo ni de que disfrutara de capital, renta, pensión o canon, que dieran base para concluir que de otras fuentes derivara proventos aplicables al sostenimiento de su hogar, y a la satisfacción de las necesidades de su familia.

Preciso es establecer aquí que en lo que concierne a la indemnización que se les deba a los demandantes por perjuicios materiales, no hay otra base distinta de la designada en el hecho 12, que se acaba de transcribir, y que las pruebas relativas a ese hecho las constituyen las constancias expedidas por el Ministerio de Guerra referentes a las asignaciones, y los testimonios de tres personas que en la segunda instancia comparecieron a declarar sobre la persona del señor Zapata, y el modo como él cumplía sus obligaciones familiares.

¿A quiénes sostenía el señor Zapata, o entre quiénes distribuía la asignación mensual que devengaba como fruto de su trabajo? La demanda dice que sostenía a su esposa y a sus hijos Matilde, Carmen, Inés y Jorge. Porque, si bien es cierto que fue mayor el número de los hijos nacidos dentro de su matrimonio con la señora Ana Rosa Herrera, también es cierto que no todos esos hijos estuvieron siempre bajo la dependencia y a cargo del señor Zapata. A este respecto obran los testimonios del presbítero Víctor Barros Morales y de los señores Ramón Cancino y Eliécer Bueno Medina (folios 8, 11 y 12, cuaderno número 4).

En la demanda se afirma que Jorge Zapata Herrera, a la época de la demanda se encontraba "todavía en la época de preparación profesional", y que Inés Zapata Herrera se encontraba "todavía en edad escolar".

En cuanto a las edades de los nombrados Jorge e Inés, las determinan las partidas de origen eclesiástico, así: Jorge tenía más de veinte años cuando perdió a su padre; Inés estaba para cumplir los diez y ocho años (folios 3 v. y 4 v. del cuaderno número 2).

En la demanda no hay afirmación ninguna ni

en el debate probatorio se trajo prueba de que Jorge estuviera haciendo estudios o se mantuviera dedicado a prácticas profesionales por cuenta de su padre. Lo propio puede decirse de Inés, de quien se dice a los 18 años aún estaba en etapa escolar.

Haciendo un resumen de lo que queda expuesto en relación con los perjuicios materiales, se tiene: del conjunto probatorio traído a las dos instancias por la parte demandante, resulta demostrado: que el señor Francisco Zapata era el sostén económico del hogar; que para este sustento económico únicamente contaba con su trabajo personal; que del trabajo personal devengaba la suma de ciento sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos, suma de la cual tenía que sacar para sus propios y personales gastos, y que lo demás, lo dedicaba a la familia como padre y esposo cumplidor de sus deberes, afectuoso y solícito, y única persona que se preocupaba por sostener a la familia en rango y posición adecuados a sus posibilidades.

Establecidos con pruebas idóneas esos hechos, se impone la condena al resarcimiento de los perjuicios materiales. Pero esa condena tiene que hacerse en abstracto, dejándoles expeditos a los interesados los trámites del artículo 553 del C. Judicial para que puedan hacer la liquidación con sometimiento a lo que allí se dispone.

En la liquidación se tomarán como bases las siguientes:

a) El sueldo de ciento sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos que devengaba el señor Francisco Zapata en el momento de su muerte, conforme a las constancias del proceso;

b) De esa cantidad se deducirá la de sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos que él necesitaba, para sus gastos personales. El resto, o sea la suma de cien pesos mensuales, representa el aporte efectivo con que él contribuía para el sustento de la familia;

c) Con base en las partidas de nacimiento de los cónyuges Francisco Zapata y Ana Rosa Herrera, se buscará en las tablas de mortalidad agregadas al folio 7 del cuaderno número 4 la supervivencia de los dos cónyuges. Y si fuere menor la supervivencia de la señora Herrera de Zapata, solamente se atenderá a este tiempo de supervivencia para la indemnización;

d) Al menor Jorge Enrique Zapata Herrera se le computará lo que proporcionalmente le corresponde y como tiempo indemnizable se tomará el que a este menor le faltaba para cumplir la mayor edad;

e) Se tendrá, finalmente, en cuenta el tiempo ya transcurrido y el restante de la vida probable. A este último período se aplicarán las Tablas del Ingeniero Garuffa.

Aceptada la acción principal y resuelta ella de conformidad con las súplicas correspondientes, no es el caso de entrar a considerar la acción subsidiaria.

En virtud de lo expuesto, 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 apelada y en su lugar, RESUELVE:

Primero.—La Nación es civilmente responsable de los perjuicios causados a Ana Rosa Herrera de Zapata, Inés, Concepción, María Teresa, Matilde, Carlos, Carmen, Rosa María, Luis y Jorge Zapata Herrera y Ana María Zapata de Bueno y Rebeca Zapata de Bernal, por la caída del avión marca Ford número seiscientos cuarenta y dos ocurrida el día quince de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en la Base Aérea llamada Germán Olano o Palanquero, a consecuencia de la cual murió el señor Francisco Zapata.

Segundo. —CONDENASE a la Nación a pagar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada uno de los señores Ana Rosa Herrera de Zapata, Inés, Concepción, María Terésa, Matilde, Carlos, Carmen, Rosa María, Luis y Jorge Zapata Herrera y Ana María Zapata de Bueno y Rebeca Zapata de Bernal, como indemnización de los perjuicios morales subjetivos.

Tercero. — CONDENASE a la Nación a pagar los perjuicios materiales que por la misma causa hayan sufrido la señora Ana Rosa Herrera de Zapata y sus hijos Matilde, Carmen, Inés y Jorge Enrique Zapata Herrera, perjuicios que se liquidarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 553 del C. Judicial, y sobre las bases determinadas en la parte motiva de este fallo.

Cuarto.—Al verificarse el pago de los perjuicios tanto morales como materiales impuestos a la Nación, se tendrán en cuenta los contratos de cesión que obran en autos, en los cuales aparecen como cesionarios la señora Ana Rosa Herrera v. de Zapata y el doctor Marco Naranjo López, a efecto de que se hagan las deducciones correspondientes y queden éstos satisfechos en la integridad de sus acreencias.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

EXCEPCION DILATORIA DE INEPTA DEMANDA

La parte apelante se abstuvo de sustentar la alzada, ignorándose, por lo tanto, por qué aspecto considera injurídica dicha parte del fallo que declara infundada la excepción dilatoria en estudio. Los argumentos del Tribunal quedan, pues, en pie.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, once de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

- I -

Dentro del juicio ejecutivo que adelanta el doctor Domingo Arenas Serrano, en su carácter de apoderado especial del doctor Luis García Urbina, contra el Departamento de Santander, el ejecutado propuso en tiempo la excepción dilatoria de inepta demanda. Tramitado debidamente el respectivo incidente, el Tribunal del conocimiento, que lo es el Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, le puso término en sentencia de fecha 26 de enero del año en curso, cuya parte resolutiva dice así:

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

"1º Declarar no probada la excepción dilatoria de inepta demanda, propuesta por el señor Gobernador del Departamento;

"2º Ordenar que el juicio siga su curso y que, en consecuencia, una vez ejecutoriado este fallo, se haga la liquidación del crédito y se pague al acreedor con el dinero que está embargado".

Contra el fallo anterior interpuso oportunamente apelación el señor Gobernador del Departamento ejecutado, recurso que el Tribunal le concedió en el efecto suspensivo, en providencia del 11 de febrero del mismo año.

Llegados los autos a esta Sala de la Corte, y cumplidos los trámites que para el caso tienen previstos los artículos 502 y 504 del C. Judicial, es llegado el momento de proferir la decisión que corresponda, advirtiendo la Sala que la parte apelante dejó de sustentar el recurso que ahora se decide.

- II -

La excepción dilatoria de inepta demanda viene apoyada en los siguientes fundamentos, según aparece del respectivo memorial de la parte ejecutada:

"Fundo la excepción, en derecho, en los artículos 1025 y siguientes del Código Judicial, en relación con los artículos 328 y siguientes del referido código; en las disposiciones del Título 12 del Libro Cuarto del Código Civil y sus relacionadas; en el Decreto Ejecutivo número 503 de 1940, y en la Ordenanza número 23 de 1940; y como hechos enuncio los siguientes: La acción ejecutiva está dirigida contra el Departamento de Santander, representado por su Gobernador, Jefe Civil y Militar; las órdenes de pago presentadas como título ejecutivo tienen su origen en actos ejecutados en virtud de los convenios celebrados el catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco entre el doctor García Urbina y el **Fondo Departamental de Fomento Municipal**, sobre construcción del alcantarillado de San Gil y del acueducto de Barichara; el **Fondo Departamental de Fomento Municipal** es una entidad autónoma, directamente responsable.

"La demanda está dirigida contra una entidad distinta de la obligada a saldar las cuentas presentadas como título ejecutivo. Sustento brevemente el anterior postulado. El Decreto-ley número 503 de 1940, originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creó el **Fondo de Fomento Municipal** con el objeto de facilitar a los Departamentos, Municipios, etc., la realización de las siguientes obras: acueductos, alcantarillados, locales escolares para enseñanza primaria, hospitales y plantas eléctricas. Para la construcción de nuevos acueductos y de alcantarillados, conforme al estatuto citado, el **Fondo de Fomento Municipal** contribuirá con el sesenta por ciento (60%) del costo de construcción, y el resto del costo de las obras será cubierto por los Departamentos o Municipios, o por los fondos

formados por el aporte conjunto de esas entidades. A su turno, la Asamblea del Departamento, por medio de la Ordenanza número 23 de 1940, creó el **Fondo Departamental de Fomento Municipal,** para la realización de las obras antes relacionadas, y previno que la nueva institución contaría con los siguientes ingresos, entre otros: los provenientes de las sumas que por cualquier concepto correspondan al Departamento como aporte del Tesoro Nacional, de conformidad con el Decreto-ley número 503, de fecha 8 de marzo de 1940, y los derivados de las sumas que se incluyan en el Presupuesto del Departamento para la ejecución de las obras. Según el artículo 4º de la Ordenanza, el **Fondo Departamental de Fomento Municipal** contribuirá a la financiación de las obras de acueductos y alcantarillados con el treinta por ciento (30%) y los Municipios con el diez por ciento (10%), siendo, por tanto, del sesenta por ciento (60%) la contribución del Tesoro Nacional o del **Fondo de Fomento Municipal.** Así, pues, al **Fondo Departamental de Fomento Municipal** aportan caudales la Nación, el Departamento de Santander y los Municipios; y por todo esto cabe afirmar que para las obras del alcantarillado de San Gil y el acueducto de Barichara, financiadas por la Nación, el Departamento y los Municipios de San Gil y Barichara, contribuyen —esas entidades— en la siguiente proporción: Nación, sesenta por ciento (60%); Departamento, treinta por ciento (30%); Municipios beneficiados, diez por ciento (10%).

"La Ordenanza 23 está informada en el Decreto-ley número 503 y el organismo creado por aquélla tiene estrecha relación con el establecido por éste, tan estrecha que hasta sus mismas denominaciones se confunden. Es más: si la Ordenanza no existiera, las obras de alcantarillado y acueducto serían realizables en la misma forma cooperativa en ella contemplada, mediante aplicación de las disposiciones del Decreto.

"El **Fondo Departamental de Fomento Municipal,** al tenor de la Ordenanza, es una entidad oficial: goza de autonomía; está dirigida por una Junta con amplias facultades; posee caudales propios, y tiene la potestad de contratar y de obligarse, como lo demuestran palmariamente los convenios celebrados por el doctor García Urbina y esa entidad el catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco.

"El doctor García Urbina no contrató con el Departamento, ni con los Municipios de San Gil y Barichara, ni con la misma Nación, sino con el **Fondo Departamental de Fomento Municipal,** razón por la cual es esta entidad y no el Departamento la obligada al pago de las cuentas, emanadas de los actos pactados con ella por el doctor García Urbina. Los contratos legalmente celebrados son ley para los contratantes.

"No sería lógico ni justo obligar al Departamento al pago con dineros de su propio Tesoro de las cuentas presentadas por el ejecutante, por valor de realizaciones parciales de las obras contratadas, porque para esos menesteres ya aportó su cuota o está obligado a aportarla al **Fondo Departamental de Fomento Municipal;** ni justo ni lógico sería obligar al Departamento al pago de tales cuentas, para relevar a la Nación de sus obligaciones al respecto en lo que le corresponde como contribuyente de mayor grado en la financiación del alcantarillado de San Gil y del acueducto de Barichara, y para exonerar a los Municipios citados de las que les pertenecen como contribuyentes de menor cuantía.

"El doctor García Urbina seguramente tiene derecho a solicitar por la vía ejecutiva el pago del monto de sus cuentas, puesto que están en regla; pero sufrió equivocación al instaurar la respectiva acción contra entidad distinta de la obligada a pagar la respectiva suma, conforme a los convenios varias veces citados.

"Al recibir la notificación del mandamiento ejecutivo manifesté sencilla y llanamente que el obligado al pago de las cuentas era el **Fondo Departamental de Fomento Municipal.** Esa manifestación, llamada a señalar al acreedor el camino a seguir para la efectividad de su acreencia, produjo situaciones por demás antijurídicas. Así, por ejemplo, en el estado actual del juicio, el Departamento es el ejecutado y los dineros **congelados** por los señores banqueros pertenecen al **Fondo Departamental de Fomento Municipal;** las cuentas derivan de los actos pactados por el Fondo con el doctor García Urbina, pero debe pagarlas el Departamento, entidad que nada ha pactado con el nombrado doctor en relación con las obra del alcantarillado de San Gil y del acueducto de Barichara. Pero se dirá que el **Fondo** es el Departamento porque esa entidad tiene parte de sus propios caudales en los haberes de aquél. No es cierto eso: el Departamento al sufragar sus cuotas para la realización de las obras relacionadas, conforme al Decreto 503 y la Ordenanza ,cedió o traspasó el importe de ellas al **Fondo,** para formar con las de la Nación y de los Municipios el capital de esa entidad, capital del cual sólo el **Fondo** puede disponer libremente. Por esto, el **Fondo Departamental de Fomento Mu-**

nicipal tiene su propia pagaduría y maneja sus propios dineros.

"Se ha dicho que el Departamento está obligado a pagar las cuentas del doctor García Urbina, porque aparecen formuladas a cargo del Tesoro de aquella entidad. Es cierto el hecho; mas eso obedece, como habrá ocasión de demostrarlo, a ligereza o descuido tanto del interesado como de los funcionarios del **Fomento:** aquél usó los formularios de la Sección de Obras Públicas o de las obras públicas en general, sin sustituir la frase **El Tesoro del Departamento** por la pertinente, y éstos no le dieron importancia al detalle.

"Han sido embargados los cuantiosos dineros del **Fondo Departamental de Fomento Municipal** depositados en los Bancos de la ciudad. Esta medida implica la suspensión total de pagos: no habrá modo de cubrir los sueldos y jornales del personal; queda virtualmente suspendida la realización de muchos acueductos, alcantarillados, locales escolares, hospitales y plantas eléctricas. Y no hay modo de remediar la situación de pronto, precisamente porque el **Fondo** no es el Departamento. Esta entidad no puede apelar a sus propios recursos para remediar las apremiantes necesidades del **Fondo,** apremiantes en mérito de excesos del ejecutante, pues para hacerse pagar una cantidad ínfima ha denunciado un caudal montante casi a un millón de pesos. Esto evidencia una vez más el hecho básico de la excepción propuesta.

"La Ordenanza 23 dispuso lo siguiente: 'Una vez promulgada esta Ordenanza, la Junta Directiva del **Fondo Departamental de Fomento Municipal** se ocupará preferencialmente de gestionar y obtener la personería jurídica para la entidad'. La Junta, según entiendo, no procedió de conformidad. Con todo, el **Fondo** celebra los convenios indispensables al desarrollo de sus actividades con autorización de la Directiva y su Presidente. Naturalmente, ahora se dirá que los contratos del **Fondo** con el doctor García Urbina son valederos y el ejecutante sostendrá que esa entidad, por falta de personería jurídica, no está capacitada para intervenir en el juicio seguido contra el Departamento por actos emanados de esos contratos. Los documentos que me propongo allegar a autos contribuirán sin duda a solucionar en favor del **Fondo** el punto cuestionado y a fijar la verdadera condición de la entidad, muy distinta por cierto de la de sus similares no oficiales".

- III -

Para desechar la excepción propuesta por el Departamento, el Tribunal consigna en su sentencia las siguientes consideraciones de orden jurídico:

"Por medio del Decreto Ejecutivo número 503 de 1940 fue creado el "Fondo de Fomento Municipal", como organismo nacional autónomo, destinado a ayudar a los Departamentos y Municipios en la realización de sus obras más importantes. Y para aprovechar mejor los beneficios que esa institución concede, la Asamblea de Santander expidió la Ordenanza número 23 de 1940, "por la cual se crea el **Fondo Departamental de Fomento Municipal**" y se reglamenta el funcionamiento de esa entidad, disponiendo, entre otras cosas, que se dedique a la construcción de alcantarillados, acueductos, plantas eléctricas, locales escolares y hospitales. El artículo noveno de la Ordenanza estatuye lo siguiente: "El Fondo Departamental de Fomento Municipal será dirigido por una junta compuesta por el Gobernador del Departamento, el Secretario de Gobierno, el Secretario de Hacienda, el Secretario de Educación, el Secretario de Obras Públicas y el Jefe de la Sección de Ingeniería Sanitaria y Fomento Municipal, **pero su manejo financiero corresponde exclusivamente al Gobernador del Departamento"** (subrayó el Tribunal). El artículo 18 dispuso: "Una vez promulgada la presente Ordenanza, la Junta Directiva del Fondo Departamental de Fomento Municipal se ocupará preferencialmente de gestionar y obtener la personería jurídica para la entidad". Pero la disposición no ha sido cumplida, porque en autos no consta que el citado organismo tenga personería jurídica y, al contrario, obra la confesión del señor Gobernador en el sentido de que la Junta "no procedió de conformidad" con esa orden de la Asamblea del Departamento.

"De lo anterior se desprende, sin lugar a la menor duda, lo siguiente: la entidad llamada "Fondo Departamental de Fomento Municipal", aunque tiene fondos propios y fuentes de ingresos especiales, es un organismo dependiente de la administración general del Departamento, desde luego que es una creación ordenanzal, se halla dirigida por empleados departamentales, su manejo financiero corresponde exclusivamente al señor Gobernador y compete a la Contraloría General del Departamento —como lo dice el artículo 10º de la Ordenanza— el control de las inversiones, el examen de las cuentas respectivas y el señalamiento de las normas de contabilidad a que deba sujetarse.

"Pero aún siendo una entidad departamental, podría ser también una persona jurídica independiente del organismo de derecho público y fue eso precisamente lo que la Asamblea quiso cuando ordenó, por medio del citado artículo 18, que se procediera a obtener cuanto antes la personería jurídica de la institución. Pero como la Junta Directiva no ha cumplido ese mandato, la independencia alegada por el señor Gobernador no se ha verificado, y, por lo mismo, la personería del Fondo Departamental de Fomento Municipal se confunde con la del Departamento de Santander y es esta entidad la llamada a responder por las obligaciones contraídas por aquélla y a reclamar los derechos que a la misma le corresponden.

"Lo anterior se refuerza, en el caso concreto que nos ocupa, con los siguientes argumentos de hecho que pregonan la responsabilidad del Departamento de Santander:

"Las cuentas que dieron origen a este juicio tiene su causa en lá construcción del acueducto de Barichara y del alcantarillado de San Gil, y esas obras tienen la siguiente historia contractual:

"De los dos ejemplares del **Diario Oficial** traídos por el señor Gobernador como pruebas a este negocio, aparece que la construcción del acueducto de Barichara y del alcantarillado de San Gil fue contratada por el señor Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, a nombre de la Nación, por una parte, y el señor Gobernador de Santander, a nombre del Departamento, por la otra; que el Departamento "tomó a su cargo" la construcción de las obras; que el Departamento se obligó a dar principio a los trabajos y a entregarlos dentro de un plazo estipulado en los contratos; que el Departamento quedó facultado para subcontratar dicha construcción; que la misma entidad se obligó a emplear personal técnico competente y a dar cumplimiento a todas las normas sobre prestaciones sociales de los trabajadores. De esas cláusulas se desprende que la dirección, manejo y responsabilidad de esas obras quedaron por completo a cargo del Departamento de Santander.

"Ahora bien: de acuerdo con la facultad contenida en los pactos que el señor Gobernador celebró con la Nación, el Departamento subcontrató la construcción del alcantarillado de San Gil y del acueducto de Barichara con el doctor Luis García Urbina, según aparece de los contratos que obran en los dos números de la "Gaceta de Santander" que fueron acompañados a la demanda. Y aunque en tales convenciones se habla del "Fondo Departamental de Fomento Municipal", ya vimos cómo esa entidad no tiene personería independiente de la de Santander. Además, se advierte que esos contratos fueron firmados por el señor Secretario de Obras Públicas del Departamento, llevan la aprobación del señor Gobernador y están certificados por la Contraloría Departamental.

"Y si se quiere abundar en razones que hagan inoperante la excepción que se estudia, debe decirse que las cuentas que se cobran están giradas contra "el Tesoro Departamental" y aceptadas así, de acuerdo con lo estipulado en los contratos, por un interventor que firma bajo un sello de la "Sección de Ingeniería Sanitaria y Fomento Municipal" de la Secretaría de "Obras Públicas de Santander".

- IV -

Son de suyo tan claras y convincentes las consideraciones en que el Tribunal apoya su decisión desfavorable a la pretensión del excepcionante, que la Sala no puede menos que acogerlas como fundamento principal de esta sentencia. A lo cuál se agrega la circunstancia de que la parte apelante se abstuvo de sustentar la alzada, ignorándose, por lo tanto, por qué aspecto considera injurídica dicha parte del fallo que declara infundada la excepción dilatoria en estudio. Los razonamientos del Tribunal quedan, pues, en pie, como demostración inequívoca de que la presente ejecución, dados sus antecedentes y lo inobjetable de las cuentas que dieron origen al recaudo, es perfectamente viable contra el Departamento de Santander, y en manera alguna contra el Fondo Departamental de Fomento Municipal, ya que no se ha demostrado en debida forma que esta última entidad haya obtenido el reconocimiento de la personería jurídica que la habilite para comparecer en juicio, cómo demandante o como demandado.

- V -

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia de veintiseis (26) de enero del año en curso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

NATURALEZA JURIDICA DE LOS DERECHOS A ELEGIR Y EJERCER PROFESION

Dice el art. 2518 del C. C. que "se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales" y los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados; el derecho a elegir y a ejercer profesión no es bien corporal, ni está en el comercio húmano, ni figura entre los derechos reales no exceptuados de la prescripción, luego ese derecho no se puede ganar por el modo solicitado.

Para dar por evidenciada la segunda proposición precedente, basta observar que los derechos de elección y de ejercicio de profesión son de naturaleza incorporal y que no están en el comercio humano porque no son susceptibles de cambiar de beneficiario o dueño, pues son derechos personalísimos e intransmisibles por acto entre vivos o por causa de muerte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre dieciocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

En libelo de 6 de abril de 1948 refiere el doctor Maximiliano Bueno C., en su calidad de mandatario judicial del señor Vicente López Gómez, que éste ejerció en Cali la abogacía desde 1916 hasta que entró a regir la ley 69 de 1945, día en que tuvo que abstenerse de continuar interviniendo en gestiones judiciales por no reunir dicho señor López G. los requisitos que para desempeñarlas exige la ley. Considera que su poderdante tenía adquirido el derecho a litigar en nombre propio y ajeno y por tal motivo pide que en juicio ordinario seguido contra la Nación se hagan estas declaraciones:

"I. — Que el demandante señor Vicente López G. ha ganado por prescripción adquisitiva el derecho o bien inmaterial de continuar ejerciendo su profesión de abogado.

"II. — Que en consecuencia y previa ejecutoria de esta declaración judicial de pertenencia se inscriba su copia en el Ministerio de Educación Nacional antes de inscribirla en el libro de matrículas de abogados de ese H. Tribunal Superior.

"III. — O que, en subsidio, se le (sic) condene a la Nación demandada a pagar al citado demandante una renta vitalicia equivalente a lo que éste pudiera ganar en el ejercicio de su profesión de abogado".

Apoya la acción principal en los artículos 776, 653, 685, 775, 768 y 2529 del C. C.; y 2°, 3º y 4º de la ley 120 de 1928, y la subsidiaria en los artículos 2347, 2359 del C. C. y 28 y 32 de la Constitución Nacional.

Acompañó a la demanda dos certificados: de la Universidad del Cauca, que prueba que Vicente Emilio López asistió de 1914 a 1915 a las clases de derecho civil, cuarto curso, a las de procedimientos judiciales y a las de derecho comercial, y del Tribunal Superior de Cali, para evidenciar que dicho señor figuró como apoderado en el juicio ordinario de los señores José Manuel Saavedra G. y Mercedes Pedroza contra el Municipio de Cali. Durante el término probatorio hizo venir sendos certificados de los cinco Juzgados de Circuito de Cali acerca de que López G. gestionó como apoderado en varios juicios.

En sentencia de 7 de septiembre último, negó el Tribunal Superior de Cali las declaraciones solicitadas. Se fundó, principalmente, en que según el art. 44 de la Constitución de 1886, que el interesado invocó en su alegación última, artículo que garantizaba la libertad de elegir profesión, ocupación u oficio con independencia de toda corporación o gremio que pretendiera monopolizarla, no era obstáculo que para poder ejercer la profesión elegida exigiera la ley prueba de la idoneidad necesaria para garantizar intereses de orden general. En la sentencia se lee: "No es lo mismo abrazar una profesión, que es lo que la Constitución garantiza, y que significa escoger profesión, y ejercer ésta que ya requiere idoneidad y reglamentación. En la escogencia sólo está comprometido el interés individual; en el ejercicio está comprometido el interés social que el legislador vigila y protege a la par que

el derecho individual, y siempre que no haya conflicto u oposición entre los dos, pues de haberlo, el interés particular o privado debe ceder al interés social o público (artículo 31, Constitución de 1886 y 30, inciso 1º de la Constitución Nacional, Acto Legislativo número 1º de 1945). Se puede, pues, abrazar o escoger profesión sin pertenecer a gremio de maestros y doctores, pero para ejercerla se necesita idoneidad adquirida según la ley y, además de esto, someterse a la reglamentación que la misma ley establece en defensa del interés social implicado en el ejercicio de cualquier profesión u oficio".

Con posterioridad a la sentencia adujo el doctor Federico Herrera Sierra, como apoderado del actor, este argumento: "La cuestión del citado pleito consiste en que el legislador, por medio del artículo 776 del C. C. no excluyó nada en su mandato de que 'la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal' ".

La cita que el interesado hace del artículo 44 de la Constitución de 1886 no es procedente porque ese artículo fue sustituído por el 1º del Acto Legislativo número 1º de 1918, que a su vez lo fue por el único del Acto Legislativo número 1º de 1921, éste por el único del Acto Legislativo número 1º de 1932, y éste por el artículo 39 de la Constitución actual. Los artículos 28 y 32 de la Constitución Nacional en nada se relacionan con el caso de estos autos.

Prescindiendo de la cuestión de constitucionalidad de la ley 69 de 1945, ya que el actor sitúa su alegación en el campo del derecho privado, pues funda su acción en disposiciones de derecho común al alegar la usucapión como modo de adquirir, se advierte que tampoco en este campo es viable la acción establecida, por tratarse de un derecho imprescriptible.

Dice el artículo 2518 del C. C. que "se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales" y los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados; el derecho a elegir y a ejercer profesión no es bien corporal, ni está en el comercio humano, ni figura entre los derechos reales no exceptuados de la prescripción; luego ese derecho no se puede ganar por el modo solicitado.

Para dar por evidenciada la segunda proposición precedente basta observar que los derechos de elección y de ejercicio de profesión son, como el mismo actor lo acepta, de naturaleza incorporal y que no están en el comercio humano porque no son susceptibles de cambiar de beneficiario o dueño, pues son derechos personalísimos e intransmisibles por acto entre vivos o por causa de muerte.

La cita que se hace del artículo 776 del C. C. tampoco es procedente porque esa disposición, que está incorporada en el libro segundo del C. C., que trata de los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce, se refiere a bienes patrimoniales, o sea, a aquellos cuyo dominio puede pasar de uno a otro.

De suerte que la acción incoada no puede prosperar ni aun contemplando el problema legal planteado como un caso de prevalencia de la Constitución sobre la ley, pues es el mismo constituyente quien en el artículo 40 tiene estatuído que sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional, y que nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito. Y si es verdad que esa disposición permitió establecer excepciones en ley, también es cierto que el señor López G. no ha probado estar entre los casos de excepción.

La petición subsidiaria sobre renta vitalicia tampoco puede prosperar; porque si se toma como indemnización, la citada ley 69 de 1945, al no arrebatarle derecho alguno a López G., ningún perjuicio le ha causado, pues lo que acontece es que dicho señor no se ha puesto en condiciones de gozar de los beneficios que esa ley otorga como casos de excepción a la citada disposición constitucional; y si se toma como simple demanda de pensión o jubilación tampoco puede hacerse la condena, por tratarse de un beneficio otorgado solamente a los servidores públicos.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

En el presente caso no hay lugar a deducirle responsabilidad al Estado por los perjuicios sufridos por el demandante, ya que el hecho que los ha causado no puede imputarse a FALTA DEL SERVICIO ni a culpa individualizada de quienes lo prestaban.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

El 31 de marzo de 1944, como a las 11 de la mañana, una cuadrilla de peones trabajaba en el despeje de la carretera nacional que de Bogotá conduce a Cambao, en el punto de Peña Negra, cuando una de las piedras arrojadas por la pendiente alcanzó al señor Ceferino Cárdenas, que ejecutaba labores agrícolas en un terreno de propiedad del señor José Gregorio Díaz, situado debajo del lugar en que se realizaba la limpieza de la vía. Debido al golpe, Cárdenas sufrió la fractura de una pierna, que lo mantuvo inmovilizado durante algún tiempo.

Basado en estos hechos y considerando que hubo imprudencia o descuido de parte de los peones, el doctor Luis E. Wilches Blanco, como mandatario judicial del damnificado, solicitó del Tribunal Superior de Bogotá que mediante el procedimiento del juicio ordinario, y con audiencia del señor Fiscal de la Corporación, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que la Nación (República de Colombia) es civilmente responsable del ilícito consistente en la fractura de una pierna que se causó a mi poderdante Ceferino Cárdenas por agentes a su servicio en los trabajos de conservación de la carretera que de Bogotá conduce a Cambao en el punto denominado Peña Negra, vereda de La Sierra, Municipio de Quipile, hecho ocurrido el día 31 de marzo de 1944.

"Segunda. — Que, en consecuencia, se condene a la Nación (República de Colombia) a pagar a mi poderdante Ceferino Cárdenas el valor de todos los perjuicios tanto materiales como morales que se le causaron con el ilícito de que trata la declaración anterior, perjuicios que serán avaluados dentro del juicio o posteriormente en el incidente de ejecución del fallo".

De la expresada demanda se corrió traslado al señor Fiscal del Tribunal, quien negó todos los hechos del libelo y se opuso a las declaraciones solicitadas por el actor. El juicio, proseguido por los cauces legales, culminó con la sentencia de fecha veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, que absolvió a la Nación de los cargos de la demanda, con fundamento en que los testimonios aportados al proceso no demostraban que hubiera habido imprudencia o culpa de parte de los trabajadores de la carretera, pues, de un lado, las declaraciones de Juan Avila y Pastor Zamora, únicas ratificadas en el curso del juicio, eran "no explicadas, lacónicas e imprecisas", y, de otra parte, el Inspector de Carreteras Nacionales de la Zona Bogotá - Cambao, señor Jorge Santos M., citado a declarar por el demandante, había manifestado que "antes de botar el derrumbe, se dio aviso a todos los vecinos del contorno".

Al actor se le concedió apelación de la referida sentencia. En esta Sala el juicio se abrió a pruebas, pero ninguna solicitaron los interesados. Solamente alegó el señor Procurador Delegado en lo Civil. Y, como ya se ha surtido el trámite de esta segunda instancia, se procede ahora a dictar la decisión que corresponda.

Los hechos

Según las declaraciones de Juan Avila y Pastor Zamora, los hechos sucedieron más o menos como los relata la demanda. Los testigos afirman que un grupo de trabajadores se ocupaba en reparar la carretera de Bogotá a Cambao, con motivo de un derrumbe ocurrido en el sitio de Peña Negra, cuando una de las piedras echadas a rodar por la pendiente le fracturó una pierna al demandante Cárdenas, que trabajaba en una finca de propiedad de José Gregorio Díaz, situada en la parte baja de la cuchilla.

Al decir de Avila y Zamora, ellos presenciaron el accidente, que tuvo lugar el 31 de marzo de 1944, como a las once de la mañana, y ayudaron

a llevar al herido a casa del señor Abraham Martínez.

Uno y otro testigo indican el sitio desde el cual pudieron apreciar los hechos: "Yo me di cuenta del accidente por estar colocado en un sitio donde pude observar la piedra al rodarse y claramente me di cuenta cuando arrolló al peticionario, que estaba tranquilamente, y éste lanzó un grito", relata Avila; y Zamora dice: "Me di cuenta precisa de la manera como ocurrió el accidente, pues me hallaba en predios de mi casa, que está situada precisamente junto al sitio donde se encontraban trabajando los peones de la carretera, y, de esta manera, observé el momento en que rodó la piedra que arrolló al peticionario, lanzándolo al suelo...".

Del suceso en mención tuvo conocimiento el señor Jorge Santos, quien desempeñaba el cargo de Inspector de Carreteras Nacionales en la línea de Bogotá a Cambao.

Santos, llamado a declarar por el demandante, dice:

"Es un hecho cierto y verdadero que el día 31 de marzo de 1944 tenía yo como Inspector de Carreteras Nacionales, línea Bogotá - Cambao, un grupo de peones trabajando en dicha carretera en el punto de Peña Negra, Municipio de Quipile, trabajando en la conservación de la vía.... Es evidente que ese día, estando los peones en el despeje de la vía, al rodar unas piedras hubo un herido, lo cual supe por los peones, quienes me contaron después, pero no supe quién sería el herido, ni cuál herida la que sufrió. Aclaro que antes de botar el derrumbe se dio aviso a todos los vecinos del contorno". (F. 6 v. del cuaderno número 2).

Además consta en el proceso que Ceferino Cárdenas estuvo recluído en el Hospital de San Juan de Dios del 8 de abril al 1º de agosto de 1944, con motivo de la fractura del fémur izquierdo y "a consecuencia de la caída de una piedra", según aparece de la historia clínica del Hospital. (F. 9 del cuaderno número 2).

La responsabilidad

Las declaraciones y demás pruebas mencionadas demuestran el perjuicio sufrido por Ceferino Cárdenas, causado por los trabajadores de la carretera de Bogotá a Cambao, en momentos en que realizaban operaciones o servicios por cuenta del Estado.

Ninguna duda cabe sobre la materialidad de los hechos causantes del perjuicio, comoquiera que los testigos Avila y Zamora deponen circunstanciadamente sobre el particular. Ellos no sólo presenciaron los hechos, sino que indican dónde estaban situados cuando ocurrieron. De suerte que no hay por qué restarle mérito a sus declaraciones, como lo hace el Tribunal al considerarlas imprecisas y carentes de las explicaciones necesarias.

En este sentido no hay lógica en las apreciaciones del **a-quo**, ya que de un lado considera esas declaraciones como prueba de la materialidad de los hechos originarios del perjuicio, mientras que un poco más adelante, al estudiar si hubo culpa de los trabajadores de la carretera, les resta fuerza de convicción. Los apartes transcritos de las deposiciones de Avila y Zamora dan fe de que no es exacto el siguiente concepto del Tribunal:

"¿Estaban los testigos en el sitio donde trabajaba la cuadrilla? ¿Estaban en la parte baja en compañía de Ceferino? ¿O hallábanse en un lugar donde al mismo tiempo podían divisar a Ceferino y a los trabajadores? Nada de esto explica el expediente, como que ni siquiera fueron preguntados los compañeros del herido ni los peones de la cuadrilla.

"Es más: esas declaraciones no explicadas, lacónicas e imprecisas contradicen el dicho del jefe de la cuadrilla; y así resulta que no sabe el expediente cómo tuvieron lugar los hechos del proceso, es decir, si el acto que causó el daño puede imputarse a actividad imprudente de los empleados de la Nación o a manifiesta imprudencia del propio demandante".

En concepto de la Corte lo que ocurre con las declaraciones de Avila y Zamora es que, si bien dejan establecido el daño causado a Cárdenas por los trabajadores de la carretera de Bogotá a Cambao, en cambio no precisan circunstancias especiales indicativas de que hubo negligencia o descuido por parte de tales trabajadores al realizar la reparación o despeje de la vía. No se sabe si el sitio en que se verificaban los trabajos de limpieza estaba cultivado a lado y lado de la carretera, en forma que fueran necesarias particulares precauciones. Más bien lo que se sabe es que la finca en que trabajaba Cárdenas quedaba situada en la parte baja de la cuchilla, según parece a alguna distancia del lugar en que se efectuaban las operaciones de limpieza. En otros términos, las circunstancias como ocurrieron los hechos, según las declaraciones de Avila y Zamora, no son por sí mismas reveladoras del estigma de la culpa.

De otra parte, la única prueba sobre este punto consiste en la declaración del Inspector de Carreteras Nacionales, recibida a instancias del propio demandante, y conforme a la cual "antes de botar el derrumbe se dio aviso a todos los vecinos del contorno".

Conclúyese de lo dicho que en el presente caso no hay lugar a deducirle responsabilidad al Estado por los perjuicios sufridos por Cárdenas, ya que el hecho que los causara no puede imputarse a **falta del servicio** ni a culpa individualizada de quienes lo prestaban.

Por lo anteriormente expuesto, 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 dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Belisario Agudelo D.—Luis A. Flórez—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.



I N D I C E

NOTA — En los números 2073-2074 de la GACETA JUDICIAL, correspondientes a los meses de mayo y junio de 1949, y pertenecientes a este mismo Tomo LXVI, se publicó la sentencia de la Sala Plena de fecha veintidós de septiembre, por medio de la cual la Corte decidió de las objeciones que por inconstitucionalidad hizo el señor Presidente de la República al proyecto de ley "Por la cual se fija la fecha para las próximas elecciones", sentencia que, aunque por razón de su fecha habría debido publicarse en el presente número, fue insertada en otro anterior, en atención al especial interés que su conocimiento tenía para la generalidad de las gentes en el momento en que apareció el número donde fue incluída, lo que aconsejaba no demorar más tiempo el darla a la luz pública, es decir, hasta que apareciera el presente número correspondiente al mes de septiembre.

Igualmente se incluyen en este número algunas providencias de la Sala de Negocios Generales del mes de agosto de 1949, las que, como en oportunidad se advirtió, no fue posible incluir, por falta de espacio, en el número correspondiente a dicho mes.

El Relator de la Corte

SALA PLENA

Págs.

Proposición aprobada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en su sesión del 28 de octubre de 1949, con ocasión del fallecimiento del H. Magistrado doctor Belisario Agudelo D. 603

SALA DE CASACION CIVIL

El error de hecho como causal de casación.— En el juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa, seguido por Pastora Arriaga contra Rufina de la Torre, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales..... 604

Acción de simulación y acción de nulidad. Diferencia existente entre una y otra en cuanto a efectos contra terceros poseedores. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario sobre declaración de propiedad de una finca denominada "Vizcaya", ubicada en el municipio de Bolívar (Departamento de Santander); reivindicación de la misma y cancelación de una escritura y de su registro, seguido por Aurelio T. Galeano y Rebeca Baños de Galeano contra Miguel Roberto Ardila. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 606

Acción de indemnización de perjuicios.—Recurso de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Gustavo Martínez contra la Cooperativa de Choferes y Propietarios de Automotores de Girardot, Limitada, sobre pago del valor de dos bultos de mercancías recibidos para su transporte. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 609

Requisitos para que prospere el recurso de casación por error en la apreciación de pruebas.—Técnica de casación.—En el juicio ordinario sobre incumplimiento de un contrato, pago de una multa por ese incumplimiento y sobre indemnización de perjuicios, seguido por Antonio Rubio Ayala contra Luis B. Contreras, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 611

No puede haber lugar a casación por infracción de normas simplemente adjetivas.— Estimación de pruebas en casación. — La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el jui-

Págs.

cio ordinario seguido por Marciela Gutiérrez v. de Puello y otros contra el municipio de la misma ciudad, sobre indemnización de perjuicios por culpa extracontractual. Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo 615

Acción de indemnización de perjuicios por culpa contractual. — Opción y promesa de contrato.—Para que pueda haber lugar a condena, es necesario que el actor compruebe que el incumplimiento le ha causado perjuicios. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por Evaristo Obregón y otros contra Miguel José y Carlos Alfonso Neira y contra Román Quiñones. — Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 623

Mandato—La sustitución no termina el mandato. — En el juicio ordinario seguido por María Elisa Morales viuda de Gil contra la Junta de Patronos del Colegio Público de Jesús María y José de Chiquinquirá, sobre pago de los servicios profesionales de abogado prestados a la dicha Junta por el doctor Aparicio Gil en el juicio posesorio de ella contra la Nación, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 627

Acción reivindicatoria. — Buena y mala fe.— En el juicio ordinario sobre el objeto expresado, seguido por Abelardo Toledo contra Francisco A. Gualdrón, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 630

Acción de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual. — Causal 1ª de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Nelia Rosa Rodríguez v. de Alzate contra el Municipio de la misma ciudad, sobre el objeto expresado. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 633

Acción de nulidad de un contrato.—Cuando uno de los contratantes no está declarado en interdicción judicial, es necesario para que el contrato se declare nulo por falta de consentimiento, que se aduzca la prueba de que la psicosis padecida por aquél suprimía la determinación de la voluntad y que tal hecho es concomitante con el de la celebración del contrato—Confesión ficta.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por José Méndez Losada contra Misael Pastrana—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 636

Acción de deslinde de dos predios.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio sobre el objeto expresado seguido por Publio Ortiz y otra contra Antonio Tamayo. Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo..... 646

Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones originadas en un contrato de sociedad limitada.—Requisitos legales para la formación de esta clase de sociedades.—Si el contrato es absolutamente nulo, no puede haber lugar a indemnización de perjuicios por incumplimiento del mismo. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Severiano Romero contra Nepomuceno Medina. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 651

SALA DE CASACION PENAL

Complicidad correlativa—No invalida la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Carlos Julio León Cotrino por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 655

Cambio de radicación de un proceso criminal.—Emite la Corte concepto favorable al cambio de radicación del proceso seguido en el distrito judicial de San Gil contra Gonzalo Durán Santos por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 659

Delito de prevaricato.—No es demostración

Págs.

suficiente de que uno de los funcionarios que intervino en un proceso penal lo ha cometido, el hecho de que haya discrepancia entre lo apreciado y decidido por el inferior y lo decidido por el superior.—Confirma la Corte la providencia del Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del Juez del Circuito Penal de Melgar, doctor Pedro M. Martínez. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 661

Impedimentos de agentes del ministerio público—Se declara fundado un impedimento manifestado por el doctor Alberto Bravo Guerra para actuar como Fiscal del Tribunal Superior de Pasto en un proceso contra Carlos Arturo Suárez por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 664

Delitos de detención arbitraria y prevaricato. Si la persona cuya detención se ordenó, no estuvo realmente detenida, no habrá lugar al delito de detención arbitraria.—El simple hecho de que una providencia de un juez sea revocada por el superior, no funda presunción de que aquél prevaricó al dictarla—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Manizales en favor del doctor José Joaquín Marín, Juez promiscuo del Circuito de La Dorada, por los cargos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 667

Causal 2ª de casación—Esta causal es improcedente en juicios en que intervino el jurado. — Si a éste se propuso en el cuestionario un cargo distinto del que se imputó en el auto de proceder, la causal conducente es la 4ª—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la causa contra Rafael Zapata Dávila por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 669

Abandono del cargo por parte de un funcionario de la rama jurisdiccional.—Confirma la Corte el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa en favor del doctor Víctor Valero Bernal por el delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 671

Págs.

Incompetencia de la Corte para conocer de causas por responsabilidad contra personas que ejerzan funciones de Gobernador sin tener ese carácter.—Se declara que la Corte no es competente para conocer en primera instancia del proceso contra el doctor Manuel Valdés Becerra por cargos de responsabilidad en ejercicio de sus funciones de Secretario de Gobierno del Chocó, encargado de la Gobernación del mismo Departamento. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 673

Delitos de violencia carnal y de corrupción de menores. — Cuando el acceso carnal se realiza mediante el empleo de la violencia, se configura el primero de estos delitos, aunque la víctima sea mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis. — Nulidades.—Tiempo para alegarlas.—Prueba de la edad.—Nulidad por error en cuanto a la identidad de la persona del ofendido.—No casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en el proceso contra Juan Esteban Ovalle Niño y Josefina Olarte Arenas, por el delito de violencia carnal. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 677

Colisión de competencias para conocer de un proceso por calumnia.—Dirime la Corte la colisión de competencias surgida entre los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, Barranquilla y Cartagena, para conocer de un proceso por calumnia, seguido contra Eduardo Zárate H. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 683

En los juicios en que interviene el jurado no puede alegarse en casación desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, sino entre aquélla y el veredicto.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso contra José Levid Vélez por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 685

Cuestionario al jurado. — El juez no puede preguntar por género distinto del expresado en el auto de proceder, pero sí puede interrogar por circunstancias específicas o modificadoras diferentes, si se han cambiado probatoriamente durante la causa. —

Págs.

Riña imprevista.—La causal 3ª de casación en los juicios por jurado.—No invalida la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Pedro Nel Grajales, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 689

Embriaguez y alcoholismo crónico. — La intoxicación de que habla el artículo 29 del C. P. no se refiere solamente a la segunda de estas hipótesis. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Rafael Neira Porto por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 694

Causales segunda y cuarta de casación—Para que al procesado, en juicio en que interviene el jurado, puedan aplicarse medidas de seguridad por padecer grave anomalía psíquica, es necesario que esta circunstancia haya sido reconocida expresamente por el tribunal popular.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en la causa contra Nabor Correa Hincapié, por homicidio en Hernando López. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 700

Impedimentos. — Qué constituye la opinión que es causal de impedimento.—Se declara no fundado el impedimento manifestado por el doctor Mario García Gómez para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, de un denuncio contra el doctor Alfonso García Rangel. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 703

Delito de abuso de autoridad (usurpación de funciones).—Confirma la Corte la cesación del procedimiento ordenada por el Tribunal Superior de Quibdó en favor del señor Agustín Rengifo Porras, en proceso por cargos de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones de Juez Penal del Circuito de Istmina. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 704

Impedimentos y recusaciones—Procedimiento que debe seguirse cuando se trata de recusación de un Magistrado. — Se inhibe la Corte de conocer del incidente de recusación del Magistrado del Tribunal Superior de Buga, doctor Primitivo Vergara Crespo, en el proceso contra el doctor Francisco Campo C., por responsabilidad, y ordena devolverlo al Tribunal de origen para que se proceda en la forma legal, expuesta en la parte motiva de la providencia. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada.. 707

Solicitud de libertad de un extranjero cuya extradición fue solicitada por otro gobierno.—Se abstiene la Corte de resolver, por carencia de jurisdicción, de la solicitud de libertad formulada por Adalberto Gardos, detenido a petición de las autoridades de Venezuela, y cuya extradición solicitada por este país se halla en curso. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 709

Concepto sobre una solicitud de extradición. La Corte conceptúa favorablemente a la solicitud de extradición de los ciudadanos húngaros Adalberto Gardos y Nicolás Rado, formulada por el gobierno de Venezuela. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 711

Delito de falsedad.—Causal tercera de casación. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio contra Jorge Poveda Segura, por el delito de falsedad en documento público y uso del mismo. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 715

Interrogatorio al procesado.—Su omisión no constituye nulidad.—Reincidencia. — Riña imprevista.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso seguido contra Manuel Salvador Jiménez por los delitos de lesiones personales y de hurto. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 723

Provocación. — Requisitos para que sea circunstancia atenuante de la responsabilidad y de la pena.—Interpretación del veredicto del jurado por parte del juez de derecho. Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el proceso contra Manuel Cardona Orozco por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 729

Delitos contra funcionarios públicos—Se confirma el auto de proceder dictado por el

Págs.

Tribunal Superior de Medellín contra Libardo Hoyos Jaramillo, por los delitos de detención arbitraria y delitos contra los funcionarios públicos. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 734

No se repone el auto anterior.—Se niega la reposición pedida por el defensor de Libardo Hoyos Jaramillo, del auto por medio del cual se confirmó el del Tribunal Superior de Medellín, que lo llamó a juicio por los delitos de detención arbitraria y delitos contra los funcionarios públicos. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.... 740

Abuso de autoridad.—Demoras—Se revoca el auto de proceder proferido por el Tribunal Superior de Pereira contra el Juez del Circuito de Apía, doctor Miguel Angel Marín V., por el delito de abuso de autoridad (demoras), y en su lugar se sobresee definitivamente en favor del mismo doctor Marín y se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal, por el mismo cargo, en favor del Juez del dicho Circuito, doctor Nicomedes Hincapié Mejía. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 742

Cambio de radicación de un proceso.—Emite la Corte concepto favorable al cambio de radicación del proceso adelantado en el Distrito Judicial de Popayán contra Edgar Velasco Arboleda y otros, por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M... 744

Delitos de prevaricato y de abuso de autoridad.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Tunja a favor del doctor José Antonio Jiménez, por los cargos de prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 746

Cambio de radicación de un proceso. — La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso seguido en el Distrito Judicial de Bucaramanga contra José Miguel Ruiz Cancino por homicidio en Luis Alberto Prada. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 749

Cesación del procedimiento. — Requisitos de forma de la providencia que la ordena.—Confirma la Corte la providencia del Tribunal Superior de San Gil, por medio de la cual se ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Campo Elías Páez, y la adiciona en el sentido de declarar expresamente que el delito imputado no ha existido y que, por consiguiente, no pudo cometerlo el sindicado. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 753

Abandono del cargo.—Confirma la Corte la providencia consultada del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual se ordenó la cesación de todo procedimiento contra el doctor Hernando Vera Vera, por el cargo de abandono de sus funciones de Juez del Circuito Civil de Ambalema, por no constituir delito los hechos imputados. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 756

Nulidades. — Error en cuanto al nombre y apellido del procesado o de la víctima—Reemplazo ilegal de un miembro del jurado. Nulidades en el sumario.—Causal segunda de casación. — Razones por las cuales es improcedente en los juicios en que intervino el jurado. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Ricardo Mejía Mejía por el delito de homicidio en Hernando Ospina. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 759

Delitos de abuso de autoridad.—Oposición a la entrega de un bien objeto de una decisión judicial. — No pueden formularla los causahabientes del litigante vencido. — Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Bolívar Chaves R. y José Eliseo Gómez Jurado, Magistrados del Tribunal Superior de Pasto, por los cargos de responsabilidad que como funcionarios públicos les hizo el doctor Teodulfo Dulce. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 767

Nulidades en el sumario.—Confirma la Corte las providencias recurridas, proferidas por el Tribunal Superior de Medellín en un sumario que en el mismo Tribunal se adelanta, y por las cuales negó, respectiva-

Págs.

mente, la declaración de nulidad de la actuación sumarial y la de prescripción de la acción penal. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 770

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción de nulidad de una partición realizada en una sucesión.—Condiciones para que sea procedente la demanda de reconvención. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual declaró probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por el apoderado de la señora Dolores Molina de Callejas en relación con la contrademanda formulada por el Asilo de Ancianos de Medellín en el juicio ordinario seguido por la dicha señora contra este Asilo y contra el Departamento de Antioquia, sobre nulidad de una partición realizada en un juicio de sucesión. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 774

Incidente de nulidad por incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual se decidió el incidente de nulidad propuesto por los motivos expresados, por el apoderado de la parte demandada, en el juicio ordinario seguido por María Ramírez viuda de Suárez y otros contra los Ferrocarriles Nacionales, y se hacen otras declaraciones. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 776

Nulidades en los juicios civiles. — No puede decidir de ellas el superior que sólo conoce de la apelación de un auto interlocutorio.—Se declara que la Corte no es competente para conocer del incidente de nulidad promovido en el juicio ejecutivo seguido por el doctor Ramón Lozano Garcés contra el Departamento del Chocó, incidente propuesto ante la Corte por el apoderado del demandado, y se confirma la providencia apelada, por medio de la cual el Tribunal Superior de Quibdó decretó el embargo de algunos bienes de propiedad departamental, en el mencionado juicio ejecutivo. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 779

Desistimiento de una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos.—Se acepta la solicitud del Ministerio del ramo, de que sea devuelto el expediente, por haber cesado el motivo de estudio por parte de la Corte, en el juicio breve y sumario originado por la oposición formulada por el municipio de San Sebastián de Buenavista a la propuesta de la Compañía Petrolera de Bogotá. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 781

Corrección de errores numéricos en que se haya incurrido en una providencia judicial. Se niega la solicitud de corrección de un error numérico en que se incurrió en una sentencia proferida en juicio sobre concesión de pensión de jubilación, seguido por el señor Elías Henoc de Jesús Gómez contra la Nación, solicitud hecha por el apoderado especial de éste. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 782

Aviso de exploración y explotación de petróleos en las tierras del predio denominado "Pipiní"—Adquisición del dominio privado de tierras por medio de justa prescripción, conforme a las leyes coloniales sobre la materia—Se declara fundada la pretensión de la "Texas Petroleum Company" de explorar y explotar petróleo en las tierras del mencionado predio, en el municipio de Chaparral, Departamento del Tolima. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 784

Influencia del proceso penal en el juicio civil. — Cuando la acción de indemnización se endereza contra el tercero civilmente responsable, no cabe hablar de petición hecha antes de tiempo, si la demanda se presenta cuando el proceso penal aún no ha concluído.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Julio Enrique Jaramillo, José Joaquín Vergara y María Cecilia García de Vergara contra la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y se absuelve a la parte demandada de los cargos de la demanda. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez... 787

Aviso de exploración y explotación del petróleo que pueda hallarse en un terreno

Págs.

denominado "San Francisco", en el Territorio Vásquez (Departamento de Boyacá). Se declara infundada la pretensión del señor Roberto Wesselhoeft, manifestada en su propio nombre y en representación de los señores Ralph W. Stearns y John E. Cook, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, para explorar y explotar petróleo en el predio mencionado. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 798

Acción de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual—Perjuicios morales subjetivos.—Pueden ser objeto de comprobación en el juicio—Perjuicios morales objetivados—Se reforma parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Teresa Ortiz contra la Nación. — Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado..... 800

Acción de indemnización de perjuicios—Responsabilidad civil de los ferrocarriles.—En el juicio ordinario seguido por Ana Feliz Buitrago de Gallego contra la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 806

Personería jurídica de las entidades de derecho público.—Su prueba no es necesaria en juicio.—Ilegitimidad de personería.—Se confirman los autos proferidos por el Tribunal Superior de Quibdó en el juicio ejecutivo seguido por el Dr. Próspero Ferrer Ibáñez contra el Departamento del Chocó, con fechas nueve de julio y tres de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, mediante los cuales se decretó el embargo, secuestro y avalúo de un bien de propiedad del mencionado Departamento, se levantó el embargo y secuestro preventivos de otro bien departamental, previamente decretados y se negó la declaración de nulidad de lo actuado, pedida por la parte demandada. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 817

Acción de indemnización de perjuicios.—Influenciá del proceso penal en el civil.—Valor legal de las certificaciones.—Responsabilidad por culpa de empleados o dependientes.—Culpa de la víctima.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Sara Molano de Infante y otros contra la Nación, y en su lugar se declara a ésta civilmente responsable de la muerte del señor Ramón Infante A. y se hacen algunas condenaciones. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado..... 820

Oposiciones a una propuesta de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional. — Declara la Corte que no son fundadas las oposiciones formuladas por el Municipio de Polonuevo, el Municipio de Sabanalarga, el Municipio de Santo Tomás y por la Comunidad de Isabel López a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un lote de terreno situado en los Municipios de Baranoa, Sabanalarga, Usiacurí, Polonuevo, Santo Tomás y Palmar de Varela, en el Departamento del Atlántico, propuesta hecha por la Tropical Oil Co. y distinguida con el número 105. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 830

Representación en juicio de los Departamentos.—En el juicio ordinario de Francisco Urbano y Nelson Valencia contra el Departamento del Chocó, se confirman dos autos proferidos por el Tribunal Superior de Quibdó. Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D. 840

Acción de nulidad de unas sentencias proferidas en juicio ejecutivo de impuestos nacionales (sucesiones).—Se declara nulo lo actuado en las dos instancias del juicio ordinario iniciado ante el Tribunal Superior de Tunja, por el señor Obispo de Tunja y doña Elvira Sarmiento de Quiñones contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D. 842

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos.—Se declara infundada la oposición formulada por la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A. a la propuesta presentada por el señor Octavio Archila para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un globo

Págs.

de terreno ubicado en el Municipio de Lorica, Departamento de Bolívar. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 846

Acción de indemnización por responsabilidad civil extracontractual—El mandato judicial conferido en representación de un incapaz por su representante legal no queda insubsistente por el solo hecho dé cesar éste en sus funciones. — La sola afirmación de que el perjudicado viajaba en su condición de dependiente de la entidad demandada, no es demostración suficiente de que se ejerce acción de responsabilidad contractual.—Noción de perjuicio moral. — En el juicio ordinario de Ana Rosa Herrera de Zapata y otros contra la Nación, se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, se declara que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios causados a los actores con la muerte del señor Francisco Zapata, ocurrida el 15 de agosto de 1941, al caer el avión marca Ford número 642, y se hacen algunas condenaciones. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 849

Págs.

Excepción dilatoria de inepta demanda. — Confirma la Corte el auto proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual se declaró no probada la excepción dilatoria de inepta demanda propuesta por el señor Gobernador del Departamento de Santander en el juicio ejecutivo adelantado contra dicho Departamento por el doctor Luis García Urbina. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez... 861

Naturaleza jurídica de los derechos a elegir y ejercer profesión.—En el juicio ordinario seguido por Vicente López Gómez contra la Nación, se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Cali que negó las súplicas de la demanda. Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D. 865

Acción de indemnización de perjuicios.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario de Ceferino Cárdenas contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D. 867

Con el presente número termina el Tomo LXVI de la "Gaceta Judicial". El número 2079 contendrá el Indice y Jurisprudencia de dicho Tomo LXVI.



ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS «MUNDO AL DIA» CALLE 14, No. 13-56 — TELEFONO 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono No. 14-325, y será atendido inmediatamente

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXVI BOGOTA, 1950 Nro. 2079

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXVI (Nos. 2073 a 2078 DE LA "GACETA JUDICIAL")

— A —

ABANDONO DEL CARGO

— 1 —

(Requisitos para que este hecho configure el delito de abuso de autoridad))

Para que se configure el delito de abuso de autoridad por abandono del cargo (artículo 178 del Código Penal), es necesario —como muchas veces lo ha dicho la Corte— que tal abandono ocasione perjuicios a la sociedad, en general, o a terceros, en particular, y que por parte del funcionario que dejó de concurrir a su despacho haya existido la intención de causar tales perjuicios; si estos dos elementos faltan, la infracción no se configura, y mucho menos si, además, el funcionario sindicado de tal ilícito dejó de asistir a su oficina por imposibilidad física, es decir, por fuerza mayor.

(Casación Penal. Auto, junio 7 de 1949. T. LXVI. 20-73-2074)..... 241, 2ª

ABANDONO DEL CARGO
(Requisitos para que sea delito)

— 2 —

El delito previsto por el artículo 178 del Código Penal puede configurarse de dos maneras, bien sea porque el funcionario o empleado público, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo, ya también, porque el funcionario o empleado público, sin causa justificada, sin renuncia o licencia haga dejación del puesto que desempeña por cualquier circunstancia.

El abandono implica necesariamente la dejación del puesto o la renuncia tácita del mismo por la no concurrencia al desempeño de las funciones inherentes al cargo; es decir, presupone la existencia de un hecho material, abandono del destino, desprecio o dejación de los deberes que la ley le impone, y un hecho subjetivo o moral consistente en la intención dolosa, en la advertencia y conocimiento previo de que con ese acto se va a causar un daño público o privado, bien sea

en detrimento de los intereses de la justicia o de terceros.

Cuando no existe ánimo o intención dolosa, y cuando la ausencia del empleado o funcionario público —sin renuncia ni licencia— es de tan corta duración que con ella no se causa ningún perjuicio de orden público o privado, no puede afirmarse, en estricto derecho, que se configuran todos lo selementos integrantes del delito para deducir responsabilidad penal .La ley no exige que los jueces y magistrados permanezcan todo el día en sus oficinas, sino únicamente, "el tiempo necesario para mantener corriente el despacho de los negocios a su cargo, que no puede ser menos de cinco horas diarias . (Artículo 108 del C. J.).

Para que exista abandono del empleo y éste sea punible no basta comprobar la falta de asistencia a la oficina pública, sino que es necesario demostrar que esa ausencia es dolosa y que con ella se produjo un daño público o privado, pues no sería jurídico dar el carácter de delito a un hecho que sólo constituye una irregularidad.

Si los negocios confiados a la dirección del empleado o funcionario a quien se acusa por abandono del cargo no sufrieron demora o retardo alguno, si con la ausencia no se paralizó la marcha de la oficina, ni se perjudicó ningún interés legítimo, si el abandono no tiene intención dolosa, pues no se hizo con el ánimo de paralizar la marcha ordinaria de los negocios, ni retardar la administración de justicia, mal puede imputarse a dicho funcionario un delito de abuso de autoridad por abandono del cargo.

(Casación Penal. Auto, noviembre 8 de 1949. T. LXVI-2077-2078) ..... 757, 2ª y 758, 1ª

ABANDONO DEL CARGO
(Cuándo este hecho configura delito)

— 3 —

No basta comprobar la falta de asistencia a una oficina pública para que se deduzca el delito de que trata el artículo 178 del Código Penal, sino que es necesario demostrar que ella se debe a dolo. El caso fortuito o fuerza mayor se considera como causal de excusa de la responsabilidad, porque entonces el hecho de ser propio, ya que no emana de la voluntad del agente. No hay intención de realizar un hecho que se sabe que está prohibido por la ley. Eso es lo que significa, en el caso del precepto que se comenta, la expresión de que se abandone el cargo "SIN causa justificada".

(Casación Penal. Auto, septiembre 29 de 1949. T. LXVI, 2077-2078) 671, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD

— 4 —

Para que se infrinja el artículo 171 del C. P. es menester que el acto arbitrario o injusto vaya en detrimento de una persona o de una propiedad, y en el proceso debe aparecer demostrado que se causó ese perjuicio, para que pueda haber lugar a deducir responsabilidad contra el funcionario por infracción de la dicha norma.

(Casación Penal. Auto, julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 463, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD
(Demoras)

— 5 —

El artículo 172 del Código Penal no se viola cuando el funcionario falta po rexceso, pues lo penalmente sancionado en esa dispo-

sición es el hecho de omitir, rehusar o retardar la ejecución de un acto a que legalmente esté obligado el funcionario respectivo. El exceso, pues, no constituye infracción alguna.

(Casación Penal. Auto, julio 29 de 1949. T. LXVI-2075-2076) 463, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD

(No lo configura el error en que de buena fe, incurra el funcionario al interpretar la ley)

— 6 —

El abuso implica una acción encaminada a burlar o perjudicar a otro; es un acto arbitrario o injusto que se ejecuta contra algo o alguien, en ejercicio de funciones que si no se tuvieran, no podría realizarse el acto o acción que hace posible el hecho y que la ley erige en delito porque conlleva un quebrantamiento de la legalidad, cumplido por el funcionario consciente de su misma arbitrariedad e injusticia.

Por ello, cuando el funcionario se limita a aplicar su propio criterio a la solución de un negocio **sub-judice** y decide en consecuencia, ni aún en el caso de errar de buena fe, puede ello acarrearle responsabilidad, porque en forma alguna el Código Penal ha podido erigir en delito la disparidad en la apreciación de la ley; y principalmente, porque faltaría demostrar el elemento psíquico del acto, esto es, la intención determinada a obrar en forma contraria al derecho y a sabiendas de ello, sin cuya comprobación ninguna acción dolosa de esta naturaleza puede existir.

(Casación Penal. Auto, mayo 10 de 1949. T. LXVI-2073-2074) ..... 176, 1ª y 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD

— 7 —

Comete abuso de autoridad el funcionario o empleado público que no sólo rehuse o retarde sino que omita un acto a que legalmente está obligado; pero es entendido que el acto ha de ser esencial o fundamental para los fines a que está destinado, pues, si apenas consiste en la simple informalidad que no reporta perjuicios para el objeto que el legislador persigue, sería excesivo deducir de ese incumplimiento una infracción penal.

(Casación Penal. Auto, mayo 6 de 1949. T. LXVI-2073-2074 ..... 173, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD

(Por omisión o retardo en el ejercicio de funciones)

— 8 —

Para que un acto arbitrario o injusto constituya delito de abuso de autoridad de los previstos en el artículo 171, es necesario e indispensable que la violación de la ley penal comporte un daño para una persona o para una propiedad; en ausencia de uno de estos factores que, puede decirse, son el elemento material de la infracción, el hecho no cae bajo la sanción del precepto comentado. En esta disposición la ley sanciona especialmente los delitos de acción y no los de omisión, por esto es por lo que la intención y la proyección de la voluntad hacia la esfera de lo exterior necesita indispensablemente, la ejecución de un acto arbitrario o injusto que lesione los intereses de una persona o de una propiedad.

En los delitos de abuso de autoridad por acción el error proveniente de una falsa interpretación de las disposiciones legales no es el producto o resultado de una intención

dolosa, pues en este evento se revelaría el propósito de imponer caprichosamente la voluntad del autor, por encima de las normas legales que indican el procedimiento dentro de las cuales debe desarrollarse la actividad funcional del funcionario o empleado público.

El Código Penal colombiano siguiendo la distinción general hecho por casi todas las legislaciones en su artículo 11 dice que los preceptos normativos de la ley penal pueden violarse de dos maneras, por acción u omisión. En los primeros, la infracción de la ley penal se realiza en virtud de actos positivos, y en los segundos, la violación se produce por actos negativos o de abstención.

La norma general del artículo 11 del Código Penal —en los delitos de abuso de autoridad— tiene su expresión concreta en los artículo 171 y 172: la primera de estas disposiciones sanciona los delitos de acción y la segunda contempla los casos típicos de omisión dentro de las diversas manifestaciones de omitir, rehusar, o retardar el cumplimiento de actos a los cuales legalmente está obligado.

Los hechos sancionados por el artículo 172 se vinculan directamente con los actos que los funcionarios o empleados públicos deben cumplir por razón del ejercicio de sus funciones o por causas inherentes al desempeño del cargo. En estos casos, la omisión por inobservancia del precepto que contiene un mandato, impide que la acción tenga una forma real y activa que se traduce en el incumplimiento del deber, y ese acto negativo es lo que da origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

La omisión es la falta en la cual se incurre por haber dejado de ejecutar algo necesario e indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al cumplimiento de un deber impuesto por la ley. La abstención de hacer frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, realiza actos negativos, que conllevan el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le imponen el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan idea de la ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse.

(Casación Penal. Septiembre 10 de 1948. T. LXVI. 2073-2074) .... 149, 2ª, 150 y 151

— 9 —

ABUSO DE AUTORIDAD

Para que un hecho configure el delito de abuso de autoridad es necesario que el acto arbitrario o injusto se produzca contra una persona o contra una propiedad.

(Casación Penal. Auto, noviembre 4 de 1949. T. LXVI. 2077- 2078) 748 2ª

ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

— 10 —

Si en el proceso penal se pide la indemnización de perjuicios, debe acreditarse el hecho que los ha ocasionado con todas las circunstancias que han contribuído a producirlos, puesto que el código de procedimiento no autoriza para demandar la reparación ante los jueces civiles sino cuando no se ha intervenido en el proceso penal (artículo 25). Si la parte civil, como acaece con frecuencia, demanda la indemnización de los perjuicios pero no su justiprecio, ante los jueces civi-

les no podrá presentar nuevas pruebas de los hechos o circunstancias que los han causado, sino solamente el avalúo.

(Casación Penal, julio 19 de 1949. T. LXVI 2075-2076) 452, 2ª

ACCION CIVIL

(Caso en que en el proceso penal se hizo condenación en abstracto)

— 11 —

Cuando en el proceso penal se hace una condenación en abstracto o **in genere** al pago de perjuicios civiles, el interesado no puede luego probar ante los jueces civiles que el ofendido tuvo que hacer aquellas erogaciones o no pudo desarrollar estas actividades, porque lo único que ante éstos se puede demostrar es el monto o cuantía de los daños, pero no las circunstancias de que éstos se derivan, según los artículos 24 y 25 de la Ley 4ª de 1943, 25, 26 y 29 del Código de Procedimiento Penal y 553 del Código de Procedimiento Civil.

De no ser así, el interesado tendría dos vías o acciones para demandar simultánea o sucesivamente su derecho, lo cual no concede ni puede conceder el estatuto procesal: todo derecho debe tener la acción correspondiente para hacerlo valer en justicia, y aun pueden consagrarse diversas acciones o establecerse diversas jurisdicciones, pero en ningún caso cabe admitir su ejercicio simultáneo o sucesivo. El principio del **non bis in idem**, que tiene su aplicación en otras contingencias, también puede predicarse en cuanto a la jurisdicción y competencia, esto es, que si todo mundo ha de poder actuar ante la justicia no ha de poder hacerlo en forma redundante o excesiva.

(Casación Penal, julio 19 de 1949. T. LXVI 2075-2076) 452, 1ª

ACCION CIVIL

(Naturaleza jurídica de la originada en un delito)

— 12 —

Los preceptos de los artículos 92, 93, 94 del Código Penal, y otros como el 81, 84 y 90 del mismo Código y 121 del C. de P. P. permiten afirmar que la acción civil de reparación de los daños producidos por un delito o culpa no es, al menos estrictamente, privada, que de serlo no se justificaría la intervención del Ministerio Público, que no actúa sino en defensa de los intereses sociales, ni se impondría la obligación de condenar, al menos en abstracto, a la indemnización, ni mucho menos, se daría facultad para condenar a pagar por daños sumas al erario nacional.

Pero en presencia de los textos atrás citados, que hacen facultativo el ejercicio de la acción civil por parte de los particulares perjudicados, resulta verdaderamente difícil llegar a una conclusión cierta ya que los preceptos que la consagraron, como lo persuade la lectura de las actas de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento, no siguieron un criterio único que permita deducir los consecuencias adecuadas pues si parece temerario afirmar que dicha acción es exclusivamente privada, no resulta tan seguro concluir que sea una acción absolutamente pública.

Ya que los mandatos de la ley no son claros de suyo, es forzoso hacer las lucubraciones que la lógica aconseja, sin separarse de su contenido, pero buscando entre ellos la debida concordancia y armonía y con base en las doctrinas sobre el objeto de la represión penal.

Según tales mandatos y doctrinas, resulta más jurídica la tesis de que dentro del proceso penal no cabe la prescindencia absoluta de la acción civil, que no surge de un nego-

cio o convenio particular, sino de un hecho ilícito que causa una perturbación social. Esto quiere decir que si el derecho a la reparación constituye un crédito contra el autor del daño, tal reparación no le interesa solamente al damnificado, sino a todos los miembros de la comunidad, lo cual justifica la intervención del Ministreio Público y el procedimiento oficioso de las autoridades para garantizarla.

(Casación Penal, mayo 17 de 1949. T. LXVI 2073-2074) 198, 2ª

Nota: dos Magistrados salvaron su voto a la anterior sentencia (véase T. LXVI-2073-2074-201).

El Relator.

ACCION EJECUTIVA

— 13 —

Sólo cuando en un documento que sirve de base a una acción ejecutiva concurren las circunstancias de ser la obligación **clara, expresa y actualmente exigible,** podrá librarse mandamiento ejecutivo; en caso contrario, y por no reunir la obligación los requisitos determinados por la ley, la acción no sería propiamente ejecutiva sino cualquiera otra determinada por el Código Judicial; es el funcionario ante quien se demanda ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, quien de oficio debe examinar si el documento que se presenta como base de la acción reúne o no esas condiciones, y si de dicho título no aparecen comprobados los presupuestos esenciales requeridos por la ley, su deber es negar la ejecución "como denegada es la sentencia favorable si no se halla comprobada la acción correspondiente .

Para que prospere la acción ejecutiva como ya se expresó, es necesario que el título que sirve de base a la ejecución reúna las condiciones exigidas por el artículo 982 del Código Judicial, y que la obligación sea expresa, clara y actualmente exigible; en el documento de promesa de venta, únicamente se pactaron arras y una multa de cincuenta pesos para el caso de que no se otorgara la escritura de compraventa del inmueble. Pero los contratantes no pactaron otros perjuicios distintos para el caso de incumplimiento; por consiguiente, la calidad de ser expresa y actualmente exigible la obligación, no consta en el título ejecutivo, y por lo mismo, no podía librarse mandamiento de pago al tenor de lo dispuesto por los artículos 982 y 990 del Código Judicial, por unos perjuicios que no fueron determinados en el respectivo contrato.

(Casación Penal. Auto, junio 3 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 238, 1ª

ACCION REIVINDICATORIA

(Manera como debe determinarse el inmueble reivindicado)

— 14 —

Entre las condiciones indispensables para la procedencia de la acción reivindicatoria, contenidas en su definición legal está la de que se trate de una cosa singular, esto es, determinada o individualizada como cuerpo cierto. Este requisito tratándose de inmuebles y especialmente de predios rurales, no puede satisfacerse sino con la descripción de sus límites, esto es, con el señalamiento del término o línea que los separe de las demás heredades, y que a la vez que lo diferencia de los otros fundos sirve para precisar objetivamente, demarcando su perímetro sobre la tierra, la extensión del derecho real de dominio, como es necesario para que pueda hacerse efectivo con el uso de las acciones legales que lo tutelan porque sólo así será posible que el dueño sepa qué es lo que puede hacer respetar y qué es lo que los demás deben respetar. Esta la razón esencial de la

exigencia de la singularización de las cosas cuya restitución se busca con la acción de dominio, hecha sin ninguna ambigüedad en la demanda, cosa que no puede lograrse, tratándose de fundos, como se dijo, sino con la fijación de sus límites, según la norma general de la ley, como se ve, entre otros, de los artículos 222 del Código de Procedimiento Civil que condiciona en general las demandas sobre cosa raíz con la especificación de los linderos, y los artículos 2594 y 2663 del C. C. y 15 de la Ley 40 de 1932, que imponen la delimitación como la manera legal de singularizar los bienes inmuebles.

(Casación Civil. mayo 31 de 1949. T. LXVI 2073-2074) 102, 1ª

ACCIONES POSESORIAS
(Alcance del art. 981 del C. C.)

— 15 —

El artículo 981 del C. C., que figura dentro del Título 13 del Libro II "Aciones posesorias", no puede interpretarse como disposición que atribuya a los actos enumerados allí como ejemplos, una calidad de posesorios inherente a ellos, por sí mismos, sino como actos que, ejecutados sin el consentmiento del que disputa la posesión, tienen la virtud indicada al respecto en ese Título. De lo contrario, se estaría ante una confusión entre la posesión y la mera tenencia opuesta a lo establecido en dichos artículos 762 y 775 y a todo nuestro sistema legal sobre estos temas.

(Casación Civil, mayo 6 de 1949. T. LXVI 2073-2074) 161, 2ª

ACTA

— 16 —

La falta de firma del acta de audiencia por el jurado que se retiró de ella por causa de accidente y antes de ser leída, no la hace nula, no obstante la irregularidad que implica.

(Casación Penal, junio 28 de 1949. T. LXVI 2073-2074) 289, 2ª

ACUMULACION DE ACCIONES
(Cuándo puede tener lugar en juicios de única instancia ante la Corte)

— 17 —

La vía ordinaria de una sola instancia ante la Corte sólo es admisible cuando se trata de controversias que provengan únicamente de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona. No pueden, pues, acumularse dos acciones cuando una de ellas debe ser ventilada por esta vía y la otra requiere un juicio pleno de dos instancias, como la de indemnización de perjuicios por incumplimiento por parte de la Nación respecto de lo dispuesto por la Corte al interpretar un contrato celebrado por aquélla, interpretación hecha en una sentencia.

(Negocios Generales. Auto, mayo 13 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 320, 1ª

AMNISTIA
(Sus diferencias con el indulto)

— 18 —

Aparte de diferencias accidentales entre amnistía e indulto, las sustanciales son que la primera se concede en forma general, en tanto que el segundo se otorga en forma individual y, sobre todo, que la amnistía "desconoce el delito , lo hace desaparecer como fuente de penalidad, mientras que "el indulto reconoce el delito cometido , pues indulto es perdón y el perdón supone el hecho como delictuoso y la responsabilidad del agente. Como dice Pinna, citado por Ferri, todo perdón "'es una forma de condena, porque atri-

buye al procesado la consumación del hecho y porque puede obligarle al resarcimiento del daño".

(Casación Penal. Auto, mayo 4 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 164,1ª

APELACION

(Reformatio in pejus)

— 19 —

La limitación establecida por el artículo 494 del C. J. se refiere en lo que hace a la jurisdicción del superior, a lo desfavorable al apelante. En conteniendo el fallo apelado algo que le sea favorable, el superior no puede enmendarlo, en tesis general.

(Casación Civil, mayo 25 de 1949. T. LXVI 2073-2074) 93, 1ª

APELACION

— 20 —

La parte apelante se abstuvo de sustentar la alzada, ignorándose, por lo tanto, por qué aspecto considera injurídica dicha parte del fallo que declara infundada la excepción dilatoria en estudio. Los argumentos del Tribunal quedan, pues, en pie.

(Negocios Generales, octubre 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 864, 2ª

APELACION

(Cuándo conoce la Corte de la interpuesta contra autos)

— 21 —

La Corte no conoce en apelación sino de los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen, a su vez, los Tribunales en primera instancia, los cuales son proferidos por la Sala de decisión del respectivo Tribunal y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 84 del C. J.).

(Casación Civil. Auto, junio 1° de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 106, 1ª

APELACION

— 22 —

La apelación —según la ley y la doctrina— es recurso que sólo puede interponrese contra providencias dictadas en primera instancia, con el propósito de que en la segunda se revisen; resulta de esto que las dictadas en ésta no son apelables, pues lo contrario implicaría una tercera instancia no reconocida en el estatuto procesal penal.

(Casación Penal. Auto, agosto 30 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 514, 1ª

APELACION

— 23 —

Es de ley que al superior no le es dado enmendar la providencia apelada en las partes de ella que no son objeto del recurso (artículo 494 del C. Judicial).

(Negocios Generales, agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 547, 2ª

APODERADO Y DEFENSOR

(Reglas que rigen su designación)

— 24 —

La designación de apoderado y defensor se rige por normas distintas dentro del proceso penal, y esta diferencia no obedece a un juego caprichoso en las denominaciones de apoderado y defensor, sino a la separación fundamental establecida en el proceso penal en sus diferentes fases de sumario y juicio; en el primero, se realizan todas las diligencias conducentes para deducir o no la imputabili-

dad; en el segundo, se controvierten las pruebas que afirman o niegan los cargos formulados en el auto de proceder para deducir la correspondiente responsabilidad. La sentencia, bien sea condenatoria o absolutoria será el reflejo exacto de los hechos sobre los cuales versó el debate judicial.

El cargo de defensor se vincula directamente a la existencia de un auto de proceder, el de apoderado a la simple investigación. La designación del primero, depende del procesado y cuando éste se niega lo hace directamente el Juez (artículo 432); la designación del segundo, cuando se trata de dar cumplimiento a la primera parte del artículo 104, la hace el sindicado o el juez ante la negativa de aquél, y cuando se trata de aplicar la segunda parte de la disposición citada, hace la designación el representante del menor.

La ley para efectos de la imputación penal en el sumario, o para la responsabilidad en el juicio —se repite— no hace ninguna distinción especial entre procesado menor de edad y mayor de edad. Por consiguiente, si ambos son sujetos capaces de cometer una infracción penal, las normas que rigen para el nombramiento de defensor dentro del juicio penal, deben aplicarse estrictamente, y como la designación de defensor no la hizo el procesado de conformidad con el artículo 432, el nombramiento hecho por el Juez de la causa, no está viciado de nulidad.

(Casación Penal, junio 28 de 1949. T. LXVI 2075-2076) 392, 2ª

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

— 25 —

Facultad constitucional tienen las corporaciones administrativas de los Departamentos para dirigir y fomentar, por medio de Ordenanzas, cuanto se refiere a los intereses seccionales, y al adelanto interno. En ejercicio de tal facultad la Asamblea del Departamento Norte de Santander podía dedicar parte de sus propios recursos para esa urgente necesidad seccional (artículo 54, Acto Legislativo número 3 de 1910).

La promoción de obras públicas y el fomento de empresas útiles, le han correspondido primodialmente a la Rama Legislativa del Poder Público desde cuando regía la Constitución de 1886.

El arreglo de los cauces naturales y la erección de murallas y diques sobre las riberas de los ríos, son obras que la Nación puede ordenar y emprender, como suprema administradora de los bienes de uso público (artículo 674 y siguientes del C. Civil). Pero la realización de tales empresas puede encomendarla a las administraciones departamentales.

(Negocios Generales, agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 550, 1ª

ASESINATO Y CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

— 26 —

Cuando se cataloga el homicidio cometido por el procesado como asesinato por la forma de ejecución que puso en circunstancias de indefensión e inferioridad a la víctima, esta misma consideración imposibilita para computar la circunstancia de mayor peligrosidad con base en el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal, desde luego que se violaría el principio **non bis in idem** si se obrase de esta suerte.

(Casación Penal, julio 15 de 1949. T. LXVI 2075-2076) 441, 2ª

AUTO DE PROCEDER

— 27 —

Lo inmodificable del auto de proceder no es su parte motiva, sino la resolutiva. Sólo

la calificación genérica del delito hecha en esa providencia es la que no puede desconocer la sentencia. En cambio, el pliego de cargos formulado en la parte motiva sí está sujeto a rectificación ulterior, en vista de lo probado y alegado por las partes en el curso del debate.

(Casación Penal, octubre 4 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 687, 1ª

AUTO DE PROCEDER Y CUESTIONARIOS AL JURADO

— 28 —

Desechada en el auto de proceder, como no probada, la circunstancia de la legítima defensa, no tenía el juez la obligación de interrogar al jurado sobre si había ocurrido o no.

(Casación Penal, octubre 7 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 690, 1ª

AUTO DE PROCEDER Y CUESTIONARIOS AL JURADO

— 29 —

La pregunta sobre anormalidad del procesado no era obligatoria para el juez, puesto que el auto de proceder no consignó como probada esa situación en el acusado, indudablemente porque las pruebas del proceso no sugirieron al juez que existiera.

(Casación Penal, octubre 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 700, 2ª y 701, 1ª

AUTO DE PROCEDER Y SENTENCIA

— 30 —

El auto de proceder, auto que cierra la etapa de la instrucción y abre la del juicio, es la acusación que, en forma genérica, se hace al procesado, para que, mediante los sistemas legales de prueba, se defienda de ella; y la sentencia, que cierra la etapa del juicio, la providencia que, con base en los hechos de la acusación que se probaron ya durante la instrucción, ya durante el juicio, fija la sanción que a ellos corresponde, o exime de ella en el caso contrario.

El objeto del enjuiciamiento y de la sentencia, la relación que los liga entre sí, y el objeto del juicio o controversia entre las partes, precisan la extensión o alcance del desacuerdo que da nacimiento a la causal de casación: así si la acusación por determinado hecho y las circunstancias que lo especifican, están subordinadas a los resultados del juicio, consecuencialmente lo está la sentencia; de modo que si durante el juicio se modificaron o no tales circunstancias, favorable o desfavorablemente al procesado, aquélla no puede dictarse contra la modificación afirmada en esta última etapa del proceso.

(Casación Penal, junio 10 de 1949. T. LXVI 2073-2074) ..... 246, 2ª y 247, 1ª

AUTO DE PROCEDER, VEREDICTO Y SENTENCIA
(Consonancia entre ellos)

— 31 —

Entre el auto de proceder y la sentencia debe haber consonancia, porque el enjuiciamiento es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado y la sentencia no es sino la declaración de responsabilidad o irresponsabilidad por esos cargos.

Cierto es que la jurisprudencia tiene sentada la doctrina de que lo inmodificable del auto de proceder es el género del delito expresado en la parte resolutiva de dicha providencia; pero si puede alegarse que el jurado, que no procede sujeto a tarifa probatoria alguna, puede declarar circunstancias específicas o modificadoras distintas de las consignadas en la parte motiva (artículo 29 de la Ley 4ª de 1943), no puede admitirse

que tales circunstancias puedan alterarse en perjuicio del procesado, en los juicios de derecho, esto es, en aquéllos en que el jurado no interviene, cuando en el término de pruebas de la causa no se modifica la situación probatoria en su contra.

El juez de derecho tiene que apreciar las pruebas sujeto a las pautas que el Código de Procedimiento le señala y, habiendo calificado los hechos en el auto de proceder, obraría en forma arbitraria, y, por lo tanto, injusta, si se apartara en la sentencia de esa calificación sin nuevos elementos de juicio.

Ese es el efecto, precisamente, de que la ley ordene al Juez que en el auto en que llama a responder en juicio consigne, en la parte motiva "las circunstancias conocidas' hasta entonces que especifiquen el hecho: que se controviertan en el juicio y se profiera la sentencia según ellas cuando se mantienen inálterables; pero que se desechen y se falle, apartándose de ellas, cuando las pruebas así lo indiquen.

(Casación Penal, julio 6 de 1949. T. LXVI 2075-2076) ..... 413, 1ª y 2ª

— B —

BUENA FE

— 32 —

Como lo ha dicho la Corte: "Esta manera de considerar la **bona fides** como una realidad y no simplemente como intención de legalidad y una creencia de legitimidad se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitécnica, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción legal de que la fe es buena. El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma con una clara prueba de los hechos en que funda su impugnación (Ricci). La mala fe no debe tampoco ser una creencia en cuya formación no intervenga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de los hechos precisos de naturaleza incompatible con la **bona fides**... Sin olvidar tampoco que en la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible la buena fe en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adaptada a las situaciones de cada caso...'.

(Casación Civil, octubre 18 de 1949. L. LXVI. 2077-2078) 631, 2ª

— C —

CALUMNIA
(Competencia territorial para su juzgamiento)

— 33 —

La cuestión propuesta a la Corte se limita —en atención al artículo 55 del C. de P. P.— a decidir en qué sitio se consumó el delito de calumnia, si en Cartagena, porque allí escribió el procesado la carta calumniosa, o en Bogotá, sede de la autoridad a la cual fue dirigida y en la cual fue abierta y tenida como base de la investigación administrativa contra el querellante, o en Barranquilla, ante cuyo Juez fue presentada la querella y se abrieron el proceso administrativo contra el querellante y el proceso penal en virtud de la querella.

La Corte considera que es el Juez del Circuito Penal de Barranquilla el competente para conocer del proceso por calumnia, por las siguientes clarísimas razones:

a) La competencia, según el criterio del territorio, se atribuye al Juez de aquel Distrito o Circuito en que se cometió el delito;

b) El de calumnia lo integran dos elementos: la imputación falsa de un hecho delictuoso o que, por su carácter inmoral o deshonroso, acarree al calumniado la animadversión o el desprecio público, y la divulgación —por cualquier medio eficaz— del hecho imputado; significa esto que ese delito se consuma en el sitio en que la imputación falsa se hace pública y, por lo tanto, ataca la integridad moral del querellante;

c) La confección del documento en Cartagena, por sí sola, siendo, como es, un acto privado, no puede constituir criterio de competencia, ya que no fue allí donde dicho documento (carta) fue públicamente conocido, ni el sitio donde, según el propio procesado, debía producir consecuencias al calumniado;

d) La apertura y sustanciación, en Bogotá, del falso denuncio contenido en esa carta, tampoco puede —analógicamente— ser criterio, por cuanto su real y verdadera divulgación se hizo en Barranquilla, ciudad en la que el calumniado ejerce su profesión y sus funciones, en la que tuvo noticia de la imputación y en la que —precisamente— se realizó, con conocimiento de todos los que en él intervinieron, el proceso de investigación administrativa, y, finalmente, en la que la falsa imputación había de acarrear todos los resultados de indignidad y daño moral al calumniado.

(Casación Penal. Auto, octubre 7 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 684, 1ª y 2ª

CAMBIO DE RADICACION

— 34 —

El cambio de radicación de un proceso penal, de un Distrito Judicial a otro, se funda en motivos de orden público y social; el primero estriba en la recta daministración de justicia para conservar la independencia y prestigio del Organo Jurisdiccional, y el segundo, en la tutela de los derechos que tienen las partes que intervienen en el proceso para la defensa de sus respectivos intereses, mediante la separación de cualquier motivo que racionalmente pueda considerarse como elemento perturbador en la tramitación de un proceso y en el juzgamiento de los responsables. Esta medida ha tenido preferente aplicación para hechos que se desarrollan bajo el influjo de pasiones políticas.
(Casación Penal. Auto, noviembre 8 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 751, 1ª

CAMBIO DE RADICACION

— 35 —

Cuando en la realización de un delito intervienen factores de orden político, es natural que esa exaltación pasional se traduzca en hechos que, por lo menos, sugieren la posibilidad de que la justicia sea interferida por ese criterio perjudicial para los intereses de la recta administración de justicia. En estos casos, difícil es que los funcionarios de la rama jurisdiccional, o las personas que por cualquier circunstancia intervienen en el proceso, se sustraigan al influjo nocivo de esas causas ambientales políticas que predominan en el lugar donde debe juzgarse a los procesados.

El criterio predominante para conceptuar favorable o desfavorablemente sobre un cambio de radicación, radica en la conveniencia del Estado y de la sociedad para que la jus-

ticia no sufra quebrantos y se administre rectamente; conveniencia que puede fundarse en hechos o circunstancias que en alguna forma, bien sea directa o indirecta, puedan influir en los resultados de la investigación con menoscabo de los intereses sociales o del procesado. Cuando existe esta posibilidad el derecho consagrado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia jurídica para que se opere el cambio de radicación.

La política como expresión o manifestación de ideas de un partido se convierte en determinados momentos en la pasión dominante de un ambiente determinado, y cuando esto sucede, esa pasión política genera odios, venganzas y resentimientos imposibles de prever. Así, pues, dentro de un ambiente saturado de móviles políticos, es natural que la justicia no pueda tener esa independencia absoluta para que sea administrada imparcialmente por las personas encargadas de aplicarla y se halle expuesta a sufrir quebrantos, y en orden a evitar estos factores de perturbación nada más aconsejado que el cambio de radicación del proceso.

(Casación Penal. Auto, noviembre 4 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ....745, 1ª y 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO CRIMINAL

— 36 —

Sin que haya necesidad, en lo más mínimo, de calificar las causas o razones del hecho que se investiga, es bastante para que la Corte rinda concepto favorable al cambio de radicación del proceso, el ambiente político, fundado o infundado, que lo rodea, que es el más desfavorable para la recta administración de justicia. En otros términos, sea cierto o no que el crimen se consumó por móviles políticos, es suficiente para torcer el criterio de los jueces o para que pueda torcerlo, el que se atribuya a tales motivos la realización del homicidio.

(Casación Penal. Auto, julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 435, 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO CRIMINAL

— 37 —

Suprimir toda posible parcialidad o falta de independencia en los jueces, de conciencia o de derecho; quitar todo género de duda o de temor a que la justicia tome caminos extraviados por circunstancias de índole política, o factores perturbadores de la tranquilidad pública, por razones diversas en cada caso discernibles y apreciables gracias a los elementos de juicio que sean aportados para el cambio de radicación del proceso que se pretende, son sin duda alguna las finalidades perseguidas por el legislador al otorgar aquella facultad al Gobierno, con el previo concepto favorable de la Corte. Por ello, al resultar comprobadas en un caso **sub-judice**, es necesario e imprescindible dar oportunidad a que aquella facultad se cumpla, para que desaparezcan cualesquiera motivos de duda o de temor —fundados o infundados— sobre la rectitud e imparcialidad de los falladores.

(Casación Penal. Auto, julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 445 1ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

— 38 —

El hecho de que en el lugar donde se adelanta el proceso no haya abogado que pueda atender convenientemente la defensa del sindicado es motivo suficiente para que se cambie la radicación de aquél.

(Casación Penal. Auto, julio 26 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 454, 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

— 39 —

Como ya lo dijo la Corte, el cambio de radicación de un proceso no se justifica por los simples temores que el apoderado de uno de los sindicados consigne en el escrito respectivo. Es necesaria la demostración de los motivos o circunstancias que acrediten la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. No habiéndose traído la prueba de los motivos que indiquen la conveniencia del cambio de radicación del proceso, el concepto de la Corte tiene que ser necesariamente desfavorable.

(Casación Penal. Auto, julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 458, 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

— 40 —

Es manifiesto que la previsión del legislador, en orden a establecer la excepción del principio general sobre competencia territorial consistente en el cambio de radicación del proceso, no significa nada distinto que poner cuantos obstáculos sean previsibles a que un determinado caso sub-júdice dé ocasión a que los preceptos inmutables de la justicia sufran menoscabo o se mengüen por condiciones especiales del ambiente en donde el proceso debe juzgarse o por las circunstancias anormales o inconvenientes en que se encuentren todos o algunos de los funcionarios que de una u otra manera hayan de intervenir en él.

(Casación Penal. Auto, junio 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 264, 1ª

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS PENALES

— 41 —

El cambio de radicación de un proceso de un Distrito Judicial a otro, autorizado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, constituye una excepción al principio de la competencia por razón del territorio en donde el delito se cumplió, y su finalidad no es otra que la conveniencia para la recta administración de justicia de evitar que aquélla sea interferida por circunstancias que hagan nugatoria la imparcialidad de que debe estar revestida para el juzgamiento de los delincuentes.

Así, pues, esta medida se justifica sólo cuando aparecen claramente establecidos los motivos que la hacen aconsejable y conveniente para la administración de justicia, como también cuando se determinan factores que puedan menoscabar los intereses del procesado o de la sociedad.

La Corte ha abundado en jurisprudencias sobre el particular.

(Casación Penal. Auto, septiembre 6 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 659, 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS

— 42 —

El cambio de radicación de un proceso criminal, que el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal autoriza para que lo conceda el Gobierno, previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia, constituye excepción al principio de la competencia por razón del territorio en donde el delito se haya cumplido, y tiene por objeto, como el mismo artículo lo advierte, la conveniencia para la recta administración de justicia, a fin de evitar que ésta sea interferida por motivos, causas o circunstancias que le impidan la

completa imparcialidad de que debe estar revestida para el juzgamiento de los delincuentes.

Para llenar tal objetivo la Corte no tiene más límite que el que la misma ley le señala "de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado'. De aquí dimana que esta atribución constituye una delicada y grave misión que la ley ha confiado a la Corte, y en cuyo cumplimiento ésta debe proceder con el más desprevenido critero y con el deseo de que se logre eficaz funcionamiento de los órganos jurisdiccionales del Estado.

No puede, pues, ponerse en duda que la delicada atribución conferida a la Corte persigue estos fines trascendentales:

a) Hacer más recta e imparcial la administración de justicia;

b) Impedir que circunstancias o causas de distinta índole interfieran el ejercicio recto de dicha administración de justicia;

c) Sustraer a ésta del influjo de las pasiones políticas que en un momento dado puedan gravitar sobre ella impidiéndole el cumplimiento de sus deberes;

d) Llevar la confianza a los asociados de que ningún sentimiento distinto al de la imparcialidad más absoluta y al más desprevenido criterio, obra en la decisión de los jueces; y

e) Sustraer a éstos en el ejercicio de sus funciones de todo ambiente caldeado o apasionado, a fin de que cumplan su ardua y delicada misión, sin causa alguna que les impida la totalidad de su independencia y libertad en la decisión de los procesos puestos bajo su cuidado.

(Casación Penal. Auto, mayo 13 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) ..... 183, 1ª y 2ª

CASACION

(Naturaleza jurídica del recurso y objetos del mismo)

— 43 —

Es la casación recurso extraordinario cuyo principal objeto es la unificación de la jurisprudencia nacional mediante la más recta aplicación de las leyes hecha por vía de doctrina con relación a las contiendas judiciales sujetas a ella. "Es remedio de interés general y de orden público", por tanto, según Manresa y Navarro, para quien tiene por finalidad "contener a tribunales y jueces en la estricta observación de la ley, e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia". Bien anota por tanto Josserand que el debate en casación no se traba entre los litigantes sino más propiamente entre el juez y la ley, que son las verdaderas partes del recurso, lo que es incuestionable dentro de nuestra actual legislación procesal, ya que la Ley 105 de 1931 suprimió de su artículo 519, al determinar el objeto del recurso la frase "Y enmendar los agravios inferidos a las partes" que traía el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, correspondiente al 479 del proyecto de Arbeláez.

Para que el Tribunal de casación pueda cumplir aquella finalidad esencial de vindicar la ley ofendida, es preciso en nuestro sistema que la parte agraviada, al acusar la sentencia violatoria de la norma legal, señale expresamente la violación con relación a esa norma determinada.

(Casación Civil, mayo 27 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) ..... 98, 1ª y 2ª

CASACION
(Contra cuáles sentencias procede este recurso)

— 44 —

Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, cuando la cuantía alcance, por lo menos, a tres mil pesos, en los juicios ordinarios, o a cinco mil, en los siguientes casos: las pronunciadas en los juicios ordinarios, o que asuman este carácter; las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes. También pueden ser objeto del recurso, las sentencias pronunciadas en el mismo grado de jurisdicción, por los Tribunales en juicios ordinarios que versan sobre el estado civil.

Tal enumeración es taxativa, o sea, que fuera de los casos allí señalados, no son susceptibles del recurso de casación providencias de otra índole.

(Casación Civil. Auto, junio 1º de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 106, 1ª

CASACION
(Requisitos de la demanda de)

— 45 —

En la completa ausencia de explicación sobre el mecanismo de la violación legal que se imputa a la sentencia, en el sentido de expresar si es de modo directo, y dentro de éste, si es por errada interpretación, aplicación indebida o falta de aplicación, o si el quebranto de la ley es el efecto de errores en la estimación probatoria, con puntualización y demostración del error de este caso, halla la Corte la pretermisión de condiciones sustanciales que impone la preceptiva legal del recurso para poder entrar al examen de la legalidad de la sentencia acusada.

(Casación Civil, mayo 31 de 1949. T. LXVI 2073-2074) 101, 2ª

CASACION

— 46 —

No hallando la Sala justificado el error de hecho ni el de derecho en la apreciación de la prueba, no puede entrar a estudiar si fueron o no violadas las disposiciones legales sustantivas de cuyo quebrantamiento se queja el actor en el recurso que se decide.

(Casación Civil, agosto 24 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 367, 2ª

CASACION
(Cuándo hay lugar a ella por error en la valoración de pruebas)

— 47 —

La equivocación que induce a casación en materia de valoración de pruebas no es la que sirve para fundar la convicción judicial en un sentido o en otro, sino la que pugna con la evidencia contraria y manifiesta (error evidente de hecho) o la producida por el desprecio del mérito legal de una prueba (error de derecho).

(Casación Civil, mayo 27 de 1949. T. LXVI 2073-2074) 98, 2ª

CASACION
(Por errónea apreciación de pruebas)

— 48 —

Es verdad que, como lo recuerda el recurrente, la Corte, por intermedio de su Sala Civil de Unica Instancia, ha dicho que: "Pa-

ra que una prueba sea estimada debe ser producida dentro de una de las cuatro oportunidades que autoriza el artículo 597 del C. J. De donde se infiere que no puede formar parte del proceso si no ha sido pedida, decretada y practicada conforme a una de las cuatro formas o maneras que establece el artículo citado". (Auto de 20 de octubre de 1937. G. J. XLV, página 948). Pero adviértase al respecto que uno es y debe ser el criterio de la Corte cuando obra como Tribunal de instancia, y otro muy distinto cuando actúa como Tribunal de Casación, ya que en este último caso se halla grandemente limitada, en atención a la esencia misma del recurso.

(Casación Civil, septiembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 620, 2ª

CASACION
(Error de hecho y error de derecho en la apreciación de pruebas)

— 49 —

En el caso del inciso 1º del artículo 520 del C. J. el quebrantamiento de la norma o normas sustantivas proviene de la apreciación errónea o de la falta de estimación de determinada prueba, y en él ha podido incurrir el Tribunal, bien **por error de hecho evidente** o bien **por error de derecho**, caminos ambos equivocados, pero perfectamente diferentes.

Hay **error de hecho** cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla siquiera como si no hubiese sido producida, o cuando al ser analizada en sí misma y no en función de su mérito probatorio, se la interpreta sin fidelidad objetiva para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle o ampliarle o cambiarle su contenido real.

Existe, en cambio, **error de derecho**, en esta circunstancia, cuando la falla de la sentencia se refiere a la valoración legal de la prueba, como cuando se atribuye pleno valor probatorio a un documento no reconocido o se niega a uno público o auténtico crédito total; o cuando se desestima el mérito legal de un elemento o conjunto de probanzas, que tiene la virtud jurídica de crear evidencia, como cuando haciendo parte del acervo probatorio una confesión válida y perfecta de la parte, deja de asignársele su valor definitivo.

(Casación Civil, junio 8 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 108, 2ª

CASACION
(Por errónea apreciación de pruebas)

— 50 —

Como el sentenciador infiere la culpa que imputó a la víctima de dos hechos que tuvo como plenamente demostrados, no le bastaba al recurrente concretar, como lo hizo, su acusación a uno de ellos sin referirse siquiera al otro, pues, por el contrario, sólo atacando conjuntamente la estimación probatoria de la cual el Tribunal los desprende a ambos, podría prosperar la acusación, en caso de que estuviera fundada.

(Casación Civil, octubre 19 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 635, 2ª

CASACION **(Errónea apreciación de pruebas)**

— 51 —

El Tribunal admitió el cumplimiento de la obligación principal, para cuya ejecución se demanda al Municipio, con fundamento en varias y numerosas pruebas de diversa índole que así lo establecían a su juicio. El recurrente sostiene que determinadas pruebas fueron erróneamente apreciadas por el Tribunal, aisladamente consideradas; pero, como se observó ya, la certeza sobre este punto fundamental nació para el sentenciador,

en los autos, y que estos yerros probatorios lo llevaron a una inadecuada aplicación de la ley sustantiva, y estas fallas en el manejo y aplicación de la ineludible preceptiva legal del recurso cierran completamente el camino a la Sala para la consideración o examen de los puntos que plantea la demanda de casación. La jurisdicción de la Corte cuando se trata de violación indirecta de la ley no puede moverse sobre el terreno probatorio de los litigios, sino por los caminos del error en que en la valoración de las pruebas hayan incurrido los Tribunales Superiores, y no oficiosamente, sino conducida por el razonamiento concreto y convincente de los recurrentes. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 613, 2ª

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

— 54 —

Las operaciones intelectuales del juzgador de instancia para encontrar o no sostenida la ocurrencia de un hecho en presunciones **juris tantum** no son susceptibles de revisión por la Corte en casación, mediante la vía de errores de hecho o de derecho. (Casación Civil. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 357, 2ª

CASACION (No incide por sí misma en este recurso la violación de normas sobre pruebas).

— 55 —

Es tesis tradicional de la Casación Civil de la Corte la de que el quebranto de reglas legales probatorias no incide por sí mismo en el recurso de casación, como quiera que, siendo ellas apenas un medio de hacerse tangible en el proceso la existencia y medida del derecho subjetivo, sólo cuando éste se no propiamente de una u otra prueba separada, sino del conjunto de ellas. Basta sólo advertir que el demandante no formuló crítica a todas ellas, y que de consiguiente, aún aceptando la Sala su tesis, no podría entrar a casar la providencia recurrida, por cuanto ella se sustenta también en elementos probatorios cuya apreciación no ha sido atacada por el recurrente. (Casación Civil. Agosto 24 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

366, 2ª

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

— 52 —

El recurso de casación está reglamentado con toda lógica, en cuanto para prosperar forzosamente el recurrente ha de justificar sus cargos; de manera que cuando, por cualquier circunstancia que sea, no los justifica, la sentencia recurrida no se casa. Si la acusación tiene por clave una errónea apreciación de pruebas, el recurrente tiene que demostrarla, y al deducir de ahí el quebranto de tales o cuales disposiciones legales sustantivas y demostrar esto también, a su vez, obtiene la infirmación del fallo acusado; pero con no demostrar ese error basta para que no triunfe ese en su empeño y la sentencia recurrida quede en pie. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 610, 2ª

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

— 53 —

El recurrente olvidó señalar precisamente las pruebas que en su concepto fueron equivocadamente estimadas por el Tribunal y demostrar que el sentenciador incurrió en error de derecho que aparezca de manifiesto

desconoce como efecto de yerros probatorios se vulnera la norma sustancial reguladora de la conducta de las partes fuera del proceso, y dirigida dentro de éste al Juez para que imponga a aquéllas su observancia. (Casación Civil. Mayo 4 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 50, 1ª

CASACION (Causal 1ª—Legitimación en causa)

— 56 —

La legitimación en causa de cada una de las partes es elemento de viabilidad de la acción que debe ser examinado previamente por el sentenciador para saber si puede estatuir sobre la cuestión de fondo, y cuando a este respecto halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida. Si al proceder de esta manera se incurre en alguna ilegalidad la vía adecuada y conducente para la acusación del fallo es la causal primera. (Casación Civil. Mayo 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 90, 1ª

CASACION (Causal 2ª—Cuándo hay incongruencia).

— 57 —

El sentenciador incurre en la falta contemplada en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., falta consistente en incongruencia entre lo sentenciado y lo pedido, cuando deja de decidir sobre algo de lo que como acción o excepción ha constituído las pretensiones oportunamente aducidas por las partes, o cuando decide sobre algo no pedido o se extiende a más de lo efectivamente pedido. Pero no hay lugar a tal falta cuando al hacer la liquidación de una cuenta incurre en error por mala apreciación de pruebas u omisión de tal o cual partida, puesto que tales errores cuando los hay no significan incongruencia entre lo sentenciado y lo pedido, tal como esta disparidad es contemplada en la dicha disposición legal. (Casación Civil. Mayo 9 de 1949. T. LXVI. 2073-2074). 65, 2ª

CASACION (Causal 2ª de)

— 58 —

Como lo tiene resuelto la Corte en innumerables fallos, si la sentencia es absolutoria de todos los cargos de la demanda, no es procedente acusar la providencia del caso por la causal segunda, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de un fallo absolutorio. (Casación Civil. Mayo 4 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 56, 2ª

CASACION (La simple infracción del precepto del artículo 472 del C. J. no da lugar a casación)

— 59 —

El precepto del artículo 472 del C. J.—como lo ha dicho la Corte— cuando por algún respecto ha sido infringido, por sí mismo no puede motivar la infirmación del fallo; siendo como es de simple recordación a los Jueces de lo que se persigue por el procedimiento judicial, quienes a él faltan habrán infringido con él otras disposiciones más radicales de las que sí dan margen al recurso; en ese caso lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, pero no meramente la del artículo 472. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 617, 1ª

CASACION

— 60 —

La violación de las normas contenidas en los artículos 597 y 636 del C. J., y en los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 no da base para la casación, por carecer dichas normas de contenido sustantivo. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 622, 1ª

CASACION

— 61 —

La desaparición de un documento, sobrevenida después de dictada una sentencia fundada en él, no puede tener lo que pudiera llamarse efecto retroactivo, en cuanto ella hubiera de infirmarse por esa circunstancia ulterior. No sería lógico juzgarla sobre bases distintas de las que arrojaba el proceso al dictarse. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....609, 2ª

CASACION

— 62 —

No está sujeta a casación la sentencia erróneamente motivada en derecho, cuando su parte dispositiva se conforma con él, pero en tal caso la Corte se limita a corregir la motivación. (Casación Civil. Agosto 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....382, 2ª

CASACION (Cuantía para la procedencia del recurso)

— 63 —

No importa que en la sentencia se haya hecho una condenación a pago de una suma que no alcance a tres mil pesos o que la condenación haya sido hecha en abstracto, para que pueda considerarse procedente el recurso de casación, si, por otra parte, la demanda se formuló por una suma mayor de la dicha cuantía mínima señalada por el artículo 519 del C. J. (Casación Civil. Auto. Junio 1° de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....103, 2ª

CASACION (No es óbice para la procedencia del recurso el hecho de haberse concedido indulto al procesado).

— 64 —

(Véase "Indulto", en este mismo Indice).

CASACION (Requisitos de la demanda)

— 65 —

"La casación —dice la Procuraduría— es un recurso exigente y de elevada juridicidad, porque implica una controversia en que aparecen enfrentadas la ley y la sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior de Justicia. Por eso, la demanda debe contener requisitos de forma y requisitos de fondo, al tenor de los artículos 531 del Código Judicial y 7º del Código de Procedimiento Penal. Entre los primeros —de forma— el libelo ha de hacer un resumen sucinto de los hechos materia del debate, indicar expresamente las causales del caso y, cuando fueren varias, analizarlas en capítulos separados. Entre los de fondo, el recurrente tiene que expresar, esmeradamente, los fundamentos jurídicos de cada causal e indicar los textos legales que considere quebrantados por el Tribunal". (Casación Penal. Mayo 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 193, 1ª

CASACION (Técnica de)

— 66 —

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal, la

falla en la elección de la causal de casación hace que la demanda no prospere. (Casación Penal. Septiembre 29 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 670, 1ª

CASACION (Por violación de preceptos legales sobre reincidencia).

— 67 —

Una cosa es la declaración de reincidencia que el Juez de la primera o segunda instancia haga en su respectivo fallo y otra muy distinta es la comprobación del fenómeno de la reincidencia. Cuando en casación se impugna una sentencia por violación de los preceptos que contemplan esa figura, la Corte no debe atenerse única y exclusivamente al documento público en el cual se hace aquella declaración sino al documneto público en el cual consta la prueba de que efectivamente aquella persona es reincidente, o sea, las respectivas sentencias o condenaciones de que habla la ley.

Sobre este particular la Sala acoge los siguientes conceptos del Procurador, que se encuentran en la vista que antecede:

"La prueba específica de la reincidencia consiste en las copias, debidamente autenticadas, de las sentencias que contienen las respectivas condenaciones anteriores del procesado. Los testimonios y la confesión son ineficaces para demostrar ese hecho. Con vista de tales copias se deducen las exigencias del artículo 34 del Código Penal y se descartan las excepciones del artículo 35 ibídem.

"La reincidencia no la constituye la simple afirmación que haga el juzgador en un fallo, de que el delincuente ha cometido un nuevo delito después de haber sufrido una pena anterior, como ocurre aquí, sino la concurrencia de todos los elementos esenciales que la integran probados con las copias pertinentes. (Casación Penal. Mayo 27 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....225, 1ª

CASACION

— 68 —

El examen de la responsabilidad del procesado no resulta tema propio del recurso de casación, porque de ser ello así no sería diferente este recurso de los consagrados por la ley en las instancias del juicio, o en otros términos, equivaldría a una tercera instancia, lo que es contrario a los fundamentos jurídicos sobre que reposa tal recurso. (Casación Penal. Agosto 16 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 510, 1ª

CASACION (Cuál es la pena que debe tenerse en cuenta para decidir de la procedencia de este recurso).

— 69 —

Es obvio que el criterio del legislador en orden a extender el recurso extraordinario de casación sería desconocido si en lugar de tener en cuenta el máximo que determina el artículo infringido con el delito, se sometiera esa sencilla norma a cálculos resultantes de circunstancias modificadoras del hecho, que el legislador condiciona al concepto de la individualización de la pena únicamente, pero no al criterio que predica en lo concerniente a señalar cuál es la norma infringida, cuyo máximo tiene en cuenta para conceder o no el recurso.

Es este procedimiento el más adecuado para evitar la arbitrariedad en el otorgamiento del recurso de casación. Otro distinto implicaría que no hubo cambio en el sistema legal adoptado por el Código de Procedimiento Penal vigente, pues aquél se sujetaría a la pena impuesta o presumiblemente capaz de imponerse y no a la señalada en la disposición o disposiciones violadas, cuyo máximo sea o exceda de cinco años. (Casación Penal. Auto. Septiembre 6 de 1949. T. LXVI. 2075-2076)..... 501, 2ª

CASACION (Cuándo es procedente este recurso en causas de que conocen en primera instancia los jueces de Circuito)

— 70 —

No todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial están sujetas al recurso de casación, sino solamente las que señalan los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, o sea los fallos de segunda instancia dictados por dichos Tribunales en juicios cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores, sea cual fuere el delito o la penalidad imponible, pues el factor determinante, cuando se trata de esta clase de sentencias para la admisión del recurso, surge de la competencia del Juez de instancia y de la naturaleza del hecho, comoquiera que es a los Jueces Superiores a quienes les están atribuídos por ministerio de la ley los procesos de mayor gravedad en el campo penal.

En cambio, contra las sentencias dictadas por los Jueces de Circuito, la casación surge de factores distintos. Aquí gobierna la concesión del recurso la sola circunstancia de que el delito tenga señalada una pena privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

La fijación de esta circunstancia, como condición indispensable para conceder el recurso de casación en los procesos fallados en primera instancia por los Jueces de Circuito y contra las sentencias de los Tribunales Superiores dictadas en los mismos, ha dado ocasión a que, como en el caso de que se ocupa la Sala, se interprete de diferente manera lo que entiende la ley por el límite máximo que señala en cuanto a la penalidad impuesta al reo en la respectiva disposición penal, a fin de que se llene esa exigencia para hacer uso del recurso extraordinario de casación.

De los términos mismos que emplea el Código adjetivo se desprende que no es posible pensar en que el legislador haya circunscrito el recurso únicamente a la pena que le fuere impuesta al reo en las respectivas sentencias, sino que la disposición lo autoriza teniendo en cuenta la sanción contemplada en la respectiva disposición penal. No es, pues, la pena impuesta en la sentencia la que se tiene como base para la concesión del recurso, sino la imponible de acuerdo con la norma violada con la transgresión de la ley penal.

En otros términos: la ley no limita la concesión del recurso de casación a otra distinta circunstancia que a la de la pena que sirve de base para señalar la penalidad, por ser la norma infringida, sin tener en cuenta las proporciones en que se reduzca la misma, por concepto de circunstancias atenuantes que surjan de la infracción. (Casación Penal. Auto. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....495, 2ª y 496, 1ª

CASACION (No puede ser desconocido en este recurso el veredicto del Jurado).

— 71 —

Como tantas veces lo ha repetido la Corte, fundándose en lo dispuesto en los artículos 537, 554 y 567 del C. de P. P., el veredicto del jurado no puede ser desconocido en casación, pues que la facultad de declararlo como contrario a la evidencia de los hechos pertenece exclusivamente a los juzgadores de instancia. (Casación Penal. Octubre 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....691, 2ª

CASACION (Causal 2ª de)

— 72 —

En los juicios en que interviene el Jurado la sentencia tiene que dictarse de acuerdo

con la calificación que éste dé a los hechos, según lo establecen los artículos 480, 499 y otros del C. de P. P., y 36 del Código Penal. Y que un veredicto, en casación no se puede declarar como contrario a la evidencia de los hechos, lo ha dicho en constante doctrina la Corte. (Casación Penal. Auto. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....474, 1ª

CASACION

— 73 —

Los hechos, en principio, deben permanecer inmutables en la casación, tal como los apreciaron los jueces de instancia, salvo que se haya hecho una apreciación **ilegal** de ellos, en dos sentidos: en el de la exactitud de las soluciones **de derecho** que comportan esos hechos, y en el de la regularidad de las formas y del procedimiento empleados para aplicar esas soluciones **de derecho**. (Casación Penal. Noviembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 765, 2ª

CASO FORTUITO

— 74 —

El caso fortuito exime de toda responsabilidad al agente. Calificado así el evento; no habiendo ilícito alguno en la actividad realizada por el fogonero Román en la noche del accidente, es improcedente la acción civil encaminada al resarcimiento del daño causado. (Negocios Generales. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....797, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

— 75 —

La causal segunda de casación, originada en errores **in procedendo**, no tiene su inmediato fundamento en la violación de ningún precepto legal, sino en la desarmonía entre lo pedido y lo sentenciado, aunque su naturaleza formal lleve implicado el desconocimiento de las fórmulas básicas de derecho procesal consignadas en el citado artículo 471. Las equivocaciones que en materia de pruebas se pueden cometer en el sentenciamiento no son tratables en el recurso de casación sino por las dos vías que la técnica legal ofrece —el error de hecho y el error de derecho— y siempre que sean causantes de la violación de una ley sustantiva. La incongruencia a que alude la causal segunda, como lo dice el código, es entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; no se la puede desplazar de allí, sin desfigurar su sentido y alcance, para llevarla al terreno en que opera el principio de que toda decisión judicial debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y la defensa que aparezcan completamente demostrados por los medios probatorios autorizados por la ley. Las consideraciones que en torno de esta cuestión puedan caber son atinentes a problemas de ilegalidad consecuencial de erróneo análisis de las pruebas aducidas al proceso para cuyo tratamiento y remedio está instituída la causal primera del artículo 520 del C. J. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. Tomo LXVI. 2073-2074) 135, 1ª

CAUSAL 1ª DE CASACION (Sólo procede por violación de ley sustantiva).

— 76 —

Como lo ha dicho la Corte, para los efectos de la causal primera de casación, en orden a la violación de la ley penal, ésta debe considerarse como la ley penal sustantiva, o sea, aquélla que define los delitos y señala las penas, y no la ley adjetiva, es decir, la que señala las normas que fijan reglas para aplicar el procedimiento en los juicios y de-

termina las ritualidades de los mismos, las cuales pueden producir causales distintas de casación a la que se contrae la primera del artículo 567. (Casación Penal. Octubre 21 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....725, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION (Su improcedencia en los juicios por Jurado).

— 77 —

En los juicios que se ventilan con intervención del jurado, la causal segunda de casación es inoperante y no puede alegarse; porque la casación, en estos casos especiales, no se concreta al examen de los hechos, sino al estudio de la sentencia frente al derecho que se supone haber sido violado por la sentencia del Tribunal.

El examen de las pruebas relativas a la responsabilidad como a la exención de ella y la crítica o valoración de las mismas, no puede hacerse por la Corte —Sala Penal— sino con el único objeto de concluír con una declaración sobre injusticia del veredicto pronunciado por los jueces de conciencia, tema éste ajeno al recurso de casación.

Si el veredicto, en las instancias del juicio, no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales, en casación, no puede desconocerse su valor so protexto de subsanar, enmendar, o corregir una deficiencia del juzgador de instancia, pues la Corte no tiene facultad alguna para hacer esa declaración, y porque dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, no se consagra como causal de casación en los juicios en que interviene el jurado, la del numeral 2º del artículo 567 de la ley 94 de 1938. (Casación Penal. Mayo 3 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) .....161, 1ª y 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

— 78 —

La errada apreciación de determinadas pruebas, sea porque se les dio el valor que no tenían o porque no se les dio el que sí tenían, es materia propia de la segunda causal, no obstante que la consecuencia de tal apreciación implique violación de la ley penal; y como la Corte lo ha reafirmado invariablemente, dicha causal no es viable cuando la objeción pueda afectar el veredicto del jurado, objeción oportuna en las instancias y que, si comprobada, pudo haber fundado la declaración de veredicto contrario a la evidencia procesal, pero inoportuna en la casación que no es juicio sobre los hechos sino sobre el derecho. (Casación Penal. Junio 21 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....269, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

— 79 —

Es doctrina constante de esta Sala que en los juicios por jurados no es pertinente la causal segunda de casación, porque, de serlo, desvirtuaría la esencia misma del juicio en conciencia, toda vez que, siendo, de conformidad con la ley, este juicio fundado en el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada, la apreciación en derecho de las pruebas existentes en el proceso se desnaturalizaría en el caso de que, una vez apreciadas, con aquel criterio, por el Tribunal de hecho, pudieran ser nuevamente objeto de valoración en derecho. De no ser ello así, en el fondo, esta causal conduciría a aceptar una tercera instancia en los juicios penales, porque ella conduciría a la declaración de una injusticia notoria en el veredicto, misión que es exclusivamente privativa de los falladores de instancia, que son los únicos que, de conformidad con los artículos 537,

554 y 567 del Código de Procedimiento Penal, tienen la atribución de hacer aquella declaratoria de contraevidencia, que en el sistema de la casación penal vigente no está autorizado por la ley.

La prueba en los juicios en que interviene el jurado es apreciada por éste con entera libertad y se le arrebatarían sus fueros al Tribunal popular si en casación pudiesen ser esos mismos hechos objeto de discriminación para armonizar con ellos el veredicto rendido en conciencia. Se desvirtuaría el juicio del jurado y se convertiría la Corte en nuevo Tribunal de instancia, cosa contraria al principio que informa la casación. (Casación Penal. Mayo 27 de 1949. Tomo LXVI. 2073-2074) 223, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION (Diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente)

— 80 —

Como en tantas oportunidades lo ha repetido la Corte, en los juicios en que interviene el jurado la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre que ha versado el debate (artículo 480 del C. de P. P.), sin que pueda apartarse del veredicto sin incurrir en una causal de casación: la tercera del artículo 567 del estatuto procesal.

Si el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el Juez, en ejercicio de la facultad que al efecto le confiere el artículo 537 del citado código, y convocará un nuevo jurado, facultad de que pueden usar tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal (artículo 554 del C. de P. P.). Pero la ley no ha consagrado entre las causales de casación el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, lo cual significa que tal declaratoria es atribución exclusiva de los jueces de instancia.

De otro lado, y como se ha dicho repetidamente, una cosa es el **veredicto contradictorio**, que también da lugar a la casación (ordinal 7º del artículo 567 del C. de P. P.), y otra muy distinta el **veredicto contraevidente**: la contradicción se refiere a lo inconciliable de los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de pruebas del proceso. (Casación Penal. Mayo 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 196, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

— 81 —

La causal 2ª de casación que trata de que se reabra un nuevo estudio de los elementos de convicción de un proceso ya terminado, sólo es aceptable cuando primó un criterio de derecho en el análisis de las pruebas de las cuales derivó la responsabilidad. Por ello, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, ella es improcedente contra sentencias proferidas en juicios en que intervino el jurado. (Casación Penal. Septiembre 29 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 669, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION (Requisitos que debe tener la demanda para que la Corte pueda considerar esta causal)

— 82 —

La objeción, con base en la causal segunda de casación, requiere —para que pueda ser considerada por la Corte— lo siguiente en referencia a las condiciones establecidas por el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil para la demanda de casación, disposición aplicable en materia procesal penal:

a) Que se hayan señalado y precisado los hechos que —según el recurrente— se apre-

ciaron e interpretaron equivocadamente;

b) Que se haya explicado en qué consistió la equivocación en que, al apreciarlos o interpretarlos, incurrió el Tribunal, o mejor, cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuyó en la sentencia, o cuál el que, teniéndolo, les fue negado, y, finalmente,

c) Que se hayan expresado los fundamentos jurídicos de la objeción, como también las normas legales que el Tribunal infringió mediante la errada apreciación de los hechos. (Casación Penal. Julio 11 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....427, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION (No procede en los juicios en que intervino el jurado)

— 83 —

El declarar el veredicto del jurado contrario a la evidencia de los hechos es atribución que sólo compete a los jueces de instancia, ya que la injusticia del veredicto fue descartada del nuevo Código de Procedimiento Penal como motivo de casación, como se desprende de los artículos 537, 554 y 567 de dicho estatuto, lo mismo que de las discusiones que sufrió el proyecto del Código mencionado en la Comisión de Reformas Penales, y de la ya abundante jurisprudencia de la Corte sobre el particular, cuya conclusión es la de que la causal 2ª de casación no tiene cabida en los juicios en que interviene el jurado. (Casación Penal. Julio 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....401, 2ª y 402, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION (Razones por las cuales es improcedente en juicios por jurado)

— 84 —

Cierto es que los términos que emplea el código dan lugar a pensar que no se hace distinción alguna entre juicios comunes y juicios por jurado, pues dice que "hay lugar a casación... cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta... o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos".

Pero la naturaleza especial de este recurso, de la cual se hablará adelante, hace pensar que el sentido de los términos no es el que se desprende en su forma más obvia, y así resulta de los antecedentes de la Comisión y de la circunstancia de que se hubiera suprimido el texto que consagraba la contraevidencia de los hechos con el veredicto como causal de casación.

En efecto, las actas de la Comisión expresan "que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto, tenemos ya que en las causas de que va a conocer el juzgado superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son los que declaró el jurado y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia". Y en otro lugar se añade que "en casación no se puede alegar sobre los hechos que el jurado declaró y que la sentencia también declaró".

Y eso se hizo para cambiar la ley vigente entonces, la 118 de 1931, que a más de considerar que era motivo de casación el veredicto contradictorio y el error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito, consagraba también como causal el ser la sentencia violatoria de la ley **"por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria".**

Por eso se apuntó en la casación de 4 de noviembre de 1944 que "la notoria injusticia del veredicto (hoy contraevidencia) como causal de casación, fue insinuación de la ley 118 de 1931 y que apenas rigió durante la vigencia de ésta" y que ni la ley 78

de 1923, que creó este recurso extraordinario, ni el nuevo código de procedimiento "incluyeron la injusticia notoria del veredicto entre las causales del recurso".

Y no se diga que el veredicto puede ser deficiente porque no contenga respuestas a preguntas que no se hicieron y sobre las cuales ha debido pronunciar el jurado su fallo. Esa hipótesis carece de todo fundamento, comoquiera que al jurado tiene que interrogársele, según constante jurisprudencia, no sólo sobre el género del delito, sino sobre las circunstancias modificadoras que se han dado por acreditadas en el auto de proceder y por las que luego se demuestren en el curso del juicio; y a más de eso, conserva la facultad de declarar que el hecho se realizó en circunstancias "diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 29 de la ley 4ª de 1943).

De otro lado, y esto es lo más importante, la doctrina encierra el sentido técnico y exacto de la casación, puesto que ella no es una tercera instancia, no es, como lo expresó la Comisión redactora del código, "el juicio del procesado, sino el juicio de la sentencia de segunda instancia. Durante este recurso, ni se allegan pruebas nuevas, ni se discuten los hechos declarados probados en la sentencia. Se discute el valor jurídico de la misma y, por lo tanto, la ley que le es aplicable". (Casación Penal. Noviembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....764, 2ª y 765, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

— 85 —

La Corte ha repetido en numerosos fallos que la causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que interviene el jurado, porque la contraevidencia del veredicto no fue incluída entre los motivos que pueden servir de base a este recurso. (Casación Penal. Octubre 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 700, 2ª

CAUSAL 3ª DE CASACION

— 86 —

El que se haya condenado a Aristizábal por lesiones personales que causaron perturbación funcional no mencionada expresamente en el auto de proceder, no funda jurídicamente la falta de acuerdo que anota el demandante. (Casación Penal. Junio 10 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....246, 2ª

CAUSAL 3ª DE CASACION

— 87 —

(Véase "Homicidio preterintencional". Casación Penal. Julio 14 de 1949, en este mismo **Indice**).

CAUSAL 3ª DE CASACION

— 88 —

Al Jurado se le propusieron la falsedad y el uso del documento falsificado, pero "todo lo cual", dice el cuestionario, "realizado en forma continuada", extendiendo así la fórmula del auto de proceder ("falsedad en documentos públicos, hecho que tuvo su realización en forma continuada"); el jurado reconoció la imputación al procesado de los dos delitos (falsedad y uso), pero en la forma continuada propuesta y con la explicación de la inexistencia de daño o perjuicio a terceros; de modo que el Jurado, al aceptar que la falsedad y el uso del documento son un todo que se realizó en forma continuada, asimiló el uso a falsedad y consideró —equivocadamente, en verdad— los dos hechos como infracción repetida de la falsedad, y en estas condiciones, el Tribunal sólo

podía, o sancionar el delito continuado de falsedad, o siguiendo su tesis que es la jurídica, de que el procesado cometió dos delitos en concurso material, anular el proceso si hubo error en la denominación jurídica del delito, o declarar el veredicto contrario a la evidencia del proceso, por cuanto —tratándose de documentos públicos— la falsedad y el uso son delitos autónomos (aquí sancionables mediante el sistema de la acumulación jurídica) y en este caso la continuidad sólo podría predicarse del uso, no de la falsedad.

El Tribunal, por lo tanto, al sancionar dos delitos en concurso real, dictó su sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, que, como el auto de proceder, sólo reconoció un delito continuado de falsedad. (Casación Penal. Octubre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) .....720, 1ª y 2ª

CAUSAL 3ª DE CASACION

— 89 —

En los juicios en que intervino el jurado, como es doctrina de la Corte, la causal tercera no puede invocarse, por lo común, sino en su segunda parte, esto es, en cuanto se alega el desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, por la sencilla razón de que los hechos tienen que ser apreciados por los jueces de conciencia y es el veredicto la base inmediata e inmodificable del fallo definitivo, salvo que se declare como contrario a la evidencia de los hechos. (Casación Penal. Octubre 7 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 691, 2ª

CAUSAL 3ª DE CASACION (En los juicios en que intervino el jurado, sólo puede alegarse el desacuerdo entre la sentencia y el veredicto)

— 90 —

Lo inmodificable del auto de proceder no es su parte motiva, sino la resolutiva. Sólo la calificación genérica del delito hecha en esa providencia es la que no puede desconocer la sentencia. En cambio, el pliego de cargos formulado en la parte motiva sí está sujeto a rectificación ulterior, en vista de lo probado y alegado por las partes en el curso del debate.

Por esa razón, en este recurso extraordinario de casación y tratándose de juicios por jurados, no es pertinente sustentar ante la Corte desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de ésta con el veredicto del Jurado. (Casación Penal. Octubre 7 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).

687, 1ª

CAUSAL 4ª DE CASACION

— 91 —

La omisión del juez al no interrogar al jurado sobre los hechos y la responsabilidad es una falla que sólo se corrige mediante la invocación de la causal cuarta, que se refiere a la nulidad sustancial del proceso. (Casación Penal. Octubre 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 700, 2ª

CAUSAL 4ª DE CASACION (Nulidades constitucionales)

— 92 —

De ser cierto el cargo hecho por el recurrente contra la sentencia, de que al procesado se le llamó a juicio en el auto de proceder por un homicidio preterintencional, pero que al formular el cuestionario al Jurado, se cambió esa especie delictiva, consignando un homicidio simplemente intencional, la causal conducente sería la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse adelantado el juicio con el cumplimiento de todas las formalidades que le son propias, y entre ellas, en los

juicios en que interviene el Jurado, se halla la de elaborar el cuestionario de acuerdo con el auto de proceder. En tales circunstancias se incurre en una de las llamadas nulidades constitucionales derivadas del artículo 26 de la Constitución Nacional, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos. (Casación Penal. Septiembre 29 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 670, 1ª

CAUSAL 5ª DE CASACION

— 93 —

La objeción de que en la sentencia no se expresan, en forma clara y terminante, cuáles fueron los hechos probados, tiene cabida cuando en la sentencia se omiten hechos fundamentales del proceso, esto es, cuando se guarda silencio respecto a la prueba del delito o de la responsabilidad o se absuelve o se aplican penas o medidas de seguridad, sin que se expongan las razones para absolver o para imponer esta o aquella pena con base en determinada norma de la ley penal; cuando, finalmente, hay tal ambigüedad en el fallo, por imprecisión en lo concerniente al delito, a la responsabilidad o a la pena, que sugiera dudas tanto sobre su fundamento como sobre su ejecución. (Casación Penal. Julio 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

399, 2ª

CAUSALES DE JUSTIFICACION Y EXCUSA (Para que puedan ser tenidas en cuenta deben aparecer plenamente comprobadas)

— 94 —

Las causas que justifican o excusan de la responsabilidad tienen que aparecer comprobadas plenamente, como todo lo que tiene que producir sus efectos en la vida del derecho. Eso de que en caso de duda debe optarse por lo más favorable al procesado, se entiende equivocadamente, como se ha entendido en la demanda: en caso de duda sobre la responsabilidad de un sindicado, debe ser absuelto, porque la condenación no puede pronunciarse sino sobre la prueba completa del cuerpo del delito y de la responsabilidad; pero ello no conduce a declarar que cuandoquiera que pueda pensarse en una circunstancia de justificación o excusa así se proclame, pues que ellas, se repite, deben aparecer como evidentes. (Casación Penal. Junio 24 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 284, 1ª

CERTIFICACIONES (Valor probatorio de las de funcionarios públicos)

— 95 —

Certificar equivale, etimológicamente, a hacer cierta una cosa, a dar testimonio de verdad.

En el tratado de las pruebas les da el Código Judicial a las certificaciones el alcance de documentos auténticos mediante el lleno de ciertos requisitos. Y las admite también como forma especial de rendir declaraciones. En el artículo 678 expresa el mencionado Código que ciertas personas pueden declarar por medio de certificación.

La ley respalda con la fe pública a las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil, pero con la condición de que en tales certificaciones se inserten las actas correspondientes.

Igual respaldo les otorga a las certificaciones de los Jueces y de los Magistrados, con estas restricciones: las certificaciones tienen que concretarse a hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones, y a hechos de los cuales no quede dato en el proceso, pues si esos datos existen allí, debe, quien necesite acreditarlos, obtener la copia tomada de los procesos.

Estas precauciones de la ley hacen ver que lo que ella quiere es que la verdad que está protocolizada en las actuaciones oficiales, no pueda ser suplantada por el dicho escueto de los funcionarios, cuya alternabilidad es muy posible, como posible es que en ellos flaquee la memoria si solamente a esta facultad hubieren de confiarse. (Negocios Generales. Agosto 18 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) .....825, 1ª y 2ª

CESACION DEL PROCEDIMIENTO (Requisitos de forma de la providencia que la ordena)

— 96 —

La providencia que se dicte con sujeción a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en su parte resolutiva debe contener dos ordenamientos: el primero, hace referencia a la declaratoria de que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no puede proseguirse; y el segundo, que es una conclusión de la primera afirmación, debe contener la orden de cesar todo procedimiento en contra del sujeto que aparece como presunto sindicado. La omisión de cualesquiera de estos requisitos debe subsanarse por la entidad que revisa el correspondiente fallo, para que esa providencia se ciña a los términos estrictos de la ley. (Casación Penal. Auto. Noviembre 8 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....755, 1ª y 2ª

CIERRE DE LA INVESTIGACION (Cuándo debe ordenarse)

— 97 —

El auto de cierre de investigación —cuyo carácter de auto de sustanciación y cuya finalidad y presupuesto la doctrina ya ha precisado— se subordina, en cuanto al tiempo y oportunidad en que debe dictarse, a condiciones deducidas del carácter, finalidad e integración del sumario; así, debe serlo cuando la investigación esté completa (artículo 421), esto es, cuando, cumplido y realizado lo que el artículo 294, con base en la noción del artículo 271, prescribe, se haya adquirido la plena prueba del delito y la de la responsabilidad en la forma y grado que el Código ordena (artículo 429). (Casación Penal. Mayo 6 de 1949. Tomo LXVI. 2073-2074) 167, 2ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD (Al juez y no al jurado corresponde apreciar la prueba de los hechos que las sustenten)

— 98 —

Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad exigen, para ser reconocida su existencia en un proceso penal, que haya la debida apreciación de los hechos que las sustentan, pues correspondiéndole, por el mandato expreso de la ley, al Juez de derecho el examen de las mismas, la prueba que las demuestre debe surgir del propio proceso, cosa distinta de lo que ocurre con las circunstancias o elementos estructurales del homicidio que dan a éste fisonomía de asesinato, las cuales pueden ser valoradas o justipreciadas por el Jurado dentro de la amplitud que éste tiene para fallar en conciencia. (Casación Penal. Julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....440, 1ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Cuándo las modalidades de tiempo y lugar en que se cometió el delito, etc., pueden considerarse como tales)

— 99 —

Las modalidades de tiempo, lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito

sólo pueden apreciarse como circunstancias de mayor peligrosidad cuando dificultan la defensa del ofendido o bien cuando demuestran una mayor insensibilidad moral en el delincuente. La ley atribuye especial relevancia jurídica a estas modalidades cuando ellas se vinculan directamente a las dificultades, inconvenientes u obstáculos que se oponen al ejercicio de los derechos del ofendido, derechos que pueden ser materiales o morales, y es, precisamente, el concepto de la defensa del ofendido o perjudicado actualizada ante la oposición de un hecho material o moral la que configura la circunstancia de mayor peligrosidad; no es, propiamente, el factor psicológico o psíquico elementos determinantes del dolo, sino el hecho material que dificulta, obstaculiza o se opone a la defensa del ofendido o perjudicado frente a la violación de sus derechos tutelados por la norma penal. (Casación Penal. Agosto 30 de 1949. Tomo LXVI. 2075-2076) 519, 2ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Lo innoble como circunstancia de mayor peligrosidad)

— 100 —

Lo innoble, en el sentido que le atribuye la ley a esta circunstancia, es lo vil y abyecto del motivo determinante del delito. Es decir, lo bajo, lo despreciable, lo indigno o torpe — como razón de ser — para llevar a efecto la consumación de un delito, y estos motivos generalmente se aplican respecto de la persona que falta voluntariamente al cumplimiento de sus deberes o que corresponde mal a la confianza en ella depositada.

El motivo será social cuando él no es contrario a las normas que exigen la convivencia social o a aquellos mandatos que la misma sociedad impone al hombre para vivir en comunidad; y antisocial será el motivo que pugne con esas reglas o normas que la misma sociedad se ha dado para que el hombre pueda ser parte integrante de ese conglomerado social. Util para las exigencias sociales será el motivo que no altere sus normas de estabilidad, y dañoso será todo aquello que entrañe un perjuicio para su normal desenvolvimiento. (Casación Penal. Agosto 30 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

517, 2ª

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS (Su apreciación corresponde al jurado)

— 101 —

Tratándose de una circunstancia modificadora es al Jurado en su caso a quien corresponde responder y precisar este aspecto de la cuestión del hecho delictuoso en cuanto se refiere a la responsabilidad. De tal suerte que cuando el Jurado no expresa con toda claridad la circunstancia de imprevisión de la riña, y sólo, como en el caso que ocupa a la Corte, habla de "riña en estado de intenso dolor", esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad, que el Juez de derecho sí puede tener en cuenta al proferir su fallo. (Casación Penal. Agosto 16 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) .....506, 2ª y 507, 1ª

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS (Su apreciación corresponde al jurado)

— 102 —

La calificación y apreciación de las circunstancias modificadoras del delito y de la responsabilidad —de acuerdo con la doctrina y la ley— competen exclusivamente al Jurado en los procesos de competencia de los Jueces Superiores, de modo que si aquél no las reconoce en su integridad, los Jueces —al fallar— no pueden substituírlo en su

función de completar los elementos que las integran, lo que significa que la facultad de interpretación del veredicto está condicionada a la extensión de poderes del Jurado, a menos que aquél sea claramente contrario a los datos mismos del proceso (artículos 480, 537 y 554, C. P. P.).

En este orden de ideas, si la condición esencial para que el estado de ira o de intenso dolor constituya la circunstancia del artículo 28 del Código Penal, es la provocación simultáneamente grave e injusta, y el Jurado reconoce el estado y omite la provocación grave e injusta o reconoce la una y calla la otra, el Juez no puede suplir la condición total o parcialmente, y en ese caso, el estado de ira o dolor adquiere el carácter de circunstancia de menor peligrosidad, cuya calificación y apreciación —conforme al artículo 499 del de Procedimiento Penal— incumbe a los Jueces de Derecho. (Casación Penal. Julio 1º de 1949. Tomo LXVI. 2075-2076) 395, 1ª

CLAUSULA PENAL

— 103 —

La pena establecida en la cláusula penal se considera equivalente a los perjuicios, esto es, como el reconocimiento antelado de que, en su caso, se producen, y la fijación también antelada de su valor. De ahí que no se puedan pedir ambas cosas sino excepcionalmente, tal como establece el artículo 1594 del C. C., que es tan sólo cuando la pena aparece estipulada por el simple retardo o cuando se ha pactado que por el pago de ella no se entienda extinguida la obligación principal. (Casación Civil. Mayo 9 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 65, 1ª

COMPETENCIA

— 104 —

Las pruebas aportadas al proceso no tienen por qué incidir en la competencia de los jueces, que para estos fines sólo deben tomar en cuenta las cuestiones planteadas en la demanda. De aquí que si se ha demostrado o llega a demostrarse que el terreno de que se trata fue ocupado de hecho por la Nación y está adscrito a un servicio público, en contra de lo aseverado por los actores, esas serán circunstancias que deberán estudiarse en la sentencia definitiva, para determinar si son impeditivas de la acción o acciones intentadas; no circunstancias que puedan oponerse ahora a los planteamientos de la demanda, en relación con la justicia que debe conocer del presente negocio. (Negocios Generales. Auto. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 777, 1ª y 2ª

COMPLICIDAD CORRELATIVA (Debe ser reconocida expresamente por el Jurado en los juicios en que éste interviene)

— 105 —

Considera la Corte, de acuerdo con el Ministerio Público, que la complicidad correlativa es una circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción, pero que, en los juicios en que el jurado interviene, debe ser reconocida por éste, al tenor de los artículos 480, 499 y concordantes del código de procedimiento penal. Si los jueces de hecho no la declaran estando demostrada, corresponde a los jueces de derecho enmendar el yerro, declarando el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

Pero esa atribución les compete exclusivamente a los juzgadores de instancia. (Casación Penal. Septiembre 3 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 657, 2ª

COMPLICIDAD CORRELATIVA (Qué se requiere para que sea tenida en cuenta esta circunstancia)

— 106 —

La complicidad correlativa en procesos con jurado — de acuerdo con la doctrina — requiere, además de sus elementos esenciales, que la hayan reconocido, el Juez en el auto de proceder y el jurado en el veredicto (éste en todo caso). (Casación Penal. Julio 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....399, 1ª

COMUNIDADES

— 107 —

Si el inciso 3° del artículo 21 de la Ley 95 de 1890 permite la inclusión de un comunero en el padrón cuando es notorio e indudable su derecho, eso no implica que pueda prescindirse de demostrar en juicio que el Administrador ha sido elegido en los términos del artículo 17 de la mencionada ley, o sea por verdaderos comuneros y en la forma como allí se prevé. (Negocios Generales. Agosto 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078). 838, 2ª

CONDENA CONDICIONAL (Puede ser concedida en segunda instancia)

— 108 —

La concesión de la condena condicional —privilegio de que sólo pueden gozar los procesados privados de toda peligrosidad— corresponde al Juez, de conformidad con los artículos 80 del Código Penal y 663 del de Procedimiento Penal, pero la autoridad comprendida en esa denominación no se circunscribe al Juez de primera instancia, sino también al de segunda, quien, en virtud de apelación o de consulta, y en cumplimiento de su función jurisdiccional dicta sentencias. (Casación Penal. Mayo 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....209, 1ª

CONFESION FICTA O PRESUNTA

— 109 —

La confesión ficta o presunta tiene lugar, entre otros casos, cuando citado personalmente el absolvente, con señalamiento de la fecha y hora para responder al cuestionario propuesto y prevenido de que si no comparece se presumirán ciertos los hechos sobre los cuales tenga obligación de contestar o da respuestas evasivas e inconducentes, o, lo que es lo mismo, elude sin motivo razonable la respuesta categórica, en las circunstancias previstas por el artículo 617 del C. J. Entonces, previa la amonestación que le hará el Juez para que conteste o para que no eluda hacerlo, de lo cual se dejará constancia en la respectiva diligencia de absolución, el Juez, al estimar el mérito probatorio de la diligencia, que será al pronunciar el fallo, tendrá por cierto el hecho preguntado, es decir, tanto valdrá esto como si el absolvente hubiera admitido el cargo. (Casación Civil. Octubre 27 de 1949. T. LXVI-2077-2078). 644, 1ª y 2ª

CONFESION (No tiene el valor de tal, en relación con el dominio del causante sobre determinados bienes, el relato que de éstos se hace en una sucesión)

— 110 —

Es verdad, como dice el recurrente, que el relato de bienes de una sucesión hecho por el apoderado de los interesados como paso hasta cierto punto de carácter administrativo preparatorio de la secuela del juicio de sucesión, no contiene propiamente una confesión de tales interesados sobre el domi-

nio del causante, en el sentido que a la palabra confesión con su eficacia probatoria ha de dársele a la luz de las disposiciones legales que el recurrente cita, entre las cuales figura también la que restringe la potestad de un apoderado para rendirla; y es verdad, así mismo, que las pruebas deben pedirse y practicarse en las oportunidades y forma que la ley procedimental establece y que, por tanto, no le es dado a una de las partes litigantes aducir y practicar pruebas no solicitadas ni decretadas previamente, a pretexto de la práctica de otra sí decretada. (Casación Civil. Mayo 6 de 1949. T. LXVI. 2073-2074). 60, 2ª

CONFESION (Su indivisibilidad)

— 111 —

La confesión en materia penal es el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en hecho de que le sindica. Pero es un error considerarla como una entidad abstracta y absoluta, de valores propios, porque, como toda exposición penal, ha de ser apreciada objetiva y subjetivamente. Objetivamente, por la credibilidad de los hechos mismos sobre los cuales habla el confesante en sus peculiares circunstancias de lugar, tiempo y modo; y subjetivamente, por las condiciones de veracidad que ofrezca el sindicado, ya generales y abstractas, ya concretas y peculiares del proceso y del momento de la recepción de la indagatoria.

Eso y no otra cosa es lo que se quiere significar cuando se afirma que la confesión es indivisible cuando lo favorable que agrega el confesante, a más de ser creíble de suyo, está confirmado por las otras pruebas de un proceso, pues entonces la desconfianza que puede abrigarse sobre la veracidad del sindicado al declarar lo que obra en su favor, desaparece ante otras probanzas, como cuando alguien admite que mató, pero en legítima defensa, o que hirió, pero por provocación grave e injusta de la víctima, como sucede en el caso que se estudia.

Parecidas ideas invoca el señor Procurador, quien concluye su alegato en esta parte diciendo que la confesión calificada no tiene lugar cuando hay plena certidumbre de la responsabilidad del sindicado, en estas o en aquellas condiciones, porque entonces la confesión cede su paso a la fuerza contundente de las pruebas ya completas. "Dicha confesión calificada, por consiguiente, sólo opera en casos de deficiencia probatoria y en situaciones dudosas para la justicia". (Casación Penal. Julio 6 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 412, 1ª

CONSULTA

— 112 —

El tiempo de pena que la ley exige para que una sentencia —de acuerdo con el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal— deba ser consultada es el señalado en el Código y no en la sentencia. (Casación Penal. Mayo 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 209, 2ª

CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO
(No puede ser declarada en casación)

— 113 —

Ha sido doctrina constante de la Corte que en los juicios en que interviene el Jurado, la contraevidencia del veredicto es cuestión privativa de las instancias, sin que la Corte tenga facultad legal alguna para decidir al respecto, toda vez que de ser ello de distinta manera, en último término el examen de aquella cuestión tendría que hacerse sobre las mismas probanzas del juicio que fueron objeto de la apreciación de los jueces

de hecho y, por lo mismo, se les quitaría a éstos la facultad que la ley les otorga de fallar libremente, sin otra limitación que el fuero íntimo de sus conciencias y el convencimiento surgido en su criterio sobre el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada. (Casación Penal. Agosto 16 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 509, 2ª

CONTRATO (Acciones nacidas del)

— 114 —

A la parte que reclama del otro contratante el cumplimiento de obligaciones nacidas del pacto, o la ineficacia o modificación del estado jurídico creado por el acuerdo de voluntades, le basta acreditar la existencia del contrato, que, si es solemne, se confunde con su prueba porque la escritura pública es simultáneamente vehículo necesario para expresar útilmente el consentimiento, y medio de comprobar la concurrencia de voluntades que configura la naturaleza contractual de un acto jurídico. Si la vigencia de éste se ha extinguido implicando, consecuencialmente la cancelación del título, estos particulares dirigidos contra la **causa petendi** de la gestión actora han de ser propuestos y demostrados por el reo siguiendo la enseñanza del artículo 1757 del C. C. (Casación Civil. Mayo 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

85, 1ª

CONTRATOS

— 115 —

El incumplimiento de las prescripciones legales sobre solemnidades que han de llenarse con ocasión de tal o cual contrato no puede ser demostración de que no es ese contrato el que las partes han querido celebrar. Así, por ejemplo, no haberse otorgado escritura pública en el presente caso es algo muy lejano de motivo para entender que no es mercantil una sociedad encaminada a negociar en transportes y en la adquisición y venta de madera, actos de comercio ambos ante el artículo 20 del C. de Co. (Casación Civil. Agosto 27 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

369, 1ª

CONTRATOS (Nulidad por demencia de uno de los contratantes)

— 116 —

Como el contratante que se afirma celebró el negocio sin estar en el pleno uso y goce de sus facultades mentales, motivo por el cual se demanda la nulidad del acto, no estaba, en el momento de realizar el negocio, declarado en interdicción judicial, en el examen de la cuestión ha de partirse de la base de la presunción de capacidad para contratar, ya que según el artículo 1503 del Código Civil, toda persona lo es legalmente, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

Cuando un individuo no está, ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos sus actos mediante la simple demostración de que tal persona ha adolecido de una psicosis; es necesario que se aduzca una doble prueba, a saber:

a) Que ha habido una "perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad", según la terminología muy técnica del Código Alemán, o que excluye la "capacidad de obrar racionalmente", como dice el Código Suizo; b) que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato.

Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda psicosis acarrea por sí mismo la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber

si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico.

De acuerdo con esta doctrina, reiteradamente sostenida por la Corte en innumerables fallos, el momento en que jurídicamente interesa y es necesario establecer la existencia de la enfermedad mental, es en el de la celebración del contrato, porque es ahí donde se presta el consentimiento en la forma plena y eficaz que requiere la ley, con conciencia de la naturaleza del acto y de la extensión de sus efectos y obligaciones, sin ninguna confusión de espíritu que merme la potencialidad mental y volitiva en la medida que garantiza el adecuado ejercicio de las actividades civiles. (Casación Civil. Octubre 27 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).

641, 2ª y 642, 1ª

COPIAS DE DOCUMENTOS PUBLICOS

— 117 —

De acuerdo con lo indicado en el artículo 632 del C. J., las copias de los documentos públicos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, hacen plena fe acerca de su contenido. (Casación Civil. Agosto 24 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 367, 1ª

CORRUPCION DE MENORES (Diferencias entre este delito y el de violencia carnal)

— 118 —

(Véase "Violencia carnal", en este mismo Indice).

CORTE SUPREMA (Su compentencia, en relación con la extradición de procesados)

— 119 —

La Corte no es competente para conceder la libertad de que trata el artículo XIV del Acuerdo Bolivariano, ya que su función —de acuerdo con los artículos 9º del C. P., 710 del C. P. P. y 6º del Decreto 2200 de 1938— se limita a dar su concepto sobre los puntos precisados en los artículos I, II, III, IV, V, VIII y XVI del Acuerdo Bolivariano. (Casación Penal. Auto. Julio 22 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 710, 2ª

CUANTIA PARA LA CASACION

— 120 —

La tesis en que sustenta el Tribunal la providencia contra la cual se ha propuesto el aludido recurso de hecho fue rectificada por la Corte, aunque con votos disidentes, a partir del catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (G. J. T. LXII, página 852), desde cuando se dio cabida al artículo 524 del Código Judicial para indagar la cuantía respecto de la casación aún estando fijada en cifra precisa por el demandante en su libelo inicial, sin reclamo del demandado, considerando que el "verdadero motivo de duda" a que se refiere el texto citado puede ocurrir no sólo cuando la cuantía ha sido señalada en cantidad indeterminada, sino también cuando habiéndolo sido en cifra precisa que no alcance a la indicada en el artículo 519 del Código Judicial los elementos del proceso revelan que el verdadero valor de lo litigado determina una cuantía que es o puede ser igual o superior a la requerida por esta última disposición para la procedencia del recurso. (Casación Civil. Auto. Junio 13 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

110, 2ª

(Nota: tres Magistrados salvaron su voto sosteniendo entre otras cosas lo siguiente: "La cuantía de la acción estimada en la demanda gobierna la totalidad de los aspectos procesales como efecto inmediato y necesario de que tal estimación fija la competencia, en los casos en que ésta se subordina al monto económico de la acción; como la competencia es un presupuesto de orden público rodeado de garantías legales, regulado celosamente para evitar que los contendientes lleguen a tener más poder que el legislador en la gradación prevista para el conocimiento de los litigios, es obvio que por lo menos sería anómalo que cuando la ley confía la determinación de la competencia a lo expresado por el demandante, éste puede pasar sobre su propio dicho para efectos procesales de menor entidad por no conllevar nociones de orden público". (T. LXVI. 2073-2074).

113, 1ª

El Relator

CUESTIONARIOS AL JURADO

— 121 —

La objeción de que, en la forma genérica adoptada por el Juez, se propusieron al jurado cuestiones de derecho para cuya decisión no es éste competente, no tiene cabida en el sistema procesal vigente, pues si es cierto que al jurado se presentan cuestiones de mero hecho, con éstas se involucran otras que pueden ser de derecho, pero cuya comprensión apenas si exige una discreta capacidad de raciocinio y un relativo conocimiento de los hechos de la vida, tales como si el procesado tuvo la intención o el propósito de dar muerte, o si la dio en virtud de carencia de previsión, o si en el momento de ser provocado o agredido grave e injustamente, circunstancias éstas que, como lo anota el Procurador, "son del conocimiento general de las gentes y sobre las cuales puede aludirse en el cuestionario". (Casación Penal. Junio 21 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 270, 2ª

CUESTIONARIOS AL JURADO (Inclusión de circunstancias modificadoras del delito en estos cuestionarios)

— 122 —

En el sistema del cuestinoario único que, por mandato de la Ley 4ª de 1943 (artículo 28), regía en la época en que este juicio se realizaba, el Juez, evidentemente, debía determinar, al formularlo, "el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darle denominación jurídica", mandato que, según el demandante, aquí no se cumplió; y no podía cumplirse —razona la Corte— porque la circunstancia de la riña imprevista no fue mencionada en los autos de calificación, ni durante el juicio se intentó probarla, de modo que su inclusión en el cuestionario habría constituído infracción a las normas que rigen los juicios por jurado; y tan extraño es en este proceso la mencionada circunstancia, que en las audiencias el defensor no hizo alusión alguna, en atención —seguramente— a la calificación del delito en los autos de proceder, en los cuales los falladores de instancias afirmaron, expresa y categóricamente, que el homicidio aquí juzgado es apenas un homicidio intencional sin atenuación. (Casación Penal. Junio 24 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

280, 1ª

CUESTIONARIOS AL JURADO (El Juez sólo está obligado a preguntar sobre circunstancias que él considere probadas)

— 123 —

El Juez tiene el deber de preguntar a los jueces de conciencia, para que éstos decidan,

sobre las circunstancias que a su juicio se hallan comprobadas; pero el texto de los preceptos de los artículos 28 de la Ley 4ª de 1943 y 499 y 431 del C. de P. P. permite deducir que no lo tiene de interrogarlos sobre las que no considera demostradas, sin que a ello sea obstáculo que el jurado pueda expresar que el hecho se cometió en circunstancias "diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 29 de la Ley 4ª de 1943), ya que tal facultad no es sino la propia de quienes fallan sobre los hechos.

El señor Procurador no comparte totalmente este criterio, pues piensa que el sistema actual es el mismo de la Ley 169 de 1896 y, según él, son las partes las que tienen el arbitrio de invocar en la audiencia todas las modalidades que estimen convenientes y que no hayan sido incluídas en el cuestionario. El juez debe preguntar sobre la responsabilidad del procesado en los hechos constitutivos del delito con sus circunstancias específicas, pero no sobre aquellas modalidades no específicas, pues que la falla que en contra del sindicado pudiera acusarse por falta de pregunta sobre ellas está subsanada por la facultad que el jurado tiene de agregar a su veredicto las declaraciones que juzgue acreditadas, aunque no se le hubiera interrogado sobre ellas.

Sin embargo, la Sala estima más ajustado el sistema preconizado antes, por varias razones: la primera, porque el sistema de interrogatorio para el jurado no coincide exactamente con el anterior, en el sentido de que circunstancias como la riña, por ejemplo, eran entonces delito específico; y la segunda, por la ya expresada de que no tendría objeto que en la parte motiva del auto de proceder se consignaran como probadas las circunstancias específicas y modificadoras entonces conocidas, o no tendría razón de ser la facultad de practicar pruebas durante el juicio.

Repitiendo, pues, lo dicho anteriormente, puede concluírse que el juez no puede preguntar al jurado por género distinto del expresado en el auto de proceder, pero sí puede interrogar por circunstancias específicas o modificadoras diferentes, si se han cambiado probatoriamente durante la causa, pues ese es el motivo para que no se consignen en la parte resolutiva del enjuiciamiento, sino en la motiva, que no circunscribe el debate.

Por lo demás, ésta ha sido la doctrina de la Sala. (Casación Penal. Octubre 7 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 690, 2ª y 691, 1ª

CULPA (Presunción de culpabilidad)

— 124 —

La regla del artículo 2356 del Código Civil no solamente es aplicable a quien obra con intención dolosa. También sin esa intención puede causarse daño, cuando se procede con ligereza. La responsabilidad puede contraerse, no solamente con la comisión de actos positivos. Las omisiones pueden también generarla. Doctrina es ésta que nuestros expositores derivan del artículo 2356 del Código citado.

En empresas ferroviarias, lo mismo que en todas las que desarrollan actividades peligrosas, deben tomarse todos los medios de precaución para que esas actividades no causen daño a terceros. El descuido en tomar las medidas que la prudencia indica; la inadvertencia de los malos resultados que para particulares pueden tener los actos u omisiones de la empresa, la hacen responsable. (Negocios Generales. Agosto 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 813, 1ª

CULPA (Presunción de)

— 125 —

Si no hay elementos que dejen en el ánimo el pleno convencimiento de que la con-

ducta de la víctima hubiera sido la determinante de su propia muerte, y si en cambio los hay que inducen a aceptar la culpa de la empresa, ya con ello puede decirse que están establecidos los elementos que la jurisprudencia ha creído esenciales para proferir un reconocimiento de perjuicios. Y ya, con estas consideraciones, hay también base para pronunciar un fallo condenatorio de la parte demandada. (Negocios Generales. Agosto 18 de 1949. T .LXVI. 2077-2078) ..827, 2ª

CULPA CONTRACTUAL Y CULPA EXTRACONTRACTUAL

— 126 —

Cierto que algunos de los hechos de la demanda hablan de que el occiso era dependiente de la Nación, y que en su carácter de empleado viajaba en el avión del siniestro. Esta circunstancia, sin embargo, la trae á cuento el libelista como una justificación de que la víctima viajara en el día de la tragedia en un avión militar. Esa circunstancia no arguye, de suyo, una intención de encarrilar la demanda hacia una declaración de perjuicios por incumplimiento o mala ejecución de un contrato. (Negocios Generales. Agosto 31 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 854, 1ª

CULPA IN ELIGENDO

— 127 —

Incurre en culpa quien necesitando encomendarle a otra persona la ejecución de determinadas actividades, no tiene el cuidado suficiente en la escogencia, y por esa falta de cuidado causa daños a terceros. Por el daño que causen con ocasión del servicio los servidores o empleados responde la persona que los mantiene bajo su dependencia y que de ellos se sirve. (Negocios Generales. Agosto 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).

826, 2ª

CULPA (Responsabilidad civil por)

— 128 —

Desde el derecho romano se ha considerado que el hecho que infiere injuria o daño a otra persona es genitor de la obligación reparadora. No es preciso que el hecho dañino se haya cometido de manera voluntaria y maliciosa para que origine la reparación. Puede faltar la intención de dañar, y sin embargo el lesionado por el solo hecho de haber sido víctima del daño tiene en principio acción para hacerse indemnizar. Esa norma de equidad en vez de sufrir mengua, ha adquirido consistencia y cobrado incremento con el influjo del derecho social contemporáneo.

El progreso en todas sus manifestaciones impone hoy, con más apremio que antes, la regla de conducta del cuidado y atención en las empresas y negocios propios para que no vayan a refluir en perjuicio de los demás. El Estado mismo —y en esa expresión quedan comprendidas todas las entidades de derecho público que de él emanan— ya no puede escudarse en el concepto de soberanía para obrar o dejar de obrar, si el hecho o la abstención hieren a personas o a patrimonios causándoles perjuicio.

La conducta que choca con esas normas, o que se aparta de ellas, es la que legisladores y jurisperitos vienen en llamar culpa.

Los expositores franceses anotan que el Código Civil no da una definición de culpa civil. Hacen esa observación Planiol y Ripert para dar en seguida la idea que ellos tienen de culpa. "'Se incurre en ella —dicen— cuando se actúa de modo diverso de como debía obrarse". Los hermanos Mazeaud hallan que hay culpa en "todo error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida, colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio". Otros autores consideran que hay culpa en "la carencia de precauciones que la prudencia hu-

biera inspirado a un hombre cuidadoso y diligente".

El Código Civil colombiano dice en el artículo con que inicia el libro reglamentario de las obligaciones y los contratos, que el hecho que ha inferido o infiera daño a otra persona, da nacimiento a una obligación civil. Pero al tratar de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, no da tampoco una definición de éstas. En el artículo 63 del Título Preliminar había dicho: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido"; y al describir lo que es culpa grave, lo que es culpa leve y lo que es culpa levísima, las relaciona con normas de conducta.

Inseparable la noción de culpa de la responsabilidad moral, se explica que se la quiera configurar como un error de conducta.

Toda la teoría de la responsabilidad —enseña Josserand—, no es otra cosa que una vasta empresa de equilibrio de derechos rivales en permanente conflicto a los cuales importa conservar en su lugar, localizarlos y controlarlos en su expresión". Las disposiciones que el C. C. destina a la reglamentación de los delitos y cuasidelitos, le permiten al Juez conducir y desenredar la lucha de intereses que en cada caso se le ponga de presente (Obra citada, T. 2º, número 426).

"Para justificar una demanda de perjuicios fundada sobre el artículo 1382 del C. Civil, no basta invocar un perjuicio y atribuir una causa determinada a ese perjuicio, sino que es preciso establecer que la causa invocada tiene efectiva relación con el perjuicio sufrido". Esa doctrina informa un gran número de fallos proferidos por los tribunales franceses.

La Sala podría aquí rememorar los diversos fallos que los tribunales de Colombia han pronunciado en el mismo sentido, cuandoquiera que se les han propuesto demandas por perjuicio, fundadas en la disposición general del artículo 2341, que en su esencia es el mismo artículo 1382 del Código Civil francés.

Ya con lo dicho puede advertirse que la responsabilidad en materia civil está configurada por tres elementos esenciales: el hecho culposo, el perjuicio y la relación de causalidad entre uno y otro. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076)

556, 2ª y 557, 1ª

CULPA (Responsabilidad por la de otro)

— 129 —

Como excepción a la regla general de que la responsabilidad civil originada en los delitos o cuasidelitos es personal y directa del autor del ilícito, la ley ha consagrado ciertos casos en que algunas personas responden de los hechos dañosos de otras en razón de la especial situación de cuidado y vigilancia en que se encuentra respecto de ellas el autor del hecho culposo. Esta responsabilidad indirecta se halla concretameent establecida en los arts. 2347 y 2349 del C. C. que consagran una presunción de responsabilidad en contra de las personas a cuyo cargo corre el cuidado de la subordinada con fundamento en el hecho legalmente presumido de que la culpa ocurrió como efecto de una falta de vigilancia o de una mala elección. Para que haya lugar a esta responsabilidad por el hecho ajeno es necesario que se demuestren los tres elementos que esencialmente integran toda responsabilidad civil, esto es, una culpa que cause daño, y además, la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre una persona y la autora del daño. La culpa de la persona subordinada o dependiente es la fuente de la obligación indemnizatoria, y su prueba está sometida a las reglas generales; la culpa que presume aquí la ley es la de la persona que ella señala como responsable indirecta.

En armonía con estos principios, basta demostrar la situación de dependencia con relación al demandado, de la persona que ha incurrido en una culpa que ha causado un

daño, en uno de los casos previstos por la ley, para que haya lugar a declarar la responsabilidad indirecta, pues en tal forma están reunidos todos los elementos que jurídicamente la configuran. Presumida legalmente de esta suerte la responsabilidad del tercero, por el obvio efecto probatorio que produce el juego de la presunción, deberá destruirla el demandado, como acontece con toda defensa o excepción, probando una de las causas capaces de exonerarlo de la responsabilidad presunta. Fuera de las que le corresponden en relación con el hecho mismo del subordinado o dependiente para destruir la fuente de la obligación indemnizatoria, como la fuerza mayor o el caso fortuito, puede también defenderse probando la ausencia de su culpa, esto es, que tanto en la escogencia como en la vigilancia y cuidado de la persona dependiente de él que causó el daño obró con diligencia y prudencia. Las personas enumeradas en el artículo 2347 del C. C. se pueden descargar de la presunción que pesa sobre ellas, demostrando que un hombre prudente y diligente, colocado en sus mismas condiciones no hubiera podido impedir el hecho; y los amos a que se refiere el artículo 2349 ibídem, comprendiendo en esta palabra al empresario, (G. J. Nº 1947, página 27), probando a su vez que sus dependientes se comportaron de un modo impropio que ellos no tenían medio de prever empleando el cuidado que ordinariamente hubiera empleado un hombre avisado, en las mismas circunstancias externas. Es el demandado quien debe probar estas circunstancias exonerativas para desvirtuar la presunción legal que pesa sobre él, y puede también el juez exonerarlo oficiosamente de la responsabilidad si tales circunstancias aparecen establecidas ostensiblemente en los autos, según el artículo 343 del C. J. Tal el sentido del citado artículo 2349 cuando establece que los amos "no responderán si se **probare** o **apareciere** que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio que los amos no tenían medios de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes". (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

131, 2ª y 132, 1ª

— D —

DEFENA Y ASISTENCIA DE LOS MENORES DE VEINTIUN AÑOS QUE SEAN PROCESADOS PENALMENTE

— 130 —

La intervención del apoderado, del representante legal, o del curador **ad-litem,** dentro del proceso penal, la consagra la ley con la finalidad exclusiva de completar la capacidad jurídica del menor y para que los actos realizados dentro del proceso tengan plena validez, pero la realización de toda actuación judicial no se subordina a la presencia física de dichos representantes, en el sentido de que si éstos no asisten el acto no se realice.

El espíritu de la ley no es éste, porque la notificación de las providencias judiciales conlleva necesariamente la citación de dichos representantes. Pero si éstos no concurren, el acto se verifica, sin que ello implique nulidad alguna, porque las nulidades que puedan alegarse por un menor de edad son las mismas que consagran los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, o aquellas que pueden deducirse del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Es cierto que las nulidades se establecen en favor del procesado, pero también, es evidente que no todas las irregularidades que se presentan dentro de un proceso penal son hechos con poder suficiente para anular el proceso: las nulidades son taxativas y

se hallan previamente erigidas por la ley. Cuando ellas son absolutas afectan el contenido sustancial del juicio y éste no puede subsanarse sino corrigiendo previamente el error, pero cuando ellas son relativas, la misma ley consagra los medios de subsanarlas y no pueden alegarse con posterioridad a los hechos que le imprimen validez al proceso, porque los resultados del juicio no pueden quedar al capricho de las partes interesadas en las consecuencias o resultados del mismo.

La ley no hace ninguna clasificación de las nulidades en el sentido de consagrar unas para los sujetos de mayor edad, y otras para los mayores de diez y ocho años y menores de veintiún años, lo que quiere decir que ellas pueden alegarse en la misma forma y dentro de los mismos términos establecidos por la ley. Fuera de esos casos, el derecho para demandar nulidades y las causas en que pueden fundarse, no tienen razón de ser, por hallarse excluídas de los preceptos que las consagran.

La tesis que hoy se sustenta sobre interpretación del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la representación de los menores de veintiún años y mayores de diez y ocho, es en cierto modo opuesta a la expresada en fallo de julio nueve de mil novecientos cuarenta y seis, pero la Corte estima que en ese fallo primó un criterio demasiado civilista en cuanto a la representación de los incapaces dentro del juicio, y es evidente que en tratándose de juicios civiles donde se discuten derechos reales sobre dominio, debe ser de aplicación estricta, no así dentro del juicio penal, donde, propiamente, no se debaten estos intereses, sino únicamente cuestiones referentes a la asistencia o representación del menor en el proceso penal y si en derecho civil el menor cuando no se halla presente el padre, o el tutor o curador, "ni se espere de pronto su venida" tiene derecho a nombrar un curador (artículo 242 del C. J.) o a que el Juez lo designe, con mayor razón, esa facultad del Juez o del menor, para el nombramiento de curador **ad-litem** o de apoderado o defensor, debe aplicarse dentro del proceso penal.

Lo interesante es que el menor esté asistido por un representante legal, pero deducir nulidades por el solo hecho de que el apoderado no fue designado por el representante legal o por el curador **ad-litem**, sería extremar el rigor de la ley y sacrificar el aspecto sustancial del precepto al contenido material del mismo. Las irregularidades que se cometan o puedan cometerse en la designación de apoderado o defensor no son vicios constitutivos de nulidad. Otra cosa sería si el menor careciera en absoluto de una persona que lleve su personería para su defensa. En este caso, como así lo ha reconocido la Corte, sí prospera la nulidad deducida del principio constitucional del artículo 26 por ausencia de un defensor que asuma la personería del menor.

No existe ninguna incompatibilidad legal en el hecho de que el representante legal o el curador **ad-litem** asuma a la vez el carácter de apoderado o defensor del menor, cuando reúne las condiciones de ser abogado, pues, lo uno, se da para completar la capacidad del menor, como sujeto activo de la infracción de la ley penal, y lo otro, para que en virtud de su preparación, conocimiento y versación en las disciplinas del derecho preste sus servicios profesionales en defensa de los intereses del procesado, y el ejercicio de estas funciones no es incompatible, ni la ley lo ha consagrado como motivo de nulidad procedimental o constitucional.

La designación de apoderado al tenor del artículo 104 de la ley procedimental debe hacerla el respectivo representante del me-

nor en las condiciones y para los casos en que a ello hubiere lugar, como ya se expresó, pero el nombramiento de defensor se rige por la norma del artículo 432 del mismo Código. Es verdad que tanto el apoderado como el defensor realizan o cumplen funciones idénticas en el proceso penal; pero su nombramiento debe hacerse con sujeción estricta a los términos de la ley.

La designación de apoderado y defensor se rige por normas distintas dentro del proceso penal, y esta diferencia no obedece a un juego caprichoso en las denominaciones de apoderado y defensor, sino a la separación fundamental establecida en el proceso penal en sus diferentes fases de sumario y juicio; en el primero, se realizan todas las diligencias conducentes para deducir o no la imputabilidad; en el segundo, se controvierten las pruebas que afirman o niegan los cargos formulados en el auto de proceder, para deducir la correspondiente responsabilidad. La sentencia, bien sea condenatoria o absolutoria, será el reflejo exacto de los hechos sobre los cuales versó el debate judicial.

El cargo de defensor se vincula directamente a la existencia de un auto de proceder; el de apoderado a la simple investigación. La designación del primero, depende del procesado, y cuando éste se niega, la hace directamente el Juez (artículo 432); la designación del segundo, cuando se trata de dar cumplimiento a la primera parte del artículo 104, la hace el sindicado o el Juez ante la negativa de aquél, y cuando se trata de aplicar la segunda parte de la disposición citada, hace la designación el representante del menor. (Casación Penal. Junio 28 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) ....390, 1ª y 2ª, 391, 1ª y 2ª y 392

DEFUNCION (Registro civil de)

— 131 —

Informante de una defunción ante el Notario o quien haga sus veces, puede serlo cualquiera de las personas nombradas en los artículos 356, 358, 359, 360 y 361 del C. Civil. El funcionario de Policía que practica las diligencias correspondientes a la investigación es, desde luego, el más adecuado para rendir la información. (Negocios Generales. Agosto 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).

809, 1ª

DELITOS CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS

— 132 —

El artículo 184 del Código Penal dice que "el que en cualquier forma cometa violencia contra un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, o lo amenace, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años".

Esta disposición, protege el normal desenvolvimiento de las funciones del Estado confiadas a un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, y de manera preferente tutela la libertad de determinación de la voluntad del funcionario en el desempeño de actos que se hallan íntimamente vinculados con el ejercicio de las funciones que desempeña.

El delito se tipifica por la violencia física o moral que se ejerza contra el empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de sus funciones o inherente a las mismas; el hecho se consuma por la sola acción de emplear la violencia —física o moral —o la amenaza para obtener la realización del fin perseguido por el agente activo del delito, sin que sea elemento esencial de éste, la legalidad o ilegalidad de la resolución que se trata de imponer; en otros términos, no es característico del delito que el acto que se obliga a ejecu-

tar o a omitir, esté o no ceñido a los preceptos legales.

Lo esencial en este delito es que la violencia o la amenaza se dirija contra un empleado o funcionario público, o la persona encargada de un servicio público, y que el empleo de esa violencia, o el ejercicio de esa amenaza sobre la posibilidad de causar un mal futuro, tenga como finalidad exclusiva el quebrantamiento de la libertad de determinación de ese funcionario, para que ejecute u omita acto propio de sus funciones.

"Trata esta disposición —ha dicho la Corte— del caso especial de violencia o amenaza a un empleado o funcionario público, bien para que ejecute, o bien para que omita algún acto de sus funciones. La primera condición consiste en que la víctima de la agresión o violencia, o de la amenaza, sea empleado o funcionario público; la otra, que es su complemento, que la violencia, como quien dice acción física realizada, o la amenaza —acción física en potencia— sean con el fin de que el funcionario ejecute u omita algún acto propio de sus funciones. **Es un delito per se.** Y no hay necesidad de que el acto que se exige coercitivamente del funcionario sea siempre contrario al ejercicio de sus funciones. Puede ser legal; pero si el particular (o funcionario público, aclara la Sala), lo reclama por medios que implican coacción, se hace acreedor a la pena que el artículo comentado indica. Porque lo que aquí se reprime es el desacato a la autoridad, el menosprecio que traduce el obligar a sus representantes a hacer o dejar de hacer aquello que en un caso debería hacerse normalmente, y en el otro, no debería hacerse de ninguna manera. En fin, el pretender sustituírla o imponerse a sus determinaciones".

Pero cuando el empleo de la violencia—física o moral— o cuando el ejercicio de la amenaza mediata o inmediata, son de tal manera que por sí mismas conllevan no sólo la violación de la norma del artículo 184, sino también, la de otro derecho tutelado por una norma penal diferente, habrá un verdadero concurso formal de delitos y la sanción se regirá por las disposiciones del Capítulo III del C. P. que trata del concurso de delitos, como sería el caso de un delito contra los funcionarios públicos y otro de lesiones u homicidio, o también, como en el caso **sub-judice,** delitos contra los funcionarios públicos y detención arbitraria.

El delito contra los funcionarios públicos puede ser cometido por un particular o por un funcionario público. En este caso concreto el agente activo del delito es un Juez Promiscuo del Circuito. El delito se cometió no por el ejercicio de una violencia, sino por el empleo de una amenaza que planteaba para el Juez comisionado la realización de un mal futuro, consistente en que si no accedía a revocar la orden de detención dictada contra Luis Carlos Pérez O., sería privado de su libertad mediante la pena de arresto.

La violencia física o moral o la amenaza que se ejerce contra un funcionario público o encargado de un servicio público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, no es elemento constitutivo del delito de detención arbitraria, ni es un acto preparatorio del mismo, porque lo que configura esta última infracción, es el abuso que hace el funcionario público de sus funciones, para privar a determinada persona de su libertad. Los elementos integrantes de este delito son esencialmente distintos de los constitutivos de infracciones contra los funcionarios públicos, y en ningún caso, se confunden los unos con los otros para que pueda presumirse que los actos que configuran el uno sean elementos del otro. (Casación Penal. Auto. Julio 22 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) .....736, 2ª y 737, 1ª

DEMANDA (Requisitos de la de casación)

— 133 —

Una demanda de casación limitada a acusar por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo del numeral 1º del artículo 520 del C .J., el de violación de ley sustantiva. (Casación Civil. Agosto 31 de 1949. Tomo LXVI. 2075-2076) 385, 2ª

DEMANDA (Requisitos de la de casación)

— 134 —

La demanda de casación debe formularse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del Código Judicial, en relación con el ordenamiento del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, aplicable a estos casos.

Cuando en casación se alega una causal el deber del recurrente no se reduce a enunciarla sino a demostrarla; es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones violadas por el fallador de instancia.

Si el recurso de casación en último término constituye una crítica a la sentencia por haberse incurrido en un error, para que prospere la causal, es necesario demostrar en qué consiste ese error, por qué se incurrió en él, y por qué se violaron las disposiciones de la ley sustantiva o procedimental; en otros términos, llevar al debate para que sirvan de examen ante la Corte, los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico que le permitan hacer un estudio del fallo frente a la ley.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica aconsejados por la ley—como en este caso—la Sala no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento, llenar los vacíos y defectos de la demanda haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan el carácter de perjudiciales para el procesado. (Casación Penal. Mayo 3 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 161, 2ª

DEMANDA (Su influencia en los resultados del proceso)

— 135 —

Si, según las palabras del libelo, el litigio se trabó en torno de una maliciosa maniobra, es obvio que el Tribunal discurriera sobre ese tema, y al no encontrarla demostrada, absolviera a los demandados. (Casación Civil. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 356, 2ª

DEMANDA (Su influencia en la decisión del juicio)

— 136 —

El Juez debe atenerse, al consignar la razón de su decisión, a los hechos que hayan sido el fundamento de la demanda, o los en que apoye el demandado su defensa. Según el artículo 205 del C. J., la demanda debe contener lo que se demanda, debiendo expresarse con claridad y precisión los hechos u omisión en que se fundamenta. Resulta de ello, que tanto la razón como la pretensión forman el contenido de la demanda; por tanto si el Juez no puede juzgar fuera de los límites de lo demandado, es evidente que no puede atribuir a la decisión razones **de hecho** no invocadas por quien ha demandado.

La afirmación de hecho es condición de eficacia de la demanda, y, por tanto, implica un límite de ésta. (Casación Civil. Mayo 18 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 76, 2ª

DEMANDA (Su interpretación por el Juez)

— 137 —

La interpretación de la demanda, pieza básica del proceso y pauta de la sentencia, que en veces ha autorizado la jurisprudencia de la Corte, no puede extenderse hasta corregirla en punto tan esencial como es la condición jurídica de la controversia, vinculado a la procedencia misma de la acción, así sea ostensible el error de técnica en que se haya incurrido sobre el particular. El uso y adecuado empleo de los formulismos que en grande e ineludible porción corresponde por naturaleza al derecho procesal corre a cargo de los abogados, que como técnicos en materia jurídica señalan las bases y condiciones fundamentales en que solicitan para sus clientes la protección jurisdiccional del Estado. Dentro de nuestro sistema procesal los jueces no pueden enmendar ni pasar de largo sobre las equivocaciones técnicas de las demandas en puntos sustanciales. En la interpretación de los libelos forenses dentro de un régimen legal de reglamentación profesional de la abogacía, no es aceptable, como en materia contractual, el sistema subjetivo que busca preferencialmente la intención, justificada allí por la explicable ignorancia de tecnicismo jurídico en la generalidad de los contratantes, sino más bien el objetivo de la voluntad declarada que se impone en la interpretación de la ley en gracia de su ilustrado origen y que no permite desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. (Casación Civil. Mayo 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....88, 2ª

DEMANDA (Límites de su interpretación por el Juez)

— 138 —

La facultad que tiene el Juez para interpretar la demanda no puede moverse en campo ilimitado y arbitrario, y no procede sino en casos en que los términos en que aparezca concebida, permitan esa labor exegética, que de ningún modo puede llevarse hasta la desestimación o alteración de sus declaraciones categóricas. (Casación Civil. Mayo 18 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

77, 1ª

DEMANDA (Los hechos expuestos en ella y en la contestación delimitan el campo del juicio)

— 139 —

Nuestra jurisprudencia ha sido constante en sostener que los hechos expuestos en la demanda y en la contestación o al proponer excepciones perentorias, sirven para fijar el campo del litigio; lo determinan entre las partes y en la consideración del juzgador. Por lo que toca al actor, la ley le impone el deber de expresar con claridad y precisión los hechos en que funda la demanda. La prosperidad de ella depende de la demostración de tales hechos (artículos 205, 471 y 593 del C. Judicial). (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

576, 2ª

DEMORAS

— 140 —

Como lo dijo la Corte, en fallo de 7 de junio de 1949, "la morosidad que la ley penal reprime es la nacida de la falta de asistencia a la oficina, de la no dedicación a las labores oficiales, de la negligencia, pereza o desidia, pero no la morosidad causada por la verdadera imposibilidad física de tramitar y resolver un considerable número de asuntos en un tiempo determinado, porque esto sería exigir algo contrario a la capacidad humana y, por lo tanto, absurdo e injurídico. (Casa-

ción Penal. Auto. Octubre 28 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078).....743, 2ª

DEMORAS

— 141 —

Bien interpretado, el artículo 172 del Código Penal sólo cabe aplicarlo a aquellos juzgadores y empleados que se conducen con manifiesta desidia y con indolente despreocupación en el ejercicio de su cargo, por no dar el rendimiento que ordinariamente debe esperarse de ellos, en virtud de que no concurren a la oficina en las horas de ley, o porque, a pesar de permanecer en ella por el tiempo debido, distraen su atención en asuntos ajenos al servicio público que se les ha encomendado.

Por eso, cuando la tardanza o demora en proferir las decisiones judiciales obedece a causas justificadas, como el exceso de trabajo, por ejemplo, esa nomalía apenas tiene la apariencia, pero no la sustancia de una omisión punible. (Casación Penal. Auto. Agosto 26 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

513, 2ª

DEMORAS

— 142 —

No comete delito alguno el juez o funcionario que deja transcurrir el término de ciento ochenta días que la ley otorga a los funcionarios de investigación para que un reo permanezca detenido sin definirle su situación jurídica, cuando esa demora en dictar el auto de proceder obedeció únicamente al deseo del funcionario de buscar por todos los medios a su alcance la total demostración de la verdad, sin incurrir en demoras culpables, aunque se haya excedido en el cumplimiento del artículo 422 del C. de P. P. (Casación Penal. Auto. Julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....463, 2ª

DENUNCIAS (Qué procedimiento debe seguir el Juez ante las notoriamente temerarias)

— 143 —

En numerosas ocasiones se ha pronunciado la Corte en el sentido de que las acusaciones notoriamente temerarias pueden y deben ser rechazadas por los funcionarios de instrucción, por varios motivos, entre los cuales cabe destacar el de que entre los principios que informan el procedimiento criminal están el de la justicia y el de la economía procesal, pues no sería justo someter a una persona a las incomodidades físicas y a la tortura moral que la instrucción de un sumario puede traer al sindicado, ni sería técnico malgastar el tiempo en diligencias instructivas que, por razón de la temeridad o futileza de la denuncia, a nada pueden conducir, como no fuera impedir que, durante el tiempo así perdido, el funcionario pueda dedicarse a investigar hechos que, por su gravedad, sí han de ser esclarecidos.

No destruye la tesis anterior, sino que la confirma, la obligación que a los funcionarios imponen los artículos 174 del Código Penal y 10 del de Procedimiento Penal, porque la expresión **tener conocimiento,** en ambos empleada quiere decir **tener conciencia, estar convencido, a saber;** o sea, que tal obligación está sujeta al criterio que el funcionario tenga sobre la ilicitud del hecho de que se trate; tal criterio puede ser errado, porque es propio de hombres errar, pero ello tampoco destruye la tesis expuesta, toda vez que el error puede ser enmendado, y el procedimiento penal prevé la manera de hacer tal enmienda, como en seguida se verá.

Aceptado que cuando la denuncia es temeraria o fútil, puede y debe ser rechazada por el funcionario de instrucción, resta por precisar cuál es la providencia que debe dictarse.

En el caso sub judice el Juez rechazó la denuncia por medio de un auto interlocutorio, procedimiento criticado por el Tribunal, el que sostuvo la tesis de que ha debido hacerse por medio de la sentencia sui generis establecida en el artículo 153 del C. de P. P., pero el Juez estuvo acertado por las siguientes razones:

1ª La sentencia del artículo 153 sólo puede dictarse cuando ya hay proceso, lo que se infiere de su mismo contexto: "en cualquier estado del proceso", dice aquella norma, esto es, cuando en virtud de una orden ya se ha iniciado y se ha cumplido alguna de las condiciones exigidas para poder ordenar la cesación del procedimiento;

2ª El asunto criminal sobre el cual recaiga una sentencia del artículo 153 del C. de P. P. no puede removerse una vez ejecutoriada ésta, porque hay cosa juzgada; y ya se dijo que, en tratándose del rechazo de una denuncia considerada inocua o temeraria por el funcionario, existe siempre el peligro de que éste cometa error en la apreciación de la temeridad o futileza de los cargos y, en tal caso, si se dictara dicha sentencia para rechazar el denuncio, el error ya no podría subsanarse después de cumplida la ejecutoria; si, en cambio, la acusación se rechaza por medio de un auto interlocutorio, debidamente motivado, en que se ordene devolverla o archivarla, el asunto puede ser removido posteriormente por el mismo denunciante o por cualquiera otra persona convencida de que el funcionario cometió un error que debe corregirse por alguno de los medios legales, como la solicitud de intervención de una entidad superior en jerarquía al funcionario que se equivocó o del Ministerio Público. (Casación Penal. Auto. Julio 19 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

448, 1ª y 2ª

DEPARTAMENTOS (Su representación judicial)

— 144 —

La representación judicial de un Departamento corresponde a su Gobernador, de conformidad con el artículo 114 de la Constitución Nacional, y cuando este artículo agrega: "pudiendo delegar esta representación conforme a la ley" no hace referencia al ordinal 3º del artículo 176 del C. J., que atribuía esa representación a los Fiscales de los Tribunales Superiores, sino a las disposiciones que en el Código de Procedimiento Civil reglamentan el mandato para gestionar en juicio. (Negocios Generales. Auto. Agosto 25 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 840, 2ª

DEPARTAMENTOS (Su personería jurídica)

— 145 —

Un Departamento es persona jurídica según el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, y, por consiguiente, en juicio contra él no es necesaria la prueba de su personería. (Negocios Generales. Auto. Agosto 25 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....841, 1ª

DEPOSITOS JUDICIALES

— 146 —

La facultad que la ley procesal otorga a los jueces para recibir depósitos y consignaciones y para aplicarlos conforme a lo que se resuelva en los respectivos juicios no es una función inherente a la administración de justicia, sino se trata en estos casos de un servicio distinto anexo a ella, que obliga al Estado de acuerdo con la naturaleza de dicho servicio.

En este sentido, los dineros consignados

por cuenta de expropiaciones deben entregarse oportunamente por los jueces —o sea por el Estado— a los interesados respectivos. Es ésta una obligación que deriva directamente de la ley, dada la orden o disposición de entrega. De otra parte, si esos fondos desaparecen y el Estado no los puede entregar a sus destinatarios, a consecuencia de hechos ilícitos de sus agentes, es apenas natural que continúe subsistiendo su responsabilidad, ya que esta circunstancia no puede ser motivo de exoneración, sea por aplicación analógica de las normas del Código Civil sobre depósito necesario, sea por razones de simple equidad. (Negocios Generales. Mayo 11 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) ..... 316, 1ª y 2ª

DESISTIMIENTO (Naturaleza jurídica de la providencia que lo acepta)

— 147 —

Una providencia en que se acepta un desistimiento no puede tener el carácter de sentencia, toda vez que no decide en el fondo el incidente, sino que acepta una solicitud voluntaria de la parte que lo presenta y que sólo a la misma perjudica. (Casación Penal. Auto. Julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 460, 2ª

DESISTIMIENTO (Puede hacerse de la acción civil dentro del proceso penal)

— 148 —

Claramente se deduce del precepto del artículo 25 del C. de P. P. que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal no es obligatorio, sino facultativo, para el perjudicado o perjudicados, y que por tanto, si no están obligados a demandar la indemnización dentro del juicio criminal, pueden ellos, como es obvio desistir de la acción civil que dentro de él hayan intentado, siempre y cuando, claro está, que se hallen dentro de las condiciones de capacidad y que cumplan las formalidades que la ley exige. (Casación Penal. Mayo 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 198, 1ª

NOTA—Dos Magistrados salvaron el voto. (Véase T. LXVI. 2073-2074, pág. 201).

El Relator

DESLINDE (Debe probarse la propiedad del predio cuyo deslinde se solicita)

— 149 —

Quien alegando ser dueño de una heredad, solicite la delimitación de ella, debe exhibir la prueba plena de su dominio, puesto que escapa a la naturaleza del juicio de deslinde, que tiene una finalidad propia y conocida, el examen y declaración de aquel derecho, sea cual fuere el modo de adquisición que se invoque. El objeto de este procedimiento es la determinación espacial de los títulos y no su existencia misma, y de allí que la sentencia con que se concluye no puede ser declarativa, sino meramente atributiva.

Lo que se dice del trámite especial, se extiende al procedimiento ordinario que tiene lugar cuando por alguna de las partes se presenta contradicción sobre la línea. Tampoco puede discutirse entonces el dominio, sino la simple comprensión material de este derecho, para definir si ha sido o no debidamente hecha la delimitación controvertida. (Casación Civil. Noviembre 3 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 650, 1ª

DESLINDE

— 150 —

Para que proceda el juicio de deslinde de dos o más propiedades, ante todo se exige

que sean ellas contiguas entre sí, lo que vale decir, que no haya entre ellas solución alguna de continuidad. Si como en el caso de estudio, aparece que un río, que es límite arcifinio y constituye un bien de propiedad nacional, se interpone entre las heredades que se pretende deslindar, y en los respectivos títulos figura ese río como término o lindero de una y otra de ellas, no cabe duda alguna de que es inaplicable el artículo 900 del C. C. que otorga al dueño de un predio el derecho a que se fijen los límites que lo separan de los "predios colindantes". (Casación Civil. Noviembre 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 650, 1ª

DETENCION ARBITRARIA

—151 —

La detención arbitraria consiste, según el artículo 295 del código penal, en que un funcionario o empleado público, abusando de sus funciones, "prive a alguno de su libertad". Luego si aquí no fue privado de su libertad el denunciante, si el bien jurídico que la ley tutela no sufrió menoscabo por la autoridad del funcionario, no puede darse por acreditada la existencia de la infracción de que éste ha sido acusado. (Casación Penal. Auto. Septiembre 13 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 667, 2ª

DOCUMENTO (Valor probatorio del privado reconocido)

— 152 —

Un documento reconocido por quien lo suscribió, tiene plena autenticidad, por lo cual las tachas sobre su contenido deben formularse y comprobarse por quien firmó y reconoció, si es que aspira a infirmarlo o desvirtuarlo en todo o en parte. (Casación Civil. Mayo 6 de 1949. T. LXVI. 2073-2074). 61, 1ª

DOCUMENTO PUBLICO (Prueba de la falsedad de los pasados ante notario)

— 153 —

Depositando la ley en el Notario la fe pública, según la expresión de la primera parte del artículo 2576 del C. C., respecto de los actos y contratos que pasan ante él, no es posible infirmar normalmente por los medios probatorios de recibo en el procedimiento civil, la verdad extrínseca de lo afirmado en un instrumento público pasado ante Notario; la intrínseca, o sea la atañedera a las afirmaciones de los particulares recogidas en dichos instrumentos, siguen diversas normas probatorias en orden a su impugnación, según que ella se suscite por uno de los otorgantes, o por terceros.

Como lo ha dicho la Corte en sentencia de la Casación Civil de 10 de julio de 1948, que corre publicada en los números 2062-2063, página 493 de la GACETA JUDICIAL, "la presunción de verdad absoluta que la ley otorga al instrumento público no puede ser destruída sino demostrando su falsedad material o intelectual; tendrá cabida la primera cuando se haya alterado su texto después de haberse expedido; y la segunda, cuando siendo materialmente verdadero, se hayan hecho constar sucesos no ocurridos en realidad.

"A destacar, demostrar y frustrar el primer género de impostura atiende el Capítulo V, Título XVII, Libro II del Código de Enjuiciamiento Civil permitiendo que la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba pueda tacharlo de falso para que se desestime; esa gestión va dirigida contra el instrumento, contra su capacidad demostrativa, no implicando necesariamente la inculpación de una persona determinada, aunque como consecuencia suya pueda llegar a establecerse; a este propósito dentro del juicio civil apenas se im-

pugna el instrumento descartando quien sea el agente y su intención.

"Respecto del segundo tipo de falsedad se observa que, por ser intelectual, importa el designio de cubrir con la fe del Estado lo inverídico y que, por tanto, su sola afirmación presupone inculpar al funcionario o funcionarios que prestaron su ministerio en el logro de tan anómalo resultado; de esta suerte la enunciación del dicho género de falsedad implica la imputación de un hecho que nuestro estatuto represivo incluía en su artículo 358 a la fecha de iniciación del pleito, y prevé actualmente en el artículo 231. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) .....143, 1ª y 2ª

DOCUMENTO PUBLICO (No se requiere probar su autenticidad)

— 154 —

La persona que exhiba en juicio un instrumento público no está obligada a justificar la verdad del mismo, sino que la parte que lo refuta o impugna de falso, debe acreditar su impugnación, a la inversa de lo que acontece con el documento privado; la persona que exhibe un documento de esta naturaleza, está obligada a probar que es verdadero, si la otra parte lo niega. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 142, 2ª

DOLO (Presunción de)

— 155 —

El artículo 2356 del C. C. no es aplicable al dolo. (Casación Civil. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....356, 2ª

DOLO Y CULPA EN LO CIVIL

— 156 —

Las voces utilizadas por la ley (artículo 63 del C. C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye, pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.

De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas: el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 del C. C.), ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual, salvo la condenación del pretérito (artículo 1522 del C. C.), acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad, y agrava la posición del deudor aún enfrente de eventos imprevisibles (artículo 1616 del C. C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual y en varios casos de responsabilidad extracontractual, de que es ejemplo el artículo 2356 del C. C.; las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignarle diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604 del C. C.).

Tanto el dolo como la culpa generan la responsabilidad civil en el campo extracontractual y en el de la formación y la ejecución de los contratos, pero sin que sea dable confundirlos, atribuírles consecuencias indiferentes, o tutelar el uno por normas aplicables a la otra, o viceversa. (Casación Civil. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

356, 1ª y 2ª

DOMINIO (Acción de)

— 157 —

La Corte ha decidido reiteradamente que para la prosperidad de la acción de dominio no es menester adjuntar al título del actor el certificado expedido por la oficina de registro. (Casación Civil. Mayo 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....84, 2ª

— E —

EDAD (Prueba de la edad de una persona)

— 158 —

Dos peritos médicos nombrados para calcular la edad de la víctima, dicen que "por su desorrollo genital y endocrino, su talla y peloso" conceptúan que "oscila entre doce y trece años".

Y no es inoportuno observar que esta última prueba es la más indicada para "calificar la edad de un individuo", pues aunque la ley civil señala para las ocurrencias en que sea necesario fijarla "para la ejecución de actos o ejercicio de cargos que requieran cierta edad y no fuere posible hacerlo por documentos o declaraciones que fijen la época de su nacimiento", ella sirve para casos como el que aquí se contempla, por su perfecta adecuación (artículo 400 del Código Civil). (Casación Penal. Octubre 4 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....679, 1ª y 2ª

EMBRIAGUEZ Y ALCOHOLISMO CRONICO

— 159 —

La embriaguez común u ordinaria se caracteriza por tres grados diferentes: período de excitación en que predomina el estado eufórico, con exhuberancia de alegría y jocosidad; período de depresión, que se determina por una especie de ataxia física e intelectual, depresión, tristeza, decaimiento, temblor, titubeo, presión lenta, difusa e ideas confusas; período de sueño o comatoso que sigue a la depresión que se manifiesta por un sueño largo y profundo acompañado de sudores profusos y el "coma" o sea cuando el alcohol ha dominado al individuo completamente.

La embriaguez patológica se produce en individuos tarados y debilitados por el ancestro patológico; en sus reacciones se manifiesta con toda la brutalidad porque su mente no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior. Por esto, se dice que la embriaguez patológica no se presenta sino en los sujetos tarados de temperamento enfermo y nervioso. Así, pues, no se emborracha o embriaga patológicamente el que quiere, sino el que puede.

"En la hipótesis del alcoholismo crónico —dice la Procuraduría— verdadera anomalía psíquica, se está ya en presencia de una degeneración progresiva de la personalidad, en su aspecto físico, funcional y anímico. Partiendo de este último, se observa que el sujeto cambia en su moralidad, las nociones del deber y el honor le son indiferentes; no se alegra sino bebiendo; y cae, finalmente, en el terreno de las ilusiones y los delirios. En una palabra, el carácter se torna hosco, fácilmente irritable, impulsivo; la voluntad se debilita y atrofia; la inteligencia falsea a cada momento; y, finalmente, la zona afectiva se quiebra en sus reductores éticos, cayendo el individuo en una profunda depravación y amoralidad".

El alcohol ingerido en grandes o pequeñas cantidades siempre es un tóxico que obra en forma directa sobre las células nerviosas produciendo la embriaguez que constituye una de las fases del proceso de intoxicación. El alcohol por ser un tóxico también es una sustancia venenosa, pero este

último vocablo —veneno— para efectos de su valoración dentro del derecho penal hay que considerarlo dentro de un sentido amplio y no restringido como se lo emplea en el lenguaje común u ordinario, ya que su empleo por regla general no causa la muerte, pero sí produce trastornos que afectan la personalidad de quien lo ingiere.

Afirma el Tribunal que como el Jurado empleó el término **intoxicación,** ello quiere decir que ese vocablo hace referencia directa a la intoxicación crónica producida por el alcohol, porque si solamente hubiera tratado de reconocer el estado de embriaguez aguda, no se hubiera empleado el término intoxicación. En otros términos, la intoxicación sólo puede afirmarse del alcoholismo crónico.

Esta afirmación está reñida con la interpretación que la jurisprudencia ha dado al espíritu del artículo 29 del Código Penal? Porque el alcoholismo crónico es, precisamente, uno de los estados de las enfermedades mentales reconocidos por la disposición comentada, y su demostración no se hace por meras concepciones abstractas o por simples declaraciones, porque tratándose de la comprobación de un hecho científico, debe probarse por los sistemas que la ley procedimental exige para estos casos.

El término **intoxicación** que contiene el veredicto del **Juri,** se aplica indistintamente para el alcoholismo crónico y para la embriaguez en cualesquiera de sus fases, porque, como ya se expresó, el alcohol ingerido en pequeñas o grandes cantidades siempre es un tóxico, y toda sustancia venenosa es siempre un tóxico. Es lógico que el acusado, cuando realizó el hecho, se encontraba en un estado de intoxicación correspondiente a la embriaguez en cualesquiera de sus fases, pero no en un estado de intoxicación crónica, producto de una verdadera anomalía psíquica o de una enfermedad de la mente.

Es evidente que el alcohol fue el estimulante de los sentimientos o pasiones del procesado, excitación que provocó la acción y efecto de dejarse arrebatar por la pasión de los celos perdiendo la moderación y la calma, controles morales que hubieran servido para contenerlo en su acción criminosa, pero esos diversos factores productos de una intoxicación debida al alcohol ingerido, no constituyen el estado de alcoholismo crónico de que habla el Tribunal. (Casación Penal. Octubre 7 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) .....695, 2ª y 696, 1ª

EMPRESARIO (Su responsabilidad por el hecho de sus dependientes)

— 160 —

"Se llama empresario — ha dicho esta Sala — en el lenguaje usual, el que toma por su cuenta algún negocio o capital, con el objeto de explotarlo y derivarle alguna utilidad pecuniaria. Y quien coloca bajo su dirección y mando a otra persona aprovechándose de sus servicios mediante determinada remuneración, es **amo** con relación a esa persona, para emplear el lenguaje del artículo 2349, lenguaje resentido de la tradición feudal. De consiguiente, en el sentido del artículo 2349, el empresario también es **amo** de sus empleados y dependientes, por cuya razón responde no sólo del daño causado por éstos cuando trabajan bajo su cuidado, es decir, bajo su vigilancia inmediata y directa, ya que tal es el sentido que surge del texto regulador del caso 4º del artículo 2347, sino también cuando de cualquier manera que sea el daño se refiere a terceros con ocasión del servicio prestado, es decir, aún lejos de la vista y de la vigilancia inmediata del empleador. Basta, pues, que el empleado esté realizando su tarea en virtud de las órdenes del "amo", "patrón", "empresario", que las dicta por la existencia de un vínculo de subordinación, para que el se-

gundo responda del daño causado con motivo del cumplimiento de esa tarea. En esas circunstancias la culpa del empleado repercute en el empleador, quien es así el sujeto de una presunción de responsabilidad fundada en mala elección o falta de vigilancia...". (G. J. Nº 1947, pág. 27). (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) .....132, 1ª y 2ª

ERROR (En la interpretación de la ley)

— 161 —

Es doctrina de la Corte que el error en la interpretación de la ley puede ser una deficiencia en la formación jurídica del funcionario, pero no un hecho que constituya acción dolosa. (Casación Penal. Auto. Julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....460, 2ª

ERROR (En la apreciación de pruebas)

— 162 —

Lo único que a la Corte le incumbe averiguar al estudiar el cargo sobre error en la apreciación de la prueba, es si hubo o no una contravención a la ley resultante de un error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. (Casación Civil. Octubre 27 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 643, 1ª

ERROR DE HECHO (Cuándo da lugar a la casación del fallo)

— 163 —

Muchas veces ha repetido ya la Corte que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia.

La simple contraposición de la manera como el recurrente, en el sitio del juzgador, habría apreciado el material de decisión no basta para poner de relieve un error evidente de hecho. (Casación Civil. Septiembre 1º de 1949. T. LXVI. 2077-2078)....604, 2ª y 605, 1ª y 2ª

ERROR DE HECHO

— 164 —

Varias veces ha repetido la Corte la sencilla verdad de que en cuestiones siquiera dudosas no se puede estructurar el error de hecho que por su naturaleza es excluyente de toda duda. (Casación Civil. Mayo 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....88, 2ª

ESTAFA

— 165 —

El delito de estafa se caracteriza por la concurrencia de estos tres elementos: a) Empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error; b) Lesión de un bien patrimonial; y c) Obtención de un provecho ilícito en favor del agente del delito.

En cuanto al primer elemento —empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error— la Corte ha sentado la siguiente doctrina, que por su claridad permite dilucidar el punto que ahora se encuentra a su estudio:

"El engaño, que consiste en inducir a una persona a creer o tener por verdadero lo que

no es cierto, valiéndose de palabras o de hechos fingidos, configurando en esta forma una mentira con la idea de una aparente realidad, debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir en error a la víctima del delito; es decir, que a la voluntad y el consentimiento del inducido no ofrezca duda alguna de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual pueda reportar algún beneficio, bien sea éste de orden material, intelectual o moral.

"El error —dice la Procuraduría— es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y tratándose de la estafa, el error debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincuente. El error debe, por lo tanto, consistir aquí en un juicio falso suscitado por el ardid y no en la sola creencia equivocada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado.

"El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento en los actos jurídicos. No hay en esto una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal, sino la más completa equivalencia. Igual cosa sucede con el fenómeno del dolo: no hay dolo civil ni dolo penal; simplemente el dolo es uno, lo mismo que el error. Lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no calidad.

"Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece". (Gaceta Judicial, número 2066, página 82). (Casación Penal. Auto Junio 21 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) .....274, 1ª y 2ª

EXTRADICION (Libertad del procesado cuya extradición se solicita)

— 166 —

Del contexto del artículo 16 del Decreto-Ley 220 de 1938 y del artículo XIV del Acuerdo Bolivariano, se deduce claramente que es el día en que, por haberse ya concedido la extradición, el Estado requerido puso al extraditado a disposición del requirente, el día de que debe partirse para contar los noventa días fijados en el artículo XIV (según el cual "'si el Estado requirente no hubiere dispuesto de la persona reclamada en el lapso de tres meses, contados desde el día en que hubiera sido puesta a su disposición será puesto en libertad el preso, quien no podrá ser detenido nuevamente por el mismo motivo"), y no el de la detención, ya que el Estado requerido no podría, conforme a la ley, entregar un ciudadano a otro Estado sino en virtud del procedimiento de extradición y como consecuencia de él. (Casación Penal. Auto. Julio 22 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 710, 1ª

EXTRADICION

— 167 —

De conformidad con el Acuerdo celebrado entre Colombia y Venezuela, sobre extradición y aprobado por la Ley 26 de 1913, las condiciones que para la extradición acordaron los dos países son unas sustanciales, y otras formales o de procedimiento.

Las primeras son:

a) Que el delito imputado a la persona o personas cuya extradición se solicita, esté incluído en la enunciación del artículo II y previsto como delito en la Ley del Estado requerido (VIII);

b) Que, según las leyes de uno u otro Estado, el máximum de pena aplicable por el delito, exceda de seis meses (V);

c) Que, según la Ley del Estado requerido, no hubiere aún prescrito la acción penal o que el delito no se considere como político (IV y V);

d) Que se haya dictado auto de detención o de proceder contra el extraditando (I);

e) Que las pruebas de la infracción sean tales, que fundaran la detención o el enjuiciamiento en el Estado requerido, si aquélla se hubiese cometido en éste.

Las condiciones de forma se refieren a los documentos que han de constituir la base probatoria del concepto, y adjuntarse a la solicitud de extradición, originales o en copia. Son ellos:

a) Auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que lo hubieren fundado y de la fecha de su perpetración;

b) Declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere decretado la detención, y, finalmente,

c) Texto de la ley penal aplicable al delito imputado al extraditando, y las señas, si fuere posible, de la persona reclamada. (Casación Penal. Octubre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 711, 2ª y 712, 1ª

FALSAS IMPUTACIONES (Para que una denuncia infundada configure este delito, se requiere dolo)

— 168 —

La ley impone a todos los ciudadanos el deber de denunciar ante las autoridades los delitos de que se tenga conocimiento. Pero con la denuncia no se obligan a demostrar la verdad de sus afirmaciones, pues que ello es precisamente el objeto de la investigación que se adelante. Basta, pues, tener la creencia de que un ilícito penal se ha cometido para que la denuncia pueda presentarse.

La existencia de ese deber legal de denunciar los delitos de que se tenga conocimiento y el haberse consagrado, a la vez, como delito, el hacer falsas imputaciones ante las autoridades, explican a cabalidad lo que debe pensarse sobre esta clase de hechos delictuosos: se necesita que se proceda a sabiendas de que la infracción penal no se ha cometido o a sabiendas de que el acusado es inocente. En una palabra: es indispensable proceder con dolo, con propósito pravo, pues de lo contrario no puede existir falsa imputación, sino, a lo sumo, imputación errada, pero de buena fe, que no sólo excusa de la responsabilidad, sino que puede en muchas ocurrencias ser laudable. (Casación Penal. Auto Junio 3 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) ..... 232, 2ª y 233ª 1ª

FALSEDAD

— 169 —

Varias y opuestas son las teorías que, fundadas en los postulados de las escuelas penales, se han expuesto en relación con la objetividad jurídica de la falsedad, es decir, con su objeto esencial específico (según la fórmula de Rocco) o con el bien o interés jurídico que lesiona y que ha determinado su inclusión en diversas agrupaciones o clasificaciones penales; así, si algunos expositores consideran la propiedad como objetividad jurídica de la falsedad, y ésta, por lo tanto, como hurto calificado o estafa calificada, otros la tienen como ataque a la seguridad social o a la integridad (autenticidad y veracidad) de la prueba, otros la incorporan entre los delitos de fraude al Estado, a los ciudadanos y a la prueba, y otros —especialmente la mayoría de los que siguen las direcciones clásica y técnica jurídica (dogmática) —la incluyen en el cuadro genérico de las infracciones contra la fe pública.

El estatuto penal vigente, apartándose de las nociones anticlásicas de que la fe pública sólo es factor agravante de la falsedad,

de que ésta es delito sólo imputable a los funcionarios que tienen la guarda de esta fe (abuso de la fe pública), y de que el móvil de la falsedad es ordinariamente el enriquecimiento fraudulento, no sólo acogió la tesis de Pessina (ampliada por Carrara), según la cual la falsedad en documento público es delito contra la fe pública independientemente del daño patrimonial o moral que mediante el uso del documento falso se acarrée, sino que —extendiendo la tesis— clasificó la falsedad en documento privado entre los delitos contra la fe pública, la que, según Carrara, ataca la propiedad directamente.

Partiendo de la noción de documentos públicos o auténticos del Derecho Privado, reproducida en la ley procesal penal (artículo 251), según la cual son los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, privados —por exclusión— los sucritos por particulares, sin intervención oficial, el estatuto penal prevé las siguientes hipótesis en materia de falsedad.

A) En cuanto a falsedad en documentos públicos en orden a la imputabilidad:

a) La de los funcionarios o empleados públicos que, abusando de sus funciones, hayan ejecutado alguno o algunos de los actos erigidos en tal delito; es decir, la de los que han intervenido —por ley— en la expedición del documento, aunque de tal o tales actos no se haya derivado daño alguno patrimonial o personal (artículo 231);

b) La de los demás funcionarios o empleados públicos, es decir, la falsedad cometida por los que, ejerciendo funciones públicas distintas, no intervinieron en la expedición del documento, y su acto, por lo tanto, no puede constituir abuso de funciones, aunque la falsedad no haya causado daño alguno (artículo 233);

c) La de los funcionarios o empleados públicos encargados de los servicios telegráficos o telefónicos, que supusieren o falsificaren despachos y comunicaciones (artículo 239), así como la de los que, en el ejercicio de sus funciones, contrahicieren o alteraren pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad o cualquier otro documento análogo que deba ser expedido por autoridades nacionales o extranjeras (artículo 246), y

d) La de los particulares que sólo ejecutaren alguno o algunos de los actos previstos en la ley penal (231) como falsedad y que no reportan agravio alguno moral o real a las personas (artículo 233), y también la de los particulares que contrahacen o alteran pases, licencias, cédulas, etc., sólo expedidas por las autoridades (artículo 244).

B) En cuanto al uso de documentos públicos falsos, la ley considera estas hipótesis de delitos independientes de la falsedad en sí:

a) La del que use de ellos a sabiendas de que son falsos y con el propósito de obtener para sí un aprovechamiento, o para otros un perjuicio (artículo 234);

b) La del que haga uso, con idénticos propósitos, de un despacho telegráfico o telefónico falsos (artículo 239), y

c) La del que, a sabiendas de su falsedad, usare de pases, licencias, cédulas, pasaportes u otros documentos análogos que deban expedir las autoridades (artículo 244).

En cuanto a la falsedad en documentos privados y a su uso, las hipótesis son las siguientes:

a) La del que comete falsedad en tales documentos y —contrariamente a la falsedad en documentos públicos— con perjuicio de tercero o con el propósito de causarlo (artículo 240);

b) La del que los usa, a sabiendas de su falsedad, sea con el propósito de obtener una ganancia ilícita, sea con el de causar un perjuicio a terceros (artículo 241), y

c) La del que, siendo uno mismo, los falsifica y los usa (artículo 242).

Del examen comparativo de las hipótesis

enunciadas, se derivan estas conclusiones: primera, que la falsedad en documento público es delito **per se**, que sólo afecta la fe pública en su noción clásica; que tal delito se consuma en el acto mismo en que se altera material o intencionalmente el documento, sin consideración alguna a perjuicio ajeno o propósito de lucro; y que su uso es también delito independiente de la falsedad, ya lo cometa, entonces sí con aquellas circunstancias (perjuicio y propósito) el mismo falsario, creando así —para la sanción— los elementos de un concurso material de infracciones, ya persona distinta al falsario; y segunda, que la falsedad en documento privado, opuestamente a la del público, requiere el perjuicio ajeno y el propósito de lucro y también el uso, con la distinción de que éste apenas configura una circunstancia agravante si una misma persona falsifica y usa, y un delito independiente si quien usa del documento falso, a sabiendas de que lo es, es persona distinta a la que realizó la falsedad. (Casación Penal. Octubre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 718, 2ª y 719, 1ª y 2ª

FALSEDAD

— 170 —

El delito de falsedad en documentos públicos, tiene existencia jurídica desde el momento en que se produce la falsificación sin que sea de la esencia de esta falsedad el perjuicio —real o potencial— a terceros. Los documentos públicos valen por sí mismos por la fuerza intrínseca de su fe pública, en cuya conservación están interesados el Estado y la sociedad, sin que sea necesario el uso del documento falso. Producida la falsedad, el hecho se tipifica como un delito **per se**. La sola alteración de la verdad en los documentos públicos, conlleva en sí la aptitud o potencialidad de dañar, porque vulnera el derecho universal de la fe pública debida a esa clase de instrumentos, por la desconfianza, zozobra, e inquietud que produce el que tales actos cumplidos por funcionarios públicos o realizados ante ellos, y revestidos de solemnidades especiales, sean objeto de una mutación de la verdad atestiguada por los mismos.

El delito de falsedad en documentos privados, sólo tiene existencia jurídica cuando el instrumento falsificado se utiliza para causar un perjuicio a terceros. El empleo de ese documento con el fin de engañar y obtener un beneficio, es lo que actualiza el daño real o potencial, mediato o inmediato, sobre el patrimonio de la persona que se trata de perjudicar. En estos casos, el documento falso sirve de instrumento o medio preparatorio para lesionar un bien patrimonial que es distinto de la fe pública debida a los instrumentos públicos.

De los anteriores conceptos se puede deducir:

Que para la existencia del delito de falsedad en documentos públicos, no es indispensable ni necesaria la presencia del móvil que haya inspirado el delito, ni la existencia de un perjuicio real o material, hipotético o potencial; basta que se tenga intención o propósito de alterar la verdad, y que esa mutación, alteración, supresión u ocultación se realice, para que el delito quede perfecto en su forma objetiva y subjetiva. Por consiguiente, la **intención criminal** y la sola **realización material del hecho** son los elementos característicos de la falsedad en documentos públicos, sin que sea necesaria la concurrencia del ánimo de lucro o del perjuicio a terceros.

En cambio, para la existencia del delito de falsedad en documentos privados sí es necesaria e indispensable la concurrencia de los tres elementos: **mutación de la verdad** en cualesquiera 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.

En tratándose de falsedad en documentos públicos u oficiales o en **instrumentos negociables** (para este caso cheques), la ley en su artículo 234 sólo sanciona el hecho del que **a sabiendas** haga uso con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros de un documento falso, de los enumerados en el artículo 233. El precepto que sanciona el uso del documento público falso se refiere directamente a terceros; es decir, al sujeto que no intervino para nada en la falsedad del instrumento; por esto es por lo que emplea el término **a sabiendas,** pues si la persona que lo usa fuera la misma que lo falsifica no hubiera sido necesario emplear dicha expresión sino que al legislador le hubiera bastado con reproducir la misma norma que reprime la falsedad y el uso de los documentos privados.

Por otra parte, no sería explicable que la sanción para el sujeto que falsifica y usa el documento público sea menor a la que debe imponerse al autor de la falsificación. Esto, precisamente, lleva a la conclusión de que la pena del artículo 234 del Código Penal sólo debe aplicarse para el extraño que a sabiendas y con propósito de lucrarse o con perjuicio de terceros haga uso del documento falso, y no para aquellos sujetos que falsifican y usan el documento público.

Si la falsedad en documentos públicos se caracteriza o configura por la simple falsificación del instrumento, y si —por otra parte— el legislador no previó el uso de ese documento, cuando se trata de reprimir estos delitos, es necesario buscar la norma dentro de la cual se sanciona la finalidad perseguida por su autor, al lesionar el patrimonio ajeno o de un tercero, y ésta no puede ser otra que la del artículo 408 del Código Penal, ora, porque la ley no creó una figura sui-géneris para sancionar este delito, ya también porque el uso del documento público falso en perjuicio de tercero, constituye un delito independiente de la falsedad. (Casación Penal. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

481, 2ª, 482, 1ª y 484, 2ª, 485, 1º

FALSEDAD (En documentos privados)

— 171 —

No existiendo el perjuicio a terceros o siquiera la intención de causarlo, no se configura el delito de falsedad en documentos privados, ya que tales circunstancias, por mandato de la ley, son factores integrantes de la falsedad en esa clase de instrumentos. (Casación Penal. Junio 14 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 256, 2ª

FERROCARRILES

— 172 —

Está vigente la obligación que la ley de "Policía de Ferrocarriles" les impuso a las respectivas empresas de establecer barreras en aquellos puntos en que las ferrovías cruzan caminos públicos y al nivel de éstos, y lo está la de mantener guardas encargados de impedir el paso de transeúntes en el momento de circular trenes.

Y si a pesar de esto no se mantienen las barreras o cadenas de apertura y cierre, es indudable que con ello incurre la empresa en omisión de lo ordenado por la ley.

Ni para eludir la responsabilidad les vale a los Ferrocarriles la alegación de que el plano de la ciudad hace difícil el sostenimiento de barreras o cadenas permanentes en lugar tan necesariamente transitado por las gentes que en esos lugares tienen sus habitaciones. Porque a falta de barreras o cadenas debe mantenerse en esos sitios guardas permanentes que impidan el paso de los transeúntes en los momentos de circulación de los trenes.

Previsora la ley, no quiere que una actividad tan peligrosa como es la de la circulación de trenes se pueda desarrollar sin las convenientes precauciones. Por lo demás, es muy trajinada la doctrina sobre responsabilidad civil que acarrea una conducta inconsiderada y falta de cuidado y diligencia, cuando de esa falta puede resultar el perjuicio de otros. ¿Qué decir cuando se obra con prescindencia de las precauciones específica y expresamente ordenadas por la ley? (Negocios Generales. Agosto 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 812, 1ª y 2ª

FIRMA (Reconocimiento de)

— 173 —

El reconocimiento de la firma puesta en un recibo, hecho por quien lo suscribe, implica el reconocimiento del recibo mismo, de acuerdo con los artículos 639 y siguientes del C. J., en especial del 642. (Casación Civil. Mayo 6 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 61, 1ª

FRUTOS (Pago de)

— 174 —

No hallándose infirmada la presunción de buena fe con que la ley favorece en principio al poseedor, la condena al pago de los frutos de la cosa reivincada, la que, además, es resultado obligado de la prosperidad de la acción reivindicatoria, no puede remontarse sino hasta la contestación de la demanda. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 126, 1ª

FUERZA MAYOR

— 175 —

El artículo 64 del C. C. —dijo la Corte en sentencia de Casación Civil de 26 de mayo de 1936 (G. J. Tomo XLIII, página 581)— definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto o que no es posible resistir. Con la conjunción O, que en esta vez no separa, sino que denota equivalencia, se identificaba en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1º de la Ley 95 de ese año, cambió la conjunción, en donde se leía "es lo mismo", por la preposición A, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de "el imprevisto" O "que no es posible resistir", dijo, "el imprevisto A que no es posible resistir". Cambiada la conjunción por la preposición surgieron con toda nitidez los dos caracteres de la fuerza mayor o caso fortuito a saber: imprevisto e irresistible. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076). 585, 2ª

GOBERNADORES

— 176 —

El Gobernador, en lo que mira al remedio de necesidades nacionales, es apenas agente del Ejecutivo. El Presidente de la República es quien tiene, constitucionalmente, la obligación de conservar en todo el territorio el orden público; y para obrar en consecución de ese fin, no necesita esperar las sugerencias de sus subordinados. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. Tomo LXVI. 2075-2076) 582, 2ª

GOBERNADORES (A ellos corresponde la representación judicial de los Departamentos)

— 177 —

La norma del artículo 176, ordinal 3º, del C. J. quedó derogada por el artículo 89 del Acto Legislativo número 1 de 1945, que atri-

buyó a los Gobernadores de los Departamentos la representación de éstos en juicio, pues es imposible conciliar esas dos disposiciones. (Negocios Generales. Auto. Agosto 25 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 840, 2,

GOBERNADORES (Cuándo compete a la Corte el juzgamiento de los Secretarios encargados de la Gobernación)

— 178 —

La Corte carece de competencia para conocer de procesos por cargos de responsabilidad que se sigan contra Secretarios de una Gobernación que se hallen encargados de la misma, no por haber sido encargados por el Presidente de la República y tomado posesión ante la respectiva autoridad, sino por haberles conferido ese encargo el respectivo Gobernador en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 124 del C. P. y M. (Casación Penal. Auto. Septiembre 30 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....674, 2ª

HOMICIDIO

— 179 —

Si una persona hirió solamente con intención de matar pero no mató, se tendrá un homicidio imperfecto, no un delito de lesiones; si hirió sin intención de matar, pero mató, se configurará el ultraintencional, y si solamente lesionó, con esta intención única, el delito será de lesiones. Lesionar, pues, con intención de matar, y producir el resultado propuesto, es ejecutar un homicidio típicamente intencional. (Casación Penal. Julio 8 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....417, 1ª

HOMICIDIO (Prueba del cuerpo del delito de)

— 180 —

El cuerpo del delito de homicidio se prueba por medios principales y por medios subsidiarios: entre los primeros, se mencionan las diligencias de levantamiento y reconocimiento del cadáver y, especialmente, el concepto de los médicos legistas como resultado de la autopsia, y entre los segundos, los testimonios, los indicios, la confesión y los demás medios que establece la ley; de modo que si faltan aquéllos, por las circunstancias en que se cometió, se suple con éstos; lo contrario equivaldría a la conclusión de que los homicidios no probados mediante el certificado notarial o parroquial o el dictamen médico-legal quedarían sin sanción por causa de la ineficacia de los medios restantes de prueba, lo que no es jurídico. (Casación Penal. Junio 21 de 1949. T. LXVI| 2073-2074)... 271, 1ª

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

— 181 —

Debe observarse, ante todo, que el Juez no interrogó si Vigoya era responsable de haber causado la muerte de Rojas con este propósito, sino si Vigoya era responsable de lesiones que él ha causado, cosa absolutamente distinta de aquélla. En la primera hipótesis, el cuestinoario hubiera configurado un homicidio intencional, cosa que no hizo, y en la segunda, es decir, en la que adoptó el Juez, se configuró el homicidio preterintencional. Y por tanto, cuando el Jurado contestó por mayoría "Sí es responsable pero sin intención de matar" no agregó ningún elemento que no se le hubiera preguntado en el cuestionario.

Por consiguiente, cuando el Juez y el Tri-

bunal, en atención a que el Jurado afirmó la responsabilidad por las lesiones en la misma forma que presentaba el cuestionario, situó a Vigoya en el caso del que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro, que contempla el artículo 365 del Código Penal, le impuso acertadamente la sanción prevista en dicha disposición en concordancia con la del artículo 28 del mismo Código, que prevé la provocación reconocida por el Jurado.

. . . . . .

Esta tesis, en este caso especial, no implica en modo alguno rectificación absoluta de la doctrina, anteriormente adoptada, de que la negativa del propósito de matar implica desintegración del homicidio y absolución del procesado por lo tanto, porque en los casos en que ella se acogió, clara y separadamente se interrogó al Jurado sobre el hecho de haber ocasionado la muerte con intención de causarla, lo que no sucedió aquí, en que el Juez propuso, y el Jurado acogió figura distinta de la del homicidio intencional. (Casación Penal. Julio 14 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 431, 1ª

— I —

IMPEDIMENTOS (Por haber emitido opinión)

— 182 —

El que el Magistrado que se considera impedido haya conceptuado acerca de la facultad que tenía el Juez contra el cual se adelanta el proceso por ese hecho, de imponer una sanción disciplinaria al Fiscal de su Juzgado, no configura causal de impedimento para que ese Magistrado actúe en el mencionado proceso.

Cosa distinta sería si el concepto u opinión del Magistrado se hubiese referido a la posibilidad de que el hecho del Juez al sancionar al Agente del Ministerio Público, configurara o no infracción penal. (Casación Penal. Auto. Octubre 11 de 1949. T. LXVI, 2077-2078) 703, 1ª

IMPEDIMENTOS (Quién resuelve del impedimento o la recusación de un Magistrado)

— 183 —

El texto de los artículos 74, 76 y 77 del Código de Procedimiento Penal, que se presta a vacilaciones sobre el trámite y manera de formar la Sala que resuelva el impedimento o recusación de un Magistrado de tribunal superior, hizo dudar de ese trámite y forma en la entidad falladora.

La Corte ha resuelto que el incidente deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la Sala y que si son dos los impedidos debe sortearse conjuez; pero eso se ha decidido en tratándose de salas penales de tribunal que no constan sino de tres magistrados, pues lo obvio es que cuando dicha sala conste de mayor número, debe acudirse, para formar la sala dual que ha de resolver el conflicto, al siguiente en orden alfabético de apellidos, según los artículos 70 y 71 del Código Judicial. Que lo relativo a impedimentos y recusaciones está reglamentado en el Código de Procedimiento Penal, no excluye, de manera absoluta,, la referencia al Código de Procedimiento Civil, en cuanto haya vacíos, como se advirtió en la misma providencia dictada. Vacío que existe porque lo relativo a la organización de las salas de los tribunales no se halla reglamentado sino en este último código.

La providencia de 19 de junio del año pasado no contraría en el fondo otras doctrinas de esta Sala, pues al hablar de "los magistrados restantes" o de "los miembros restantes" hace relación obligada al Código Judicial (civil) en el punto de que se acaba de hablar. (G. J. números 2062-63, página 565). (Casación Penal. Auto. Junio 7 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 243, 1ª

IMPEDIMENTOS (Constituye impedimento para dictar sentencia en segunda instancia el haber dictado en la primera el auto de proceder)

— 184 —

La Sala había sentado la doctrina de que el haber dictado auto de proceder en primera instancia no era obstáculo para revisar la sentencia, en segunda instancia como magistrado, es decir, cuando el juez que había dictado el enjuiciamiento pasaba a ser magistrado y debía revisar la sentencia que había dictado su sucesor en el juzgado. Y esa doctrina tenía y tiene su respaldo en el texto expreso y literal de las disposiciones legales que sólo hablan de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata" (ordinal 7º del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal).

Pero en fallo de 13 de noviembre de 1945, expresó:

"Si un juez dictó el fallo en primera instancia o calificó el sumario en primera instancia y luego pasó a ocupar el cargo de magistrado que debe estudiar ese mismo proceso, es claro que no podrá formar parte de la Sala que va a dictar decisión en él. Porque la razón de la segunda instancia está, de manera especial, en el cambio de personal. Y si se confunden, las garantías del procesado quedan disminuídas en la segunda, en la que humanamente habría que esperar que imperára el criterio expresado en la primera".

Doctrinas semejantes han sido sostenidas por la Sala en providencias de 22 de marzo de 1946; 12 de septiembre de 1947 y 15 de junio de 1948. (Casación Penal. Auto. Junio 7 de 1949. T. LXVI. 2073-2074). 243, 1ª y 2ª

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES (En qué difieren)

— 185 —

El juez o magistrado en quien concurra una causal de recusación debe declararse impedido, y cuando no lo hace, las partes tienen pleno derecho para recusarlo, hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia pública.

Si la recusación se hace dentro del proceso penal por cualesquiera de las partes que en él intervienen, ésta debe presentarse por escrito ante el juez que conoce del negocio, acompañada de las pruebas que tiendan a demostrar la causal alegada.

La recusación y el impedimento se fundan en las mismas causales a que hace referencia el artículo 73 en sus respectivos numerales; difieren, únicamente, en la manera de establecerlas y probarlas: en el impedimento, la manifestación es personal y la ley no exige prueba de su demostración; en la recusación, la manifestación de la causal no proviene directamente del funcionario que se cree impedido, sino de la parte que la alega, y en estos casos, la ley exige su demostración.

La petición se presenta ante el funcionario recusado; si éste acepta como ciertos los hechos en que se funda pasa el negocio al magistrado que le sigue en turno para que califique si es o no fundada la causal. Pero la providencia que se dicte no emana del solo magistrado sino de la Sala Dual que debe conocer del negocio. Si la recusación se declara fundada aprehende el conocimiento del asunto; si la encuentra infundada remite el negocio al inmediato superior, en este caso a la Corte.

Es claro que hubo un error, en cuanto a la tramitación del incidente, pero esa irregularidad, no configura ninguna infracción de la ley penal. Para que exista delito, es ne-

cesario e indispensable que el error en cuanto a la interpretación de los textos legales, se haga con dolo o intención criminosa de violar la ley, sin la concurrencia de este factor moral que caracteriza la infracción, ello puede ser motivo de una irregularidad pero no de un hecho delictuoso, y en estas condiciones, no se puede imputar al Magistrado Gómez la comisión de un delito. (Casación Penal. Auto. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 490, 2ª

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

— 186 —

Los impedimentos y recusaciones se establecen para garantizar la mayor imparcialidad de los funcionarios que administran justicia o de las personas que colaboran con ellas; su finalidad radica en hacer efectiva esa imparcialidad en relación con la facultad de juzgar para que la justicia sea el reflejo exacto de la verdad de los hechos investigados. Los impedimentos o recusaciones desplazan de sus funciones a las personas que por cualquier circunstancia tienen incompatibilidad jurídica o moral para conocer de un negocio determinado; esta abstención ataca directamente la capacidad subjetiva del funcionario en relación con su posición de idoneidad, independencia e imparcialidad que como juez debe tener frente a los intereses de la justicia y de las partes que intervienen en el proceso penal.

En otros términos, la justicia será imparcial cuando el Juez y el funcionario que con él coopera sean moralmente aptos para el ejercicio de su función por ausencia de causas que legalmente los impidan para conocer de un negocio determinado. El impedimento o recusación alejan toda duda o sospecha que pueda recaer sobre la conducta de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia y evitan que un posible interés o una vinculación de éstos con las partes dé cabida a la simple posibilidad de que la justicia sea interferida por un conato de parcialidad. (Casación Penal. Auto. Septiembre 12 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).

665, 1ª y 2ª

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

— 187 —

El fundamento o razón de ser de los impedimentos y recusaciones que establece la ley, radica, precisamente, en asegurar la independencia e imparcialidad del Juez, Magistrado o Agente del Ministerio Público desde el punto de vista moral en relación con el proceso de que va a conocer, y a estas finalidades en definitiva convergen todos los impedimentos detallados en el código de procedimiento. Esa incompatibilidad, ese impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada es lo que constituye propiamente el impedimento y cuando él concurre en un funcionario que sin ser Juez tiene la calidad de Agente del Ministerio Público o Secretario del Juez o Magistrado, hay que declararlo por imperativo del artículo 79 de la ley 94 de 1938. (Casación Penal. Auto. Septiembre 12 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 666, 2ª

IMPUESTOS (Competencia para el conocimiento de juicio ordinario sobre nulidad de sentencias ejecutivas en asunto de impuestos)

— 188 —

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenía facultad legal para revisar la liquidación hecha por la Administración de Hacienda de Boyacá y fijar el monto del impuesto. En firme la resolución, tenía fuerza obligatoria y para su revisión a fin de

que se declarara su ilegalidad y fuera corregida y restablecido el derecho violado, existía a la hora de la demanda la acción contencioso administrativa consagrada en los artículos 62 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Correspondiendo al Consejo de Estado anular o corregir la Resolución Ministerial, no era procedente recurrir para ello a la justicia ordinaria, porque ésta no puede, sin usurpar jurisdicción, asumir funciones de aquella rama de la administración.

No se desconoce, pues, la facultad legal para hacer revisar en juicio ordinario las sentencias de excepciones y la de pregón y remate, ni que el campo exceptivo en juicios por jurisdicción coactiva tiene hoy radio más extenso que el que tenía en el anterior Código Judicial; lo que se afirma es que conforme a la organización actual y existente a la hora de iniciarse la acción el conocimiento de lo que es cuestión de fondo en el pleito estaba ya atribuído a jurisdicción distinta de la ordinaria. (Negocios Generales. Agosto 26 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) .....844, 2ª y 845, 1ª

INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL (No es competente la Corte para conocer de vicios de esta especie)

— 189 —

Decidida en la forma negativa en que ha quedado la cuestión sustancial que ineludiblemente consideró la Corte que debía plantearse y resolverse en primer término, de si en la legislación colombiana existe un Código Electoral, sólo resta, para examinar la totalidad del problema suscitado por el ejercicio del derecho de veto del señor Presidente de la República al proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones", estudiar "la objeción de inconstitucionalidad en su tramitación", como está escrito en el mensaje, punto reducido, por lo visto, a condición meramente accesoria en la motivación de este fallo.

Para fundar la discordancia de la Corte Suprema con la tesis de la Presidencia de la República por el solo aspecto procedimental usado por el Congreso —inadecuadamente planteado así puesto que tal cosa es mera consecuencia o resultado de la ineludible condición de fondo que quedó estudiada—, basta recordar que esta superioridad, en jurisprudencia reiterada y explicada a lo largo de más de treinta años, y no rectificada como equivocadamente lo afirma la Procuraduría, se ha negado a ejercer el control constitucional de las leyes en razón de los trámites o procedimientos establecidos para el proceso de su expedición.

Nunca se ha considerado autorizada para enjuiciar una ley con el objeto de resolver si en los actos preparatorios de su expedición se infringieran o no las reglas formales de la Constitución. (Sala Plena. Septiembre 22 de 1949. T. LXVI. 2073-2074). 11, 2ª

NOTA—Seis Magistrados salvaron su voto.

El Relator.

INDEFENSION (Los jueces no pueden desconocer la de la víctima que el jurado expresamente calificó como elemento o como circunstancia modificadora de un delito)

— 190 —

Las circunstancias que el jurado expresamente califica como elementos o circunstancias modificadoras o elementos constitutivos de un delito, no pueden ser tenidas como circunstancias de mayor peligrosidad con desconocimiento del veredicto; así, los jueces de derecho no pueden desconocer el estado de indefensión, sea genéricamente, sea en alguna de sus modalidades(como alevosía, insidia, asechanza, envenenamiento,

etc.), que el jurado ha reconocido como elemento constitutivo del homicidio agravado, porque al hacerlo fallarían opuestamente al veredicto dando así nacimiento a una inobjetable causal de casación. (Casación Penal. Mayo 31 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

229, 2ª

INDEFENSION E INFERIORIDAD DE LA VICTIMA (Aún después de que el Jurado las rechazó como elementos del asesinato, el Juez puede apreciarlas como circunstancias de mayor peligrosidad)

— 191 —

Las condiciones de "indefensión e inferioridad de la víctima" al tenor de lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, son elementos constitutivos del homicidio agravado —asesinato—; por consiguiente, ellos debían ser apreciados por el Jurado, entidad que califica el hecho y decide sobre la responsabilidad del inculpado. Pero descartadas esas modalidades como elementos tipificadores de un delito específico, ese hecho en nada se opone a que esas mismas condiciones, por regla general, sean consideradas como circunstancias de mayor peligrosidad por el juez de derecho, ya que esa facultad es privativa de este fallador según lo dispone el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal.

Otra cosa sería si en la individualización de la pena, el criterio del juez de derecho coincide en cuanto a la valoración de las circunstancias de mayor peligrosidad con el expresado por el Jurado en su veredicto, para esos casos, en que tanto el pensamiento del Juez como el del Jurado en relación con esas circunstancias coinciden para efecto de excluírlas: es claro que en esa hipótesis no se consideran ni juegan ningún papel en la determinación de la pena, porque ya fueron rechazadas por el Jurado.

Las circunstancias de "indefensión o inferioridad de la víctima", no fueron producidas como consecuencia directa de actos positivos realizados por el acusado, para cometer el delito, pero lo fundamental —en este caso —es que se sorprendió indefensa a la víctima y el agente activo del delito se aprovechó de esa condición para ultimarla, con deslealtad de su parte y con notable desventaja de inferioridad respecto del sujeto pasivo del delito. Si bien es verdad que el homicida fue ajeno a la preparación de esas circunstancias, también es evidente, que se aprovechó de ellas, y a pesar de que la víctima les dijo que no lo mataran, que estaba humillado, sin embargo lo ultimaron abusando de ese estado de "inferioridad e indefensión". (Casación Penal. Mayo 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....213, 1ª y 2ª

INDULTO (Sus diferencias con la amnistía. La concesión del indulto no es óbice para la viabilidad de la casación)

— 192 —

Pudiera objetarse que el recurso de que se viene hablando (el de casación concedido por la ley 82 de 1948, artículo 4º, "contra las sentencias pronunciadas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, en las causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Consejos Verbales de Guerra por delitos cometidos en el país en los días 9 de abril y siguientes del corriente año") no puede prosperar, por sustracción de materia, supuesto que el Presidente de la República, en uso de la facultad que le confirió el artículo 2 de la misma ley 82, le concedió al procesado "indulto de la pena privativa de la libertad que le falta por cumplir".

Pero que ello no es así, se deduce de la naturaleza misma del indulto, reglamentado en los artículos 76 (ordinal 23) y 119 (ordi-

nal 4º) de la Constitución, y 667 del Código de Procedimiento Penal: en efecto, aparte de las diferencias accidentales entre amnistía e indulto, las sustanciales son que la primera se concede en forma general, en tanto que el segundo se otorga en forma individual y, sobre todo, que la amnistía "desconoce el delito", lo hace desaparecer como fuente de penalidad, mientras que "el indulto reconoce el delito cometido", pues indulto es perdón y el perdón supone el hecho como delictuoso y la responsabilidad del agente. Como dice Pinna, citado por Ferri, todo perdón "es una forma de condena, porque atribuye al procesado la consumación del hecho y porque puede obligarle al resarcimiento del daño".

Ahora bien, si hay una condena que considera cometido un delito no es óbice a la casación que se haya concedido un indulto o perdón de una parte de la pena privativa de la libertad, porque ni social ni jurídicamente le conviene a un procesado que su responsabilidad quede en pie. (Casación Penal. Auto. Mayo 4 de 1949. T. LXVI. 2073-2074). 163, 2ª y 164, 1ª

INEXISTENCIA Y NULIDAD

— 193 —

Repetidamente la Sala de Casación Civil de la Corte ha reconocido en sus fallos la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta; pero no ha dejado de observar, cuandoquiera que ha sido procedente, que para la inexistencia no ofrece nuestro sistema procedimental un camino peculiar y distinto, por lo cual es inoficioso, al menos prácticamente, insistir sobre la diferencia entre estos dos fenómenos jurídicos. De otro lado, de un acto o contrato puede decirse que no existe cuando ha prosperado en sentencia judicial el cargo de su simulación, entre otras razones porque antes de esa decisión lo que se ve es ese acto o contrato tal como aparece, sin que pueda **a priori** darse por infirmado. (Casación Civil. Julio 19 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) .....351, 1ª y 2ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

— 194 —

Ya en repetidas ocasiones se ha puesto muy en claro por la Corte el hecho de que las normas contenidas en los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal se relacionan con el directo responsable del perjuicio, y en ningún caso con el tercero que, sin comparecer al juicio penal, puede ser demandado civil y separadamente.

En fallo de 10 de febrero de 1949, G. J. Nº 2068-2069, págs. 534 y siguientes, dijo la Sala de Negocios Generales:

"En verdad, si a este tercero no es posible demandarlo dentro del proceso penal, no existe contra él sino la vía de un juicio civil ante los jueces civiles. Consecuencialmente la demanda ante esta jurisdicción puede intentarse en cualquier momento, y, por tanto, no es jurídico, en tal evento, deducir una excepción de petición antes de tiempo, por no haberse antes concluído el proceso penal. Aún más: si así no fuese, se llegaría en la práctica a hacer nugatorio un derecho que la ley consagra, comoquiera que el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil establece una prescripción de tres años con relación a la responsabilidad del tercero, y ya que los procesos penales duran, por lo general, más de este tiempo". (Negocios Generales. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 796, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL (Caso de la absolución penal por insuficiencia de pruebas)

— 195 —

Cuando las probanzas agregadas al proceso criminal no acreditan plenamente la comisión de un delito y en eso se funda un sobreseimiento, no hay una calificación definitiva, y por lo mismo no hay nada que impida la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor puede probar debidamente en ella el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño. (Negocios Generales. Agosto 18 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 821, 2ª

INSTRUMENTO NEGOCIABLE

— 196 —

De acuerdo con la Ley 46 de 1923, en su artículo 26, "todo instrumento negociable se presume que ha sido expedido en consideración a un valor". Para infirmarlo es preciso que esta presunción se destruya. Así lo indican los artículos siguientes de aquella ley. (Casación Civil. Julio 19 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 351, 2ª

INSTRUMENTO PUBLICO (Su valor probatorio)

— 197 —

Cuando la ley da al instrumento público el valor de plena prueba (artículo 632 del C. J.) no lo equipara a la confesión judicial, ni al documento privado reconocido, ni al indicio necesario, ni al dicho de los testigos hábiles, ni al dictamen pericial acorde (artículos 721 y 722 del C. J.); apenas podría pensarse a este propósito en la plenitud probatoria que la ley otorga al acto de la inspección ocular "respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez", si a ello no se opusieran las características singulares que estructuran el instrumento público. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) .....143, 2ª..

INSTRUMENTO PUBLICO (Sus características)

— 198 —

De la definición dada por el artículo 1758 del C. C. se desprende que al instrumento público lo caracterizan los siguientes requisitos: a) Debe ser autorizado por un funcionario público, en su carácter de tal; b) El funcionario debe ser competente en cuanto a la materia a que el instrumento se refiere y en cuanto al lugar en que lo autoriza (competencia en cuanto a la materia y en cuanto al territorio); c) Finalmente, el instrumento debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales varían según el caso. Así, por ejemplo, en cuanto al testamento cerrado, el acta que debe escribirse en el sobre que lo contiene, debe reunir los requisitos señalados por el artículo 1080 del C. C. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 142, 2ª

INTERVENCION EN POLITICA (Delito de)

— 199 —

El portar un arma apenas podría configurar una contravención sancionada por el Código de Policía, si el portador del arma carecía de licencia, y el haber lanzado vivas a determinado partido y abajos a otro tan sólo constituye una ostensible demostración de pertenecer al credo político del partido a que

se alude con el viva. Estos hechos pueden calificarse de inconvenientes, porque actitudes como las atribuídas al Juez acusado son censurables desde todo punto de vista en un funcionario encargado de impartir justicia, pero no por ser inconvenientes y censurables, llegan a constituír delito. (Casación Penal. Auto. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) .....469, 2ª y 470, 1ª

INVESTIGACION (Naturaleza jurídica del auto que ordena cerrarla)

— 200 —

Sobre el carácter de auto de sustanciación del que ordena cerrar la faz investigativa del proceso, la Corte no ha modificado su doctrina desde que por primera vez se le planteó tan importante tema: el carácter de auto interlocutorio, en el orden procesal penal, está limitado a aquellos a los cuales la ley da tal investidura, como los dictados en los casos de acumulación de juicios y de rechazo o admisión de constitución de parte civil (artículos 83 y 117), y los que afectan la libertad del procesado, califican el sumario, niegan o admiten pruebas en el juicio, formulan los cuestionarios al jurado, y, además de esta enumeración taxativa, "los que resuelven algún incidente del proceso y los demás que contengan resoluciones análogas".

No hallándose en la clasificación del artículo 156, ni habiendo sido revestido, en la norma que lo ordenó, del carácter interlocutorio, es necesario examinar si el auto que cierra la investigación resuelve algún incidente procesal o contiene alguna resolución análoga a las determinadas en el artículo 156; no lo primero, porque no es providencia que desate alguna controversia entre las partes que es el contenido del incidente según la ley procesal civil aquí aplicable (artículo 391); tampoco decide ningún punto, tema o cuestión que tenga analogía con los intereses jurídicos que se debaten en el proceso enumerados en el artículo 156; es solamente la providencia que —según el criterio del juez competente— declara que la investigación está completa y que, por lo tanto, debe ya calificarse, y ordena, efectivamente, se dé traslado al Ministerio Público y, contestado, se califique su mérito, actos estos que deben ejecutarse dentro de los términos que fija la ley; ordena, en el fondo, que siga el proceso. (Casación Penal. Mayo 6 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....168, 1ª

IRA E INTENSO DOLOR

— 201 —

La figura que consagra el artículo 28 del Código Penal exige tres condiciones, a saber: a) Existencia de una provocación; b) Gravedad e injusticia de la misma; c) Vínculo de causalidad entre las dos condiciones anteriores.

Para la existencia del primer elemento, puede presentarse la hipótesis de que la provocación surja de la misma persona sobre que recae la acción delictuosa y sea únicamente en consideración a esa provocación como los hechos se sucedan. Puede, también, ser dirigida contra persona unida con vínculos afectivos a quien reacciona y delinque; pero en ambas circunstancias la provocación debe tener entidad bastante como para justificar la reacción de quien es objeto de ella, y en virtud de su estímulo obra.

Ello porque no basta la simple provocación sea cual fuere la persona que la padezca. Es menester que aquélla tenga las calidades de injusticia y gravedad; es decir, que por este último concepto, aquella provocación se haga contra todo derecho, contra toda razón; y por aquél que tenga los caracteres y los signos de cosa susceptible de producir el fenómeno psicológico que determina bien la ira o bien el intenso dolor, dos fenómenos que si son distintos dentro de su

enunciación puramente objetiva, pueden producir distintos grados de emoción, que varían también en intensidad y en duración. Esto porque la ira puede surgir coetáneamente con la agresión y no persistir indefinidamente en la conciencia del agente, mientras que el dolor puede tener una persistencia o duración más larga y permitir en circunstancias excepcionales, que la reacción se produzca en forma no simultánea con el hecho que la produjo.

Pero los dos elementos analizados, para la existencia de la atenuante deben estar íntimamente unidos por un vínculo de causalidad entre la provocación y la reacción subsiguiente, derivado de la gravedad e injusticia de la misma. Este vínculo de causalidad no implica otra cosa que la necesidad de excluir de la atenuante, por parte de la ley penal, motivos o causas baladíes, que si bien pueden producir la ira o el dolor, no tengan sin embargo la fuerza avasalladora de ese impulso psicológico o huracán emocional que lleva al delito dentro de los estados pasionales que la atenuante interpreta para reducir la responsabilidad en atención a las perturbaciones anímicas o psíquicas que estos fenómenos suelen producir normalmente a quienes los padecen. (Casación Penal. Junio 28 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 299, 1ª

IRA E INTENSO DOLOR

— 202 —

Varias veces ha repetido la Corte que el veredicto fundado en la hipótesis de la ira o el intenso dolor no atenúa la responsabilidad cuando esta ira o dolor intenso no están determinados por la gravedad o la injusticia de la provocación. (Casación Penal. Junio 28 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 296, 2ª

IRA E INTENSO DOLOR Y LEGITIMA DEFENSA

— 203 —

De un mismo delito cometido por dos, en coparticipación, no puede predicarse —evidentemente— que el uno haya actuado en estado de ira e intenso dolor, y el otro en estado de legítima defensa de su copartícipe, es decir, que el mismo hecho no sea delito para el uno y lo sea —en cambio—para el otro, cuando el motivo, el modo de ejecución, el fin son los mismos, porque ello envuelve una clara contradicción, sobre lo cual —expuesto así en forma general— no hay discrepancia. (Casación Penal. Julio 1º de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 395, 2ª

— J —

JUECES DE CIRCUITO (Competencia de estos funcionarios para conocer de ciertas apelaciones durante el sumario)

— 204 —

La jurisprudencia de los Tribunales del país ha sostenido que los Jueces de Circuito son competentes para conocer de las apelaciones contra las providencias dictadas por los funcionarios de instrucción en la **etapa sumarial** del proceso, por ser tales Jueces los jefes de investigación en el territorio sujeto a su jurisdicción, al tenor de los artículos 64 y 277 del Código de Procedimiento Penal, y exigir, por lo tanto (por ser jefes de instrucción), cierta preeminencia o mayor jerarquía de ellos con relación a otros funcionarios de menor categoría, que generalmente instruyen, por comisión, los sumarios, hasta su perfeccionamiento, para enviarlos luego al Juez a quien corresponda conocer del proceso por razón del delito que se investigue; y es en este momento, cuando

la etapa sumarial termina y se entra a calificar el mérito del informativo, cuando realmente el Juez **conoce** del proceso, pues antes, durante el sumario, apenas se han estado allegando informaciones y datos de toda clase con el fin de hacer posible ese conocimiento. (Casación Penal. Octubre 13 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....705, 2ª

JUICIO ORDINARIO

— 205 —

Según lo establece en forma perentoria el artículo 734 del C. J., el procedimiento del juicio ordinario sólo puede seguirse cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales para ventilar y decidir determinada controversia. - (Negocios Generales. Auto. Mayo 13 de 1949. Tomo LXVI. 2073-2074) 320 2ª

JURADO

— 206 —

Los jurados sorteados para calificar un proceso durante el período para el cual fueron designados por inclusión en las listas, están obligados a ejercer el cargo aunque haya concluído el período. (Casación Penal. Junio 28 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

289, 2ª

JURADO (Competencia del)

— 207 —

La competencia del jurado se subordina en cuanto a su comienzo, a dos actos sucesivos de los cuales se deriva, respectivamente, la capacidad subjetiva en concreto o propiamente dicha: primero, a que los nombres de las personas que lo componen (por tener las condiciones legales) estén incluídos en las listas que anualmente forma el Tribunal para el Juzgado Superior respectivo; y segundo, que esas personas se hayan designado en virtud del sorteo verificado en el proceso; en cuanto a su término, la capacidad en abstracto cesa cuando el Tribunal haya excluído de la lista los nombres, y la capacidad en concreto cuando su función esté cumplida, es decir, cuando realizada la audiencia mediante las normas de su funcionamiento, el jurado —previa la deliberación— haya emitido y firmado el veredicto.

Pero si la capacidad en abstracto se extingue porque se cancelan de las listas los nombres, ella se prorroga —no obstante esa causa de extinción— a quienes antes de la cancelación fueron ya designados para determinado proceso, prórroga cuyo término es el de la función. No otro es el contenido del artículo 520, según el cual "los jurados ya sorteados deberán desempeñar el cargo aunque se haya vencido el término para el cual hubieren sido designados", y que, además, precisa el alcance del artículo 199 (3º), según el cual la nulidad se circunscribe a designar a quienes, en el momento del sorteo, no pertenezcan a la lista de jurados.

Estas razones quitan todo valor a la objeción del recurrente, ya que si cuando se celebró la audiencia aquéllos no figuraban en la lista del Juzgado, sí cuando fueron designados, y en ese caso —según la doctrina expuesta— la competencia para emitir el veredicto no había caducado. (Casación Penal. Junio 28 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

288, 1ª y 2ª

JURADO (Su competencia en tratándose de delito de falsedad)

— 208 —

El Tribunal de conciencia sí tenía facultad para decidir sobre el punto concerniente a la naturaleza del documento sobre el cual

se fingió la firma del señor Carlos A. Cárdenas, consumándose, por tal hecho, la falsedad. Y el jurado, en su veredicto, refiriéndose al documento, claramente manifestó que no era instrumento público. De tal suerte que, sobre el particular, el jurado apreció la naturaleza del instrumento en forma contraria a como la consideró el Juez de derecho al hacerle —en el auto de proceder— la imputación al procesado. De ahí que tal resolución del jurado no pueda considerarse como "inocua", al decir de los juzgadores de instancia, sino que es menester apreciarla en su sentido fundamental, bien para aceptarla y dictar sentencia de conformidad, o bien para desecharla si ella contraviene la realidad procesal, caso en el cual el veredicto estaría contrariando la evidencia de los hechos y así habría de declararse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 537 del Código Procesal Penal. De no procederse en tal forma —aceptando el veredicto en su integridad o declarándolo contrario a la realidad de los hechos— los juzgadores fallarían con violación de todas las disposiciones concernientes al jurado y especialmente contrariando lo ordenado por el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Junio 14 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....255, 2ª y 256, 1ª

JURADO (Impedimentos de sus miembros)

— 209 —

Para que se considere que un miembro del jurado está impedido para desempeñar el cargo en determinado proceso, no basta con que manifieste que se halla impedido, sino que es necesario, además, que exprese también cuál es la causa o razón de su impedimento, porque las resoluciones de los funcionarios tienen que tomarse, no por capricho, sino por los fundamentos legales y de hecho que les sirvan de base. Si así no fuera, no señalaría el Código de Procedimiento cuáles son las condiciones para ser miembro de los jurados, ni cuáles las causales de impedimento y recusación de los mismos, ni ordenaría hacer la designación a la suerte (artículos 489 a 496 y 505 a 510). (Casación Penal. Octubre 4 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078).....678, 1ª

JURADO (No pueden proponérsele en el cuestionario sino los hechos y circunstancias comprendidos dentro de la calificación genérica surgida del sumario)

— 210 —

Abundante es la doctrina en que la Corte ha reafirmado que en los juicios en que interviene el Tribunal de conciencia, la sentencia que pone fin al proceso dimana directamente del veredicto, el cual a su vez es emanación del auto de proceder. De manera que entre estas tres etapas esenciales del juicio penal existe una vinculación de causalidad evidente y lógica, por cuanto la sentencia tiene que surgir del veredicto y éste del auto de proceder, con la única excepción de que en el término probatorio se produzcan modalidades capaces de modificar el auto vocatorio a juicio.

Surge de aquí que al Jurado no pueden proponérsele sino los hechos y circunstancias que hayan sido comprendidos dentro de la calificación genérica surgida del sumario, y que sujeto a esta pauta el Tribunal de conciencia no puede producir su veredicto sino de conformidad con los hechos por que se le interroga en los cuestionarios sometidos a su consideración, porque, si así no ocurre, el Juez no podría aceptar esas decisiones opuestas entre sí, pues, de suceder esto, sí habría que concluir que se pretermitieron formalidades propias del juicio y, por ende, aceptar la nulidad constitucional que dimana de esos hechos.

Mas, cuando entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia hay tal concordancia y armonía que la relación de causalidad entre esas tres etapas del proceso, fundamental a éste, surge nítidamente, en forma alguna se han pretermitido para el juzgamiento del delincuente formalidades sustanciales del juicio.

Por lo demás, el sistema creado para la formulación de los cuestionarios por la Ley 4ª de 1943 cambió radicalmente el contenido de los artículos 498 a 503 del Código de Procedimiento Penal. Dentro de este sistema la formulación del cargo se hacía mediante cuestionarios múltiples, y, por tal razón, al Jurado le eran propuestas todas aquellas cuestiones atinentes al hecho material, a la responsabilidad y a los elementos modificadores del delito que surgieran del proceso, y a las cuales debía contestar en forma separada, con expresiones monosílabas, sin permitir la ley adición alguna o explicación a esas respuestas. Una vez terminado el término probatorio, esos cuestionarios se formulaban y presentaban a las partes para que éstas tuvieran oportunidad de proponer aquellas preguntas que juzgaban indispensables para la defensa. De manera que se circunscribía el debate a los temas que tanto el Juez como las partes adujeran a este efecto.

Cambiado el sistema por la Ley 4ª de 1943, en consideración a las dificultades observadas en la práctica, que es el mismo de la Ley 169 de 1896, por el cuestionario único, el auto de proceder viene a constituir una pauta definitiva dentro de la cual debe moverse el Juez y que no tiene otra compensación que la facultad otorgada por el artículo 29 de aquella ley, en virtud de la cual los jueces de conciencia pueden, "si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario, expresarlo así en la contestación". Por consiguiente, el cuestionario se presenta en el momento de la audiencia; no contiene una serie de preguntas sobre los elementos del delito, ni sobre lo concerniente a la responsabilidad, ni sobre los factores especiales que influyen en la determinación de la sanción; ni autoriza tampoco a las partes ni al juez para adicionar el interrogatorio con temas distintos a los consignados en el auto de proceder.

De manera que, como con tanta razón lo anota el Procurador Delegado, "únicamente cuando el Juez redacta el cuestionario en forma sustancialmente distinta al pliego de cargos formulado en el auto de proceder, puede presentarse la hipótesis de la nulidad constitucional derivada del artículo 26 de la Carta". (Casación Penal. Mayo 27 de 1949. Tomo LXVI. 2073-2074).....222, 1ª y 2ª

JURADO (Qué hechos deben proponérsele)

— 211 —

Los hechos que, para su calificación, deben proponerse al jurado según la Ley 4ª de 1943, son aquél o aquéllos que con las circunstancias que los especifiquen y deducidos del auto de proceder, sean la materia del juicio, y conjuntamente con los hechos la responsabilidad que por ellos así como por el propósito de la ejecución, se imputen al procesado o procesados. (Casación Penal. Julio 8 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....417, 1ª

JURADO (Qué debe preguntarse en los cuestionarios que se le propongan)

— 212 —

De los artículos 28 de la Ley 4ª de 1943, 499 y 431 del código de procedimiento penal, puede deducirse que el Juez debe preguntar al jurado por la responsabilidad del sindicado o sindicados en los hechos tal como los describe el código específicamente,

pero sin darles denominación jurídica, y también por las circunstancias modificadoras que se han dado por acreditadas en el auto de proceder, si no han sido desvirtuadas en el término probatorio del juicio y por las que luego se demuestren dentro de la misma oportunidad. De otra suerte, no ordenaría la ley expresar esas circunstancias en el auto de proceder o no tendría objeto la práctica de pruebas después de dictado el enjuiciamiento. (Casación Penal. Octubre 7 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....690, 1ª

— L —

LEGITIMA DEFENSA DEL HONOR

— 213 —

Si es por lo menos discutible que haya defensa legítima del honor cuando se ataca con armas al autor de una injuria verbal, por lo inactual y desproporcionado de la reacción, resulta inadmisible en una ocurrencia como la de este proceso, en que los hechos se desarrollan entre borrachos y habiendo precedido provocaciones de hecho de parte de uno de los compañeros del victimario, y cuando el propio recurrente admite que **"en la tienda hubo frases descompuestas de una parte y de otra"**, hasta el punto de que la dueña de la casa "ordenó desocupar la tienda y cerrarla. Es decir —concluye la demanda— hubo un comienzo o principio de riña". Casación Penal. Junio 24 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....283, 2ª y 284, 1ª

LESIONES PERSONALES

— 214 —

La mera incapacidad o enfermedad queda absorbida en la pena cuando consecuencias de mayor gravedad surjan de una lesión personal. Basta que los reconocimientos médico-legales señalen esta circunstancia para que el Juez deba partir de la base de los distintos resultados del daño en la salud o en el cuerpo o en la integridad psíquica, en orden a fijar la sanción.

Dentro de los anteriores conceptos la ley adjetiva penal debía también tener en cuenta los mismos factores para señalar la jurisdicción o competencia. Los artículos 48 y 49 fijan ésta para los Jueces Municipales cuando la lesión sólo produce incapacidad o deformidad que pase de cinco días sin exceder de quince. La Policía conoce cuando no excede de cinco días, siempre, en ambos casos, que no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico. (Casación Penal. Julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....468, 1ª y 2ª

LESIONES PERSONALES (**Cómo deben aplicarse las sanciones señaladas para este delito**)

— 215 —

La aplicación de la norma del artículo 374 del Código Penal, no está subordinada al concepto de la enfermedad o incapacidad para trabajar, sino al hecho fundamental de que la lesión produzca una perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, y, cuando esta perturbación funcional o psíquica es permanente, la pena se aumenta.

El concepto de **enfermedad o incapacidad para trabajar** es la modalidad que el juzgador debe tener en cuenta para sancionar las infracciones contempladas por el artículo 372 del Código Penal; en estos casos, sí es indispensable la demostración o comprobación de la enfermedad o incapacidad para trabajar, porque la sanción se impone en atención a esos factores, y no en relación con las consecuencias o resultados de las lesiones.

La expresión "enfermedad o incapacidad

para trabajar" del artículo 372 del Código Penal, sólo se refiere a los delitos de lesiones personales en los cuales no hay consecuencias distintas a la enfermedad o incapacidad para trabajar, pero cuando la infracción, fuera de esta incapacidad para trabajar produce consecuencias de otro orden, las disposiciones aplicables, según el caso, serán los artículos 373, 374 y 375 de la ley sustantiva.

El Código Penal, en ninguna de las disposiciones por las cuales sanciona el delito de lesiones personales, condiciona la pena, en su aplicación y graduación, al porcentaje de incapacidad fijado por los médicos legistas. Esa apreciación para la imposición de la pena la hace el fallador, claro es que atendiendo al concepto médico legal, pero no a los porcentajes que éste fija, como lo pide el recurrente. Si la ley, en forma directa o indirecta, hubiera condicionado la fijación de la pena al mayor o menor porcentaje de incapacidad determinado por los médicos, el demandante tendría razón, pero, como el legislador ordena que se tenga en cuenta para señalar la sanción, sólo la calidad de la perturbación funcional, si ésta es transitoria la pena será menor, y si la perturbación funcional es permanente, la pena será mayor. (Casación Penal. Mayo 11 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 179, 1ª

NOTA — Uno de los Magistrados salvó el voto, afirmando que la pena del artículo 374 sólo es aplicable en caso de perturbación funcional **transitoria grave.** (V. T. LXVI, 2073-2074, pág. 181).

El Relator

L E Y

— 216 —

Una ley derogada no revive por las solas referencias que a ella se hagan. (Negocios Generales. Auto. Agosto 25 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 841, 1ª

LEY 160 DE 1936 (Artículos 5º y 7º)

— 217 —

La publicidad ordenada en las disposiciones acusadas, que se surte por carteles y bandos, asegura al propietario y lo alerta a la defensa de su patrimonio; y la potestad de oponerse aún en vía breve y sumaria, así como la de seguir juicio ordinario, aunque aquél se haya surtido, es para él completa garantía; y el señalamiento de términos para el ejercicio de estas acciones no puede considerarse como amenaza o sacrificio de su derecho, al paso que al proceder el legislador a señalarlo en tal o cual cifra no hace sino ejercer la potestad que la Carta le confiere al efecto. (Sala Plena. Junio 3 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 3, 2ª

LEYES (Las electorales no tienen el carácter de Códigos)

— 218 —

No habiendo imperativa definición legal que fuerce el criterio jurídico para distinguir las leyes-códigos, y no habiendo merecido del legislador esa clasificación jerárquica para las leyes electorales que expresamente clasificó dentro de las leyes generales, no encuentra la Corte razón valedera para no inclinarse en favor de la tesis del Congreso, que es la fuente soberana de donde emanan todas las leyes, las comunes y las que él quiera clasificar como códigos para limitarse a sí mismo en relación con éstos el mecanismo de la expedición con la imposición de trámites extraordinarios, no esenciales, sino simplemente destinados a crear una pausa de reflexión en la labor legislativa para estabilizar relativamente las leyes que por

haber llegado a ser cuerpos orgánicos y completos sobre una materia han merecido la clasificación jurídica de códigos.

En esta situación de desacuerdo en que han proliferado las opiniones y conceptos más contradictorios y no exclusivamente jurídicos en que se ha desarrollado el conflicto de autoridad que hoy dirime la Corte, el juego normal y democrático de las instituciones nacionales aconseja dar la prevalencia al Congreso que tiene la atribución radical de hacer las leyes, que a todos nos obligan y que en función de constituyente de acuerdo con el artículo 218 de la Carta tiene poder para decidir sobre la organización política del Estado y determinar la órbita funcional de los poderes públicos. Difícil sería no hallar en la solución contraria una interferencia arbitrariamente paralizante de la función legislativa. (Sala Plena. Septiembre 22 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....9, 2ª

(Nota: seis Magistrados salvaron su voto a la referida sentencia).

El Relator de la Corte

LIBERTAD PROVISIONAL

— 219 —

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943, basta simplemente que se haya dictado la providencia enjuiciatoria para que no opere el mandato contenido en ella. (Casación Penal. Auto. Julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076)....457, 2ª

LIBERTAD PROVISIONAL (Objeto de la certificación exigida por el artículo 415 del C. de P. P.)

— 220 —

Es indudable que la certificación exigida por el Código de Procedimiento Penal es de suma importancia, aunque la ausencia de esta formalidad no haga nugatorio el derecho que tenga el sindicado de gozar de excarcelación con la simple promesa de presentación, porque una cosa es el derecho que tiene el sindicado de gozar del beneficio por amparo de pobreza, y otra las formalidades que deben cumplir los funcionarios para otorgar tal beneficio. En otros términos: una cosa es el derecho que el sindicado pobre tenga para ser libertado provisionalmente sin caución, y otra es la prueba que para establecer aquel estado exige la ley.

Dentro de este orden de ideas no cabe duda que el objeto de la certificación no puede ser otro que el de determinar la credibilidad de los declarantes, indispensable para que el funcionario esté en condiciones de considerar los testimonios aducidos para la prueba del estado de notoria pobreza, como veraces, en orden a establecer el hecho que trata de comprobarse, o sea, la carencia de recursos del sindicado para otorgar la caución y poder gozar así del beneficio de libertad provisional mediante la simple promesa de presentación.

Con todo, la credibilidad de estos testimonios no surge de la misma certificación, sino de las razones en que los deponentes apoyen sus aseveraciones y de la imparcialidad y convencimiento del hecho sobre que deponen. Con este criterio pueden ser valorados, aun al margen de la falta de aquel requisito.

De aquí se deduce que, sin menoscabar la importancia de la dicha certificación, el funcionario que prescinda de tomarla en cuenta y funde el conocimiento de causa que exige el Código para apreciar estos testimonios en datos surgidos de los dichos mismos de los declarantes, no comete abuso de autoridad. Esa omisión implica el incumplimiento de un mandato legal, es evidente, pero, como no se trata de una formalidad esencial para los fines que la ley consulta en el particular, no se puede deducir de ella sola responsabi-

lidad penal. (Casación Penal. Auto Mayo 6 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) ..... 172, 2ª y 173, 1ª

LUCRO CESANTE

— 221 —

Lucro o logro, del latín **lucrum,** encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo el provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es **lucrativa** cuando produce rendimientos a quien la ejercita. Y como éstos, en lo ordinario, se estiman en dinero, ha resultado que en el comercio y en la industria la idea de lucro se confunda con la del interés que produce el capital.

Entendido así el **lucro,** la actividad o cosa que lo produce deja de ser lucrativa cuando deja de producir utilidades. En el lenguaje mercantil e industrial se dice que una empresa deja de ser lucrativa cuando no se le saca al capital invertido el interés que le corresponde. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 589, 2ª

MANDATO

— 222 —

El poder conferido por un representante legal a nombre y en representación de unos menores, no queda insubsistente por cesar aquél en su funciones, sino sigue vigente hasta que sea revocado. (Negocios Generales. Auto. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 777, 2ª

MANDATO (Terminación del)

— 223 —

Ni tácita ni expresamente puede darse por terminado un mandato fuera de los casos del artículo 2189 del Código Civil y 264 y 265 del Código Judicial. (Casación Penal. Auto. Julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076)... 460, 1ª

MANDATO (Duración del conferido por un representante legal)

—224 —

Otorgado un poder judicial por un **representante legal,** padre tutor o curador, etc. (artículo 62 C. Civil), y aceptado y desarrollado en el juicio el mandato, a la representación así otorgada, no la termina la mera circunstancia de que el constituyente del poder haya dejado de ser representante legal. La procuración subsiste, y el Juez de la causa no puede desconocerla mientras no se le haga saber una voluntad en contrario por quien tenga facultad para revocar o sustituir.

(Negocios Generales. Agosto 31 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 852, 1ª

MANDATO (La sustitución no pone término a los vínculos entre mandante y mandatario)

— 225 —

A la luz de lo dispuesto por los artículos 2162 a 2164 del C. C. y por el artículo 262 del C. J., se tiene que la sustitución de un poder hecha por el mandatario no rompe el vínculo que sobre representación creó el mandato entre mandante y mandatario, y que, por consiguiente, no puede contarse desde aquélla el lapso de tiempo señalado por el artículo 2542 del C. C. para la prescripción de las acciones allí mismo consagradas. (Casación Civil. Octubre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 628, 1ª

MEDIDAS DE SEGURIDAD (En los juicios en que interviene el jurado, la anormalidad del procesado debe haber sido reconocida por aquél)

— 226 —

El jurado es el encargado de definir los hechos y la normalidad o anormalidad del procesado, según los artículos 480 del C. de P. P. y 28 de la Ley 4ª de 1943, para poder aplicar las sanciones correspondientes, que son penas para los normales y medidas de seguridad para los anormales.

Por tanto, si el tribunal popular nada dijo al respecto, a pesar de habérsele propuesto la cuestión por la defensa, no podían los jueces de derecho sino aplicarle penas al procesado, y no simplemente medidas de seguridad. (Casación Penal). Octubre 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) .....701, 1ª y 2ª

MINAS

— 227 —

Si los datos que debe proporcionar quien hace el primer pago del impuesto han de tomarse del título, es obvio que sólo podrá suministrarlos quien haya titulado la mina, y, por tanto, la referencia que a la posesión hace el artículo 23 de la Ley 292 de 1875 debe tomarse como la determinación, con efecto retroactivo, del día desde el cual principia la obligación de pagar, retroactividad semejante y paralela a la prevista en el artículo 93 del Código sobre fecha del título. (Casación Civil. Junio 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 117, 2ª

MINISTERIO PUBLICO (Razón jurídica de los impedimentos de sus agentes)

— 228 —

Ni los Agentes del Ministerio Público ni los Secretarios de los juzgados administran justicia, ni revisan las providencias de los inferiores, pero a pesar de esto, la ley los considera impedidos cuando en ellos concurre alguna de las causales previstas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Porque los impedimentos no se establecen en la ley en consideración a la calidad personal, sino en relación a la capacidad subjetiva de dichos funcionarios para garantizar la imparcialidad, probidad y rectitud moral en la administración de justicia. (Casación Penal. Auto. Septiembre 12 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 665, 2ª

NOTIFICACIONES

— 229 —

La notificación por medio de edicto y publicación de éste en el Diario Oficial, autorizada por el artículo 2° de la Ley 85 de 1946, solamente se surte cuando la ordinaria o personal, ordenada por la ley, no es posible efectuarla a pesar de las gestiones hechas para ello. (Negocios Generales. Auto. Mayo 4 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 305, 2ª

NULIDADES (Por indebida representación judicial)

— 230 —

Quien no es legítimamente representante judicial de otro carece de interés legal para pedir la nulidad del juicio por indebida representación de aquél a quien él representó de esa manera. Por tanto, quien actuó en un juicio como representante de otro, no puede invocar y obtener la declaración de esa nulidad, porque, si ha sido legalmente representante, no hay lugar a declararla, y, de lo contrario, carece de interés legal para ello. (Negocios Generales. Auto. Agosto 25 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 841, 1ª

NULIDADES (Por indebida representación)

— 231 —

La nulidad por indebida representación en el juicio no puede ser pedida por quien ha llevado la representación judicial de la parte que se dice ha estado indebidamente representada, porque, si quien alega la nulidad por la mala representación, no es representante, no puede pedir ni obtener su declaración, y si ha sido legalmente representante, no hay lugar a declarar la nulidad. (Negocios Generales. Auto. Agosto 12 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) .....819, 1ª y 2ª

NULIDADES (No puede decidir de la existencia de una nulidad el superior que sólo conoce de la apelación de un auto)

— 234 —

Si en general el superior sólo puede conocer del asunto objeto del recurso, por excepción le permite el C. J., para que los procesos no adolezcan de irregularidades sustanciales, que también pueda entender en la nulidad de lo actuado en el juicio, pero siempre que el negocio haya llegado a su estudio por apelación de la sentencia de primer grado.

En este sentido es claro el alcance de los arts. 455 y 456 del Código Judicial. Cuando el Juez que conoce de un juicio advierte en él algún motivo de nulidad, debe ponerlo en conocimiento de las partes; a su turno, las mismas partes pueden pedir las nulidades que estimen procedentes, en cualquier estado del juicio, y antes de que se dicte sentencia. De aquí resulta que es al Juez que conoce del juicio, sea en la primera o en la segunda instancia, a quien le corresponde decidir sobre las nulidades que puedan afectarlo; no al superior que sólo entiende en la apelación de un auto interlocutorio, ya que en estos casos no conoce de todo el juicio, sino apenas de una parte del proceso. (Negocios Generales. Auto. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078 ..... 780, 1ª

NULIDADES (Por no ser abogado la persona que actuó como defensor)

— 235 —

En parte alguna erige la ley en causal de nulidad o de invalidación procesal la circunstancia de actuar como defensor una persona a quien el Tribunal del Distrito Judicial respectivo haya cancelado su licencia para el ejercicio de la abogacía por no estar titulado en el momento de la cancelación. (Casación Penal. Julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 439, 1ª

NULIDADES (Tiempo para alegarlas)

— 236 —

Las causales de nulidad pueden alegarse "en cualquier estado del proceso" y, dictada la sentencia, solamente en el recurso de casación (artículo 200 del C. de P. P.). Pero eso puede hacerse siempre que no haya "disposición legal en contrario", esto es, cuando la ley misma no haya señalado el tiempo o término para invocarlas, como sucede en el presente caso. De lo contrario, los procesos serían interminables, pues nada más fácil que callar una causal de nulidad no sustancial, durante la tramitación del juicio, con el fin de invocarla en casación y retrotraer el proceso, con mengua del método, orden y seriedad de las actuaciones judiciales. (Casación Penal. Octubre 4 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 678, 1ª

NULIDADES

— 237 —

La nulidad, como sanción a la ilegalidad de una notificación, se ha instituído como

garantía del derecho del procesado a su defensa, y no del derecho de la parte civil a la suya; fue ciertamente irregular la omisión en que se incurrió al no haberle notificado a esta parte el auto mediante el cual se negó la reposición del que declaró cerrada la investigación, pero esa irregularidad no afecta al proceso, tanto más cuanto que, si el vicio se hubiera causado, tácitamente habría quedado subsanado por el silencio de la parte interesada; el otro aspecto de objeción lleva al mismo resultado, ya que si la parte civil es parte en el proceso, no hay, sin embargo, norma alguna que obligue la notificación personal del auto de proceder ni de ningún otro auto, como sí la hay para el procesado y el defensor (artículos 170 y 171). No estando establecida tal obligación, no puede invocarse la nulidad en que sí se incurrió —según los artículos 188 y 190— si la notificación de determinadas providencias al defensor y al procesado no se hizo en la forma personal. (Casación Penal. Mayo 6 de 1949. T. LXVI. 2073-2074). 168, 1ª y 2ª

NULIDADES EN EL SUMARIO

— 238 —

En el sumario, las nulidades que pueden presentarse son la de incompetencia de jurisdicción y la de ilegitimidad de personería del querellante cuando el negocio es de aquellos que no pueden adelantarse oficiosamente.

Estas nulidades son aquellas que la doctrina y la jurisprudencia denominan absolutas porque atacan los fundamentos esenciales del proceso. No pueden subsanarse por intervención de actos o hechos posteriores a aquel que las origina, y cuando se está en presencia de una de ellas es deber del funcionario reconocerlas y como consecuencia, declararlas. Por regla general, éstas son las únicas nulidades que pueden presentarse en el sumario; toda otra omisión será constitutiva de una irregularidad pero no de una nulidad de previo pronunciamiento.

Cuando la ley exija con sanción de nulidad que se llenen ciertos requisitos en determinados actos y dichas formalidades no se observan o no se cumplen, el acto o diligencia será inexistente pero no nulo. Por esto es, por lo que la ley expresa que, sin necesidad de resolución especial —tales actos— se deben considerar como si no se hubieran verificado, ya que una cosa es la inexistencia del acto y otra muy distinta la nulidad: en el primer caso, la ley considera que el acto no se verificó, y por consiguiente no tuvo existencia y no produce efecto alguno; en el segundo el acto existe pero es nulo; por tanto es necesario que preceda su declaración.

El artículo 235 dice que los testigos deben ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción o Juez de la causa, ante su Secretario, circunstancias éstas que se harán constar en la respectiva acta, y cuando esto ocurre es natural que ese documento tiene plena validez, y los actos que en ellos constan son válidos mientras no se demuestre lo contrario.

La ley en esta disposición establece una presunción de legalidad sobre los hechos pasados ante el funcionario público, y la veracidad de ellos como su autenticidad no puede quedar al capricho de uno de esos funcionarios, sino a lo que conste en dicho documento público. La inexistencia de estos actos no proviene, propiamente, del hecho de que el funcionario no deje las constancias respectivas de que habla esta disposición y el artículo 245, sino del hecho de que el testimonio se recibió en forma distinta a la determinada por la ley procedimental.

"Lo importante y decisivo —dice la Procuraduría— en la recepción del testimonio, es pues, que el Juez interrogue personalmen-

te al testigo, y de eso no se queja el defensor.

"Por consiguiente, tampoco es el caso de decretar la nulidad o inexistencia de aquellos actos procesales en concreto, en los cuales estuvo ausente el secretario, porque la ley no autoriza tal declaración de invalidez; dicha ausencia, desde luego, constituye una irregularidad censurable, caso de ser cierta, pero en manera alguna implica nulidad procedimental".

Es claro que cuando se demuestra que en tales actos, existen las irregularidades alegadas por el defensor, ellas tienen por lógica consecuencia la declaratoria de la inexistencia de los mismos, pero cuando esa comprobación, se hace mediante una prueba sumaria extrajuicio, ella no tiene la credibilidad suficiente como para considerar el acto inexistente. El Juez en estos casos —como se dijo anteriormente— tiene que considerar como válidos los actos en que se afirma fueron recibidos con las formalidades legales, máxime, cuando esa constancia existe en el documento público que se tacha de inexistente, pero su valor no se desvirtúa por la simple afirmación que posteriormente hagan dichos funcionarios de no ser ciertos los actos que ellos afirman fueron válidos. Para que prospere esa afirmación es necesario e indispensable demostrarlo. (Casación Penal. Auto. Noviembre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 772, 1ª y 2ª

NULIDADES (En el sumario)

— 239 —

Las nulidades en el sumario son excepcionales, pues que, dada su naturaleza, en él sólo cabe la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de la personería, por punto general, como ya en repetidas ocasiones lo ha dicho la Sala. Si algún acto de la investigación es nulo, así cabe consideralo, pero ello no induce a concluir que la posterior actuación sea nula, como se desprende de la doctrina del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Noviembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078..... 763, 2ª y 764, 1ª

NULIDADES (Por haberse incurrido en error relativo a la persona del ofendido)

— 240 —

Para que pueda declararse nulidad por haberse incurrido en error relativo a la persona del ofendido, es indispensable que no pueda obtenerse su identidad física, porque, como se dijo del sindicado, "el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales". Lo que es absolutamente necesario es que se conozca a la víctima con toda certidumbre para que se establezca la relación de causalidad entre el hecho y su autor y pueda determinarse cuál es el delito y la responsabilidad del sindicado. (Casación Penal. Octubre 4 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 679, 2ª

NULIDADES (Por error en cuanto al nombre o apellido del responsable o de la víctima)

— 241 —

Cierto es que la ley consagra como motivo de nulidad el haber incurrido en error relativo "al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido" (numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P.) pero lo que importa no es la discrepancia sobre el nombre o sobre el apellido del sujeto activo o pasivo del delito, sino sobre la persona real y verdadera que corresponda al uno o al otro, porque el nombre y el apellido son apenas una manera de identificar a las personas, pero no son las únicas.

Dicho de otro modo: las personas se identifican por el nombre, pero lo importante no es la manera de identificarlas, sino su esencia o realidad, pues de lo contrario sería darle más valor al accidente que a la sustancia, a la forma que al contenido. La persona real y verdadera es lo que debe hallarse establecido en un proceso penal con toda certidumbre, porque el error esencial sobre ella, ya figure como sujeto activo o como sujeto pasivo del delito traerá mutaciones fundamentales sobre la figura de la infracción y sobre la responsabilidad. El mero error en el nombre o apellido del victimario o de la víctima no interesa en el juicio criminal, sino el error en la persona a que ese nombre o apellido corresponden.

Estas razones abstractas tienen plena confirmación en el artículo 102 del Código de Procedimiento, que al hablar del procesado, dice que la imposibilidad de identificarlo "con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no existe duda sobre la identidad física de la persona". (Casación Penal. Noviembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) . . . 762, 1ª

NULIDADES (No constituye causal de nulidad la omisión de los interrogatorios al procesado)

— 242 —

El que por parte del Juez de la causa no se hubieran llevado a cabo los interrogatorios del procesado ordenados por el artículo 452 del C. de P. P. no constituye causal de nulidad de la actuación. (Casación Penal. Octubre 21 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 725, 2ª

NULIDADES (Por reemplazo ilegal de un miembro del jurado)

— 243 —

Constituye causal de nulidad el hecho de reemplazar ilegalmente a un miembro del jurado o no reemplazarlo cuando exista motivo para ello (artículo 199, ordinal 3º del C. de P. P.). Mas, para que la nulidad exista, se necesitan dos condiciones: que el reemplazo sea ilegal, vale decir, que se reemplace a quien no está impedido para actuar, o, al contrario, que no se reemplace a quien sí lo está; y que se alegue en oportunidad, porque este motivo no es tan fundamental, no sólo porque un jurado consta de cinco miembros, sino también porque la ley proporciona a los interesados y al propio juez el modo de que la composición de un tribunal popular se realice consultando la recta administración de justicia y la defensa oportuna del procesado. (Casación Penal. Noviembre 15 de 1949. T. LXVI 2077-2078) 763, 1ª

NULIDADES (Por no haberse notificado en debida forma el auto que señala fecha y hora para la audiencia)

— 244 —

La ley procesal (artículo 198) erige en causal de nulidad la notificación, en forma no personal, del auto que fija día y hora para la celebración de la audiencia, así, como también el que ésta se realice en día y hora distintos a los señalados en aquel auto; el motivo de esta nulidad, como es obvio, se explica por cuanto se trata de actos encaminados a facilitar la preparación de las partes para la controversia pública en que se van a debatir los intereses esenciales del proceso, como son el delito y la responsabilidad y la suerte del procesado; y si la audiencia es el acto en que se concreta el juicio público,

es imprescindible que las partes sepan de antemano en qué hora de qué día ha de verificarse el juicio. (Casación Penal, Mayo 6 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 169, 1ª

NULIDADES (Por desintegración del jurado)

— 245 —

El retiro de un miembro del jurado después de suscrito y leído públicamente el veredicto, de haber concurrido a la audiencia desde su principio y participado en la deliberación secreta con los otros miembros del jurado, no implica desintegración del jurado ni juzgamiento por un jurado incompleto.. (Casación Penal. Junio 28 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 289, 1ª

NULIDADES (Por llamar a juicio por delito señalado en ley posterior al hecho)

— 246 —

Constituye nulidad del procedimiento conforme lo ha explicado la Corte, el llamar a responder en juicio por un delito que define y sanciona una ley posterior al acto que se imputa, como por ejemplo, por el delito de homicidio "que define y sanciona el Capítulo I, Título XV, Libro II del Código Penal vigente", cuando el homicidio se consumó antes de la vigencia de este Código, en lugar de hacerlo por las disposiciones legales que entonces definían y sancionaban dicho delito. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que en la sentencia se apliquen de preferencia las nuevas disposiciones legales si resultan más favorables para el procesado. (Casación Penal. Mayo 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 190, 2ª

NULIDADES (La pretermisión del reparto no es causal de nulidad)

— 247 —

La competencia que tiene un Juez para conocer de un negocio determinado no se deriva de la adjudicación que se le hace en la distribución entre los varios Jueces de igual categoría de un circuito, sino de tener el carácter de Juez y de ser el Juez que, en virtud de las normas que rigen la ordenación de la competencia (materia y territorio), puede conocer de tal negocio).

Desde este punto de vista, cualquier Juez del Circuito Penal de Sogamoso, fuere el primero o el segundo, podía haber sido el Jefe de Instrucción del sumario contra Vargas y asumirla sin incurrir en anomalía sancionable con nulidad; la habría habido si ese Juez, primero o segundo, asumiendo funciones de Juez Superior, hubiera calificado la investigación y fallado el proceso, o si otro Juez, como el de Circuito de Tunja, hubiera asumido el carácter de Jefe de Instrucción del sumario por delito cometido en territorio del Juez de Sogamoso. (Casación Penal. Junio 21 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 269, 1ª

NULIDADES (Error en cuanto, a la época en que se cometió el delito)

— 248 —

El error relativo a la época en que se cometió el delito, y que la ley sanciona mediante nulidad del proceso, se refiere a un período de tiempo más o menos largo dentro del cual se realizó la infracción y cuya imprecisión o fijación equivocada pueden acarrear consecuencias perjudiciales a las partes y al procesado mismo, como las que se derivarían para el valor de determinadas pruebas o para la oportunidad de la prescripción o para la aplicación de la ley. (Ca-

sación Penal. Junio 21 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 269, 2ª

NULIDADES

— 249 —

El error sobre el nombre o apellido del ofendido, para que funde la declaración de nulidad, debe —como en el caso de error sobre la época del delito— haber sido plenamente demostrado. (Casación Penal. Junio 21 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 270, 1ª

NULIDADES (El haberse notificado por edicto en vez de estado la providencia que declaró contraevidente el veredicto, no constituye nulidad)

— 250 —

La cuestión relativa al carácter formal del auto que declara el veredicto contrario a los hechos probados, y la relativa al sistema de su notificación, no afectan los presupuestos esenciales de dicha providencia ni menos del proceso: se trata de un típico auto interlocutorio que si dictado en segundo grado —como en el caso— sustituye una sentencia, sea que expresamente la revoque, sea que sólo ordene la convocatoria de nuevo jurado para que juzgue al procesado sin contravenir la verdad del proceso; su notificación, conforme a la ley, se hace mediante el sistema de estado, sin que el del edicto, aquí irregularmente adoptado, modifique el carácter jurídico del auto, con tanta mayor razón que la notificación se hizo personalmente al Fiscal y al defensor, aquí únicas partes del proceso, y sin que la del edicto, en vez de estado, configure nulidad alguna constitucional ni legal, ya que tales sistemas, en el proceso penal, son subsidiarios del personal, que fue el de preferencia aquí adoptado. (Casación Penal. Junio 24 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 280, 2ª

NULIDADES (Error relativo a la denominación jurídica del delito)

— 251 —

Sólo en la parte resolutiva del auto incriminatorio se define la naturaleza jurídica de la infracción, en su concepto genérico. Y es a ese error en la calificación genérica del delito al que se refiere la nulidad de que trata el artículo 198, numeral 8 del C. de P. P. Y ello. —como acertadamente lo dice el señor Procurador Delegado— por la sencilla razón de que ese planteamiento genérico del cargo en el auto de proceder es inmodificable en la sentencia, ya que la definición específica del hecho punible consignada en la parte motiva puede alterarse más tarde, bien en el término probatorio del juicio o bien en los debates del mismo, como puede también en los procesos con intervención del jurado, agregar el veredicto circunstancias distintas de las contenidas en el respectivo cuestionario que altere el cargo específico formulado en el enjuiciamiento. (Casación Penal. Junio 28 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 292, 2ª

OPCION Y PROMESA DE CONTRATO (Sólo generan obligación personal)

— 252 —

Cualesquiera que sean las diferencias existentes entre la opción y la promesa de contrato, ello es que ni la promesa ni la opción confieren derecho real sobre la cosa que constituye su objeto y que ambas generan tan sólo obligación personal cuyo incumplimiento puede dar lugar a los reclamos del caso y a las acciones correspondientes. (Casación Civil. Octubre 13 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 625, 1ª

OPOSICION (A la entrega de un bien que fue objeto de un litigio y de una sentencia)

— 253 —

Cuando el opositor a la entrega del bien sobre que versa una sentencia ejecutoriada, es causahabiente de la parte vencida en juicio, ya no tiene la calidad de tercero, porque entonces existe identidad jurídica entre éste y el litigante obligado a restituir el bien materia de la litis, conforme al artículo 474 del C. J. En tal caso no obra el fenómeno de la oposición, que se ha instituído para proteger el derecho de quien, habiendo sido extraño a la controversia judicial, no tiene por qué sufrir los efectos de un fallo ejecutoriado a espaldas suyas.

En tal virtud, la cosa juzgada opera tanto para la parte vencida como para sus causahabientes, quienes no gozan, por lo mismo, de privilegio alguno para hacer nugatorios los efectos de la sentencia definitiva.

La identidad jurídica entre las personas de los litigantes y sus causahabientes es un principio jurídico que impera en el derecho civil sustantivo y en el procesal, porque se encamina a garantizar la seguridad de los derechos y el respeto de las decisiones judiciales, las cuales, de no ser así, quedarían a merced de habilidosas maniobras y de fraudes de los litigantes que fracasaron en el pleito. (Casación Penal. Auto. Noviembre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) . . . .768, 1ª y 2ª

— P —

PARTE CIVIL (El ejercicio del poder por parte de su apoderado no está sujeto a los requisitos previos señalados en el artículo 108 del C. de P. P.)

— 254 —

Desde el momento en que el interesado en la indemnización de perjuicios civiles confiere poder para reclamarlos, cuando ese poder es aceptado y se presenta a la respectiva autoridad para su reconocimiento y éste se lleva a efecto por medio de una providencia en que se hace la declaratoria o reconocimiento de la personería, se fija la situación jurídica de la parte civil, en relación con las consecuencias del proceso.

El vínculo de parte civil en relación con las personas que intervienen en el proceso penal, no nace de la actuación cumplida con posterioridad al reconocimiento del poder, porque la circunstancia de que el demandante no haga uso de las atribuciones conferidas en el poder, no le quita el carácter de parte civil que le asigna la ley.

El Juzgado reconoció al doctor Zarama como apoderado de la parte civil y en el respectivo poder se encuentra la aceptación del mandato; si bien es verdad que no hay constancia de que el apoderado se hubiera posesionado del cargo, también es evidente que para el ejercicio del poder no es necesaria la posesión del abogado de la parte civil; esa posesión al tenor de lo dispuesto por los artículos 107 y 108, y demás disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal, es necesaria e indispensable, cuando se trata del apoderado que se constituye o que puede constituírse en el sumario, y para el defensor que se nombra o puede nombrarse de oficio en el curso del juicio.

La ley no exige la posesión del cargo de apoderado para el ejercicio de la acción civil, pues, este mandato se rige por las disposiciones del Código Judicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, y en la reglamentación de esa institución procesal, a ningún apoderado se le exige la correspondiente posesión para desempeñar o ejercer el respectivo poder. La circunstancia de no intervenir con posterioridad a la providencia por la cual se lo reconoce como apoderado de la parte civil, no es motivo legal para no de-

clarar el impedimento ya que la ley no subordina la causal de impedimento del numeral 4º del artículo 73 a la condición previa de una actuación del apoderado de la parte civil.

La designación de apoderado de la parte civil, no es una facultad que la ley le otorga al funcionario de instrucción o juez de la causa, como sí lo es el nombramiento de apoderado o defensor para el sumario y el juicio; lo primero, es un derecho consagrado por la ley en favor de la persona ofendida por el delito, hace referencia directa a la acción civil y el nombramiento de apoderado para tal fin se rige por las disposiciones del Código Judicial; lo segundo, es una facultad otorgada por la ley en favor del sujeto pasivo de la infracción, para cuyo caso su nombramiento se rige especialmente por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal; su aceptación es forzosa y la posesión se lleva a efecto para que en virtud del juramento prestado cumpla con los deberes que le incumben de asistir al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley y lo represente en todos los demás actos del proceso.

Esperar a que la parte civil actúe dentro de las diligencias procesales, es retardar la calificación de un impedimento, que —posteriormente— debe hacerse, con perjuicio de los intereses de la administración de justicia. La aceptación de un poder para representar a la parte civil supone un estudio detenido del proceso y un arreglo previo de honorarios, y dentro de estas circunstancias, es presumible que el apoderado emita su opinión en relación con los intereses a él confiados, y es natural, que, en estas condiciones subsiste siempre un impedimento, que puede ser alegado bien sea por la persona impedida o por el procesado o su defensor o apoderado en cualquier momento del juicio, y para evitar estas posibles dilaciones dentro de la administración de justicia, cuando se tiene conocimiento de un impedimento de esta naturaleza, lo más práctico, lo más acorde con los intereses de la justicia, es el reconocimiento de dicho impedimento. (Casación Penal, Julio 8 de 1949. Tomo LXVI. 2075-2076) ..... 420, 2ª y 421, 1ª

PENAS (Sistema de la acumulación jurídica)

— 255 —

En el sistema de la acumulación jurídica (que adopta el artículo 33 del C. P.), no se tiene en cuenta ni el tiempo ni la especie de pena aplicable al delito menos grave, sino que, en virtud de una ficción legal, se le aplica la sanción señalada para el más grave aumentada en la medida y proporción que fija el sistema (hasta otro tanto). (Casación Penal. Mayo 28 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 217, 1ª

PENAS (Cuándo hay lugar a la conversión de penas)

— 256 —

La Corte había sentado la tesis de que la conversión de que habla el artículo 60 del C. P. sólo operaba en el caso de reprimir varios delitos en concurso sancionados con pena de distinta clase, puesto que el mismo código quebranta el mínimo señalado en el artículo 45.

Pero cabe observar a esa doctrina que no es aquél precisamente el caso indicado para que la conversión opere, como que la sanción aplicable entonces es la correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, se entiende que con pena de la misma calidad y además la conversión que en un momento dado aumenta la cantidad al cambiar, por ejemplo, presidio por prisión, permite conceder beneficios como la condena

condicional. Ocurrencias en que cabe tener en consideración el citado artículo 60. (Casación Penal. Julio 6 de 1949. Tomo LXVI. 2075-2076) .....414, 1ª y 2ª

PERITAZGO (Apreciación de los dictámenes por el Juez)

— 257 —

A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.); pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el últimamente practicado por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos si llega a estimar que carecen de debida fundamentación. (Casación Civil. Agosto 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....372, 1ª

PERITAZGO

— 258 —

También cuando los llamados a cooperar en la investigación de cuestiones sometidas a la justicia, al evacuar su cometido lo hacen apoyados en lo que presumen, infieren, juzgan o deducen, y no en principios inconcusos de su ciencia o profesión, la ley les admite sus exposiciones y quiere que se tengan como experticias. Pero a tales exposiciones, como producto que son de un proceso mental, las subordina a la apreciación del juez de la causa. En otros términos: la ley les da entrada a la presunción, inferencias, juicios y deducciones de los expertos, pero al juez le asigna la muy delicada función de hacer el análisis de todo ese proceso. Por el tamiz de la crítica del juez han de pasar entonces: "la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes, y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Tal es el meollo y el espíritu de la disposición contenida en el artículo 723 del estatuto de procedimiento civil. En la exposición de motivos de la Comisión que lo redactó se lee: "El proyecto acepta la doctrina consignada en el artículo 80 de la Ley 105 de 1890, que le da fuerza obligatoria al dictamen pericial en el pleito en que se produce, porque hemos considerado en atención a los constantes y graves errores en que se suele incurrir en materia de inferencias y presunciones, por extraordinaria que sea la competencia del perito, que dicha regla aplicada en toda su amplitud daría lugar a fallos desacertados e injustos, en lo cual está de acuerdo la opinión casi unánime de distinguidos magistrados y eminentes jurisconsultos".

El artículo de la ley 105 citada —que en su esencia quiso acoger la comisión, y que el legislador de 1931 prohijó— usa del término **inconcuso**, que equivale a evidente, palmario, firme o que no da lugar a duda ni contradicción.

Adviértese así que los dos estatutos de procedimiento nombrados están de acuerdo en establecer que al esclarecimiento de los hechos fundamentales de una demanda pueden cooperar peritos: unas veces lo harán exponiendo en forma magistral y decisiva, vale decir, como expositores, de lo que la ciencia ha definido. La ley en tal evento le rinde pleitesía a la ciencia. Y, si por querer de las partes solamente un perito ha inter-

venido, el único dictamen de éste basta para tener como definida la cuestión de hecho. Si más de uno ha intervenido, la ley exige uniformidad en la exposición.

Puntos habrá de los sometidos al debate judicial en que los llamados a dictaminar sobre hechos o cosas, no pueden hablar como expositores o maestros, sino que debiendo discernir sobre tales cosas o tales hechos, tendrán que conocerlos, analizarlos, inquirir por sus causas y medir y pesar sus efectos, para así estar en capacidad de pronunciar un veredicto sobre ellos. Esa serie de operaciones que en tal caso tiene que realizar el perito para formarse un juicio y sacar deducciones, tiene que someterse al conocimiento del juez de derecho. Aquí ya entra a actuar éste como crítico, en ejercicio de la función de que se ha hablado atrás. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) .....569, 1ª y 2ª

PERJUICIOS

— 259 —

No cabe imaginar siquiera que el no llamar doctor a una persona pueda ser causa de perjuicios, y mucho menos que tal omisión pueda ser culpable.

Con sobrada razón dice el fallo del **a quo**:

"El ejercicio de la profesión de abogado constituye una función social (artículo 1º, Ley 67 de 1935), que sólo podrán ejercer aquellos abogados que tengan título profesional. Estas normas legales protegen el ejercicio de dicha profesión, mas no obligan al Estado, ni a persona alguna, a dar el título de doctor a la persona que haya recibido la investidura de abogado. Garantizan el ejercicio de la profesión, pero no erigen en obligación civil la norma de urbanidad que aconseja referirse a las personas por el título que se les haya discernido". (Negocios Generales. Julio 22 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) .....534, 1ª y 2ª

PERJUICIOS (No hay lugar a indemnizar

— 260 —

los originados en el incumplimiento de un contrato nulo)

Si conforme a la ley el contrato de sociedad de responsabilidad limitada celebrado sin las formalidades o requisitos establecidos por el Código de Comercio para las sociedades colectivas, adolece del vicio insubsanable de nulidad absoluta entre los socios, éstos no quedaron jurídicamente obligados a cumplirlo, por lo cual su incumplimiento por parte de los mismos no puede originar derecho para reclamar y obtener indemnización de perjuicios contractuales. Si la obligación contractual no ha nacido legalmente, por ser absolutamente nula, carece de antecedente necesario el deber de indemnizar perjuicios de esa índole, pues es sabido que sin contrato no hay responsabilidad contractual.

La ausencia de la forma solemne requerida por la ley genera, como consecuencia, que el acto o contrato no produzca ningún efecto civil, conforme lo estatuye expresamente el artículo 1500 del C. C., y que debe tenerse como despojado de toda capacidad vinculante entre quienes concurrieron a formarlo, fuera de la de obligarlos al otorgamiento de la escritura pública, pero esto antes de que la sociedad diera principio a sus operaciones (artículo 466 del C. de Co.). (Casación Civil. Noviembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 653, 1ª

PERJUICIOS (Para que haya lugar a indemnización por culpa contractual debe probar el actor que el incumplimiento los ha causado)

— 261 —

La Corte ha estimado estrictamente lógico que para condenar a indemnización de

perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte contratante y no sería lógico condenar a indemnización de perjuicios inexistentes.

El juzgador no tiene por misión repetir lo que dicen las leyes, sino aplicarlas y obedecerlas. Si una disposición legal establece en principio un derecho a indemnización, el respectivo fallo no puede limitarse a recordar que la ley así lo establece, sino que para darle contenido y eficacia en el respectivo litigio, tiene que pronunciar la consecuencial condena, y como ésta forzosamente necesita sobre qué recaer, el actor debe suministrar este elemento, esta base **sine qua non.** (Casación Civil. Octubre 13 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 625, 2ª

PERJUICIOS (Límites de la indemnización)

— 262 —

En todos los tiempos han entendido los legisladores y los doctrinantes que la reparación por daños no se puede salir de los límites que marca la equidad. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 589, 1ª

PERJUICIOS (Los causados por la muerte de una persona pueden reclamarlos no sólo los herederos y parientes de ésta)

— 263 —

Los artículos 2341 y 2356 del C. C. no exigen que cuando el daño proviene de la muerte de una persona sólo puedan ser damnificados los parientes de la víctima, sino que dan derecho a cobrar la indemnización a todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño. El perjuicio material, el accidente que causa la muerte de una persona y que da lugar a la indemnización de perjuicios, no puede considerarse como un bien patrimonial del muerto, por cuanto la muerte no tiene eficacia para acrecentar el patrimonio del fallecido. Entonces son las personas que por vivir directamente del esfuerzo del muerto o por derivar utilidad cierta y directa de sus actividades tienen el derecho, la personería y la acción para reclamar la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas. Generalmente las personas que sufren el perjuicio son las ligadas con el fallecido por vínculos muy próximos de consanguinidad o por el vínculo del matrimonio, lo cual es muy razonable y no da lugar a dificultades, pero esto no quiere decir que por este motivo deba demandarse la indemnización para la herencia o para la sociedad conyugal disuelta, porque, como ya se expresó, ni el accidente, que se traduce en indemnización, ni las consecuencias de aquél, entran en el patrimonio del **de cujus,** y quienes sufran el perjuicio actual y cierto son en cada caso determinadas personas únicamente a quienes aprovecha la vida del fallecido, porque su actuación o actividad se traducía en pro de ellas, a veces por el mismo imperio de la ley, por concepto de alimentos, educación, estableciemto, etc. (Negocios Generales. Julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) .527, 2ª

PERJUICIOS CIVILES

— 264 —

Al disponer el artículo 2356 del Código Civil que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, ex-

tiende la reparación no sólo al daño pecuniario por menoscabo de la hacienda, sino también al daño causado por ofensa en la honra o dignidad personal, y al que le cause molestia o dolor por obra de malicia o negligencia del agente. Todo derecho lesionado requiere una reparación necesaria para conservar la armonía social. Esta doctrina la ha venido sentando la Corte desde hace ya mucho tiempo. (Negocios Generales. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....803, 1ª

PERJUICIOS MORALES

— 265 —

Consisten los perjuicios morales —según lo entiende la jurisprudencia— en el "ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas. Se aprecian bajo el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima del accidente. Su demostración, como en el caso **sub lite** puede aceptarse por medio de una presunción simple fundada en los vínculos familiares acreditados plenamente. La presunción en esta forma, tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del C. Judicial". (Sentencia de la Sala de Negocios Generales. Septiembre 27 de 1946). (Negocios Generales. Agosto 31 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).
858, 1ª

PERJUICIOS MORALES OBJETIVADOS

— 266 —

Los perjuicios morales objetivados hácense derivar ciertamente del estado de ánimo; pero en donde se les busca repercusiones es en las actividades productivas del ser que los sufre. Se dice que por causa del quebranto de ánimo el patrimonio material del paciente sufre mengua o menoscabo. Pónese como ejemplo el del profesional que por la rudeza del golpe, sufrió incapacidad. (Negocios Generales. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 803, 2ª

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS
(Caso de la muerte del cónyuge)

— 267 —

Es natural suponer que quien se ve privado de una manera trágica del cónyuge o compañero aceptado para compartir las alternativas de la vida, siente en su ser interior una pena muy grande. Por eso la Corte, en repetidas sentencias, ha convenido en reconocerle al cónyuge que ha pasado por esa pena el derecho al máximo de la indemnización prevista en el artículo 95 del C. Penal. (Negocios Generales. Agosto 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....815, 2ª

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS
(Límite de la indemnización por este concepto)

— 268 —

Jurisprudencias repetidas de la Corte han asentado la doctrina de que el artículo 2341 del C. Civil no hace distinción respecto de las clases de daño que está obligado a reparar aquel que ha cometido delito o culpa, y que se ve por ello obligado a indemnizar. La generalidad de la disposición le da entrada a la acción indemnizatoria por perjuicios morales. La misma jurisprudencia ha sostenido que por perjuicios morales deben entenderse todos aquellos que afectan la fama, la buena reputación, la tranquilidad, etc., o sea cuanto constituye el patrimonio moral de las personas.

Pero la misma jurisprudencia ha encontrado en el artículo 95 del Código Penal una

pauta reguladora de la cuantía de esa indemnización. Si fuera a señalarse el **proetium doloris,** sería ello poco menos que imposible, pero como alguna reparación debe tener quien lo sufre, ha creído el Legislador prudente señalar una cantidad hasta la cual puede hacerse el reconocimiento. (Negocios Generales. Agosto 11 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) .....815, 1ª y 2ª

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS (Pueden demostrarse su extensión y cuantía)

— 269 —

En reciente sentencia (septiembre 27 de 1946) trató la Corte (Sala de Negocios Generales) de los perjuicios morales subjetivos para decir que no obstante la naturaleza de tales perjuicios, su extensión y cuantía sí pueden demostrarse. Ellos consisten a veces en el ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas, pero deben ser ciertos y personales. "Se aprecian desde el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos familiares acreditados plenamente. La presunción, en esta forma tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del Código Judicial. La regulación del **proetium doloris** en una cifra numérica está subordinada a la pauta que se traza en el artículo 95 del Código Penal, según lo ha resuelto reiteradamente la Corte Suprema por medio de sus Salas de Casación Civil y Negocios Generales. (Negocios Generales. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 803, 1ª

PERSONERIA (No es necesario demostrar en juicio la de las entidades de derecho público ni la de sus representantes)

— 270 —

Cuando se adelanta un juicio por o contra la Nación, un Departamento o un Municipio, no es necesario acreditar la personería jurídica de esas entidades, porque ellas son personas jurídicas por disposición expresa de la ley (artículo 80 de la Ley 153 de 1887), la que deben conocer los jueces.

Tampoco es necesario en estos casos que se acredite la calidad de representante que de una de esas entidades, demandante o demandada en el juicio, tiene determinada persona, porque la ley no presume la usurpación de funciones, y corresponde, en consecuencia a quien alega la usurpación del título, suministrar la prueba de este hecho. (Negocios Generales. Auto. Agosto 12 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 819, 1ª

PERTURBACION FUNCIONAL

— 271 —

La sanción prevista en el artículo 374 del Código Penal se aplica en dos casos diferentes: primero, cuando la lesión produce una perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, y segundo, cuando la lesión produce una perturbación funcional permanente; en estos casos, no es indispensable que la lesión afecte todo el órgano o miembro en su sentido integral o completo; puede que las consecuencias de la lesión lo afecten en una sola parte, para que se imponga la correspondiente sanción; porque las expresiones órgano y miembro en el sentido en que se usan en el derecho penal, hacen referencia a la función que el órgano o miembro desempeña, y no al sentido anatómico que les asigna y emplea la medicina legal.

Así pues, si la lesión afecta alguno o algunos de los elementos anatómicos que integran el órgano, y, como consecuencia de ello, limita la función y el ejercicio propio de la actividad fisiológica del mismo, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374 del Código Penal, aunque el conjunto de tejidos de que se halla integrado el órgano o miembro

no esté afectado en su totalidad sino parcialmente. (Casación Penal. Mayo 11 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 179, 2ª

Nota: uno de los Magistrados salvó el voto y sostuvo que el precepto del artículo 374 del C. P. sólo es aplicable cuando se trata de perturbación funcional grave. (Véase T. LXVI. 2073-2074, 181).

El Relator

PERTURBACION PSIQUICA Y PERTURBACION FUNCIONAL (Sanciones aplicables en estos casos)

— 272 —

Los conceptos de perturbación psíquica transitoria y perturbación funcional de un órgano o miembro no son idénticos: el primero, hace referencia propiamente al conjunto de facultades mentales, memoria, entendimiento y voluntad; el segundo, hace referencia a las funciones materiales que prestan los órganos anatómicos de que disfruta la persona humana.

Cuando la lesión produce una perturbación psíquica transitoria, el hecho se sanciona por la disposición del artículo 373 del Código Penal, y cuando el hecho produce una perturbación funcional transitoria cae bajo la sanción del artículo 374 de la misma obra.

Pero la aplicación de estos preceptos no está subordinada por mandato legal a que la perturbación psíquica o la perturbación funcional transitoria "sean de larga duración", sino al hecho básico o fundamental de que la lesión produzca cómo consecuencia natural una perturbación psíquica o una perturbación funcional transitoria del órgano o miembro. Es claro que cuando la perturbación no va más allá de la incapacidad puede confundirse con ésta, y en este caso, la norma aplicable sería la que rige la naturaleza y consecuencia del hecho mismo. Pero cuando esa perturbación se prolonga más allá de la incapacidad, por interpretación benigna, no puede reemplazarse en la imposición de la sanción una pena con otra, sino que debe darse aplicación estricta a las disposiciones que contemplan los casos de perturbación funcional transitoria o permanente, según el caso. (Casación Penal. Julio 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 406, 2ª

Nota: uno de los Magistrados salvó el voto y sostuvo que "si la perturbación transitoria no es grave, no ha de imponerse la pena señalada en el artículo 374, que es de dos a cinco años de presidio, sino la del artículo 372, en el inciso que corresponde a la duración de la perturbación después de la incapacidad para trabajar. Más claro, que si la perturbación no es grave, ha de considerarse como una prolongación de la incapacidad". (Véase T. LXVI. 2075-2076, 408).

El Relator

PETROLEOS

— 273 —

Reiteradamente ha dicho la Corte: "Lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto".

Faltando esta identificación, no es necesario estudiar la eficacia de los títulos presentados por el avisante. (Negocios Generales. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 799, 1ª y 2ª

PETROLEOS

— 274 —

Según lo establece el artículo 10 de la ley 160 de 1936, son de propiedad particular los

petróleos adjudicados como minas durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912, artículo que estuvo vigente desde el 23 de noviembre de este año hasta el 15 de noviembre de 1913, fecha en la cual fue sancionada la ley 75 del mismo año, por medio de la cual se derogó expresamente el artículo 112 de la ley 110 de 1912. (Negocios Generales. Agosto 26 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 848, 1ª

PETROLEOS

— 275 —

En fallo de 5 de agosto de 1942, la Sala de Negocios Generales dejó establecido cómo, pese a la aparente contradicción existente entre las leyes coloniales en materia de prescripción, en realidad dichas leyes nunca dejaron de reconocer la prescripción derivada de la explotación económica de las tierras. (Negocios Generales. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 792, 2ª

PETROLEOS

— 276 —

No podían ser dueños de un terreno, para los efectos de la cesión del subsuelo petrolífero, hecha por los Estados Soberanos con anterioridad a la expedición del Código Fiscal de la Nación de 1873, quienes ostentaban en su favor simples títulos traslaticios entre particulares, si ese terreno no había salido del dominio de la Nación por cualquier medio legal. Así lo entendió ya la Corte en fallo de 26 de agosto de 1921, al cual pertenece el siguiente aparte:

"Se dice también que bajo el régimen federal la Nación no podía legislar libremente sobre las minas que estuvieran en los terrenos baldíos de su propiedad. Aun en este supuesto, el estudio del artículo 1126 del Código Fiscal nacional en relación con las leyes locales de los Estados demuestra que no existe conflicto en lo que atañe a las minas distintas de las piedras preciosas y las de metales, ya que aquéllos reconocieron al dueño del suelo la propiedad de esas minas, y dueña del suelo era la Nación con respecto a los baldíos no cedidos a particulares por adjudicaciones o por leyes especiales".

Además, acorde con la anterior interpretación y con la que prevaleció en las encuestas y debates que precedieron a la Ley del Petróleo —la 37 de 1931— hoy ese punto está definido por el artículo 10 de la ley 160 de 1936, que dice:

"Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos 1° y 2° del artículo 6° de la presente ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal". (Negocios Generales. Mayo 5 de 1949 T. LXVI 2073-2074) ..... 311, 2ª y 312, 1ª

PETROLEOS (Desistimiento del proponente)

— 277 —

Como ya lo ha decidido la Corte en casos similares, el desistimiento del proponente entraña la desaparición del interés de la parte que iba a contratar con la Nación, de tal suerte que la tramitación judicial posterior a ese desistimiento no realizaría la finalidad de las leyes del petróleo.

Es, pues, el caso de admitir la solicitud del Ministerio del ramo en el sentido de que se devuelva el expediente a la oficina de su origen, por haber cesado el motivo de estudio de la propuesta por parte de esta Corporación. (Negocios Generales. Auto. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 781, 2ª

PETROLEOS (Exequibilidad de los artículos 5º y 7º de la Ley 160 de 1936)

— 278 —

(Sala Plena. Junio 3 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 3, 2ª

POSESION MINERA

— 279 —

La posesión regular minera se adquiere por la expedición del título, se constituye y conserva con el pago oportuno de los impuestos fiscales, y se pierde por dejarlos insolutos; la posesión ordinaria se origina en el aviso de la mina, o en su ocupación exenta de violencia o clandestinidad, de lo cual son ejemplos los casos previstos en los artículos 4º, 5º y 310 del Código de Minas.

Toda posesión que no sea regular se pierde por desamparo de la mina, a excepción de la ordinaria adquirida por el descubridor o restaurador al dar el aviso de que tratan los artículos 8º, 79, 346 y 347 ibídem, la cual sólo se pierde por la omisión del denuncio, o de las diligencias a que se refiere el artículo 118 en el evento previsto por los preceptos de los artículos 312 y 313. (Casación Civil. Junio 20 de 1949. T. LXVI .2073-2074) ... 117, 1ª

PRESANIDAD (Prueba de ella, en relación con el homicidio)

— 280 —

Si la presanidad, tratándose de la prueba del homicidio, se refiere al goce pleno o limitado de la vida; no es lógica la conclusión de que tal prueba falte porque antes de la lesión mortal el occiso hubiera sufrido otras que, como en este caso, no pueden ligarse, con relación de causalidad, a su muerte. (Casación Penal. Mayo 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 187, 1ª

PRESCRIPCION (Por este modo no se puede ganar el derecho a elegir y a ejercer profesión)

— 281 —

Dice el art. 2518 del C. C. que "se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales" y los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados; el derecho a elegir y a ejercer profesión no es bien corporal, ni está en el comercio humano, ni figura entre los derechos reales no exceptuados de la prescripción, luego ese derecho no se puede ganar por el modo solicitado.

Para dar por evidenciada la segunda proposición precedente, basta observar que los derechos de elección y de ejercicio de profesión son de naturaleza incorporal y que no están en el comercio humano porque no son susceptibles de cambiar de beneficiario o dueño, pues son derechos personalísimos e intransmisibles por acto entre vivos o por causa de muerte. (Negocios Generales. Octubre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 866, 1ª y 2ª

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

— 282 —

Interrumpida la prescripción de la acción penal por el auto de proceder, ella se consuma si después de la fecha en que quede ejecutoriado, transcurre nuevamente un tiem-

po igual al que la ley señala para que se opere tal fenómeno sin que en el proceso se dicte sentencia condenatoria. (Casación Penal. Auto. Julio 26 de 1949. T. LXVI 2075-2076) 455, 2ª

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL
(En qué momento se interrumpe si contra el auto de proceder se interpone apelación)

— 283 —

Cuando un auto de proceder es apelado, el momento que debe tomarse en cuenta para considerar interrumpida la prescripción de la acción penal y para computar el nuevo lapso para que ésta se consume, es la fecha en que quede ejecutoriada la providencia en que el superior decide de la apelación interpuesta. (Casación Penal. Auto. Julio 26 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 455, 2ª

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL
(Providencia que debe dictarse para declararla)

— 284 —

Al decidir de la prescripción de la acción penal, en la providencia en que tal cosa se haga, debe no sólo declararse que ha ocurrido este fenómeno, sino también ordenarse "cesar todo procedimiento contra el reo", porque la acción no puede proseguirse, como lo ordena el artículo 153 del C. de P. P. (Casación Penal. Auto. Julio 26 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 455, 2ª

PRESCRIPCION ORDINARIA Y PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

— 285 —

La prescripción con que se adquiere el dominio de las cosas se divide en ordinaria y extraordinaria. El Código Civil sienta reglas o principios generales aplicables a las dos clases de prescripción y especiales para cada una de ellas. Entre las primeras pueden citarse las siguientes: tanto la ordinaria como la extraordinaria constituyen un modo originario de adquirir; por medio de ambas se puede ganar el dominio de las cosas corporales raíces o muebles y los otros derechos que no están especialmente exceptuados; en ambas se requiere, además, que se trate de cosas prescriptibles; que se hubiere ejercido la posesión de éstas y que esa posesión haya sido ininterrumpida durante cierto tiempo.

Fuera de esás reglas comunes a toda prescripción, la ordinaria necesita la concurrencia de los siguientes requisitos especiales: posesión regular y transcurso de tres años para los muebles y de diez para los inmuebles.

Y como la posesión regular es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, la prescripción en cuestión requiere además: 1º La existencia de justo título, ya sea constitutivo o traslaticio de dominio, y siendo uno de esta última especie, es necesaria también la tradición de la cosa, la que, cuando se trata de inmuebles, sólo se realiza plenamente con el registro del título y con la entrega material de la cosa, por lo cual, en materia de esta clase de bienes, para la prescripción ordinaria es de rigor la concurrencia de la posesión inscrita y de la material; y 2º La existencia de la buena fe, que por lo general se presume, aunque apenas concurra en el momento de adquirir la posesión.

En cambio, para ganar el dominio de las cosas por medio de la prescripción extraordinaria, se requiere simplemente la posesión material ininterrumpida por espacio de treinta años, los que, a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936, han quedado reducidos a veinte. En ese modo de adquirir no es necesario título alguno y se presume de dere-

cho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; pero la existencia de un título de mera tenencia hace presumir mala fe y no da lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1ª Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años (o veinte) se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción, y

2ª Que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

De lo dicho se desprende que entre esas dos clases de prescripción cabe hacer, entre otras, las siguientes distinciones:

1ª La ordinaria requiere la existencia de un título constitutivo o traslaticio de dominio y que ese título sea justo, y para la extraordinaria no es necesario título alguno;

2ª La primera exige buena fe, y ésta se presume legalmente, lo que significa que admite prueba en contrario; en la segunda esa buena fe se presume de derecho, lo que quiere decir que no admite prueba en contrario, salvo en el caso excepcional de que ya se habló;

3ª En la ordinaria, cuando se trata de inmuebles y el título que se invoca es traslaticio de dominio, se exige la concurrencia en cabeza de quien la alega, de la posesión inscrita y de la material por el término legal, y en la extraordinaria basta sólo la posesión material durante el lapso de treinta años. (Casación Civil. Julio 18 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) ..... 347, 1ª y 2ª

PRESENTACION PERSONAL (No puede hacerse ante Notario)

— 286 —

La presentación personal ordenada por el artículo 359 del C. J., no puede hacerse válidamente ante un Notario, porque conforme a la mencionada disposición, ella debe hacerse ante un juez o ante una autoridad de orden político de la residencia del que suscribe el escrito, y es evidente que los Notarios Públicos no tienen carácter de jueces ni son autoridad de orden político (Casación Penal. Auto. Julio 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 460, 1ª

PRESUNCION DE CULPABILIDAD (Cuándo no opera)

— 287 —

Como lo ha explicado la jurisprudencia la presunción de culpabilidad que se deduce del texto del artículo 2356 del C. C., no es aplicable en favor de la víctima y en contra del patrono o empresa, aunque se trate de un daño que se ha causado en desarrollo de una actividad que es de suyo peligrosa, cuando la víctima no es un tercero extraño a ella, como ocurre en el caso del dependiente, empleado u obrero, respecto de la empresa por cuenta de la cual trabaja. En estos casos no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de que **actori incumbit probatio.** (Véase sentencia de 8 de noviembre de 1944. G. J. Tomo LVIII, página 730 y siguientes).

Pero es claro que a la enunciada tesis jurisprudencial no puede dársele un alcance generalizado, para extenderla a todos los casos en que existe una relación de dependencia entre la víctima, empleado u obrero, y la empresa que ejercita o explota una actividad de índole peligrosa, atendiendo para ello a la mera circunstancia de existir aquella relación, pues es indispensable, además, que el empleado u obrero, por razón de las funciones de su oficio, tenga ingerencia directa, total o parcial, en el manejo de la propia actividad que causa el daño, a fin de que así pese sobre él de igual suerte que sobre la empre-

sa misma, la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños a la empresa, a terceros y a sí mismo. Un ejemplo aclarará mejor los límites de aplicabilidad de esta tesis: en el descarrilamiento de un ferrocarril en marcha, el maquinista que dirige y controla la máquina, si resulta lesionado en el accidente, no podrá invocar en su favor y en contra de la empresa el artículo 2356 del C. Civil, para obligarla a indemnizarle los perjuicios que haya sufrido. A este efecto, necesita, por el contrario, dar la prueba del hecho concreto constitutivo de culpa. En cambio, el chequeador de tiquetes, el empleado encargado del restaurante o la despensa, o el contabilista, que tienen funciones naturalmente ajenas al manejo, control y dirección de la máquina sí pueden alegar útilmente en su favor y en contra de la empresa la presunción de culpa del artículo 2356 citado. (Casación Civil. Mayo 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) ..... 81, 1ª y 2ª y 82, 1ª

PRESUNCION DE CULPABILIDAD
(Cuándo no obra)

— 288 —

Es indudable que la acción de responsabilidad civil extracontractual de que tratan los artículos 2341 y 2356 del C. C. se puede ejercer, de acuerdo con la doctrina de los artículos 2347 y 2349 ibídem, contra el autor del acto culposo o contra la persona a cuyo cuidado o bajo cuya dependencia se encontraba aquél. También es doctrina de la Corte que el artículo 2356 del citado Código suministra base suficiente de presunción de culpa, contra quien realiza actividades peligrosas, como son el transporte, la aviación, la navegación, etc.; y que por virtud de la presunción legal que exime de la carga de la prueba a la parte en cuyo favor obra la presunción, el actor queda relevado de probar la existencia de la culpa que dio origen o que causó el daño cuya reparación se demanda. La presunción de culpa en las citadas acciones se apoya en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo no puede tenerlo debido a la posición que ocupaba cuando la sorprendió el hecho lesivo y era completamente ajena y extraña a la ejecución de ese hecho.

Pero cuando la persona que sufre el daño es el empleado o dependiente a quien se le ha encomendado la dirección o quien con tal carácter interviene en el manejo de la cosa dañosa, desaparece la presunción de culpa que en otras circunstancias, como ya se deja dicho, obra contra el dueño o empleador, porque estando el operario obligado para con aquél a cumplir correctamente la función que le ha encomendado, sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia necesarios para evitar no solamente que la cosa que maneja u opera cause daños, como lo estaría el mismo dueño si él fuera el operario, sino de cuidar también de la conservación de la cosa, impidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore. Por tanto, si la persona que se halla en posición de dependiente se causa un daño cuando por cuenta del dueño o patrono acciona sobre la cosa que dirige o ayuda a manejar, no puede presumirse culpa en el empleador para el efecto de exigirle responsabilidad aquiliana, porque tiene como aquél, en su caso, la obligación de conducir con cuidado y diligencia, que, se repite, el accidente se considera como hecho propio del cual tiene que sufrir sus consecuencias. En semejantes circunstancias es indispensable, para la prosperidad de la acción probar que el hecho dañoso no es el resultado o consecuencia necesaria de actos u omisiones del empleado equivalentes a culpa. (Negocios Generales. Julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 528, 2ª

PREVARICATO

— 289 —

Que un Juez diga que ha complacido a un abogado no quiere decir que tal cosa la haya realizado contra la ley, con un acto expresa o manifiestamente injusto, pues que ha podido ser perfectamente ajustado a las disposiciones legales. Esas frases no demuestran, por tanto, por sí solas una inteción ilícita por parte del funcionario, de que hubiera cumplido un acto por simpatía a uno de los interesados, o anidmarversión hacia otros. (Casación Penal. Auto. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 473, 1ª

PREVARICATO

— 290 —

Si la obligación impuesta a los funcionarios por los artículos 174 del C. P. y 10 del C. de P. P. está sujeta al criterio que ellos tengan sobre la ilicitud del hecho, ninguna responsabilidad puede deducírsele a quien, honradamente, yerra en la apreciación sobre su legalidad o ilegalidad, pero este criterio del funcionario se halla, a su vez, sujeto a revisión por parte de otro funcionario. (Casación Penal. Auto. Julio 19 de 1949. T. LXVI 2075-2076) 448, 2ª

PREVARICATO

— 291 —

Podrían ser jurídicamente discutibles los argumentos que el Juez sindicado adujo para dictar la providencia por medio, de la cual él concedió la libertad a dos procesados, por considerar que los elementos probatorios allegados hasta entonces no reunían los requisitos legales necesarios para sostener la detención antes decretada por otro funcionario instructor, hecho por el cual se inició contra él la investigación. Mas la circunstancia de provenir de una apreciación subjetiva del fallador implica la imposibilidad de señalar responsabilidad penal en ese hecho, a menos que surja materia relativa a que su actuación hubiese obedecido a motivos que sitúen esa conducta dentro de específicas manifestaciones de prevaricato porque no se debió el proceder del funcionario a un equivocado o erróneo criterio de apreciación, sino a un interés injusto o contrario a la ley, a sabiendas de ello y determinado por móviles de simpatía o de animadversión bastantes para señalar su responsabilidad por aquel carácter. (Casación Penal. Auto. Noviembre 4 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ... 747, 2ª

PREVARICATO **(No funda presunción de que el inferior prevaricó al dictar una providencia, el hecho de que ella sea revocada)**

— 292 —

La institución de las instancias no tiene por objeto corregir los abusos delictuosos de los funcionarios, sino simplemente enmendar sus posibles errores. Pensar de otra suerte sería partir de la presunción de que los jueces proceden siempre de mala fe, cuando es la contraria la que, si ampara a todos los hombres, debe cobijar con mayor eficacia a los administradores de justicia, en razón, precisamente, del alto y delicado ministerio que ejercen. (Casación Penal. Auto. Septiembre 13 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 668,1ª

PREVARICATO (La disparidad de criterio entre superior e inferior no es por sí misma constitutiva de delito)

— 293 —

Las apreciaciones jurídicas que un funcio-

nario haga sobre la prueba allegada al proceso, no están sujetas o subordinadas al criterio o concepto que de ellas tenga el inferior; precisamente, para garantizar los derechos de las partes es por lo que la ley ha establecido los recursos o el principio de las instancias en los procesos penales en relación con los autos que dicte el funcionario investigador o el juez de la causa.

Si esas providencias fueran inmodificables en cuanto a los hechos y valoración de las pruebas tendientes a demostrarlos, los recursos de apelación y consulta no tendrían razón de ser, porque el Superior que conoce del proceso por cualesquiera de estos recursos no podría modificar lo resuelto por el inferior, es decir, el criterio del Juez **a quo** sería omnímodo y absoluto, pues, en esta forma, desaparecerían automáticamente los fines esenciales para los cuales se instituyeron los recursos y las respectivas instancias dentro del proceso.

La circunstancia de que el Superior no comparta las razones o motivos que sirvieron de fundamento a una providencia dictada por un funcionario inmediatamente inferior, no es un acto constitutivo de delito, porque en la interpretación de los textos legales, la ley confiere amplia facultad al juzgador para apreciar los hechos y valorar las pruebas. Bien puede suceder que el inferior hubiera interpretado erróneamente los hechos o le hubiera dado a la prueba un valor que no tenía, y que al ser examinados por un funcionario distinto de aquel que dictó la primera providencia encuentre que hubo equivocación o mala apreciación de ellos; entonces el deber del superior frente a la ley, es el de corregir esos errores para cumplir con una de las finalidades primordiales del recurso, sin que esa facultad de apreciación, cuando se halla respaldada en las constancias procesales, pueda originar un acto constitutivo de delito alguno. (Casación Penal. Septiembre 12 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) ..... 662, 2ª y 663, 1ª

PROCESO PENAL (Principios que se derivan de la índole de este proceso)

— 294 —

Los expositorse del derecho procesal clásicos y modernos (Carrara, De Marsico, Sabatini, Beling y Goldschmidt), no discrepan en lo sustancial respecto a la índole y contenido del proceso penal moderno, que es —según ellos— controversia entre órganos representativos de intereses sociales: el Ministerio Público, del interés de la sanción, y el defensor, del interés de la inocencia, y entre los cuales la paridad de facultades procesales es —además— un corolario derivado del sistema acusatorio acogido en el mixto, predominante en las leyes procesales modernas.

De la índole misma del proceso derivan algunos principios ya incorporados en tales leyes, a saber: el de que la defensa, por ser institución de Derecho Público, es irrenunciable y de obligatorio ejercicio por lo tanto; el de que el Estado debe dictar normas sobre las condiciones que garanticen la idoneidad de los encargados de la defensa; el de que la función de la defensa es cargo de aceptación forzosa y su incumplimiento sancionable disciplinariamente, y, como consecuencia, el de que la falta de cumplimiento de los anteriores, puede inducir a nulidad del proceso.

Todos estos principios fueron acogidos, mediante normas especiales, en la ley constitucional y procesal penal, ya como prohibición (artículo 26 C. N.), ya como mandato (artículos 104, 107, 167, 170, 171, 432 y 433, C. P. P.), ya como sanciones (artículos 198 y 199 ibídem) principios que han informado importantes doctrinas de la Corte.

(Casación Penal. Julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....433, 1ª y 2ª

PROMESA DE CONTRATO

— 295 —

La promesa de contrato debe constituír por sí misma una convención sustantiva y acabada como otra cualquiera; y comoquiera que su objeto es el contrato prometido, debe éste, de antemano, quedar plenamente definido.

Si, pues, en un contrato de promesa de arrendamiento se omitió señalar el canon del mismo, sin indicarse tampoco la manera de señalarlo, dejando este señalamiento al futuro acuerdo de las mismas partes, sin otro límite que los términos de la justicia y la equidad, el contrato de promesa no existirá, y las ofertas hechas podrán engendrar solamente deberes de carácter natural y obligaciones morales, pero no compromisos civiles, cuyo cumplimiento pueda ser judicialmente exigido, toda vez que en el contrato de arrendamiento el canon es elemento esencial y base insustituíble del contrato. (Casación Civil. Agosto 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....377, 1ª y 2ª

PROVOCACION (Requisitos para que obre como atenuante)

— 296 —

Ya ha expresado la Corte que la provocación como atenuante de la responsabilidad y de las penas, requiere tres condiciones esenciales, a saber: que sea grave, que sea injusta y que se reaccione como consecuencia de la misma. La gravedad y la injusticia de la provocación se requieren forzosamente, porque si se admitiera que un motivo baladí o no injusto pudiera servir para aminorar el hecho y su sanción, se admitiría una tesis peligrosa para la estabilidad social, que carece de todo asidero lógico; si en todo evento de agravio o injuria de palabra o de obra tuviera cabida la atenuante, aunque no se reaccionara por el agravio o injuria, se estaría consagrando un motivo de excusa parcial de la responsabilidad, si así puede llamarse, que no tendría fundamento en los hechos. (Casación Penal. Octubre 25 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....730, 2ª

PROVOCACION Y RIÑA

— 297 —

Como lo ha dicho la Corte (Casación de febrero 22 de 1949), la riña y la provocación no son idénticas y ésta puede ser causa de aquélla, pero como quien interviene en una riña es porque generalmente provoca o ha sido provocado, la figura de la provocación será la que habrá de tenerse en cuenta en forma primordial. (Casación Penal. Junio 24 de 1949. T. LXVI. 2073-2074)...285, 1ª

PRUEBAS

— 298 —

Es claro que el abuso del derecho a que concretamente alude el demandante, al igual que el enriquecimiento sin causa y el fraude a la ley, perturbadores de la buena fe que ha de presidir todo comercio jurídico generan acciones y sanciones en el radio sujeto a la jurisdicción civil ordinaria; la acción de **in rem verso**, los institutos que se utilizan para resarcir a la víctima del ejercicio abusivo del derecho, la nulidad que caracteriza a las figuras elusivas de las prohibiciones legales, son ejemplos elocuentes de ello; pero el Juez ordinario no puede prevalerse del artículo 21 de la Ley de Tierras (Ley 200 de 1936) para libertarse de la tarifa probatoria, ni para decidir los litigios enfrente sólo

de su conciencia, pretextando que se trata de casos en que los fenómenos aludidos han estorbado la operancia normal de los preceptos legales o deformado la realidad de las situaciones jurídicas. (Casación Civil. Agosto 9 de 1949. T. LXVI. 2075-2076)..357, 1ª

PRUEBAS (Su apreciación por el Jurado)

— 299 —

El Jurado no está sujeto al sistema de apreciación legal de la prueba, y así un solo testimonio puede merecerle mayor fe que la suma de otros. (Casación Penal. Junio 17 de 1949 .T. LXVI. 2073-2074).....261, 2ª

PUBLICACIONES (Valor de las hechas en periódicos oficiales)

— 300 —

Según los artículos 632 y 634 del C. J., las publicaciones que se hacen en los periódicos oficiales se presumen auténticas. (Negocios Generales. Auto. Agosto 25 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....841, 2ª

— R —

— 301 —

RECONOCIMIENTO (de documento privado)

La circunstancia de ocurrir la presentación y reconocimiento de un documento dentro de una diligencia de absolución de posiciones, no infirma el hecho del reconocimiento. (Casación Civil. Mayo 6 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....61, 1ª

RECONSTRUCCION DE PROCESOS CIVILES DESTRUIDOS EL 9 DE ABRIL DE 1948

— 302 —

No puede hablarse de la reconstrucción de un proceso o actuación necesaria para la ventilación de un juicio, ni son aplicables al caso las normas que sobre el particular contiene el Decreto 1683 de 1948, cuando la demanda no fue siquiera conocida del demandante por no haber alcanzado a notificársele antes de que fuera destruída por las llamas, pues no existía relación jurídico procesal que pudiera atar al presunto demandado.

Todas las normas contenidas en el Decreto 1683 confluyen a demostrar que la solicitud de reconstrucción es incidente que debe ventilarse entre las partes. Al Juez no le es dado decretarla de oficio o con prescindencia de alguna de aquéllas. (Negocios Generales. Julio 4 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....524, 1ª y 2ª

RECONVENCION

— 303 —

El artículo 742 del Código Judicial, al determinar las condiciones en que procede la demanda de reconvención, no establece ninguna excepción a las reglas generales sobre competencia. Apenas prevé que esas reglas, como a toda demanda, deben también aplicarse a la de reconvención.

En este sentido nuestra ley procesal, a diferencia de algunas legislaciones extranjeras, no amplía en ninguna forma la órbita del juez que conoce de la cuestión principal. Según la disposición antes citada, la reconvención queda siempre sujeta, para que pueda ser tramitada y decidida junto con la demanda primitiva, a que el juez sea compe-

tente para conocer de ella, o sea admisible la prórroga de jurisdicción.

De donde se deduce que el Tribunal de Medellín, aunque es competente en relación con la demanda principal, por ser uno de los demandados el Departamento de Antioquia, no por eso puede conocer de la reconvención del Asilo de Ancianos, ya que, tratándose de un litigio entre particulares, el asunto es de la competencia de los Jueces de Circuito o de los Municipales, de acuerdo con la cuantía. En casos como éste, en que por razón de las partes la competencia es improrrogable (artículo 151 del C. J.), es muy cierto que prácticamente el demandado carece del derecho de reconvenir al actor; pero esta circunstancia no proviene sino de la propia ley, que ha subordinado la reconvención al hecho de que el juez sea competente para conocer de ella, sin excepciones de ninguna naturaleza.

Por lo demás, no importa que haya estrecha conexión entre una y otra demanda, ya que esta circunstancia no la ha considerado la ley como atributiva de competencia. (Negocios Generales. Auto. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....775, 2ª

RECURSO DE HECHO (Reposición de la providencia que lo decide)

— 304 —

El hecho de ordenar el Código que el recurso de hecho se resuelva de plano por el superior ante el cual se recurre parece indicar que contra la providencia que decide de dicho recurso no procede el recurso de reposición.

Mas, como el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal ordena la notificación personal de todo auto o sentencia al Agente del Ministerio Público, este procedimiento parece indicar que dicho funcionario podría hacer uso de los recursos legales, aunque no fueran procedentes, como en el caso a estudio, para impugnar lo decidido cuando su criterio no coincida con el de la entidad que falla. (Casación Penal. Auto. Septiembre 6 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....500, 1ª

RECUSACIONES

— 305 —

La invitación al funcionario para que manifieste el impedimento que las partes creen que tiene para conocer de un proceso, no está consagrada en la ley. (Casación Penal. Auto. Octubre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 707, 2ª

RECUSACIONES (Procedimiento que debe seguirse cuando se trata de la recusación de un Magistrado)

— 306 —

Como el Código de Procedimiento Penal no contempla sino el caso de la recusación de un Juez, a pesar de que el artículo 76 comienza hablando de la recusación de "un Juez o Magistrado", para este último caso, es decir, para el de la recusación de un Magistrado, es forzoso acudir al precepto general que faculta acudir al procedimiento civil en cuanto haya vacíos en las tramitaciones del procedimiento penal (artículo 7º del C. de P. P.), y, siguiendo aquel estatuto civil, se ve que la recusación debe proponerse ante el siguiente Magistrado en orden alfabético; en términos moderados y correctos y que el incidente deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la misma Sala, esto es, los dos que sigan al recusado en el orden alfabético de apellidos (artículos 440, 441 y 442 del C. J.).

Presentado el escrito de recusación y si la causal está fundada en motivo legal, se pide informe al recusado y en lo demás se

procede como se dispone en el artículo 77 del código de procedimiento penal, en que ya se prevé la manera de actuar. (Casación Penal. Auto. Octubre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 708, 1ª

REGISTRO (de demandas relativas al dominio de inmuebles)

— 307 —

El precepto del artículo 42 de la Ley 57 de 1887, modificado hoy según el texto del artículo 2º de la Ley 38 de 1945, sólo tiene sentido y aplicabilidad partiendo de la exactitud de la demanda respecto de la cosa sobre cuyo dominio se litigue; la dicha norma exige: "el nombre de la propiedad inmueble, su situación y linderos", porque sólo mediante el registro de esos particulares puede quedar fuera del comercio una determinada finca, con exclusión de otra cualquiera, y como la orden judicial que tal artículo contempla ha de librarse es "en el mismo auto en que acepta la demanda", síguese que es en el libelo, y no en otra cualquiera de las actas procesales, en la que ha de contenerse la descripción completa del inmueble respectivo. (Casación Civil. Julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076)...343, 1ª

"REFORMATIO IN PEJUS"

— 308 —

Como lo dijo la Corte en sentencia de 7 de marzo de 1945 (G. J. Tomo LVIII, páginas 644 a 652): "El límite que le impide reformar la resolución de que conoce como Juez **ad quem** está constituído por la propia voluntad del recurrente, que es libre para someter a la decisión del Superior sus propios intereses con la amplitud que quiera darle a su recurso. Cuando un recurrente no ataca sino lo desfavorable que contra él contiene una providencia judicial no recurrida por su contraparte, en lo que lo favorezca es inmodificable; pero cuando él mismo expresa categóricamente su voluntad en contrario atacando por ilegal la solución que lo favorece, no existe la limitación para decidir el recurso porque en tal caso desaparece su fundamento que no es otro que una presunta interpretación de la voluntad de quien recurre. El recurso extraordinario de casación tiene, con más rigor que las instancias del juicio, el objeto, contenido y alcance que determine la parte que lo interpone, quien en realidad circunscribe y delimita la jurisdicción de la Corte con la enunciación de sus acusaciones. Es obligatorio darle a la decisión del recurso la extensión fijada y solicitada por el recurrente en el sentido de conformar el fallo acusado a la ley, sin consideración a su propio interés voluntariamente contrariado. Con esta interpretación de lo que debe entenderse por "objeto del recurso" en el artículo 494 del C. J., queda a salvo el fin primordial del recurso de casación, instituído en interés de la ley". (Casación Civil. Mayo 25 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 94, 1ª

REGISTRO CIVIL

— 309 —

Si el Notario expresa en el acta de registro de estado civil cosa distinta de lo que se le informa, u omite parte de lo informado, cualquiera de los interesados o de los testigos puede hacer observaciones a fin de que el acta sea estrictamente ceñida a la verdad de lo otorgado. En ausencia de toda observación, el acta firmada por los interesados y los testigos bajo la fe del Notario, presta fe en lo que respecta a su **parte formal.** (Negocios Generales. Agosto 11 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078).....809, 2ª

REINCIDENCIA

— 310 —

Como lo ha sostenido la Corte, para que pueda considerarse a un procesado como reincidente, es necesario que en el proceso obren como prueba de las condenaciones anteriores, las copias de los fallos proferidos contra el mismo, con anterioridad. (Casación Penal. Octubre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 727; 1ª

REINCIDENCIA (Para computarla se requiere que en el proceso obre copia de las sentencias anteriores)

— 311 —

No dice la ley en parte alguna que para considerar a un reo como reincidente sea preciso disponer de la copia auténtica de las sentencias en virtud de las cuales surge aquel fenómeno jurídico. Pero es obvio que esa exigencia es indispensable, porque, de otra suerte, podría hacerse un cálculo de aumento de la pena en virtud de la reincidencia que no se justificase desde el punto de vista legal.

El código exige en el artículo 34, para tener a un reo como reincidente, que haya una sentencia condenatoria y un nuevo delito cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. Pero al mismo tiempo el artículo 35 de aquella obra incluye algunos casos de excepción al principio general, y es apenas natural que existiendo estos casos excepcionales para el cómputo de la reincidencia sea preciso averiguar primero, si cumplidos los requisitos del artículo 34, no está en alguna de las excepciones que consagra el estatuto.

Es obvio que la mejor manera de evitar todo equívoco o error sobre el particular no puede ser otra que el tener el juzgador, dentro del proceso, los fallos dictados anteriormente contra el reo, para que, de esta suerte, ni por exceso del tiempo transcurrido, es decir, mayor de diez años, ni por estar el caso comprendido dentro de alguna de las excepciones de la ley, no pueda computarse la reincidencia. La mejor manera de evitar, pues, todo equívoco al respecto es exigir que en todos los procesos aparezca la copia de las sentencias que puedan dar motivo a la aplicación del aumento por reincidencia. (Casación Penal. Mayo 27 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) .....224, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

— 312 —

Cuando se trata de la acción reivindicatoria, su ejercicio implica y, por tanto su prosperidad requiere, como base sine qua non, la demostración del dominio. Este es el primero de los elementos que la configuran. Los restantes son, como con tanta frecuencia se advierte, la singularidad de la cosa o la determinación de una cuota proindiviso de cosa singular, la posesión por el demandante y la identidad entre lo que éste posee y lo que el actor demanda. La falta de cualquiera de estos elementos cierra el campo a la acción. (Casación Civil. Mayo 25 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 94, 1ª

REIVINDICACION

— 313 —

Sabido es, y hasta sobra ponerlo de presente, que bien puede alguien demostrar ser dueño de cierto inmueble y nada adelanta en su empeño de reivindicarlo si no demuestra que lo ocupado por el poseedor a quien señala como reo es lo mismo que aquello o es parte de aquello. Salta a la vista que con los títulos de una finca no puede reivindicarse otra. (Casación Civil. Agosto 10 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 358, 2ª

REIVINDICACION

— 314 —

Como ya lo dijo la Corte: "La determinación de la finca raíz que se reivindica no puede hacerse sino por el señalamiento de sus linderos; y cuando ella hace parte de un globo mayor de tierra cuyos linderos se expresan no basta decir que la primera está comprendida dentro de los límites de la segunda, sino que es preciso determinarla señalándole delimitación especial". (G. J. T. XXX, página 114. Tomo XXXI, página 54). (Casación Civil. Mayo 31 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 102, 1ª

REIVINDICACION

— 315 —

Como lo dijo la Corte en sentencia de la Sala de Casación Civil de 31 de mayo de 1949: "Entre las condiciones indispensables para la procedencia de la acción reivindicatoria, contenidas en su definición legal, está la de que se trate de una cosa singular, esto es, determinada o individualizada como cuerpo cierto. Este requisito, tratándose de inmuebles y especialmente de predios rurales, no puede satisfacerse sino con la descripción de sus límites, esto es, con el señalamiento del término o línea que los separe de las demás heredades, y que a la vez que los diferencia de los otros fundos, sirve para precisar objetivamente, demarcando su perímetro sobre la tierra, la extensión del derecho real de dominio, como es necesario para que pueda hacerse efectivo con el uso de las acciones legales que lo tutelan porque sólo así será posible que el dueño sepa qué es lo que puede hacer respetar y qué es lo que los demás deben respetar. Esta la razón esencial de la exigencia de la singularización de las cosas cuya restitución se busca con la acción de dominio, hecha sin ninguna ambigüedad en la demanda, cosa que no puede lograrse, tratándose de fundos, como se dijo, sino con la fijación de sus límites, según la norma general de la ley, como se ve, entre otros, de los artículos 222 del Código de Procedimiento Civil, que condiciona en general las demandas sobre cosa raíz con la especificación de los linderos, y los artículos 2594 y 2663 del C. C. y 15 de la Ley 40 de 1932, que imponen la delimitación como la manera legal de singularizar los bienes inmuebles". (Casación Civil. Julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 342, 2ª

REIVINDICACION (La variación en el caudal de unas aguas puestas como lindero, no varía el límite de la propiedad)

— 316 —

Sin desconocer la Sala las dificultades de hecho que presentan las constantes alternativas del río Magdalena en volumen y dirección, encuentra que por lo que hace al presente litigio es sencillo su problema, puesto que se limita a decidir si las islas que en la división material de 1916 completaron el lote número 2 en dirección de oriente a occidente, hasta llegar por este último lado a lo que entonces era la corriente mayor de las aguas, son las que hoy y a partir de 1940 están ocupadas por los demandados.

Para el Tribunal son distintas, porque estimó decisiva al respecto la circunstancia de que las aguas mayores corren hoy hacia la banda oriental y, por lo mismo, las islas han quedado al oeste de esta corriente. Razonamiento inaceptable, porque ni las islas ni su dominio cambian por el cambio de ese caudal. El lindero va hasta cierta línea, y ésta sigue siendo la que es, aunque se modifiquen los detalles de que para precisarla se valieron las personas que los redactaron. Así como una finca no se extiende ni se dis-

minuye porque una cerca o un muro señalados como límite en tal o cual de sus puntos cardinales se destruya, y al reconstruírlos avancen o retrocedan, o así como no podría decirse que el lindero mismo ha desaparecido cuando lo señalaba un arroyo que se secó o una fila de árboles que se taló. En estos casos extremos podría dificultarse ulteriormente el establecimiento de la línea que el tiempo ha borrado; pero no decirse que el terreno creció o decreció. Afortunadamente, en el presente caso no ha desaparecido el límite, puesto que simplemente ha disminuído el caudal de las aguas que lo señalaban o señalan. El que sean escasas o abundantes en una época o en otra no puede determinar alteración en el dominio del suelo que demarcan. Cuando se llega al extremo de que el río varía de curso, evento contemplado por el artículo 724 del C. C., se aplican las reglas que éste da, las que desde luego implican que el dominio mismo permanece. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....123, 2ª y 124, 1ª

REIVINDICACION (Influencia en este juicio de lo decidido previamente en uno de deslinde)

— 317 —

Como lo explicó la Corte en sentencia de la Sala de Casación Civil de 16 de octubre de 1943: "1º El fin principal del juicio de deslinde es fijar la materialidad del lindero. Pero esta operación tiene por causa la discusión entre propietarios vecinos, en lo tocante a la cabida o extensión de sus respectivos fundos, y como se dirige a poner término a ese estado irregular de las relaciones de vecindad, es obvio que no puede ser inoperante.

"2º Si bien las controversias de deslinde no pueden tener la finalidad de las de reivindicación, que sirven para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido, que es lo que la Corte ha consagrado como su doctrina constante, sin embargo no son ni pueden ser absolutamente ajenas a puntos o extremos en que la propiedad tenga juego. No son declarativas pero sí atributivas del dominio, y ello basta para evidenciar lo que se viene diciendo y para establecer cómo lo que en ella se decía acerca de la extensión de los fundos no puede ser enteramente baldío.

"De los postulados de las sentencias anteriores se desprende que el fallo dictado en el juicio de deslinde, en que se ha decidido sobre la extensión territorial de los títulos, impide un nuevo pronunciamiento sobre la misma cuestión, por virtud de la cosa juzgada, ya que el nuevo juicio no sería de dominio o reivindicación, sino simplemente repetición del planteamiento de la cuestión de linderos...". (Casación Civil. Mayo 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....89, 2ª

REIVINDICACION (Alcance de las sentencias proferidas en juicios de)

— 318 —

Por virtud del efecto relativo que corresponde a las sentencias proferidas en juicio de reivindicación, circunscrito exclusivamente a las partes, en que la calidad de dueño se prueba respecto y frente al demandado, no hay para qué remontar el examen probatorio del proceso más allá del punto de confluencia o acuerdo de las pretensiones contrapuestas según el planteamiento que los propios litigantes han dado a su controversia. (Casación Civil. Mayo 13 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....68, 1ª

REIVINDICACION (No es necesario acreditar en este juicio la suficiencia del título de dominio)

— 319 —

La Sala de Casación Civil dijo, entre otras cosas, en sentencia que fue publicada en el Tomo LIII, página 677 de la GACETA JUDICIAL: "por regla general para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública es bastante la presentación del correspondiente instrumento en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige que además de la presentación de este título registrado se acredite su suficiencia, como sucede entre otros, en los contemplados en los artículos 998, 1135 y 1189 del C. J. Esta forma de acreditar el dominio que como se ve es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario demostrar la propiedad en juicio en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar la indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad, cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del artículo 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador, etc. Pero no es de ley exigir que se acredite la suficiencia del título en juicio de reivindicación, en los que no se trata de demostrar sumariamente el dominio, sino de justificar, con relación al demandado, el derecho que se tiene para que la cosa que éste posee pase a poder del demandante, estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos, una situación jurídica más arreglada a derecho, como acontece en este caso en relación con los fenómenos operados por la reforma legislativa en el régimen de la sociedad conyugal". (Casación Civil. Mayo 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....84, 2ª

RESPONSABILIDAD (Por las cosas que se tienen bajo guarda)

— 320 —

Cabe recordar que el Código de Napoleón fue el arquetipo, o al menos el derrotero que le sirvió a don Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno. En ninguno de los proyectos elaborados por el señor Bello se habla de responsabilidad "por las cosas que se tienen bajo guarda" como lo dice el Código Civil francés en el artículo 1384. La disposición correspondiente a tal artículo, adoptada en el Código Civil chileno, copió del francés el principio de que "toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Pero omitió decir que "se es responsable por las cosas que se tienen bajo guarda" que es lo que ha dado motivo para que se diga que el Legislador francés admitió la responsabilidad objetiva.

La disposición del Código Civil chileno fue literalmente trasladada al Código Civil colombiano. Lo que quiere decir que nuestro Legislador no quiso tampoco consignar en texto expreso la responsabilidad "por las cosas".

Cuando nuestros Tribunales han esbozado en sus fallos la teoría de la responsabilidad objetiva han buscado asidero en la disposición del artículo 2356 del Código Civil. Al amparo de tal disposición han resuelto reclamaciones por daños causados en actividades o explotaciones peligrosas, tomando como ejemplo de tales actividades o explotaciones las de los vehículos de transporte, las de las empresas industriales de energía eléctrica, etc. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).556, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL

— 321 —

Siempre la fuente de responsabilidad civil es una culpa, y en tratándose de la que corresponde a ciertas personas por el hecho de otras, la responsabilidad tiene su raíz en el error de conducta de la persona subordinada o dependiente. La culpa de ésta, sometida en su prueba a las reglas generales, puede ser probada por presunción si es un hecho cumplido en actividades particularmente peligrosas, como lo tiene establecido la jurisprudencia. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....133, 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

— 322 —

En el presente caso no hay lugar a deducirle responsabilidad al Estado por los perjuicios sufridos por el demandante, ya que el hecho que los ha causado no puede imputarse a falta del servicio ni a culpa individualizada de quienes lo prestaban. (Negocios Generales. Octubre 19 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078).....869, 1ª

RETROACTIVIDAD (de la ley penal más favorable)

— 323 —

La Constitución y los estatutos penales (material y formal) acogieron siguiendo la dirección individualista de clásicos y neoclásicos de hacer prevalecer —según expresión de Ferri— los derechos del delincuente sobre los de la sociedad que de él se defiende, acogieron, se repite, opuestamente a la dirección positivista, según la cual el principio de la favorabilidad sólo es aplicable a delincuentes ocasionales o pasionales, no a los habituales, el de dar en todos los casos aplicación a la ley penal más favorable para el procesado. (Casación Penal. Mayo 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....190, 1ª

REVISION (Objeto de ese recurso)

— 324 —

El recurrente se propuso hacer ver a la Sala que los fallos impugnados descansan sobre bases probatorias muy poco consistentes. Este no es el objeto del recurso de revisión, pues no se trata con él de examinar los fundamentos de la sentencia, como en un incidente de apelación, y aún en algunos casos, en un recurso de casación, sino de demostrar una o más de estas cuestiones: a) Que el procesado ha sido condenado por un delito que no pudo ser cometido sino por un solo individuo y por el cual ya se condenó a otro; b) Que se le ha condenado por un delito inexistente; c) Que la prueba que sirvió para condenar es falsa; y d) Que después de la sentencia aparecieron hechos nuevos, o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, conforme a las cuales resulta la inocencia del acusado, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia. (Casación Penal. Mayo 3 de 1949. Tomo LXVI. 2073-2074) .....159, 1ª y 2ª

RIBERANIA

— 325 —

Las obras dedicadas a impedir la entrada de aguas a los predios están autorizadas por el Código Civil (artículo 995), cuando el dueño del predio no está obligado a recibirlas. Para que la construcción de esas obras de defensa pueda dar a terceros acción para hacerse indemnizar, es necesario que el tercero demuestre que el constructor tuvo intención de causar daño a sus tierras o edificios. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) 554, 1ª

RIÑA IMPREVISTA

— 326 —

Si no consta con evidencia quién ha sido el causante de la riña, si no aparece el provocador configurado de manera patente, entonces habrá que concluir que la riña es imprevista. (Casación Penal. Julio 24 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....285, 1ª

RIÑA IMPREVISTA (Excluye el aprovechamiento de la indefensión o inferioridad de la víctima)

— 327 —

En el cuadro de la riña imprevista, que es mutua agresión surgida o iniciada de improviso, no cabe (al menos en este caso), la noción de abuso o aprovechamiento de estados de inferioridad o indefensión, concretados especialmente en los de quien al final fue vencido; así empeñada la contienda, ésta puede asumir imprevisibles formas y modalidades de intensidad o de atenuación, que sólo se explican por las constituciones psíquicas de los contendientes, y así como el poder de control e inhibición origina la segunda, la carencia de ese poder estimula la primera; e inaccesible a cualquier contraimpulso, el agresor puede ejecutar actos que sólo pueden apreciarse como elementos de la serie o conjunto de actos que estructuran la contienda; el último acto, aquel—por consiguiente—con que el vencedor pone fin a aquélla y también a la víctima caída, no es el abuso o aprovechamiento del estado de vencido, sino la consecuencia de una mutua agresión comenzada generalmente en igualdad de aptitudes y elementos, pero terminada victoriosamente por aquel cuya creciente e irrefrenable impulsividad se suspendió simultáneamente con la vida de la víctima. (Casación Penal. Junio 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 260, 2ª

RIÑA IMPREVISTA

— 328 —

Repetidas veces la Corte ha precisado el contenido jurídico de lo que debe entenderse por riña, como una actitud violenta de lucha entre dos o más personas, o a base de cambio mutuo de golpes susceptibles de causar un mal físico. No hay riña sin el propósito de pelear y de causar un mal al adversario. Pero la imprevisibilidad de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones, dentro de ella causados, el carácter de circunstancia modificadora con las consecuencias prácticas consiguientes, tales como la disminución excepcional de la pena en los términos previstos por el artículo 384 del Código Penal. La riña asume los caracteres de imprevista cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella —la riña— dentro de normales circustancias no debía producirse. De tal suerte que no será imprevista la riña para quien en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

Habrá homicidio y lesiones personales cometidos en riña imprevista —dice la Procuraduría— cuando el combate singular que produjo esos resultados delictuosos, ocurrió sorpresivamente para el acusado, de tal suerte que ni el lugar, ni las circunstancias del momento le hicieron temer o esperar ese choque violento con la víctima. Esa la razón para que la ley fije en estos casos una sanción atenuada al autor del homicidio o las lesiones, en virtud de que un suceso fortuito lo puso en el trance de tener que aceptar una pelea que, en otras circunstancias normales, hubiera rechazado. (Casación Penal. Agosto 16 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

506, 1ª

RIÑA IMPREVISTA

— 329 —

Repugna a la razón y a los principios jurídicos que pueda colocarse en la situación privilegiada de riña imprevista a quien, después de una pelea, sale en busca de arma, se provée de ella y regresa a reanudar el lance con su contendor de antes. En tal evento, la nueva riña no sólo es previsible y evitable, sino buscada y querida. (Casación Penal. Octubre 18 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 727, 2ª

RIÑA IMPREVISTA Y PROVOCACION

— 330 —

La riña, como en muchas oportunidades lo ha dicho la Corte, es una lucha, un combate entre dos o más personas, en que no bastan las ofensas de palabra, sino que son necesarias las agresiones de obra. Y lo imprevisto de una riña consiste en que no se llegue a ella preordenadamente, previendo o queriendo que con los agravios verbales o de hecho que generalmente la preceden se llegue a la pelea, supuesto que imprevisto es lo que sucede sin verse antes, sin reflexión, y, mucho menos, sin preparación.

Pero la provocación a riña es distinta de la imprevisión. Provoca quien incita a ella, quien despierta en otro la irritabilidad o lo hace reaccionar; y, por eso, siempre o casi siempre, quien es provocador de una riña no puede decir que le fue imprevista. (Casación Penal. Octubre 7 de 1949. Tomo LXVI. 2077-2078) 692, 1ª

— S —

SEGUNDA INSTANCIA (Práctica de pruebas en segunda instancia)

— 331 —

De conformidad con el artículo 547, norma del estatuto procesal aplicable a la segunda instancia del juicio, "en los procesos en que hubiere intervenido el Jurado, ni las partes podrán solicitar, ni el Juez decretar, sino aquellas pruebas que exclusivamente se refieran a la naturaleza y cuantía de los perjuicios civiles ocasionados con el delito", norma ésta fundada en la tesis de que en tales procesos el veredicto constituye la plena prueba del delito y de la responsabilidad, sin que el error en su calificación pueda subsanarse sino mediante la declaración de su contraevidencia con el proceso, que sólo pueden dar los falladores de instancia. (Casación Penal. Junio 21 de 1949. Tomo LXVI. 2073-2074) 270, 1ª

SENTENCIA

— 332 —

Sin que la sentencia, en su forma y contenido se haya ajustado estrictamente a las condiciones que fijó la norma del artículo 159 del C. de P. P., puede afirmarse que no se omitió ninguna de las cuestiones esenciales que la integran; en su primera parte, se hace una narración en cuanto al delito, sus orígenes y modalidades con referencia a la prueba testimonial y pericial, a los antecedentes del procesado, y en la otra, se ratifica el valor de la prueba sobre el delito y la responsabilidad (que son los hechos principales que los juzgadores consideran probados), y la aplicación de la pena (artículo 362) en consideración al veredicto y a la inexistencia de circunstancias de peligrosidad imputables a González; no se incurrió, por lo tanto, en una de aquellas omisiones que se pueden objetar ante la Corte, porque constituyan parte esencial del fallo. (Casación Penal. Junio 24 de 1949. Tomo LXVI. 2073-2074) 281, 1ª

SENTENCIA

— 333 —

Procesalmente no es de recibo la fórmula de declarar infundada la demanda en lugar de absolver a los demandados, porque siembra incertidumbre en torno de la cosa juzgada. (Casación Civil. Mayo 20 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....84, 1ª

SENTENCIA (Publicación y registro de)

— 334 —

Respecto de la publicación de la sentencia debe decirse que es una formalidad ordenada por la ley, pero que entre los mismos interesados pierde su importancia cuando la notificación se ha realizado en debida forma.

En cuanto al registro, también de la sentencia, la Corte lo ha exigido para terceros, pero no para las partes que intervinieron en el juicio. (Casación Penal. Auto. Agosto 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....472, 1ª

SENTENCIA (Corrección de errores numéricos)

— 335 —

El Juez que debe corregir el error numérico en que se haya incurrido al proferir una sentencia debe ser el mismo de la sentencia, pues no siendo ésta otra cosa que la conclusión de un proceso lógico, la rectificación que se haga ha de subordinarse a las mismas consideraciones que contribuyeron a la formación de la providencia primitiva.

La corrección numérica ha de ser de tal naturaleza que no vaya a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo, porque, de ocurrir tal cosa, se llegaría al absurdo de que a pretexto de una corrección numérica, se pretendiese, fuera de tiempo, una aclaración sobre conceptos oscuros o dudosos. Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....782, 2ª y 783, 1ª

SENTENCIA (Sus relaciones con el veredicto del jurado)

— 336 —

En los juicios por jurados, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, conforme al mandato del artículo 480 del C. de P. P. Y cuando el sentenciador extiende la respuesta del jurado a situaciones jurídicas no previstas por éste y que no se relacionan con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, entonces extralimita sus funciones y viola la ley penal sustantiva. (Casación Penal. Octubre 25 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....732, 1ª

SEVICIA

— 337 —

La sevicia se predica cuando la consumación de un homicidio presenta ciertos caracteres de crueldad que buscan por parte del victimario prolongar, sin motivo alguno y en forma deliberada, los sufrimientos de la víctima. (Casación Penal. Julio 15 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).....441, 2ª

SIMULACION (Diferencias que existen, en cuanto a efectos contra terceros poseedores, entre la acción de simulación y la de nulidad)

— 338 —

Como lo ha dicho la Corte, la acción de simulación consagrada por el artículo 1766 del C. C., a diferencia de la de nulidad consagrada por el artículo 1748 del mismo Código, no surte efectos jurídicos contra ter-

ceros poseedores, salvo que éstos hayan participado en la simulación o la hayan conocido o debido conocer antes de adquirir los bienes o al adquirirlos. (Casación Civil. Septiembre 2 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).

608, 1ª

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y CESACION DEL PROCEDIMIENTO (Diferencias existentes entre la una y la otra de estas providencias)

— 339 —

La providencia dictada por el Juzgado Segundo Superior no es constitutiva de delito, porque las apreciaciones que haga un funcionario en relación con la prueba allegada al proceso, no está sujeta o subordinada al criterio o concepto que de ella tenga el inferior. Es precisamente para garantizar los derechos de las partes, por lo que la ley ha establecido el principio de los recursos en relación con los autos que dicte el funcionario investigador, o el juez de la causa. Si esas providencias fueren inmodificables, o si en cuanto a los hechos y valoración de las pruebas tendientes a demostrarlos no fuese posible apreciarlos de otra manera, los recursos de apelación y consulta no tendrían razón de ser, ya que el superior que conoce del proceso, no podría modificar lo resuelto por el inferior porque el criterio del inferior sería inmodificable y absoluto, y desaparecerían —en esta forma— los fines para los cuales se instituyeron los recursos y las instancias dentro de los procesos penales.

La circunstancia de que el superior no comparta las razones o motivos que sirven de fundamento a una providencia dictada por un funcionario inmediatamente inferior, no es un hecho constitutivo de delito, porque en la interpretación de los textos legales, la ley confiere amplia facultad al juzgador para apreciar los hechos y valorar las pruebas. Bien puede suceder que el inferior hubiera interpretado erróneamente los hechos, o le hubiera dado a la prueba un valor que no tenía, y que al ser examinados por un funcionario distinto a aquél que dictó la primera providencia encuentre que hubo equivocación o mala apreciación; entonces, el deber del superior frente a la ley, es el de corregir esos errores para cumplir con una de las finalidades primordiales del recurso, sin que esa facultad de apreciación cuando se halla respaldada en las constancias procesales, pueda originar un acto constitutivo de delito.

La naturaleza especial de la sentencia que se pronuncia de acuerdo con la norma del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, impide al superior que la revisa por consulta reemplazarla por un auto de sobreseimiento definitivo o temporal.

La providencia que se dicta no puede tener otro alcance que el de confirmar o revocar la respectiva sentencia; se confirma, si tanto los hechos como los fundamentos de derecho en que se apoya están de acuerdo con los requisitos exigidos por el artículo 153, y se revoca, cuando las diligencias procesales demuestran que esas circunstancias no se han probado plenamente, para que se adelante o prosiga la investigación.

No puede dictarse auto de sobreseimiento definitivo para reemplazar la sentencia dictada de acuerdo con el artículo 153, porque, en ese caso, se pretermitiría una instancia y se usurparía jurisdicción. Se usurparía jurisdicción, porque la Corte no es la entidad que debe calificar el proceso en primera instancia, sino en segunda, y se pretermitiría una instancia, porque al dictarse el auto de sobreseimiento definitivo, las partes interesadas en el proceso, no podrían interponer recurso de apelación en relación con el auto de sobreseimiento definitivo dictado por la Corte, y como esta facultad, la de calificar en primera instancia el mérito de unas dili-

gencias seguidas contra los jueces o fiscales es de competencia de los Tribunales, la Sala no podría dictar auto de sobreseimiento definitivo pretermitiendo los trámites procesales.

Es evidente que hay casos en que los motivos que fundan la sentencia del artículo 153 son los mismos de los numerales 1º y 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, y que cuando se halla clausurada la investigación, por regla general, es más procedente dictar auto de sobreseimiento consulta, no puede revocar la sentencia del inferior para reemplazarla por un auto de definitivo, pero el superior, al revisar por sobreseimiento definitivo por no tener facultad legal para ello. Lo más práctico y lo que más consulta la lógica jurídica, en estos casos, es confirmar dicha providencia. (Casación Penal. Auto. Julio 8 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) ....424, 1ª y 2ª y 425, 1ª

SOCIEDAD

— 340 —

La falta de aporte no es inductiva de nulidad o inexistencia de la sociedad, porque ésta no es un contrato real. Para su perfeccionamiento basta que se contraiga la obligación de aportar; el incumplimiento de esta prestación da origen solamente a acción exclusiva de los demás socios contra el renuente o moroso para obligarlo a cumplir o disolver la sociedad. (Casación Civil. Mayo 13 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 69, 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL (Subrogación de inmuebles propios de uno de los cónyuges)

— 341 —

En tratándose del contrato de compraventa o de permuta de bienes raíces, para que se verifique el fenómeno de la subrogación (artículo 1789), es necesario que con el precio de la venta de un inmueble propio de uno de los cónyuges, se haya comprado otro bien raíz, o que se permute el bien de uno de ellos por otro, y que tanto en la escritura de venta, como en la de compra o de permuta, se exprese el ánimo de subrogar. Es evidente que lo importante es la expresión de tal ánimo, sin que sea necesario el empleo de términos especiales. (Casación Civil. Agosto 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

382, 1ª

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

— 342 —

Las sociedades de responsabilidad limitada, nuevas instituciones de personas morales que el legislador del año de 1937 incorporó dentro del derecho patrio, deben constituírse por escritura pública y con el lleno de los demás requisitos establecidos en el Código de Comercio para las sociedades colectivas, según lo manda así, perentoriamente, el artículo 2 de la Ley 124 del mismo año. El artículo 4º de ese mismo estatuto legal prescribe en forma clara y terminante que la omisión de cualquiera de las expresadas formalidades "produce nulidad absoluta entre los socios" y "los hace responsables solidariamente de todas las obligaciones contraídas en interés de la Compañía". (Casación Civil. Noviembre 15 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 653, 1ª

SUBROGACION (Requisitos para que se efectúe la de un bien raíz propio de uno de los cónyuges por otro inmueble)

— 343 —

Cuando el inmueble propio de uno de los cónyuges se enajena con las solemnidades

legales, el precio obtenido, como mueble que es, pasa a ser de propiedad de la sociedad conyugal, con cargo de restitución al respectivo cónyuge (artículo 1781, 2); pero, si no se quiere llegar a ese resultado, se puede verificar la operación denominada subrogación, en virtud de la cual puede adquirirse otro inmueble que reemplace al enajenado en el patrimonio exclusivo del cónyuge enajenante.

Para que esta operación se efectúe, es necesario:

a) O que el un inmueble se haya permutado por el otro;

b) O que, vendido el uno durante la sociedad conyugal, se haya comprado con su precio el otro; y

c) Que en la escritura de permuta, en el primer caso, o en las de venta y compra, en el segundo, se exprese el ánimo de subrogar (artículo 1781, 1º y 1789 C. C.). La subrogación, en el fondo, no es sino el cambio de una propiedad por otra. - (Casación Civil. Agosto 29 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

382, 2ª

— T—

TESTAMENTO (Su naturaleza jurídica)

— 344 —

La palabra testamento trae su origen de la frase latina "testatio mentis", o sea, testimonio de la voluntad.

Según el artículo 1055 del C. C., el testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. Según el artículo 1059 del mismo Código, el testamento es acto de una sola persona, y agrega en su inciso 2º, que "serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona".

Quiere la ley que en un acto tan importante, como lo es el testamento, haya la más completa independencia y la mayor espontaneidad, para así impedir que las disposiciones testamentarias se conviertan en materia de especulación y que puedan ser el resultado de un convenio interesado entre dos o más personas; por tal razón, se prohibe de manera absoluta la testamentifacción en común, de dos o más individuos en un solo instrumento. - (Casación Civil. Mayo 4 de 1949. T. LXVI. 2073-2074). 53, 1ª

TESTAMENTO (Es un acto esencialmente revocable por su autor)

— 345 —

El artículo 1055 del C. C. contiene los elementos esenciales que definen e integran jurídicamente el testamento y cuya falta lo desnaturaliza y condena a la ineficacia. Es un acto jurídico unilateral, esto es, solamente necesita la voluntad de una sola persona para producir los efectos que le son propios, su finalidad dispositiva de bienes para después de la muerte del testador. Esta voluntad unipersonal es exclusiva y excluyente, no sólo en el sentido de mancomunidad de los testamentos conjuntos, sino en el de toda ingerencia de voluntades extrañas, que en alguna forma incida sobre la voluntad del testador, restándole su libre poder de revocación de sus disposiciones mientras viva, tal como acontecería con cualquier modalidad que lo bilateralizara, asemejándolo a contrato, para dar origen a obligaciones entre vivos. En vida del testador, la disposición que de sus bienes hace en testamento tiene apenas la naturaleza de un proyecto; sólo su muerte le da operancia jurídica, con-

virtiéndola en uno de los cinco modos de adquirir el dominio (artículo. 673 del C. C.) Es, por consiguiente, un acto esencialmente revocable por la sola voluntad que lo crea, y lo único que le comunica irrevocabilidad es la muerte del otorgante. Por incompatibilidad jurídica esencial, el testamento no puede participar en forma alguna de la naturaleza contractual. (Casación Civil. Mayo 4 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 53, 2ª

TESTAMENTO (Acción de reforma del)

— 346 —

Si el testador dispuso, en su memoria testamentaria, de bienes pertenecientes al cónyuge sobreviviente, por concepto de sus gananciales, o por otro motivo, no es la acción de reforma el camino apropiado al efecto. (Casación Civil. Mayo 4 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 58, 1ª

TESTAMENTO CERRADO (La apertura no es parte de éste)

— 347 —

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que tal funcionario y testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene un testamento, a menos que se trate de un mudo (artículo 1080 del C. C.).

En el testamento cerrado hay que considerar dos partes diversas: a) El sobrescrito o cubierta del testamento, que tiene la fuerza de un instrumento público, por estar autorizado por el funcionario competente con las solemnidades legales, y b) La memoria testamentaria o testamento, que es obra exclusiva del testador.

La apertura no es parte integrante del testamento, y los motivos de nulidad se refieren al testamento y no a las formalidades de la apertura. (Casación Civil. Mayo 18 de 1949. T. LXVI. 2073-2074)..75ª 2ª y 76, 1ª

TESTAMENTO CERRADO

— 348 —

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, según determina el artículo 1080 del C. C., es el acto en que el testador presenta al Notario y testigos una escritura cerrada, declarando que ella contiene su expresión de última voluntad; de manera que si así se practica, y de ello dan fe el Notario y los cinco testigos, al suscribir sobre la cubierta cerrada la anotación que manda el citado precepto, se habrá cumplido con lo que constituye lo esencial en el otorgamiento del testamento cerrado.

El requisito exigido por la Ley 36 de 1931, ha dicho la Corte, no viene a constituír, en su fondo, una solemnidad o formalidad esencial que haga parte, por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia, que sí son verdaderamente esenciales para la existencia y validez del acto, son las enumeradas y exigidas por el artículo 1080 del C. C., cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad. La omisión de la escritura a que alude la Ley 36 citada, no acarrea la nulidad absoluta del acto testamentario. Tanto la redacción, como el espíritu del artículo 4º de esa ley, inducen a aceptar que en tal precepto, tan sólo se señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario, pero en él no se consagra la nulidad absoluta como sanción por su omisión. (Casación Civil. Junio 23 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 145, 1ª

TESTIMONIO

— 349 —

La actividad, la perseverancia, son hechos materiales susceptibles de testimoniarse. La actividad de una persona se puede ver; su perseverancia en determinado cometido también se puede ver. Y quienes tales cosas ven, pueden formarse una íntima convicción sobre los resultados de esa actividad perseverante.

Cuando comparecen ante la justicia personas a declarar sobre actividades o sobre actitudes crónicamente repetidas por otras, y dan como razón de su dicho el de la observación de las cosas o sucesos, y dejan comprender que su exposición es el fruto de la aplicación de los sentidos, de lo que vieron, o de lo que oyeron, se está en presencia de testimonios simples. Las explicaciones o conclusiones que saquen de lo atestiguado no le quitan su virtualidad al testimonio. (Negocios Generales. Agosto 11 de 1949. T. LXVI. 2077-2078).....813, 2, y 814, 1ª

TESTIMONIO (Alcance de este medio de prueba)

— 350 —

Hasta la saciedad tienen advertido la doctrina probatoria y la jurisprudencia que el testigo no es tal, dentro de la concepción legal de esa índole de prueba, sino en cuanto depone sobre hechos que hieran los sentidos; las ideas que esa percepción suscite en su mente, así sean el producto del más lógico raciocinio, están excluídas de la prueba, pues ella no se destina a introducir opiniones en el proceso sino a la demostración de acaecimientos externos perceptibles por cualquier persona normal; es al Juez a quien corresponde la determinación de si un acontecimiento probado indica la existencia de otro, y es claro que esa facultad soberana no puede verse interferida por la prueba de una presunción anterior nacida en el entendimiento del testigo y como tal presente en el material de decisión. - (Casación Civil. Mayo 18 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).

72, 1ª y 2ª

TESTIMONIO

— 351 —

Para rechazar un testimonio por parentesco del declarante con el procesado, no es necesario comprobar esa circunstancia con las pruebas del estado civil. (Casación Penal. Junio 24 de 1949. T. LXVI. 2073-2074).....

284, 2ª

TRABAJOS PUBLICOS (Responsabilidad por su ejecución)

— 352 —

Como lo ha dicho la Sala de Casación Civil de esta Corte, "el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo ha configurado en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su Capítulo XXII que las ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil, dándoles una naturaleza esencialmente objetiva, y sacándolas de la competencia de la justicia ordinaria general". (Gaceta Judicial. Sentencia de 1º de julio de 1948. Tomo LXIV, página 480). (Negocios Generales. Agosto 3 de 1949. T. LXVI. 2075-2076).

552, 1ª

TRANSACCION (No puede admitirse dentro del proceso penal transacción sobre perjuicios)

— 353 —

Hecha la condena, el particular o los particulares pueden hacer de la consagración de su derecho lo que a bien tengan; pero den-

tro del proceso penal no son de recibo las rebajas ni los arreglos, tan expuestos al abuso, pues ello iría en desmedro de la justicia. (Casación Penal. Mayo 17 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 199, 1ª

Nota: dos Magistrados salvaron su voto a la anterior sentencia.

El Relator

TRANSITO DE LEGISLACIONES EN LO PENAL

— 354 —

Cometido el delito en el año de 1936, tanto el proceso como la pena estarían subordinados a las leyes que entonces regían; pero sustituídas éstas en 1938, es decir, antes de dictar fallo definitivo, la ley procesal hubo de aplicarse inmediatamente con las restricciones de la Ley 153 de 1887 (artículo 40), y la penal sólo en cuanto fue más favorable a los procesados, como se hizo. Con sujeción a esta doctrina, el Juez dirigió el juicio y el Tribunal fijó la pena de conformidad con las leyes nuevas, pero ahora el Procurador conceptúa que el recurso se estudia según la ley vigente en la época del delito (118 de 1931), por cuanto la nueva no contiene causales como la del error en la apreciación del cuerpo del delito, informalmente aquí alegada; esta insinuación la acogería la Corte, si el demandante, en vez de la cuantía como elemento del robo, hubiera atacado el fallo por inexistencia del cuerpo del delito, y si, además, se hubiera solicitado, como más favorable, en la demanda. Estando, pues, incluídas las causales invocadas tanto en una ley como en la otra, se procede a su estudio con base en la ley señalada en el recurso. (Casación Penal. Julio 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076) .....398, 2ª y 399, 1ª

VEREDICTO (Alcance de la interpretación que del veredicto del jurado puede hacer el juez en la sentencia)

— 355 —

Es exacto decir, como la Procuraduría lo alega, que el Jurado no tiene que emplear términos técnicos, acomodados a la nomenclatura legal y que, en consecuencia, el veredicto puede interpretarse, pues que tampoco los jueces son instrumentos pasivos o seres autómatas que no puedan y deban deducir el sentido exacto de un veredicto. Pero como en estos juicios no es el Juez de derecho el que califica los hechos, sino el jurado, esa interpretación tiene que ser muy estricta, para no suplantar a los jueces de conciencia en el oficio que la ley les encomienda.

Así, pues, si la respuesta del jurado, aunque no en los términos que la ley consagra, encaja en forma clara dentro de una modalidad contemplada en el código sustantivo, el juzgador debe acatar esa decisión; pero en esta labor interpretativa no puede llegarse hasta suplantar al tribunal popular diciendo lo que ni expresa ni tácitamente ha manifestado, porque entonces, como lo anota el Ministerio Público, la sentencia se dictaría de acuerdo con el criterio del juez de derecho, y no con el veredicto del jurado, lo que no está consagrado en la ley, pues que tal proceder constituye, por el contrario, una causal de invalidación de un fallo. (Casación Penal. Octubre 25 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 731, 1ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 356 —

El hecho de que el jurado haya condenado a uno de los procesados como autor de homicidio consumado en concurso con otro al cual absuelve el mismo jurado, es una con-

tradicción aparente en que incurre el veredicto, porque la responsabilidad penal es, en principio, individual e intrasmisible o incomunicable, vale decir que cada cual responde de lo que hace y no de lo que los demás ejecutan, y porque la complicidad o concurso es una circunstancia accesoria y no principal para que un delito se configure.

La declaración esencial que contiene el veredicto es la de que uno de los acusados es responsable y el otro no, sin que la dicha circunstancia de que el condenado hubiera actuado solo o en concurso con otro lo exima de responsabilidad, pues la participación de otro u otros es algo accidental y no esencial o principal.

Lo que el jurado declaró refiriéndose al concurso puede significar dos cosas: o que el procesado actuó ayudado por otro sobre cuya responsabilidad no se le interrogó, o que radicó la imputación en cabeza de uno solo y omitió distraídamente explicar que no había existido la participación. En todo caso, no es de la esencia del delito la reunión de voluntades y de acciones, salvo que se trate de un hecho ilícito en que la pluralidad de delincuentes sea necesaria para que se configure, como ocurre en la asociación para delinquir, y de una figura semejante no se trata en el proceso que se estudia. (Casación Penal. Septiembre 3 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) 657, 1ª

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE

— 357 —

Si el veredicto no fue declarado contrario a la realidad de los hechos, debe ser aceptado, por más que contraríe la evidencia procesal (artículo 480 del C. de P. P.). (Casación Penal. Junio 14 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 256, 2ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO Y VEREDICTO CONTRAEVIDENTE

— 358 —

Para que el veredicto del jurado sea considerado contradictorio, se requiere que en su enunciado exponga dos pensamientos, que por diversos y contrapuestos, su contenido sea igualmente imposible de descifrar porque si se acepta uno, el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del jurado.

En cambio, el veredicto contraevidente, es el que enunciado en forma coordinada, con pensamientos claros y lógicos, en los cuales, se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo se halla en desacuerdo con la realidad de los hechos procesales. (Casación Penal. Julio 5 de 1949. T. LXVI. 2075-2076)

o ..... 402, 1ª y 2ª

VEREDICTO Y SENTENCIA

— 359 —

Es verdad que a los Jueces de conciencia les corresponde calificar los hechos sobre que ha versado el debate y decidir, en último término, sobre la responsabilidad del procesado, correspondiéndole al Juez de derecho pronunciar la sentencia que, de acuerdo con el veredicto, deba dictarse.

Más teniendo en cuenta que los hechos materia de examen por parte del **juri** son precisamente los que constituyen el delito imputado al agente de la infracción, la responsabilidad de éste y las circunstancias específicas que influyen en la determinación de la penalidad, síguese que los Jueces de hecho no definen únicamente el aspecto material del suceso criminoso, sino también el aspecto intencional o subjetivo. Y ello tiene que ser así, porque, como lo dice acertadamente el señor Procurador, el hecho y el derecho son inseparables, hasta el punto de que

sin la existencia del primero no puede actualizarse el último, de tal suerte que alterados los hechos **sub judice,** cambia necesariamente la disposición penal aplicable al caso.

Toda norma penal tiene dos partes: el precepto y la sanción. El primero es una descripción de hechos o actos humanos, positivos o negativos que configuran el delito. La sanción es la pena que la ley señala a la actuación con la cual el delincuente ha vulnerado el orden jurídico.

De allí que los Jueces de conciencia, al calificar los hechos imputados al procesado, decidan en el fondo una cuestión de carácter jurídico. (Casación Penal. Junio 14 de 1949. T. LXVI. 2073-2074) 254, 2ª

VIOLENCIA CARNAL (Diferencias entre este delito y el de corrupción de menores)

— 360 —

La violencia carnal consiste en someter a otra persona al acceso carnal, sin su consentimiento, mediante violencia física o moral. Desde que haya violencia para el coito, el delito se configura, cualquiera que sea la edad de la ofendida. Lo que sucede es que si la víctima es menor de catorce años, se presume la falta de consentimiento, tanto por la falta de madurez de juicio suficiente para prestarlo, como por la falta de desarrollo necesario que por lo común cabe suponer entonces para realizar ese acto.

La corrupción de menores consiste solamente en ejecutar con un menor de diez y seis años actos erótico-sexuales "diversos del acceso carnal", en su presencia o con su concurso, o en iniciarlo en prácticas sexuales anormales. Pero es claro que la corrupción excluye, por su naturaleza la violencia, porque lo esencial es en ella la enseñanza inoportuna o extemporánea y maliciosa de los hechos de la vida sexual, lo que puede llevar a prácticas viciosas o a producir inquietudes que, de todos modos, perturben el normal desarrollo de la personalidad.

Obvio es que el ayuntamiento carnal con menor de diez y seis años es el acto más corruptor, porque es el que enseña prácticamente las relaciones sexuales; pero la ley requiere el consentimiento de la mujer, por que si no hay consentimiento, se tratará de una violencia carnal, que no de una simple corrupción. El que la ley exprese que hay corrupción en la mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis cuando el coito se realiza **"aún** con su consentimiento", no significa que cuando hay violencia no se trata de una violencia carnal, porque los delitos no se distinguen por las expresiones más o menos propias con que los describa el código, sino por los elementos constitutivos con que aparezcan configurados sin lugar a duda.

En resumen, el acceso carnal verificado con una mujer mayor de catorce años, pero menor de diez y seis, tiene que ser con el consentimiento de ésta, para que sea corrupción de menores, pues si se realiza sin su consentimiento, se tratará de una violencia carnal, **ope legis.** (Casación Penal. Octubre 4 de 1949. T. LXVI. 2077-2078) .....
678, 2ª y 679, 1ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL PRESENTE TOMO LXVI DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras de la columna "números" se refieren a los apartes de doctrina que componen este Indice. Los guiones que aparecen en la columna "Artículos" indican que la correspondiente doctrina cita globalmente el Código, la Ley o el Decreto en referencia.

Artículos	Números
ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1910	
54	25
ACTO LEGISLATIVO Nº 1º DE 1945	
89	177
CODIFICACION CONSTITUCIONAL VIGENTE	
26	92, 130, 210, 294
76 (ord. 23)	192
114	144
119 (ord. 4º)	192
218	218
CODIGO CIVIL	
62	224
63	128, 156
64	175
356	131
358	131
359	131
360	131
361	131
400	158
673	345
674 ss.	25
724	316
762	15
775	15
900	150
981	15
995	325
1055	344, 345
1059	344
1080	198, 347, 348
1500	260
1503	116
1516	156
1522	156
1557	114
1594	103
1604	156
1616	156
1748	338
1758	198
1766	338
1781	343
1789	341, 343
2162 a 2164	225
2189	223
2341	128, 263, 268, 288
2347	129, 160, 288
2349	129, 160, 288
2356	124, 155, 156, 263, 264, 287, 288, 320
2358	194
2518	281
2542	225
2576	153
2594	14, 315
2663	14, 315

Artículos	Números
CODIGO CIVIL FRANCES	
1382	128
1384	320
CODIGO DE COMERCIO	
20	115
466	260
CODIGO PENAL DEROGADO	
358	153
CODIGO PENAL VIGENTE	
9º	119
11	8
28	102, 181, 201, 296, 297
29	159
33	255
34	67, 311
35	311
36	72
37 (num. 3º)	100
37 (num. 6º)	26, 99
45	256
60	256
80	108
81	12
84	12
90	12
92	12
93	12
94	12
95	267, 268, 269
114	290
171	4, 8
172	5, 8, 141
174	143
178	1, 2, 3
184	132
231	153, 169
233	169, 170
234	169, 170
239	169
240	169
241	169
242	169
244	169
246	169
295	151
316	360
326	360
363 (num. 5°)	191
365	181
372	215
373	215, 272
374	215, 271, 272
375	215
384	328
385	105, 106
408	165, 170
CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL	
124	178
CODIGO FISCAL DE 1873	
1126	276
CODIGO FISCAL VIGENTE	
(Ley 110 de 1912)	
112	274, 276
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
(Ley 167 de 1941)	
62 y ss.	188
Cap. XXII	352
CODIGO DE MINAS	
4º	279
5º	279
8º	279
79	279
93	227
118	279
310	279
312	279
313	279
346	279
347	279

Artículos	Números
CODIGO JUDICIAL	
40	17
70	183
71	183
84	21
108	2
151	303
176 (3°)	144, 177
205	136, 139
222	14, 315
242	130
262	225
264	223
265	223
343	129
359	286
391	200
440	306
441	306
442	306
455	234
456	234
471	75, 139
472	59
474	253
494	19, 23, 308
519	43, 44, 63, 120
520 (1°)	49, 56, 75, 133
520 (2°)	57, 58, 75, 82
524	120
531	65, 82, 134
553	11
593	139
597	48, 60
617	109
632	117, 197, 300
634	300
636	60
639 y ss.	173
642	173
664	265, 269
678	95
718	257
721	197
722	197
723	258
734	205
742	303
982	13
990	13
998	319
1008	319
1135	319
1189	319
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
7º	65, 134, 254, 306
10	143, 290
11	194
24	194
25	10, 11, 148
26	11
29	11
48	214
49	214
55	33
58	34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42
64	204
73	185, 228, 254
74	183, 184
76	183, 306
77	187
79	187
83	200
102	241
104	24, 130, 294
107	254, 294
108	254
117	200
121	12
153	96, 143, 284, 339
156	200
159	332
167	294
170	237, 294
171	237, 294
172	304
188	237
189	112
190	237
198	130, 240, 241, 244, 251, 294
199	130, 207, 243, 294
200	236
202	239
235	238
245	238
251	169

Artículos	Números
271	97
277	204
294	97
415	220
421	97
422	142
429	97
431	123, 212
432	24, 130, 294
433	294
437	339
452	242
480	72, 80, 102, 105, 208, 226, 336, 357
489 a 496	209
498 a 503	210
499	72, 102, 105, 123, 191, 212
505 a 510	209
520	207
537	71, 79, 83, 102, 208
547	331
554	71, 79, 80, 83, 102
556	70
557	70
567	71, 79, 83
567 (1º)	76
567 (2º)	72, 77, 78, 79, 82, 83, 84, 85
567 (3º)	80, 86, 88, 89, 90
567 (4º)	91, 92
567 (5º)	93
567 (7º)	80
568	66
663	108
667	192
710	119

LEYES ESPECIALES

Ley 292 de 1875

23	227

Ley 57 de 1887

42	307

Artículos	Números

Ley 153 de 1887

40	354
80	145, 270

Ley 95 de 1890

1º	175
17	107
21 (3º)	107

Ley 105 de 1890

80	258

Ley 169 de 1896

—	123, 210

Ley 40 de 1907

149	43

Ley 26 de 1913

(Acuerdo Bolivariano sobre extradición)

—	119, 166, 167
I	119, 167
II	119, 167
III	119
IV	119, 167
V	119, 167
VIII	119, 167
XIV	119, 166
XVI	119

Ley 75 de 1913

—	275

Ley 46 de 1923

26 y ss.	196

Ley 78 de 1923

3º	84

Ley 36 de 1931

4º	348

Artículos	Números
Ley 37 de 1931	
—	276
Ley 118 de 1931	
—	354
3º (num. 5º)	84
Ley 40 de 1932	
15	14, 315
Ley 67 de 1935	
1º	259
Ley 50 de 1936	
1º	285
Ley 160 de 1936	
1º	276
2º	276
5º	217
7º	217
10º	274, 276
Ley 200 de 1936	
21	298
Ley 124 de 1937	
2º	342
4º	342
Ley 92 de 1938	
18	60
19	60
Ley 4ª de 1943	
—	210, 211
23	219
24	11
25	11
28	122, 123, 211, 226
29	31, 84, 123, 210
Ley 38 de 1945	
2º	307
Ley 85 de 1946	
2º	229
Ley 82 de 1948	
2º	192
4º	192
DECRETOS	
Decreto Nº 2200 de 1938	
6º	119
16	166
Decreto Nº 1683 de 1948	
—	302
PROYECTO DE CODIGO JUDICIAL DE ARBELAEZ	
479	43

INDICE ALFABETICO

— A —

Págs.

Alvarez Restrepo Efraín—Casación por homicidio 192

Alzate Nelia Rosa Rodríguez v. de, contra el Municipio de Medellín. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 633

Amarís José Vicente.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 446

Amarís José Vicente. — Se ordena cesar el procedimiento contra él por cargos de abuso de autoridad (demoras)..... 482

Amézquita Ch .Antonio M. contra la Nación. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 533

Angel Ferrer Cicerón.—Sobreseimiento definitivo en su favor por unos cargos de abuso de autoridad y auto de proceder en su contra por otro cargo 146

Angel Ferrer Cicerón—Recurso de reposición contra el auto de proceder proferido en su contra 154

Arriaga Pastora contra Rufina de la Torre. Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 604

Atuesta Gustavo contra los herederos de Leocadia Márquez de Santos.—Juicio ordinario sobre pago de honorarios profesionales... 63

— B —

Págs.

Barrera Francisca contra Ana Francisca Osorio.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento 51

Beltrán Rosa A. contra Enrique Beltrán—Juicio ordinario sobre adquisición por prescripción extraordinaria 107

Bolaño Manuel Polonio.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio 456

Bonilla Emma Guzmán v. de, contra Esteban Guzmán.—Juicio ordinario. Recurso de hecho 105

Botero Reinaldo contra Jesús M. López, Ricardo Lalinde, Enrique Meyer y Juan de la Cruz López, liquidadores de la sociedad "Farmacia Moderna Antonio Isaza & Cía., S. A."—Juicio especial sobre rendición de cuentas 96

Bravo Guerra Alberto. — Impedimento para actuar como Fiscal en un proceso contra Carlos Arturo Suárez 664

— C —

"Caimital"—Aviso sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad particular que se encuentre en la finca denominada así, aviso dado por la Compañía de Petróleos "Shell" de Colombia..... 306

Callejas Dolores Molina de, contra el Departamento de Antioquia y contra el Asilo de Ancianos de Medellín—Juicio ordinario sobre nulidad de una partición hecha en un juicio de sucesión. Apelación de un auto proferido en el dicho juicio..... 774

Camacho Rojas Luis.—Casación por homicidio 401

Cárdenas Ceferino contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 867

Págs.

Cardona Orozco Manuel.—Casación por homicidio 729

Cardoso S. Ramón.—Sobreseimiento definitivo en su favor por el cargo de abuso de autoridad 469

Castañeda Simeón contra Manuel Antonio Peláez.—Juicio ordinario sobre revisión de una sentencia de excepciones proferida en un juicio ejecutivo 350

Castro Orozco Eduardo.—Casación por lesiones personales 177

Compañía Explotadora de Petróleos, S. A. Juicio breve y sumario originado en una oposición formulada por la dicha compañía a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno ubicado en el municipio de Lorica 846

Compañía Petrolera de Bogotá.—Juicio breve y sumario originado en la oposición del Municipio de San Sebastián de Buenavista a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional hecha por la dicha compañía..... 781

Complemento de voto del Magistrado doctor Francisco Bruno a la sentencia de la Sala de Casación Penal por medio de la cual se decidió el recurso de casación de Luis Eduardo Libreros Pérez por homicidio.... 207

Colón Carlos E. — Sobreseimiento definitivo en su favor por el cargo de abuso de autoridad (abandono de funciones)..... 241

Coral P. Manuel contra Laercio Lagarda.— Juicio ordinario sobre resolución de un contrato de sociedad 368

Córdoba Rosario Torres de, contra Temístocles Inuasti.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato..... 384

Correa Hincapié Nabor.—Casación por homicidio 700

Págs.

— CH —

Chaves R. Bolívar y Gómez Jurado José Eliseo. — Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad que les formuló el doctor Teodulfo Dulce..... 767

— D —

Decreto 1270 de 1937, acusado por inexequibilidad en su artículo 72..... 1

Durán Santos Gonzalo. — Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio 659

— E —

Echeverri Sánchez Aníbal. — Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad (demoras)..... 512

Espinosa Obdulio.—Casación por homicidio. 258

Estrada Bernardo y Dolores Uribe de Uribe contra Antonio, Francisco e Ignacio Ospina. — Juicio ordinario sobre restitución de un ramal de aguas..... 91

— F —

Faccini Virginia Soto de, contra el Departamento de Norte de Santander y contra el Municipio de Cúcuta.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 535

Ferrer Ibáñez Próspero contra el Departamento del Chocó.—Juicio ejecutivo. Apelación de unos autos 817

Forero Franco Lucrecia contra José Vicente Niño. — Juicio ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa, por lesión enorme 48

Franco V. Justo.—Se ordena cesar el procedimiento contra él por prevaricato..... 235

— G —

Gaitán Calderón Heliodoro—Casación por lesiones personales 464

Págs.

Galán Lucas María y María v. de Galán contra la Compañía Colombiana de Electricidad, S. A.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 78

Galeano Aurelio T. y Rebeca Baños de Galeano contra Miguel Roberto Ardila.—Juicio ordinario sobre declaración de propiedad de una finca denominada "Vizcaya", sobre reivindicación y sobre cancelación de una escritura y de su registro..... 606

Gallego Ana Feliz Buitrago de, contra los Ferrocarriles Nacionales.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 806

Galvis Ricardo contra el Municipio de Mariquita—Juicio ordinario sobre cumplimiento de unos contratos..... 361

García Bustamante Alonso—Se ordena cesar el procedimiento contra él, por el cargo de abuso de autoridad 459

García Urbina Luis contra el Departamento de Santander—Juicio ejecutivo—Apelación de un auto 861

García Gómez Mario y Argüello Euclides—Se ordena cesar todo procedimiento en el proceso contra estos Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga iniciado por denuncia del doctor Alfonso Villalobos Serpa. 489

García Gómez Mario—Impedimento para conocer de un proceso contra el doctor Alfonso García Rangel 703

Gardos Adalberto—Solicitud de libertad 709

Gardos Adalberto y Rado Nicolás—Concepto sobre extradición de estos ciudadanos húngaros 711

Gil María Elisa Morales v. de, contra la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá, sobre pago de servicios profesionales prestados por el doctor Aparicio Gil 627

Págs.

Gironza María Luisa contra Eusebio Caicedo. Recurso de hecho 110

Gómez Elías Henoc de Jesús contra la Nación—Corrección de error numérico en que se incurrió en sentencia sobre pensión de jubilación 782

Gómez Ramón Raimundo y otro contra Vicenta Gómez v. de Quintero—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento.... 73

González o Sánchez Carlos—Casación por homicidio 278

González Laurentino—Recurso de hecho en un proceso por lesiones personales 493

González Laurentino—Recurso de reposición contra el auto que concedió la casación pedida de hecho en un proceso contra aquél. 498

Grajales Pedro Nel—Casación por homicidio. 689

Guerrero Manuel—Casación por homicilio.. 286

— H —

Henao Marín Enrique y Prudencio—Casación por incendio y abuso de confianza..... 515

Hernández Alfredo y otros—Colisión de competencia para conocer de un proceso contra ellos por abuso de confianza..... 272

Hernández Campo Elías—Casación por homicidio 165

Hernández Ospina Manuel—Casación por lesiones personales 282

Herrera Luis Antonio—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio.... 443

Hincapié Mejía Nicomedes — Sobreseimiento definitivo en su favor por el cargo de abuso de autoridad (demoras) 742

Págs.

Hoyos Jaramillo Libardo—Auto de proceder en su contra por los delitos de detención arbitraria y delitos contra los funcionarios públicos 734

Hoyos Jaramillo Libardo—No se repone el auto de proceder proferido en su contra..... 740

Hortúa Ceferina Pérez de, y otros contra los herederos de Rosendo Hortúa—Juicio ordinario sobre reforma del testamento y sobre exclusión de unos bienes del inventario... 55

— I —

Infante Sara Molano de, y otros contra la Nación—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 820

Isaza Escobar Rodrigo contra José Joaquín Escobar Hoyos y otros—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento cerrado..... 139

— J —

Jaimes José Vicente—Casación por homicidio. 508

Jaramillo Julio Enrique y José Joaquín Vergara y María Cecilia García de Vergara contra los Ferrocarriles Nacionales—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. 793

Jiménez José Antonio—Sobreseimiento definitivo en su favor por los cargos de prevaricato y abuso de autoridad 746

Jiménez Angarita Luis Eduardo — Casación por homicidio 415

Jiménez Manuel Salvador—Casación por lesiones personales y hurto 723

Jiménez María Luisa Villa de, contra el Banco Hipotecario de Bogotá y otros—Juicio ordinario sobre nulidad de un juicio especial de venta de cosa hipotecada..... 378

— K —

Klinger Luis Carlos — Casación por lesiones personales 409

Págs.

— L —

Leaño Leaño Gonzalo—Casación por lesiones personales 450

León Cotrino Carlos Julio—Casación por homicidio 655

Leiva José María contra José Galera Simón. Juicio ordinario sobre reivindicación 358

Levid Vélez José—Casación por homicidio... 685

Ley 37 de 1931, acusada por inexequibilidad en sus artículos 26 y 28 1

Ley 160 de 1936, acusada por inexequibilidad en sus artículos 5 y 7 1

Libreros Pérez Luis Eduardo—Casación por homicidio 195

Londoño Ruiz Octavio y otros Magistrados del Tribunal Superior de Manizales—Sobreseimiento definitivo en su favor por varios cargos que les imputó Carlos Julio Cepeda A. 231

López Luis Carlos (a. Fiebre)—Casación por homicidio 436

López Gómez Vicente contra la Nación—Juicio ordinario sobre adquisición por prescripción del derecho a ejercer la profesión de abogado 865

Lozano Garcés Ramón contra el Departamen del Chocó — Juicio ejecutivo. Incidente de nulidad 779

— LL —

Llnás Vega Jorge—Sobreseimiento defintivo en su favor por los cargos de abuso de autoridad y prevaricato 471

— M —

Macías Valenzuela Edmundo — Casación por homicidio 294

Págs.

Malaver Flaminio y otros—Cambio de radicación de un proceso contra ellos por homicidio en cuatro agentes de la Policía Nacional. 182

Maldonado Luis Ernesto—Casación por robo y lesiones personales 432

Marín José Joaquín—Sobreseimiento definitivo en su favor por los cargos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria 667

Marín V. Miguel Angel—Sobreseimiento definitivo en su favor por el cargo de abuso de autoridad (demoras) 742

Martín Salustiano y otros—Reconstrucción de un proceso civil 523

Martínez Espíritu López de, contra Matilde y Elisa Martínez—Juicio ordinario sobre nulidad de uno especial de rendición de cuentas 71

Martínez Gustavo contra la Cooperativa de Choferes y Propietarios de Automotores de Girardot, Ltda.—Juicio ordinario sobre pago del valor de dos bultos de mercancías.... 609

Martínez Isabel Gómez de, contra la Empresa Eléctrica Industrial del Quindío—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Recurso de hecho..... 103

Martínez L. Jorge contra la Nación—Cumplimiento de una sentencia. Recurso de súplica 317

Martínez Pedro M.—Sobreseimiento definitivo en su favor por el cargo de prevaricato... 661

Mejía Alfonso y otros (choferes piratas)—Cambio de radicación de un proceso contra ellos por estafa y otros delitos..... 262

Mejía Francisco y otros contra la Nación—.... Juicio ordinario sobre oposiciones a la propuesta de contrato hecha por el Instituto de Fomento Industrial para explorar y explotar hierro en el Municipio de La Paz (Boyacá). Nulidad de lo actuado 303

Mejía Cardona Jaime—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio..... 249

Mejía Cardona Jaime—Casación por robo.... 387

Mejía Mejía Ricardo—Casación por homicidio. 759

Melo José Antonio contra la Nación—Juicio ordinario sobre responsabilidad por pérdida de una suma de dinero consignada en depósito judicial en un Juzgado de Circuito. 313

Méndez Losada José contra Misael Pastrana. Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato 636

Morales Morales Manuel—Casación por homicidio 290

Mosquera Miguel Vicente—Casación por homicidio preterintencional 211

Municipio del Zarzal—Oposición a la solicitud de declaración de pertenencia de un inmueble, solicitud formulada por Francisco de la Cruz Motoa 59

— N —

Neira Porto Rafael—Casación por homicidio. 694

Novoa Ortiz Luis José—Casación por falsedad en documentos públicos 251

— O —

Obispo de Tunja (el) y Elvira Sarmiento de Quiñones contra la Nación—Juicio ordinario sobre nulidad de otro ejecutivo de impuestos nacionales 842

Obregón Evaristo y otros contra Miguel José ..y Carlos Alfonso Neira y contra Román Quiñones—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual. 623

Págs.

Ocampo Luis Alfonso—Casación por lesiones personales. Recurso desierto 426

Olarte Arenas Josefina y Juan Esteban Ovalle Niño—Casación por violencia carnal y corrupción de menores 667

Ortiz Publio y otra contra Antonio Tamayo. Juicio sobre deslinde de dos predios..... 646

Ortiz Teresa contra la Nación—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 800

Osorio Pedro J. y otra contra Eduardo Ortiz. Juicio ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa, por lesión enorme. 371

Otero Félix Antonio contra José Eusebio Palacios—Juicio ordinario sobre reivindicación. 100

Otero Félix Antonio contra Antonio Dimaté. Juicio ordinario sobre reivindicación..... 341

Ovalle Niño Juan Esteban y Olarte Arenas Josefina—Casación por violencia carnal y corrupción de menores 677

— P —

Pabón Teófilo—Casación por asesinato y robo. 160

Páez Campo Elías—Cesación del procedimiento contra él 753

Palau Borrero Ignacio y otros contra Blanca Marina Velásquez de Hammerle—Juicio ordinario sobre reivindicación 66

Phillips Rincón José—Casación por rebelión. Se declara admisible el recurso 163

Pinto Alberto contra Luis S. Pinto y Rosa Buitrago—Juicio ordinario sobre dominio de un inmueble 344

"Pipiní"—Aviso de exploración y explotación de petróleos en tierras de ese nombre, situadas en el Municipio de Chaparral, aviso dado por la Texas Petroleum Company.... 784

Págs.

Polanía C. Ignacio, Crescencio, Luis E. y Gustavo contra Rafael y Bonifacio Bermúdez y otros—Juicio ordinario sobre reivindicación de unas islas 119

Poveda Segura Jorge—Casación por falsedad en documento público y uso del mismo.... 715

Proposición aprobada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en su sesión del 28 de octubre de 1949 con ocasión del fallecimiento del H. Magistrado doctor Belisario Agudelo D. 603

Proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" (1949), objetado como inexequible 5

Puello Marciela Gutiérrez v. de, y otros contra el Municipio de Cartagena—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. 615

Puerto Noé y Tomás Cárdenas—Casación por homicidio y robo..... 397

— Q —

Quiroga Jesús María y Francisco Restrepo Echandía—Se ordena cesar el procedimiento contra ellos por los cargos de responsabilidad que les formuló el doctor Pedro J. Castillo 422

Quiróz Eusebio—Cambio de radicación de un proceso contra él, por homicidio..... 435

— R —

Rado Nicolás y Gardós Adalberto—Concepto sobre extradición de los dichos ciudadanos húngaros 711

Ramírez Pérez Pedro—Casación por homicidio y lesiones personales 215

Ramírez Silvano—Casación por homicidio.... 504

Ramos Mondragón Alfonso—Recurso de hecho 514

Rebolledo Alberto y otros Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla—Sobre-

seimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad..... 170

Reinales Bárcenas Jorge—Cambio de radicación de un proceso contra él por estafa.... 454

Rengifo Porras Agustín—Cesación del procedimiento contra aquél por el cargo de abuso de autoridad 704

Richard, Hijos de G., contra Francisco Valenzuela de la Torre y otros—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de arrendamiento 374

Rincón Parra Rubén—Casación por homicidio. 218

Ríos María del C. contra Eugenio L. Pedraza y Celina Guarda—Juicio ordinario sobre reivindicación 83

Rodas Pedro José—Casación por homicidio... 393

Rodríguez Benilda—Casación por homicidio.. 185

Romero Severiano contra Nepomuceno Medina — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de sociedad limitada..... 651

Rosa de Colombia (Compañía de Petróleos La)—Juicio breve y sumario originado en las oposiciones hechas a la propuesta formulada por la dicha compañía para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno ubicado en jurisdicción de los municipios de Magangué y Sincé (Bolívar)..... 321

Rubio Ayala Antonio contra Luis B. Contreras—Juicio ordinario sobre incumplimiento de un contrato 611

Ruiz Cancino José Miguel—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio. 749

— S —

Salamanca Luis Francisco—Recurso de revisión por robo 158

Salazar S. Belisario — Cesación del procedimiento contra él por abuso de autoridad. 175

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis A. Flórez a la sentencia de la Sala Plena que declaró exequible el proyecto de ley "por la cual se señala la fecha para las próximas elecciones" (1949)..... 14

Salvamento de voto del Magistrado doctor Alvaro Leal Morales a la misma sentencia. 16

Salvamento de voto del Magistrado doctor Domingo Sarasty M., a la misma sentencia. 19

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Silva Rebolledo a la misma sentencia 27

Salvamento de voto del Magistrado doctor Eleuterio Serna R. a la misma sentencia... 32

Salvamento de voto del Magistrado doctor Angel Martín Vásquez a la misma sentencia 39

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza y Alvaro Leal Morales a la providencia de la Sala de Casación Civil que concedió el recurso de casación interpuesto de hecho en el juicio ordinario seguido por María Luisa Gironza contra Eusebio Caicedo 113

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala de Casación Penal que decidió el recurso de casación de Eduardo Castro Orozco por lesiones personales..... 181

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Alejandro Camacho Latorre y Domingo Sarasty M. a la sentencia de la Sala de Casación Penal que decidió el recurso de

casación de Luis Eduardo Libreros Pérez por homicidio 201

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala de Casación Penal que decidió el recurso de casación de Ezequiel Velasco Quintana por lesiones personales..... 408

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles a la sentencia de la Sala de Negocios Generales en el juicio ordinario de Manuel Alfredo Wiesner y otros contra la Nación 531

Sánchez Octavio contra la Unión de Productores de leche S. A. y otros—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios... 354

Santos Julio César contra Pedro Vicente Colorado y contra los herederos de Tulio Suárez—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 127

Serna Eduardo y otros contra Gustavo Camacho—Juicio ordinario sobre declaración de que es infundada la oposición hecha por Camacho a la posesión de una mina denominada "San Carlos"..... 115

Suárez María Ramírez v. de, contra los Ferrocarriles Nacionales—Juicio ordinario. Incidente de nulidad 776

— T —

Toledo Abelardo contra Francisco A. Gualdrón — Juicio ordinario sobre reivindicación 630

Torres España Zabulón—Casación por homicidio. Recurso desierto 474

Triana Arcesio—Casación por homicidio.....227

Tropical Oil Company—Juicio breve y sumario originado en las oposiciones formuladas por el Municipio de Polonuevo, el Municipio de Sabanalarga, el Municipio de Santo Tomás y la Comunidad de Isabel López a la propuesta hecha por la mencionada compañía para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional 830

— V —

Valdés Becerra Manuel—Incompetencia de la Corte para conocer en primera instancia de un proceso contra él 673

Valencia Restrepo Antonio—Prescripción de la acción penal en un proceso contra él por abuso de autoridad 455

Valencia Nelson y Francisco Urbano contra el Departamento del Chocó—Juicio ordinario. Apelación de autos. 840

Valero Bernal Víctor—Sobreseimiento defintivo en su favor por abuso de autoridad.... 671

Van Meek Beatriz Pacheco de, contra Isabel Rodríguez de Albarracín—Recurso de hecho interpuesto por el doctor Carlos Adolfo González 353

Vanegas Octaviano contra Juana Paula Taborda y Clara, Elena y Emperatriz Cataño. Juicio ordinario sobre reivindicación..... 86

Vargas Bernal Juan de Dios—Casación por homicidio 266

Velasco Arboleda Edgar y otros—Cambio de radicación de un proceso contra ellos por homicidio y lesiones personales..... 744

Velasco Quintana Ezequiel—Casación por lesiones personales 404

Velásquez Mejía Delio de Jesús—Casación por falsedad documental 476

Vera Vera Hernando—Cesación del procedimiento contra él por abandono de funciones de Juez 756

Vergara Crespo Primitivo—Recusación de este Magistrado en un proceso contra el doctor Francisco Campo C. 707

Vigoya Marco Tulio—Casación por homicidio. 429

Villa Vieira Jairo—Recusación de este Magistrado para conocer de un proceso contra Luis Germán Martínez Zuluaga 245

— W —

Wesselhoeft Roberto, Ralph W. Stearns y John E. Cook.—Aviso sobre exploración y explotación de petróleos en un terreno denominado "San Francisco" en el Territorio Vásquez (Boyacá) 793

Wiesner Manuel Alfredo y otros contra la Nación—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 526

— Z —

Zarama V. Guillermo—Impedimento para actuar como Magistrado en un proceso contra Eduardo Ramírez 419

Zárate H. Eduardo.—Colisión de competencias para conocer de un proceso por calumnia seguido contra él..... 683

Zapata Ana Rosa Herrera de, y otros contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 849

Zapata Dávila Rafael.—Casación por homicidio 669

ERRORES ADVERTIDOS

en el presente Tomo LXVI de la "Gaceta Judicial"

En el 7º renglón de la primera columna de la página 165, Nº 2073-2074, dice: "es tan limitado a aquéllos"; léase "está limitado a aquéllos".

En el 4º renglón de la segunda columna de la página 183 del Nº 2073-2074, dice: "en la decisión de los preceptos"; léase "en la decisión de los procesos".

En el 6º renglón del tercer párrafo, primera columna de la página 211, Nº 2073-2074, dice: "no es que se sorprendió"; léase "es que se sorprendió".

En el 6º renglón de la primera columna, página 294, Nº 2073-2074, dice: "injusticia de la infracción"; léase "injusticia de la provocación".

En el 16º renglón del segundo párrafo, columna segunda, página 278 del Nº 2073-2074 dice: "inexistencia de peligrosidad imputables"; léase "inexistencia de circunstancias de peligrosidad imputables".

En el 9º renglón del tercer párrafo, página 392, Nº 2073-2074, dice: "designación de defensor la hizo el procesado"; léase "designación de defensor no la hizo el procesado".

En el renglón 12º de la primera columna, página 432 del Nº 2075-2076, dice: "el de que la falta de defensa de los anteriores"; léase "el de que la falta de cumplimiento de los anteriores".

En el renglón 9º de la segunda columna, página 433 del Nº 2075-2076, dice: "el de que la falta de defensa de los anteriores"; léase "el de que la falta de cumplimiento de los anteriores".

En el 4º renglón del segundo párrafo, primera columna de la página 664, Nº 2077-2078, dice: "el ejercicio de su función por ausencia de un negocio determinado"; debe leerse "el ejercicio de su función por ausencia de causas que legalmente lo impidan, para conocer de un negocio determinado".

