GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXVII - BOGOTA, COLOMBIA. - DICIEMBRE DE 1949, ENERO Y FEBRERO DE 1950 - NUMERO 2089

SALA DE CASACION PENAL

DEMORAS. — NO SON IMPUTABLES AL JUEZ AQUELLAS EN QUE INCURRAN LOS EMPLEADOS DE LA SECRETARIA AL COMPULSAR UNAS COPIAS. — EL AUTO DE DETENCION PROVISIONAL ES DE CUMPLIMIENTO INMEDIATO

1.—La demora en la compulsa de las copias necesarias para que se surta un recurso de apelación, no es imputable al Juez, si éste dictó oportunamente las providencias concediendo los recursos y ordenando que se compulsaran las copias, porque esto último es tarea de los empleados de la Secretaría.

2. — El auto de detención es de cumplimiento inmediato, y no puede el Juez aplazar su cumplimiento, so pretexto de que durante las vacaciones judiciales no hay quien resuelva las solicitudes de libertad que formule el detenido, ya que, en previsión de tal evento, puede comisionar al alcalde del lugar o a un Juez de Instrucción, para que durante ese tiempo siga adelantando la investigación y decida todas las peticiones que eleven los interesados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal — Bogotá, dos de diciembre 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 Superior de Tunja, el 1º de septiembre último, en favor del juez penal del circuito de Ramiriquí, doctor Julio Roberto Galindo.

A dicho funcionario lo acusó el doctor Luis Bonilla Morales y le hizo dos cargos:

El primero fue el de no haber expedido unas copias que había solicitado, en el sumario que se le seguía a Juan Parada, por lesiones personales, "no obstante haber suministrado el papel necesario que fue solicitado por el secretario" y haber "mandado persona que las sacara" por cuenta del peticionario.

Y el segundo fue el de no haber querido dar cumplimiento oportuno a la orden de detención ordenada por el juez del circuito de Miraflores contra Peregrino Rojas, en el proceso que se le adelantaba por los delitos de robo y lesiones personales. Ante la insistencia del apoderado de la parte civil para que se encarcelara al sindicado, el juez le notificó a Rojas que debía presentarse al juzgado "voluntariamente, sin que pudiera el funcionario comisionado proceder a la captura. Al propio tiempo y en forma privada —añade— se le envió razón al maleante para que se presentara al juzgado donde se le excarcelaría en el término de ocho días, por cuanto llevaba tiempo suficiente para obtener ese beneficio, comoquiera que desde la iniciación del sumario habían transcurrido más de dos años".

Deben, pues, examinarse los dos cargos, que el denunciante consideró como constitutivos de pre-

varicato, siguiendo el cuidadoso estudio del señor Procurador.

a) Actuaciones en el proceso por lesiones personales contra Juan Parada y otros.

En providencia de 24 de septiembre de 1942 decretó el juez del circuito de Ramiriquí, doctor Julio Roberto Galindo, la detención preventiva de Juan Parada, Antonio Puín, Rosendo Caro, Luisa Montaña y Cecilia Parada, como responsables del delito de lesiones personales causadas a Narciso López (f. 18 v. del c. 3º).

El representante legal de los mentados sujetos, doctor Luis Bonilla Morales, interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación; el primero le fue negado y, como se le otorgara el segundo, se ordenó sacar las copias pertinentes (f. 20 v.).

Después de recibir algunas declaraciones solicitadas por el apoderado pidió éste, en escrito de 8 de octubre de 1942, que se concediera la libertad provisional a Juan Parada y a Antonio Puín, con apoyo en el artículo 394 del código de procedimiento penal (f. 24).

El juzgado, luego de practicar otras pruebas, en providencia de 2 de noviembre del mismo año, le concedió la excarcelación a Puín, pero se la negó a Parada, por cuanto éste había sido condenado anteriormente por lesiones personales (artículo 407 del C. de P. P.).

Contra ese proveído se interpuso apelación, que le fue concedida en el efecto devolutivo y, naturalmente, se ordenó la compulsa de las copias del caso (fls. 27 y 37 v.).

El juez continuó la labor investigativa y las copias subieron al Tribunal para los efectos de las dos apelaciones, no sin que antes, con fecha 26 de noviembre de 1942, reclamara el apoderado por la demora de las copias (f. 45 v.). Lo cierto fue que el 28 de abril de 1943 el señor Fiscal del Tribunal emitió su concepto sobre las providencias recurridas el 24 de septiembre y esta entidad, en auto de 14 de mayo de 1944 confirmó el auto apelado (fls. 47 v. y 48).

"La anterior relación de los hechos —dice la Procuraduría— pone de manifiesto que las copias para surtir los recursos de apelación fueron expedidas, aunque con bastante retardo. Pero esa demora, en manera alguna le es imputable al juez, puesto que él dictó oportunamente las providencias concediendo los recursos y ordenando la compulsa de las copias, tarea ésta encomendada únicamente a los empleados de la secretaría.

"Por otra parte —añade— esa demora no resulta injustificada, si se tiene en cuenta que el sumario estuvo en continua actividad, no sólo practicando las diligencias propias de la labor investigativa, sino también las pruebas que solicitó la defensa. De ahí que el juez, al contestar un reclamo de los procesados Parada y Puín sobre la tardanza en surtirse las apelaciones, les contestara, con toda razón lo siguiente:

"Hágase saber a los peticionarios que si no se han sacado las copias para que se surta la apelación interpuesta, es por culpa de ellos mismos; se ha dado curso a todas ellas y por consiguiente el expediente no ha permanecido en la oficina del juzgado, sino que ha tenido que pasar a la personería y además se están recibiendo declaraciones constantemente, solicitadas por los peticionarios" (f. 26).

"Además —concluye el Jefe del Ministerio Público— el retardo en expedir las copias no perjudicó los derechos del procesado Parada, puesto que el auto de detención apelado lo confirmó el Tribunal, llamándose después a responder en juicio criminal a dicho sujeto (fls. 49 v. y 68)".

La primera acusación carece, pues, de fundamento.

b) Actuaciones en el proceso por robo y lesiones personales contra Peregrino Rojas y Jorge López Galindo.

El juez de Miraflores, que conocía del proceso, dictó auto de detención preventiva contra Peregrino Rojas, el 27 de junio de 1940, por los delitos de robo y lesiones personales (f. 34 del c. 4°).

El juez del circuito de Ramiriquí, a cuyo conocimiento pasó el negocio, que lo era el doctor Julio Roberto Galindo, dispuso cumplir el mandato del de Miraflores y ordenó detener al sindicado, en providencia de 2 de febrero de 1943 (f. 54).

Rojas le pidió al funcionario su libertad provisional, basándose, entre otras razones, en que habían transcurrido más de 180 días desde la iniciación de la investigación, solicitud que hizo el 1º de marzo de 1943 (f. 61 v.).

El juzgado le concedió la excarcelación al peticionario, previo concepto favorable del ministerio público, el 5 de marzo del mismo año y de acuerdo con el artículo 394 del código de procedimiento penal (f. 63 v.).

El apoderado de la parte civil reclamó de esa providencia, pero el juez no accedió a revocarla (fls. 65 v. y 66).

Por último, el juez, doctor Galindo, se declaró impedido para conocer del proceso, por enemis-

tad del apoderado de la parte civil para con el funcionario (f. 67 v.).

Expuestas estas circunstancias agrega el señor Procurador las explicaciones que oficialmente (auto de 7 de abril de 1943, folio 66) y en su indagatoria (folio 29 del c. 1º) da el funcionario sobre el hecho de no haber privado de su libertad al sindicado estando para cerrarse las oficinas judiciales en diciembre de 1942, esto es, porque la petición de captura era inmoral, pues obedecía a fines manifiestamente egoístas de parte del apoderado de la parte civil.

"El diez y siete o diez y ocho de diciembre —dice en su indagatoria— víspera de comenzar las vacaciones judiciales, el doctor Bonilla Morales me hizo la propuesta de que ordenara la detención de Rojas el diez y nueve de diciembre, para que no pudiera hacer uso de la disposición del código de procedimiento penal que disponía poner en libertad a los sindicados después de ciento ochenta días de iniciadas las diligencias, y este proceso había sido iniciado años anteriores, pues todavía no había entrado en vigencia la ley 4ª de 1943...; me exigía eso el doctor Bonilla Morales a efecto de que Rojas estuviera preso y no pudiera concurrir a una convención política que se reunía en Tunja en los últimos días de diciembre para escoger candidatos a la Cámara, puesto al cual aspiraba el doctor Bonilla Morales. La propuesta en esa forma me pareció inmoral, así se lo manifesté y la rechacé de plano".

Sobre el despacho dirigido al alcalde de Rondón para obtener la captura de Rojas, manifiesta:

"El 21 o 22 de enero se ordenó la detención de Rojas y se pidió al alcalde de Rondón, por telégrafo, remisión y detención que se cumplió dos o tres días después. Preguntado: ¿recuerda usted si es verdad o no que en el mencionado despacho se le prohibía al alcalde de Rondón la captura de los sindicados y únicamente se le permitía notificarlos para que se presentaran voluntariamente a su juzgado? Contestó: —No es cierto, no se escribió despacho, sino por telégrafo se le exigió la notificación de la presentación de los sindicados... En todo caso, Rojas estuvo detenido alrededor de unos diez días, y meses después, ya en vigencia la ley 4ª de 1943, el doctor Bonilla pidió revocatoria del auto que concedía la libertad provisional, la que le fue negada, porque esa libertad se le concedió muchos días antes de que entrara en vigencia la referida ley 4ª" (fls. 30 v. y 31 del cuaderno principal).

Concluye el señor Procurador diciendo que el juez se abstuvo de encarcelar al sindicado Rojas inmediatamente antes de las vacaciones judiciales de aquel año, porque las razones que le invocó el apoderado de la parte civil, le parecieron inmorales y para no perjudicar al sindicado en el ejercicio del derecho que entonces le confería el artículo 394 del código de procedimiento penal; que no hay prueba de que el juez le diera instrucciones al alcalde de Rondón para que no capturara a Rojas; y que tampoco hay prueba de que el juez le hubiera aconsejado a dicho sindicado que se presentara a su despacho con la promesa de libertarlo en el término de ocho días.

Sobre lo cual comenta la Procuraduría:

"Ahora bien, el argumento de que al capturar a Rojas antes de las vacaciones judiciales podía perjudicarlo, por no haber quién le resolviera la solicitud de excarcelación que pudiera formular en ese lapso, no es atendible, puesto que el juez del conocimiento, en previsión de tal evento, tenía facultad para comisionar al alcalde del lugar o a un Juez de Instrucción Criminal, a fin de que continuara la investigación y decidiera todas las peticiones que elevaran las personas interesadas en el proceso.

"Si estrictamente no se justifica que el Juez hubiera aplazado la orden vigente de detener a Rojas, porque ese auto es de cumplimiento inmediato, con todo, es aceptable la excusa que da el doctor Galindo sobre las indebidas proposiciones que le hizo el apoderado de la parte civil, las cuales bien pudieron perturbar gravemente su recto criterio de juzgador, a tal punto de hacerlo creer que cometía una injusticia y, a su vez una inmoralidad, de haberlas aceptado. En esas condiciones, la conducta del funcionario aparece inspirada en una buena fe, o al menos en un error, factores éstos que descartan el elemento doloso de la infracción penal.

"Por otra parte, el Juez cumplió con el deber de darle efectividad al auto de detención, cuando fueron reanudadas las labores judiciales de 1943, circunstancia que pone de manifiesto que su ánimo no fue el de burlar la acción de la justicia, sino el de garantizar los derechos procesales del sindicado y el de no prestarse a una ilícita maniobra del apoderado de la parte civil, como lo afirma el doctor Galindo, sin ser contradicho en esto último.

"Lo expuesto es suficiente para concluír que el sobrseeimiento decretado es legal, sin que sea menester recurrir al fenómeno de la prescripción de la acción penal —que también concurre aquí— para definir la situación jurídica del Juez doctor Galindo" (f. 10 del c. 5º).

Las razones del señor Procurador son jurídi-

cas y por eso la Sala las transcribe como fundamento de su decisión.

Resta sólo acoger la solicitud final del Jefe del Ministerio Público en cuanto a la tramitación del negocio, que dice así:

"Finalmente, anota este despacho que el presente negocio se adelantó con bastante negligencia y hasta con falta de pericia. Lo primero, porque la denuncia fue repartida en el Tribunal el 8 de abril de 1943, y sólo el 7 de octubre de 1947 vino a dictarse propiamente el auto cabeza de proceso (fs. 4 v. y 17 v.).

"Lo segundo, porque se ordenaron sacar copias íntegras de los expedientes adelantados contra Juan Parada y otros, y contra Peregrino Rojas, cuando apenas bastaba haber ordenado una inspección ocular en cada uno de ellos, en orden a examinar los cargos formulados por el denunciante.

"Como demoras injustificadas aparecen las siguientes: del 23 de agosto de 1943 al 16 de marzo de 1944 (f. 6, cuaderno 1º); del 23 de mayo de 1944 al 23 de abril de 1945 (fls. 6 v. y 7); del 14 de mayo de 1945 al 22 de marzo de 1946 (fs. 8 v.); y del 11 de junio de 1948 al 20 de octubre del mismo año (f. 27 v.). Tales demoras deben investigarse.

"En virtud de las consideraciones hechas, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que confirme la providencia consultada y que ordene abrir investigación por las demoras referidas" (fls. 10 y 11 del c. 5º).

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, CONFIRMA la providencia consultada y ordena abrir la investigación criminal correspondiente por las demoras anotadas por el Ministerio público en la parte motiva de esta providencia.

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 Y DETENCION ARBITRARIA

Es verdad que el Gobernador puso en veces medios adecuados para que dichas órdenes de detención se cumplieran a cabalidad, pero en esto no obraba directamente, sino como auxiliar del funcionario investigador que lo comisionaba al efecto. Y en esto no existe nada de censurable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal — Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Debe calificar la Corte el mérito de las presentes diligencias, adelantadas contra el Gobernador del Departamento de Caldas, doctor Gerardo Arias Mejía, acusado de responsabilidad por abuso en el ejercicio de sus funciones.

Es el caso que el personero municipal de Manizales, en escrito dirigido al Tribunal Superior del mismo distrito, acusó al Gobernador por las detenciones de algunos ciudadanos, realizadas con motivo de los sucesos acaecidos el 9 de abril del año pasado, detenciones atribuídas a órdenes del mentado funcionario.

"Entre los ciudadanos capturados y detenidos —dice el personero— figuran entre otros, los siguientes: Jorge Valencia Márquez, detenido el día 15 de los corrientes a las cuatro y media de la tarde; Ernesto Jaramillo Concha, detenido el mismo día a las cinco y media p. m.; Guillermo Eastman Mejía, detenido el 14 a las diez p. m.; doctor Eduardo Millán Millán, detenido el 15 a las dos a. m.; doctor Flaminio Lombana Villegas, detenido el 14 a las 9 p. m.; Santiago Ruiz Camargo, detenido el 14 a las 9 p. m.; doctor Alcides Ocampo Avendaño, detenido el 14 a las 12 p. m."

Consta del procseo que durante el mes de abril del año pasado desempeñó la Gobernación del Departamento de Caldas el mentado doctor Gerardo Arias Mejía (fls. 30 v.)

También consta que en aquel Departamento, especialmente en su capital, ocurrieron el 9 de abril de 1948, con motivo del asesinato del doctor Jorge Eliécer Gaitán, hechos delictuosos que, por su naturaleza y gravedad, exigían de los órganos del Estado medios extraordinarios para su esclarecimiento.

En esa virtud expidió el Gobernador un decreto, el marcado con el número 395, de 13 de abril del mismo año, por el cual creó, hasta por el término de sesenta días, cinco inspecciones departamentales de policía, que debían ejercer su jurisdicción en todo el territorio del municipio de Manizales y a quienes se atribuían las facultades que tienen los funcionarios "de esta clase en las leyes, ordenanzas y decretos vigentes" (f. 92 v. del c. 1º).

"Nombrados y posesionados los Inspectores a que alude el anterior decreto —dice la Procuraduría— procedieron a la instrucción de los sumarios correspondientes contra todas aquellas personas que habían sido denunciadas por infracciones penales, en razón de su actividad durante el ya dicho 9 de abril de 1948. Y es lo cierto que contra todos y cada uno de los sujetos nombrados por el señor Personero en su memorial-denuncio, existían cargos concretos de haber participado delictuosamente en tales acontecimientos. Era, pues, apenas natural que contra ellos se iniciara acción penal y, en consecuencia, fueran detenidos preventivamente en los casos autorizados por el código de procedimiento.

"No tratándose de calificar aquí la conducta de los referidos Inspectores en su papel de funcionarios de instrucción, sino la del Gobernador que les hizo la designación respectiva, sobra hacer cualquier comentario acerca de la labor adelantada por aquéllos en el ejercicio de su cargo. Y aunque se tenga un concepto desfavorable sobre las actividades por ellos desarrolladas, o sea, que pudieron cometer faltas inherentes a su tarea investigativa, esa posible acusación no alcanza a repercutir en la persona del Gobernador Arias Mejía".

Según afirma el señor Procurador, y la Corte comparte su criterio, el cargo de que la orden de captura contra los ciudadanos mentados al principio, señores Jaramillo Concha, Eastman Mejía, Millán Millán y otros, obedeció a la ini-

ciativa del funcionario acusado, esto es, del Gobernador del Departamento de Caldas, no aparece comprobado.

En efecto, se realizaron varias inspecciones oculares en el despacho de la Gobernación y en el de la Alcaldía de Manizales (folios 39 y 76 del c. 1°), sin que apareciera el comprobante del caso.

'Es verdad —añade la Procuraduría— que el Gobernador puso en veces medios adecuados para que dichas órdenes de detención se cumplieran a cabalidad, pero en esto no obraba directamente, sino como auxiliar del funcionario investigador que lo comisionaba al efecto. Y en esto no existe nada de censurable".

Al expediente se trajeron los cuadernos que contienen la actuación, en detalle, de los mencionados investigadores contra los ciudadanos cuya detención motivó la denuncia del señor Personero de Manizales, y en ellos no se encuentra motivo legal para deducir cargo penal contra el Gobernador del Departamento.

Cierto es que este funcionario auspició las investigaciones, como se deduce del oficio número 00317, 13 de abril, dirigido al Alcalde Municipal y que dice así:

"La Gobernación tiene noticias fidedignas de que los principales promotores de los acontecimientos dolorosos que acaban de ocurrir en esta ciudad, fueron, entre otros, los señores Flaminio Lombana Villegas, Santiago Ruiz Camargo, Alcides Ocampo Avendaño, Juan C. Montoya (Camarada) y Eduardo Millán Millán. Ruego a usted promover rápidamente la investigación correspondiente tomando de consejero para las cuestiones legales, si usted lo creyere necesario, al Abogado de la Gobernación, y diciendo a este Despacho lo que a él corresponda hacer en el asunto" (f. 39 v. del c. 1º).

"Ninguna crítica de orden legal —comenta el señor Procurador— merece el anterior oficio. El Gobernador es de suyo el Jefe del Ejecutivo Departamental y como tal, responsable del orden público en el territorio de su jurisdicción. Era, pues, prudente que ante los hechos punibles realizados, como el saqueo del Almacén de Provisión Agrícola, el saqueo e incendio de la oficina judicial de los doctores Alzate Avendaño, etc., le significara a su subordinado que procediera a investigar, dándole algunos nombres de posibles responsables de lo sucedido. Pero aquello no fue, ni podía interpretarse como una orden de captura".

Al preguntársele al señor Gobernador por el oficio que se dice le dirigió al Teniente Coronel Lizarazo y por medio del cual se ordenaba la captura de las personas ya mencionadas atrás, manifestó en la indagatoria:

"Estando yo, como estaba, de Gobernador de Caldas, y existiendo, como se dice, una nota oficial, hay que atenerse a lo que dice esa nota, que es un documento que debe estar en los archivos de la Gobernación. Yo no tengo recuerdo de las cosas, porque se trataba de días de gran confusión y de revuelta, cuando el edificio de la Gobernación estuvo por varios días lleno de militares, de empleados y de gentes de todas clases, haciéndole frente a una ola revolucionaria que amenazaba tomarse la Gobernación" (f. 110 del c. 1º).

Varias pruebas se practicaron durante la investigación con el fin de establecer qué clase de órdenes había dictado el señor Gobernador en los días siguientes al 9 de abril del año pasado y de las cuales pudiera deducirse alguna responsabilidad contra el tantas veces mentado funcionario; entre otras, se pidió el testimonio de los oficiales que intervinieron personalmente en las capturas.

Así, el teniente César Jaramillo Arango expuso lo siguiente:

"La orden venía de una entidad superior por escrito, en la cual se nombraban algunos señores que debían ser conducidos al cuartel en compañía del Teniente Londoño. Leímos la orden en cuestión pero no nos fue dada la orden por escrito para su cumplimiento. Preguntado: ¿Puede decir, Teniente Jaramillo, qué nombres contenía la orden a que ha hecho mención en la respuesta anterior y si en esa orden aparecían los nombres del doctor Eduardo Millán, Liborio Chica, doctor Alcides Ocampo Avendaño, señor Ernesto Jaramillo Concha, señor Jorge Valencia Márquez, doctor Guillermo Eastman Mejía, señor Santiago Ruiz Camargo, señor Juan Montoya, doctor Flaminio Lombana Villegas? Contestó: De los señores Jaramillo Concha y Valencia Márquez no me acuerdo si estaban incluídos en esa lista. Los restantes, me parece que sí estaban incluídos en la lista". (f. 47 v. del c. 1º).

Siguiendo el pensamiento del Jefe del Ministerio Público, aun suponiendo que el superior de que se habla hubiera sido el Gobernador del Departamento, ese solo hecho no significa que se hubiera atentado contra la libertad individual. Lo que ocurría era que las órdenes de captura dictadas por funcionarios competentes pasaban por la Gobernación y de allí se reexpedían para

su cumplimiento, como lo demuestra el oficio que cita el señor Procurador:

"Con el fin de que sea una sola la autoridad que se entienda con los establecimientos de castigo para el recibo de sindicados en detención, ruego a usted pasar instrucciones a todos los funcionarios de instrucción en el sentido de que dictada una detención se ponga en conocimiento del suscrito Gobernador a fin de que sea éste quien da la orden de que tal detención sea realizada, naturalmente quedando el detenido a disposición del funcionario que dictó la orden. Se pretende con esto ver que haya organización en momentos de muchísimas investigaciones, y evitar irregularidades" (f. 10 del c. 1º).

De las pruebas del expediente puede, pues, concluírse que no existió el delito de detención arbitraria de que se acusó al Gobernador del Departamento de Caldas, no sólo porque no fue él quien, en forma ilegal, hubiera ordenado la detención de los sujetos a quienes se privó de su libertad con motivo de los sucesos del mes de abril del año pasado, sino porque tampoco se demostró que hubiera obrado en connivencia indebida con los investigadores que fueron nombrados en aquella oportunidad.

En consecuencia, siguiendo el concepto del Jefe del Ministerio Público, debe darse cumplimiento al artículo 437 del código de procedimiento penal y dictar en favor del sindicado un sobreseimiento definitivo.

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 del doctor Gerardo Arias Mejía por los cargos que se le hicieron en su calidad de Gobernador del Departamento de Caldas y de que trata este informativo.

Como el resultado de la presente investigación puede cobijar a otros funcionarios que no son justiciables por la Corte, remítanse las presentes diligencias a los jueces penales del circuito de Manizales para que continúe su curso este proceso en relación con aquéllos. Déjese en la Corte copia de este cuaderno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.



NULIDADES. —REQUISITOS PARA QUE PUEDA ANULARSE EL PROCESO POR HABER SIDO REEMPLAZADO ILEGALMENTE UN MIEMBRO DEL JURADO.— PRUEBA DEL PARENTESCO EN EL PROCESO PENAL

1.—La anulación del proceso por haber sido reemplazado ilegalmente alguno de los miembros del Jurado que había sido designado en legal forma, y por no haber sido reemplazado el designado ilegalmente, está subordinada a la condición de que el que solicite la nulidad haya hecho el respectivo reclamo, en el acto del sorteo, o dentro de los cinco días posteriores a esa diligencia.

2.—La Corte, en algunas oportunidades, ha sostenido la tesis de que en el proceso penal, por causa del interés público que lo anima e impulsa, bastan —como medios de prueba del vínculo de parentesco— el testimonio o la confesión, sin necesidad del que prescibe la ley civil; pero ella, al sostener tal tesis, sólo ha querido darle un carácter relativo y subsidiario, y como contra ella se continúan dirigiendo serias objeciones, cree oportuno explicarla en todo su alcance.

Doctrinariamente, en el proceso penal rige y domina el principio de la libertad de la prueba, principio que —a su vez— se funda en uno de los fines específicos del proceso, o sea, en el poder-deber de investigar la verdad efectiva, material e histórica de los hechos, lo que significa que todo objeto puede ser probado con cualquier medio probatorio, a menos que lo impida la ley o la ética social.

El principio de la libertad de la prueba —que no rige en el proceso civil— tiene limitaciones o prohibiciones (según Florián) las cuales son ABSOLUTAS si afectan el objeto, como la inadmisibilidad de la prueba pericial para establecer la peligrosidad, la habitualidad y la tendencia al delito, y RELATIVA si únicamente afecta al medio de prueba, como la prueba de las condenas o antecedentes penales mediante la testimonial, o el estado civil con medios distintos a la documental, ello en virtud de otro principio adoptado en el Derecho Procesal: el de que entre el medio y el objeto de prueba la relación es tan estrecha, que ellos son inseparables.

Rocco, autor del actual Código italiano, al explicar el artículo 308, según el cual "las limitaciones que las leyes civiles establecen en relación con la prueba no se observan en el procedimiento penal, excepto las que conciernen al estado de las personas", concluye afirmando que "'no se puede admitir diversidad de juicio en esta delicadísima materia, en la cual es demasiado evidente, para que sea necesario demostrarlo, que debe prevalecer la prueba civil".

Análogo fue el criterio de la Comisión que elaboró el Código Colombiano, inequívocamente manifestado al discutir el proyecto del artículo 22, cuya fórmula primitiva fue la siguiente: "En todo caso la prueba y decisión de las cuestiones civiles o administrativas, que es llamado a juzgar el Juez que conoce de los procesos penales, se sujetarán a las disposiciones del Derecho Civil o Administrativo". La fórmula adoptada fue la consecuencia de la exposición del Vocal doctor Rueda Concha, quien —comentando la fórmula principal del Vocal doctor Escallón— dijo: "El artículo comprende dos cuestiones: una que se refiere a materias de Derecho Civil o Administrativo sustantivo; otra, que se refiere a la materia de las pruebas. En cuanto al Derecho sustantivo Civil o Administrativo, el Juez Penal tiene que sujetarse a lo que aquél prescribe; en cuanto a la calificación de la prueba, debe prescribirse exactamente lo mismo, porque según muchísimos y autorizados expositores, las disposiciones sobre prueba son de derecho sustantivo. Por último, en cuanto al procedimiento o tramitación, el Juez Penal no queda sujeto a legislación civil".

Siendo aquéllos el propósito del legislador y la razón de los tratadistas, tampoco podría afirmarse categóricamente que el interés público del proceso penal se contra-

ponga al interés público del estado civil, y así la prueba del matrimonio, como acto jurídico solemne que es, no obstante su carácter consensual, se subordina a las formas del Derecho Civil, trátese del elemento constitutivo de la especie "asesinato", o de otras infracciones que atacan la organización familiar, como el incesto y la bigamia, o sean materia de cuestión prejudicial ante el Juez Civil o de calificación del sumario en el proceso penal.

Del estudio de estos problemas, el Profesor Rocha deduce la tesis de que siendo el matrimonio un acto solemne, su prueba no puede ser otra sino el certificado del registro civil; a falta de éste, otros documentos auténticos, o declaraciones de testigos que lo presenciaron, y, finalmente, si éstos también faltaren, la posesión notoria de aquel estado, descartando —finalmente— la confesión, prueba que no se adoptó ni en la ley material ni en la ley procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Tomás Domingo Lloreda, de veintisiete años en 1941, minero y agricultor de profesión, nacido en Chuigo (Chocó), analfabeto, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó, del veinticuatro de agosto del año pasado, por la cual —con aplicación del artículo 363 (1º) del Código Penal— condenó a Lloreda a la pena de quince años de presidio por el delito de homicidio en la persona de su suegro Pedro Palacio Mosquera, cometido en el paraje de "Oromenudo", Corregimiento de San Marino, Municipio de Bagadó, el veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

Sometido el recurso a las normas procesales que lo regulan, entre ellas las relativas a la demanda y a su contestación, la Corte lo decide en el presente fallo, con base en las tesis que expusieron el Tribunal, el demandante y el Procurador Delegado.

Como las objeciones propuestas se refieren a irregularidades en el juicio y en la aplicación de la ley por calificación equivocada del delito, es indispensable —como cuestión previa— hacer un resumen de las causas y modalidades de la infracción, así como de los actos y providencias de los cuales deriva la tacha el demandante. El estudio del recurso, por lo tanto, comprenderá el planteamiento del problema, su examen, y, finalmente, el fallo o decisión.

I. — Causas y modalidades del delito

Según la versión que el procesado dio ante el Jurado al iniciarse la audiencia, algunos años antes aquél había contraído matrimonio con María Isabel Ignacia Palacio, hija del occiso, la que poco tiempo después murió dejando una niña de corta edad que, con anuencia del padre, tenían en su casa los abuelos. Lloreda y los Palacios, como los declarantes lo advierten, no tuvieron antes desavenencia alguna, excepto las protestas o intervenciones de aquéllos cuando Lloreda maltrataba a su esposa.

Palacio pidió días antes a Lloreda le ayudara a conseguir algún dinero, diez pesos, el que le facilitó su hermano Juan Evangelista Lloreda; posteriormente aquél vendió a su yerno un cerdo, con cuyo precio debía cancelar la acreencia a su hermano, pero sólo le dio ocho pesos.

En la mañana del veintitrés de mayo del año ya citado, como Juan Evangelista fuera a casa de Palacio a cobrarle el saldo, éste contestó que Tomás debía habérselos pagado, y como Juan aseguraba lo contrario, parece —según Tomás— que Palacio dirigió a su yerno — según éste — palabras ofensivas, tales como "ladrón" y, aún más, lo atacó con un garrote. Lloreda sacó de su bolsillo una navaja barbera y con ella le causó una profunda herida en el estómago, que tres días después le acarreó la muerte.

Las personas que estaban en casa de Palacio cuando Lloreda lo hirió — Juan Lloreda, Juan Sabat Andrade, y los menores Luis Lloreda y Anastasio y Ana Dolores Rentería — confirman la versión del homicida en cuanto a los orígenes de la controversia entre Palacio y su yerno, mas no en cuanto a la agresión a palo que éste imputó a aquél para justificar su delito.

III. — El proceso contra Lloreda

En este proceso, iniciado por el Alcalde Municipal de Bagadó, intervinieron los Jueces Superiores 2º y 4º del Distrito Judicial de Medellín, el último de los cuales dictó auto de proceder y sentencia de primer grado, y cuando el Tribunal iba a decidir la apelación contra aquélla, funcionaban ya —en cumplimiento de la Ley 13 de

1947— el Departamento del Chocó y el Distrito Judicial de Quibdó; así, correspondió al Tribunal de este último Distrito dictar la sentencia de segundo grado y conceder el recurso de casación contra la misma.

Los actos y providencias que se relacionan con el recurso son los siguientes:

a) El auto de veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, por el cual se abrió juicio criminal contra Lloreda por el homicidio en su suegro, sin referencia a circunstancia alguna modificadora de la responsabilidad;

b) Sorteo general de jurados, verificado el trece de junio de mil novecientos cuarenta y seis, y consiguiente elección de los señores Luis Ceballos Uribe, Horacio Londoño Pardo, Gabriel Fonnegra Isaza, Ernesto Moreno Aristizábal y Aureliano Posada;

c) Sorteo parcial, verificado el diez y nueve de agosto del mismo año, para reemplazar a los señores Moreno y Posada por ausencia, y elección de los señores Gabriel Zapata y Pedro J. Alvarez;

d) Veredicto del Jurado, del treinta de enero de mil novecientos cuarenta y siete, suscrito por los señores Ceballos, Londoño y Fonnegra, y, además, los señores Moreno y Posada, que ya habían sido reemplazados en el sorteo parcial del diez y nueve de agosto por los señores Zapata y Alvarez;

e) Auto del Juez 4º Superior de Medellín, del ocho de febrero del mismo año, mediante el cual —por causa de la indebida intervención de los señores Posada y Moreno— anuló el proceso a partir del auto del veintitrés de enero por el cual señaló día para la audiencia;

f) Auto del veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y siete, mediante el cual el Juez señaló el día siguiente para el **sorteo general de Jurados.** (Subraya la Sala);

g) Sorteo apenas parcial verificado el veinticuatro de abril en el cual sólo fueron sorteadas y declaradas electas tres personas, señores Alfredo Múnera, Antonio Escobar y Miguel Calle, opuestamente al auto anterior, que ordenó sorteo general;

h) Auto del Juez, del veintinueve de julio, por el cual no accedió a decretar la nulidad pedida por el Fiscal consistente en no haberse verificado el sorteo general que decretara antes;

i) Veredicto del Jurado del primero de agosto (suscrito por los señores Múnera, Escobar, Calle, Zapata y Alvarez), mediante el cual Lloreda es responsable de la muerte de su suegro, a sabiendas del parentesco; y

j) Sentencia del Juez 4º Superior de Medellín, del trece de agosto del mismo año (1947), por la cual —con aplicación del artículo 363 (1º) del Código Penal— le impuso la pena de quince años de presidio, que confirmó el Tribunal de Quibdó.

La demanda

El demandante objeta la sentencia con base en dos de las causales determinadas en el artículo 567 del estatuto procesal: la primera, o sea la violación de la ley penal, y la cuarta, o sea la nulidad del proceso.

En cuanto a la primera, supone que se ha aplicado indebidamente el artículo 363 del Código por cuanto no se probó —en la forma legal— el vínculo de afinidad entre Lloreda y Palacio, es decir, el matrimonio de aquél con María Ignacia Palacio, ni la calidad de ésta de hija del occiso, ya que la única prueba existente —la confesión de Lloreda— no es la legal; además, se dejó de aplicar el artículo 384, por cuanto la muerte de Palacio fue causada en la circunstancia de una riña imprevista y por causa de descuido en el tratamiento de la herida.

En relación con la cuarta causal, el recurrente deriva la nulidad de que ordenado el sorteo general de jurados como consecuencia de la anulación del proceso por falla análoga, sólo se hizo un sorteo parcial para reemplazar tres, de modo que los señores Gabriel Zapata y Pedro J. Alvarez que suscribieron el veredicto, no fueron legalmente designados.

Como conclusión de la demanda, se hacen tres peticiones principales y una subsidiaria. Las principales se concretan a que no se aplique el artículo 363, por inexistencia de la prueba del parentesco, sino —en cambio— los artículos 362 y 384, por causa de la riña, y uno y otro en su mínimo en consideración a la conducta anterior del procesado. La petición subsidiaria se refiere a la declaración de la nulidad a partir, inclusive, del sorteo parcial de jurados.

IV. — Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado, en la contestación a la demanda, hace las siguientes deducciones, como resultado de su estudio: los señores Zapata y Alvarez sí fueron designados para integrar el jurado, porque la nulidad primeramen-

te decretada no afectó la diligencia en que sus nombres resultaron sorteados, y si su intervención acarreara una nueva nulidad, sería extemporáneo el alegarla tratándose —como se trata— de vicio subsanable por aquiescencia tácita.

En cuanto a la inaceptabilidad de la confesión y del testimonio para comprobar el parentesco, reitera la doctrina de que en materia penal aquéllas, muy especialmente la confesión, son medios suficientes y aptos para confirmar la evidencia de la nombrada circunstancia; y en cuanto a la riña, no la considera, porque ella es materia de la causal tercera, que no fue invocada.

Como conclusión, el Procurador conceptúa que no se fundaron las causales invocadas y que, por lo tanto, la sentencia no debe casarse.

V. — Examen del recurso

Separadamente —dada su importancia— se examinan a continuación las objeciones hechas a la sentencia: violación de la ley procesal por cuanto se dictó en un juicio viciado de nulidad por irregularidades en la composición del jurado, y violación de la ley penal por cuanto se aplicó con base en una circunstancia —parentesco— no comprobada conforme a la ley, y desconocimiento de otra —la riña— esa sí comprobada.

a) La nulidad

El tema de estudio es si la intervención de los señores Gabriel Zapata y Pedro J. Alvarez como miembros del jurado, vició o no de nulidad el proceso, en la etapa en que ellos actuaron y, como consecuencia, en las posteriores. Ello obliga a resumir las normas que rigen la nulidad por anomalías en la formación del jurado y las actuaciones que fundan la tacha propuesta en el recurso.

Las irregularidades que, en la composición del jurado, vician de nulidad su actuación, son las siguientes, en resumen:

a) El reemplazo, en el acto del sorteo, sin causa legal, de alguno de los designados, o su no reemplazo a pesar de causa legal para hácerlo;

b) La designación de persona no incluída en la lista o sin capacidad legal para ser jurado;

c) La equivocación, en el sorteo, y tal que no permita precisar realmente los que deban integrarlo y, finalmente,

d) La omisión, en el mismo, de cualquiera de las formalidades prescritas por la ley.

La anulación del proceso, por los motivos primero y último, es decir, por el reemplazo y no reemplazo de los designados, contra la ley en uno y otro caso, y por la omisión de las formas legales propias del sorteo, está subordinada a la condición de que, el que solicite la nulidad, haya hecho el respectivo reclamo, en el acto del sorteo, o dentro de los cinco días posteriores a esa diligencia.

Frente a las normas que contienen las anteriores prescripciones, la intervención de los señores Alvarez y Zapata en el Jurado que condenó a Lloreda, no afecta la validez del proceso, de conformidad con las razones que en seguida se exponen.

En el primer sorteo general se designó a los señores Luis Ceballos, Horacio Londoño, Gabriel Fonnegra, Ernesto Moreno y Aureliano Posada, de los cuales los dos últimos fueron luego —por ausencia— reemplazados por los señores Gabriel Zapata y Pedro Alvarez; pero, a causa de olvido de este reemplazo, intervinieron en la audiencia y suscribieron el veredicto los jurados designados primitivamente, señores Moreno y Posada, quienes ya habían dejado de serlo, y no los señores Zapata y Alvarez, que los sustituyeron.

Este hecho fundó la anulación del proceso desde el auto en que se fijó día para la audiencia y posteriormente la orden de un nuevo sorteo, general según la providencia; no obstante, en esta nueva diligencia sólo fueron reemplazados los señores Ceballos, Londoño y Fonnegra por los señores Alfredo Moreno, Antonio Escobar y Miguel Calle, los cuales —con Alvarez y Zapata, que no intervinieron en el jurado anulado ni fueron luego reemplazados— formaron el nuevo, cuyo veredicto el Tribunal acogió como base de su fallo.

En atención a que el recurrente no precisó cuál motivo de nulidad afectó este proceso, del contexto de la demanda así como de la controversia entre las partes que precedió al fallo, se colige que pudo haberse referido, ya al no reemplazo de Alvarez y Zapata a pesar de causal legal existente, ya a que ello constituye una equivocación de tal entidad que no podrá saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el jurado, ya —finalmente— a que implica omisión de formalidad ordenada por la ley. Y en estos tres posibles aspectos se analiza la intervención de Alvarez y Zapata.

La causa legal para reemplazarlos no aparece comprobada; la única alegable —la intervención en el anterior jurado— no existió, pues que no

fueron a él llamados, no obstante ser los designados legalmente, de manera que la anulación procesal que aquella irregularidad produjo, no los comprendió, dado que la condición para su reemplazo (la intervención en el jurado anterior) —por imperio de la ley (artículo 493)— no tuvo cumplimiento; y si el Juez, atendiendo la errada orden de un sorteo general, los hubiera reemplazado, habría incurrido —entonces sí— en una clara e irrebatible causal de nulidad: el reemplazo ilegal.

La otra hipótesis —la imposibilidad, por causa de una equivocación en el sorteo, de precisar los integrantes reales del jurado— no es menos débil, ya que generalmente esa imposibilidad se produce en los casos de identificación dudosa o imprecisa, por falta de correspondencia exacta entre los nombres y los números de las balotas, o por la calidad de homónimos común a designados y no designados o no incluídos en las listas y apenas distinguibles por letras o segundos apellidos, y casos análogos. Faltan aquí —pues— los elementos esenciales de la confusión o duda sobre los componentes del jurado; Alvarez y Zapata, en efecto, fueron designados en el sorteo parcial del 19 de agosto de 1946, y su designación estaba vigente puesto que el decreto de nulidad no los afectó, y Múnera, Escobar y Calle lo fueron posteriormente (el 24 de abril de 1947) y como consecuencia del mencionado decreto; a la duda sobre la composición del jurado se opone, por lo tanto, el mismo proceso, que precisa, en actos vigentes a él incorporados, los nombres y personas de los designados para el jurado.

La última hipótesis —la omisión de formalidades prescritas por la ley— se refiere ordinariamente a los mandatos de los arts. 505 a 507 y 515 y 516 y otros del estatuto procesal penal, que determinan los presupuestos formales del sorteo; examinadas a la luz de aquellas prescripciones las diligencias en que fueron sorteados los ciudadanos que integraron el segundo jurado, se llega a la conclusión de que ellas se realizaron con estricta aplicación de las mencionadas normas reguladoras.

Aparece claro, de lo expuesto, que aun en el caso de que el recurrente hubiera expuesto con precisión aquellos posibles motivos de nulidad, el recurso no habría prosperado, con tanto mayor razón si, como la ley lo faculta, tácitamente las partes —en especial la defensa—, aceptaron lo hecho sin objeción alguna, es decir, tácitamente renunciaron a un derecho ejercitable en un tiempo que venció cinco días después de los sorteos.

La sentencia recurrida, por lo anteriormente dicho, no se dictó en un juicio viciado de nulidad según la ley; y así, la causal cuarta invocada, no prospera.

b) Violación de la ley penal (el parentesco)

La afirmación de que se violó la ley penal porque, sin estar legalmente probado el vínculo de afinidad entre víctima y victimario, se aplicó el artículo 363 (1º) y no el artículo 362, induce a estudiar y resolver, en forma definitiva, el problema aquí nuevamente planteado, de cuál es —en la doctrina y en la ley— el medio de prueba de aquella circunstancia, la cual sitúa el homicidio en la más agravada de sus especies.

La Corte, en algunas oportunidades, ha sostenido la tesis de que en el proceso penal, por causa del interés público que lo anima e impulsa, bastan —como medios de prueba del vínculo— el testimonio o la confesión, sin necesidad del que prescribe la ley civil; pero ella, la Corte, al sostener tal tesis, sólo ha querido darle un carácter relativo y subsidiario, y como contra ella se continúan dirigiendo serias objeciones, cree oportuno —por cuanto éstas constituyen un aspecto del recurso— explicarla en todo su alcance y extensión.

Doctrinariamente, en el proceso penal rige y domina el principio de la libertad de la prueba, principio que —a su vez— se funda en uno de los fines específicos del proceso o sea en el poder-deber de investigar la verdad efectiva, material e histórica de los hechos, lo que significa que todo objeto puede ser probado con cualquier medio probatorio, a menos que lo impida la ley o la ética social.

El principio de la libertad de la prueba —que no rige en el proceso civil— tiene limitaciones o prohibiciones (según Florián), las cuales son **absolutas** si afectan el objeto, como la inadmisibilidad de la prueba pericial para establecer la peligrosidad, la habitualidad y la tendencia al delito, y **relativas** si únicamente afectan el medio de prueba, como la prueba de las condenas o antecedentes penales mediante la testimonial, o el estado civil con medios distintos a la documental, ello en virtud de otro principio adoptado en el Derecho Procesal, el de que entre el medio y el objeto de prueba la relación es tan estrecha, que ellos son inseparables.

Rocco, autor del actual Código Italiano, al ex-

plicar el artículo 308, según el cual "las limitaciones que las leyes civiles establecen en relación con la prueba no se observan en el procedimiento penal, excepto las que conciernen al estado de las personas", concluye afirmando que "no se puede admitir diversidad de juicio en esta delicadísima materia, en la cual es demasiado evidente, para que sea necesario demostrarlo, que debe prevalecer la prueba civil".

Análogo fue el criterio de la Comisión que elaboró el Código Colombiano, inequívocamente manifestado al discutir el proyecto del artículo 22, cuya fórmula primitiva fue la siguiente: "En todo caso la prueba y decisión de las cuestiones civiles o administrativas, que es llamado a juzgar el Juez que conoce de los procesos penales, se sujetarán a las disposiciones del Derecho Civil o Administrativo". La fórmula adoptada fue la consecuencia de la exposición del Vocal doctor Rueda Concha, quien —comentando la fórmula principal del Vocal doctor Escallón— dijo: "El artículo comprende dos cuestiones: una que se refiere a materias de Derecho Civil o Administrativo sustantivo; otra, que se refiere a la materia de las pruebas. En cuanto al Derecho sustantivo Civil o Administrativo, el Juez Penal tiene que sujetarse a lo que aquél prescribe; en cuanto a la calificación de la prueba, debe prescribirse exactamente lo mismo, porque según muchísimos y autorizados expositores, las disposiciones sobre prueba son de Derecho sustantivo. Por último, en cuanto al procedimiento o tramitación, el Juez Penal no queda sujeto a legislación civil".

Siendo aquéllos el propósito del legislador y la razón de los tratadistas, tampoco podría afirmarse categóricamente que el interés público del proceso penal se contraponga al interés público del estado civil, y así, la prueba del matrimonio, como acto jurídico solemne que es, no obstante su carácter consensual, se subordina a las formas del Derecho Civil, trátese del elemento constitutivo de la especie "asesinato", o de otras infracciones que atacan la organización familiar, como el incesto y la bigamia, o sean materia de cuestión prejudicial ante el Juez Civil o de calificación del sumario en el proceso penal.

Del estudio de estos problemas, el Profesor Rocha deduce la tesis de que siendo el matrimonio un acto solemne, su prueba no puede ser otra sino el certificado del registro civil; a falta de éste otros documentos auténticos, o declaraciones de testigos que lo presenciaron, y finalmente, si éstos tambien faltaren, la posesión notoria de aquel estado, descartando —finalmente— la confesión, prueba que no se adoptó ni en la ley material ni en la ley procesal.

En el proceso contra Lloreda —de conformidad con lo expuesto— no se comprobó legalmente que María Ignacia fuera la hija legítima de Pedro Palacio, ni tampoco la esposa legítima de Lloreda; pero esta omisión no tiene influencia alguna en el recurso, ya que si el jurado aceptó como prueba del vínculo la confesión del procesado y los testimonios, aunque de personas que no presenciaron el matrimonio, la Corte, de acuerdo con la tesis de la inaplicabilidad de la segunda causal a los juicios por jurado, única mediante la cual podía antes objetarse el veredicto— no tiene competencia para declarar su contradicción con los datos del proceso, competencia que es privativa de los Jueces y Magistrados de instancia.

El Tribunal, por lo tanto, al aplicar el artículo 363, conformó su fallo al veredicto, hecho que no implica violación de la ley penal.

c) Violación de la ley penal (riña imprevista)

La objeción de que el Tribunal violó la ley penal porque dejó de aplicar el artículo 384, no es pertinente en casación cuando se hace en procesos en que el jurado interviene, por las tres siguientes razones: primera, porque la riña imprevista es una circunstancia modificadora cuya calificación corresponde al jurado y no a los Jueces de Derecho, y segundo, porque si la Corte acogiera la objeción, ello conduciría a declarar el veredicto contrario a la evidencia de lo probado, es decir, a aplicar la segunda causal, que sólo tiene cabida en procesos sin jurado; y tercero, porque si el Tribunal no hubiera aplicado el artículo 384 a pesar del reconocimiento de la riña en el veredicto, la causal invocable sería la tercera y no la primera.

VII. — El fallo de la Corte

Del anterior estudio se desprenden las siguientes consecuencias:

a) El no reemplazo de los señores Pedro J. Alvarez y Gabriel Zapata (no objetado oportunamente), y su consiguiente intervención en el jurado que calificó los hechos imputados a Lloreda, no funda la causal de nulidad alegada;

b) La omisión de la prueba legal del vínculo civil entre Lloreda y Palacios, aceptada por el

jurado, no es objetable en casación, por tratarse de una controversia propia de las instancias, y

c) La calificación de circunstancias modificadoras, como la riña imprevista, corresponde al jurado, y si su desconocimiento no fundó una declaración de veredicto contraevidente, no es pertinente en casación.

Por 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 en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó, del veinticuatro de agosto del año pasado, por la cual condenó a Tomás Domingo Lloreda á la pena de quince años de presidio por el homicidio en la persona de su suegro Pedro Palacio Mosquera, cometido en el paraje de "Oromenudo", Corregimiento de San Marino, Municipio de Bagadó, el veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre — (Con salvamento de voto,) **Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos,** Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. AGUSTIN GOMEZ PRADA

Me atrevo a disentir de la opinión consignada en la anterior sentencia sobre las pruebas del estado civil en materia penal, porque pienso que está expuesta en una forma absoluta que se presta a deducir consecuencias inadmisibles y peligrosas para la defensa social.

Me parece que el principio consignado en el artículo 22 del código de procedimiento, que ordena calificar las pruebas sobre cuestiones civiles o administrativas "de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil", no se puede tomar en un sentido unilateral y absoluto, pues que el proceso penal se instruye, no sólo para comprobar el hecho, sino también la responsabilidad de su autor, que se funda en la peligrosidad del mismo.

La dificultad estriba, pues, en saber cuándo tiene que decidir el juez **cuestiones civiles,** es decir situaciones o estados consagrados en la ley civil con determinadas consecuencias también civiles, y cuándo esas cuestiones sean meros **hechos** que aparejen apenas consecuencias penales.

Así, se me hace que es exagerado decir que el parentesco, **como circunstancia de mayor peligrosidad,** no pueda admitirse como comprobado por la confesión o por las declaraciones de testigos que digan que el delincuente es pariente de la víctima\ Se trata de un estado eminentemente subjetivo que admite esa clase de probanzas: el juez no está entonces decidiendo una **cuestión civil,** sino si el infractor estaba o **se sentía** ligado por vínculos que debía respetar y si por haberlos quebrantado es más peligroso.

Lo mismo me atrevo a pensar del parentesco en el asesinato. Que el asesinato sea una especie de delito es una cuestión tan discutible, como lo es toda la clasificación de los entes en géneros y especies, hecha para mayor claridad y ordenamiento en su estudio, pero que no siempre responde a caracteres fijos y diferenciales, sino a un criterio más o menos arbitrario.

El código no dice sino que "el homicidio toma la denominación de asesinato" cuando se realice en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 363. Pero, de todos modos, el asesinato es un homicidio y el cuerpo del delito es el de homicidio, que consiste en que un hombre dé muerte ilegítimamente a otro hombre. Así las cosas, no es absurdo afirmar que el parentesco de la víctima con el victimario es circunstancia modificadora agravante del homicidio.

Que tal circunstancia tenga que estar probada plenamente es algo que no puede remitirse a duda alguna, no sólo por mandato expreso de la ley, sino por lógica elemental de derecho probatorio; pero que tenga que estar probada con las pruebas que la ley civil ordena, es tesis que se me hace dudosa, además de peligrosa, dada la deficiencia de nuestras investigaciones.

De otro lado, la tesis contiene una contradicción, en cuanto afirma que el jurado, por decidir en conciencia, puede aceptar que el victimario y la víctima tienen determinado grado de parentesco (en el homicidio), con cualquier medio de prueba y que, en cambio, no lo pueda aceptar el juez de derecho.

Repito que la tesis de la Corte se me hace jurídica, en principio, pero exagerada en sus consecuencias; y desde luego resulta inobjetable en ciertos casos en que el estado civil hace parte del cuerpo del delito mismo, como en la bigamia y el incesto.

Bogotá, diciembre quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

Agustín Gómez Prada

DELITO DE ROBO. — MOMENTO CONSUMATIVO DE ESTE DELITO. — PRUEBA DE LA PROPIEDAD, PREEXISTENCIA Y CONSIGUIENTE FALTA DE LOS OBJETOS MATERIA DEL ILICITO

1. — Como lo ha dicho la Corte, "la ley procedimental (artículo 312 del C. de P. P.) consagró para los juzgadores un sistema de libre persuasión, tratándose de establecer el cuerpo del delito de robo y hurto, a tal punto que releva al perdidoso de la obligación de probar la propiedad, preexistencia y falta consiguiente, de la cosa sustraída, 'cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos'. Disposición muy racional y conveniente, puesto que en esta clase de infracciones contra el patrimonio, los delincuentes proceden con el mayor sigilo y seguridad para burlar la vigilancia de la víctima y la defensa de sus bienes, los cuales, si son dineros o cosas de alto valor, se mantienen generalmente al abrigo de las miradas de los extraños y hasta de los mismos parientes. En estas consideraciones y como una tutela al derecho de propiedad y al de la defensa social, se inspira el citado artículo 312, lo mismo que el 313 IBIDEM.

2.—Si en el presente caso los procesados aprehendieron materialmente las mercancías, sin el consentimiento del dueño, con ánimo de apropiárselas y mediante el empleo de la violencia física, son elementos éstos que tipifican el delito de robo, aun cuando sus autores no se hubieran aprovechado de los objetos materia del ilícito.

3.—Tratándose de establecer la cantidad y calidad de las mercancías robadas, nada más natural que el dueño de ellas presente la lista o factura de tales mercancías, sin que se vea la razón para desechar de plano —como lo pretendió el recurrente— ese natural medio probatorio que fue apreciado rectamente por los juzgadores de instancia, con la libertad de criterio que la ley les concede en tratándose de delito de la naturaleza del aquí contemplado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de primero de abril del año en curso, condenó a Luis Enrique Rodríguez, Antonio Vargas y Manuel Cortízos Guzmán a la pena principal de seis años de presidio para el primero de los nombrados, y cinco años de la misma pena para cada uno de los otros dos, o sean, Vargas y Cortízos Guzmán, como autores del delito de robo de mercancías de propiedad del señor Jaime Lempert.

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el señor defensor de los procesados, doctor José Vicente Sánchez, quien oportunamente presentó la correspondiente demanda ante la Corte.

Hechos

El día 7 de enero de 1949, a eso de las cuatro de la mañana, hallándose de servicio la patrulla número 17 de la P. M., el soldado Leopoldo Góngora Bríñez, observó que un individuo se encontraba prendido del estante del Almacén denominado "La Tejedora", marcado en su puerta de entrada con el número 16-98 de la carrera 7ª de esta ciudad. El soldado Góngora llamó a su compañero Leoncio Pineda y le comunicó lo que había observado, así como también a los soldados Gonzalo Suárez y Luis Alberto Osorio.

Los nombrados Agentes se dieron a la tarea de capturar a los sujetos que se encontraban dentro del almacén y descubrieron que éstos habían entrado al Almacén "La Tejedora" por un establecimiento contiguo llamado "Salsamentaria Viena". Allí se dieron cuenta —los Agentes— que los ladrones habían puesto candados de su propiedad en las puertas de la Salsamentaria con el fin probablemente de despistar a la Policía y poder llevar a cabo tranquilamente su cometido.

Los soldados Osorio y Suárez penetraron al local de la Salsamentaria y allí encontraron a un individuo que dijo llamarse Antonio Vargas

y cerca de este sujeto, varios talegos de tela negra y bastante cantidad de mercancía lista para ser empacada. Los soldados se dieron cuenta de que dentro del Almacén "La Tejedora", se encontraban otros dos individuos y habiéndolos intimidado con los fusiles, salieron del almacén por el mismo orificio que habían abierto para entrar. Capturados estos dos sujetos manifestaron llamarse Manuel Cortízos Guzmán y Luis Enrique Rodríguez, quienes en compañía de Antonio Vargas fueron llevados al Juzgado Permanente, junto con algunos utensilios que los maleantes habían llevado para realizar el asalto al almacén prenombrado.

En atención a la naturaleza del delito y teniendo en cuenta lo dispuesto por los Decretos extraordinarios números 2326 y 4137 de 1948, a los procesados se les juzgó mediante el procedimiento breve y sumario de que trata la Ley 48 de 1936.

Demanda

Se impugna el fallo del Tribunal por las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que se estudiarán en su orden.

CAUSAL 1ª—**Indebida aplicación de la ley penal**

El recurrente formula dos cargos al sustentar esta causal: Inexistencia de prueba sobre el cuerpo del delito de robo; y, ausencia del elemento apoderamiento de las cosas.

"El denunciante Lempert — dice el recurrente— ofreció allegar al expediente pruebas testimoniales para demostrar la existencia del cuerpo del delito, y en efecto dijo: "Sobre la propiedad, preexistencia y falta consiguiente pueden declarar las señoritas Margarita Robayo e Hilda Cortés, empleadas del Almacén". (Fl. 5). Pero sucede, señores Magistrados, que tales señoritas nunca declararon".

Se considera:

Primer cargo: Inexistencia de prueba sobre el cuerpo del delito de robo.

El tema referente al análisis de las pruebas sobre los hechos que tipifican el delito, o sobre la responsabilidad del autor del mismo, es más propio de la causal 2ª de casación, pero como el recurrente ha invocado también, esta causal —la 2ª— con argumentos similares a los contenidos en la sustentación de la causal 1ª se entra a estudiar este primer cargo de la demanda.

Es incuestionable que del contexto de las pruebas que el proceso exhibe aparece plenamente establecido que para la consumación del ilícito hubo el empleo de la violencia contra las cosas, circunstancia que viene a determinar el delito de robo, por el cual han sido condenados los procesados Rodríguez, Vargas y Cortízos en la sentencia recurrida en casación.

A folios 28 del informativo aparece un informe suscrito por técnicos del Gabinete Central de Identificación, dirigido al señor Juez Instructor, en donde se dice:

"En la dirección que se ha indicado funciona uno de los almacenes de 'La Tejedora', de propiedad del señor Lempert, el cual en la madrugada de hoy fue asaltado por tres individuos. El acceso de éstos se produjo por el establecimiento de la salsamentaria 'Viena', situado en la calle 17 número 6-61, luégo de violentar los candados que aseguraban la puerta de entrada; después en el interior produjeron una perforación en la pared divisoria de la salsamentaria con el almacén, dando lugar a un orificio de forma irregular de 37 x 35 cmts., y a una altura del suelo de 10 cmts., orificio suficiente para permitir el paso de una persona normal.

"En el interior de la salsamentaria, se hallaron regados por el suelo diferentes artículos del almacén, especialmente medias para mujer. Como objetos extraños encontramos, talvez pertenecientes a los autores del hecho, tres gabardinas, tres sombreros, dos pares de zapatos, un saco de paño rayado de color azul; tres pequeñas pilas para linterna; un par de guantes usados; un cuchillo de cachas de nácar; dos palancas 'tontos', y un candado; del conjunto de estos objetos extraños tanto a la salsamentaria, como al almacén, obtuvimos la fotografía R. Nº 1271 de conjunto.

"En el local del almacén asaltado, por el suelo, existían diferentes artículos en desorden. La caja registradora se encontró violentada en su gaveta central y la caja fuerte, aparecía en el orificio de la cerradura con señales de violencia; no fueron reveladas huellas de naturaleza papilar.

"Del orificio abierto sobre la pared que separa el almacén de la salsamentaria, obtuvimos la fotografía Nº 1270 de conjunto, captada por el interior de 'La Tejedora' y que acompañamos como la antes referida al presente informe".

Esta prueba —sobre la violencia— no sólo se halla corroborada con lo afirmado por el denunciante Lempert, sino con lo expuesto por los Agentes de la P. M. que capturaron a los maleantes en los momentos de la consumación del delito.

El soldado Gonzalo Suárez (fl. 9) dice:

"Ellos —los ladrones— rompieron los candados pertenecientes a la salsamentaria y le pusieron unos de su propiedad. Los candados los encontramos dentro del local en una mesa ya rotos. Ellos contaron que los candados los habían puesto por afuera unos señores que vendrían a abrirles, pero no quisieron contar quiénes. Dentro de la salsamentaria y al pie del hueco que habían hecho para entrar a La Tejedora, encontramos un villamarquín, un destornillador, dos cuchillos, dos palancas o varillas de hierro, dos brocas".

En similar forma declaran los soldados Leoncio Pineda y Leopoldo Góngora.

Es decir, que los Agentes de la autoridad pudieron comprobar que los ladrones para poder entrar al Almacén "La Tejedora" quitaron los candados que había en la puerta de la salsamentaria Viena, establecimiento contiguo al Almacén; que pusieron otros candados probablemente para despistar a la Policía, pues si ésta veía candados en la puerta del local no se supondría que dentro se hallaran ladrones. Una vez que los maleantes lograron entrar a la salsamentaria, perforaron la pared contigua al Almacén "La Tejedora" y por el hueco que allí hicieron penetraron a dicho establecimiento que era el lugar escogido para sustraer las mercancías.

De tal suerte que es un hecho evidenciado en el proceso que los acusados, para cometer el delito, violentaron los candados de la Salsamentaria "Viena", con ganzúas o con llaves falsas, y perforaron la pared contigua al Almacén para poder entrar a éste, como efectivamente lo hicieron.

Se halla demostrada la violencia física, materializada, en el caso a estudio, en la acción encaminada a destruír el obstáculo antepuesto como medidas de defensa contra cualquier hecho dirigido a la indebida apropiación de las cosas que aquellos obstáculos resguardan. Es natural que tal acto implica violencia y por tal motivo la apropiación llevada a cabo mediante esa circunstancia de eliminación del obstáculo constituye robo calificado.

El recurrente afirma que "en ningún momento llegó a saberse sobre qué objetos pudiera recaer el apoderamiento propio del delito de robo", pues no se trajo a los autos la prueba sobre propiedad, preexistencia y consiguiente falta de las mercancías materia del ilícito.

Este cargo no tiene fundamento, ya que el propio denunciante, dueño del Almacén "La Tejedora", presentó una lista o factura de los objetos que se encontraban en su almacén y que en la noche de autos fueron hallados, por los Agentes de la P. M., en parte dentro de unos talegos negros, y en parte diseminados por el suelo listos para ser transportados por los maleantes que fueron sorprendidos en los momentos de la consumación del ilícito.

Los testimonios de los soldados que cogieron **in flagranti** delito a los procesados, ratifican la existencia de las mercancías en el Almacén "La Tejedora", de propiedad del señor Lempert, mercancías que los ladrones habían bajado de los estantes y habían llevado al local de la Salsamentaria "Viena" para empacarlas allí y emprender la fuga con ellas.

Esta circunstancia establece la prueba sobre la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, sin necesidad de otras pruebas, ya que son hechos que quedan al prudente juicio del juzgador con la amplitud que sobre el particular le otorga el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte, refiriéndose a este punto ha dicho:

"Además la ley procedimental (artículo 312 del C. de P. P.) consagró para los juzgadores un sistema de libre persuasión, tratándose de establecer el cuerpo del delito de robo y hurto, a tal punto que releva al perdidoso de la obligación de probar la propiedad, preexistencia y falta consiguiente, de la cosa sustraída, "cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos". Disposición muy racional y conveniente, puesto que en esta clase de infracciones contra el patrimonio, los delincuentes proceden con el mayor sigilo y seguridad para burlar la vigilancia de la víctima y la defensa de sus bienes, los cuales, si son dineros o cosas de alto valor, se mantienen generalmente al abrigo de las miradas de los extraños y hasta de los mismos parientes. En estas consideraciones y como una tutela al derecho de propiedad y al de la defensa social, se inspira el citado artículo 312, lo mismo que el 313 **ibídem**". (Casación de Luis Fernando Becerra y otros).

Segundo cargo: Ausencia del elemento apoderamiento de las cosas.

Sobre el particular el demandante se limita a hacer simples afirmaciones, sin entrar en un estudio de fondo que sirviera de base para el análisis por parte de la Corte, sobre los fundamentos para atacar —por este aspecto— la sentencia recurrida en casación:

"En la audiencia demostré, nada más trivial —dice el recurrente— que el delito de robo no

se consuma sino con el apoderamiento de la cosa, es decir, con el cambio de poder sobre la misma. El verbo usado por el artículo 402 del Código Penal no da lugar a equívocos de ninguna naturaleza sobre el particular"; y lógicamente estima que en el caso a estudio, las mercancías materia del ilícito no cambiaron de poder."

Esta afirmación del demandante aparece contradicha en el proceso con las declaraciones de los soldados que capturaron a los procesados cuando éstos se hallaban en la consumación del ilícito. De tales testimonios se llega a la conclusión de que los acusados no sólo habían desplazado o removido las mercancías del sitio donde las tenía colocadas su dueño, sino que las habían trasladado, en gran parte, a otro lugar distinto al del Almacén donde se hallaban, pues, fueron encontradas en parte dentro de unos talegos negros, y en parte, diseminadas por el suelo, listas para ser empacadas, en el local perteneciente a la salsamentaria "Viena", que, como atrás se dijo, fue el sitio por donde penetraron los ladrones para una vez allí perforar la pared y lograr introducirse al almacén asaltado. Es un hecho que no admite dudas el de que si los agentes de la autoridad no llegan tan oportunamente los procesados se habrían aprovechado de las mercancías que ya habían tomado para sí al retirarlas del lugar donde las guardaba su dueño; cuestión que establece la perfecta consumación del delito de robo o de hurto, o sea, el momento en que el sujeto activo del ilícito toma para sí una cosa mueble ajena, sin el consentimiento del dueño, y con el ánimo de aprovecharse de ella.

"El hurto y el robo —ha dicho la Corte— que se diferencian únicamente por el elemento de la violencia que requiere el segundo, son delitos instantáneos que se consuman desde el momento en que el ladrón toma para sí una cosa mueble ajena, sin el consentimiento de su dueño, poseedor o tenedor, y con el ánimo de aprovecharse de ella.

"Pero sobre ese momento en que deben entenderse consumados discuten los autores: unos requieren la simple aprehensión material de la cosa; otros esa aprehensión seguida de la remoción de la misma del punto en que se tiene; otros exigen, además, que se haga la **ablatio,** o sea, el traslado fuera de la órbita de acción del poseedor; quiénes llegan hasta pedir que la cosa se haya llevado a lugar seguro; y no ha faltado la opinión de que es menester la **locupletatio** o aprovechamiento efectivo del bien por parte de su detentador.

"De acuerdo con el concepto general de los comentadores, no basta la simple aprehensión material de la cosa, pero tampoco es necesario que el ladrón la haya trasladado a lugar seguro o que se haya aprovechado de ella; con lo primero no puede decirse que haya habido **apoderamiento** del bien; pero cuando se realizan esos otros actos ya se ha ejecutado antes el de tomarlo para sí con el ánimo de hacerlo propio, y ha quedado excluída de hecho la posesión del dueño o de quien a nombre de éste la tenía, sin que sea indispensable el lucro efectivo, pues basta el propósito de obtenerlo". (Sentencia de 25 de junio de 1947. Casación de Pedro José Monroy, GACETA JUDICIAL número 2053, pág. 207).

Si en el presente caso los procesados aprehendieron materialmente las mercancías, sin el consentimiento del dueño, con ánimo de apropiárselas y mediante el empleo de la violencia física, son elementos éstos que tipifican el delito de robo, aun cuando sus autores no se hubieran aprovechado de los objetos materia del ilícito.

Por todo lo anterior se llega a la conclusión de que la causal 1ª alegada, no prospera.

CAUSAL 2ª—Errada interpretación o apreciación de los hechos.

"Por errada apreciación de los hechos —afirma el demandante— se les concedió a algunos un valor probatorio que no tienen. Tales los documentos de los folios 23 y 28 del cuaderno 1°, con los cuales se supone en la sentencia probado el cuerpo del delito, no obstante que ellos no constituyen pruebas legalmente producidas".

Este cargo en realidad de verdad, incide directamente sobre los motivos tratados en el punto anterior, pues, el demandante, al atacar por este aspecto el fallo del Tribunal, vuelve a criticar la eficacia probatoria que allí se les dio a tales hechos.

La factura o lista presentada por el demandante, señor Lempert, sobre la cantidad y valor de las mercancías sustraídas del Almacén "La Tejedora", que fueron encontradas por los Agentes de la autoridad, en parte dentro de unos talegos negros y en parte diseminadas por el suelo en el local de la salsamentaria "Viena", contigua al Almacén, es una prueba que no puede ser desatendida aun cuando ella provenga del denunciante. Pues tratándose de establecer la cantidad y calidad de las mercancías robadas, nada más natural que el dueño de ellas presente la lista o factura de tales mercancías, sin que se

vea la razón para desechar de plano —como lo pretende el recurrente— ese natural medio probatorio que fue apreciado rectamente por los juzgadores de instancia, con la libertad de criterio que la ley les concede en tratándose de delito de la naturaleza del aquí contemplado.

Igual cosa acontece con el informe de los técnicos del Gabinete Central de Identificación de la Policía Nacional, del cual se trató al estudiar la causal anterior. Informe que bien puede considerarse como un documento auténtico, cuya fuerza probatoria no puede desestimarse arbitrariamente mientras no sea tachado de falso.

Tales escritos —como lo dice el señor Procurador— no son, pues, papeles sin trascendencia alguna, sino verdaderos medios de prueba que fueron apreciados debidamente en el fallo recurrido al reconocérseles el valor que la ley les otorga para considerar la existencia de los hechos que ellos señalan.

La causal 2ª, por lo tanto, se desecha.

CAUSAL 4ª — **Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.**

Dos cargos formula el demandante al sustentar esta causal: el primero, se refiere a la incompetencia de jurisdicción del Juez Superior para conocer del presente proceso, por cuanto —según el recurrente— no está acreditada la cuantía de mil pesos o más indicada por el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal.

"...Se encuentra manifiesta —dice el autor del libelo— en el proceso la primera causal de nulidad del artículo 198 del Co. de Procedimiento Penal, esto es, la de incompetencia de jurisdicción. El artículo 45 ibídem dispone en su ordinal j) que los jueces superiores conozcan de los delitos contra la propiedad cuando la cuantía sea de un mil pesos o más. Y en este proceso se ignora cuál sea la cuantía, pero también si hay alguna cuantía..."

El segundo cargo lo hace consistir en supuestas irregularidades en la tramitación del proceso, por no estar ajustada a la norma del artículo 13 de la Ley 48 de 1936, ya que el Juez de Instrucción Criminal que adelantó las primeras diligencias investigativas aplicó el procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Penal, "al cabo del cual profirió auto de detención".

Se considera:

En cuanto al primer motivo, incompetencia de jurisdicción por razón de la cuantía de la acción penal, el cargo no tiene consistencia alguna.

Es un hecho que no admite duda que en la denuncia presentada por el dueño de las mercancías robadas, éste valoró "los elementos que los ladrones bajaron de la estantería en la suma aproximada de diez y ocho mil pesos ($ 18.000), y oportunamente, cuanto antes, traeré el inventario detallado de dicha mercancía". Ofrecimiento que el denunciante cumplió presentando la factura o "lista de las mercancías encontradas entre los talegos de los rateros y resto encontradas regadas en el local contiguo por donde entraron". De esta lista o factura aparece que el valor de tales mercancías ascendió a la suma de diez mil ochocientos ochenta y dos pesos, con noventa centavos ($ 10.882.90).

Si en verdad no pudo fijarse el límite exacto de la cuantía, las constancias procesales la establecen en suma mayor de **un mil pesos**, cantidad ésta que le da la competencia al Juez Superior para conocer del negocio, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal j) del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 1º del Decreto Extraordinario número 4137 de 1948. De tal suerte que la nulidad por este aspecto resulta inadmisible.

En cuanto al segundo cargo sobre supuestas irregularidades en la tramitación del proceso, el señor Procurador Delegado en lo Penal, lo contesta en forma tan sencilla y clara que la Corte nada tiene que agregar a lo dicho por el competente funcionario.

Dice así:

"....El segundo cargo se refiere a supuestas irregularidades de que adolece el trámite del proceso, por no estar ajustado estrictamente a la norma del artículo 13 de la Ley 48 de 1936. Y, como complemento, el demandante le resta competencia al funcionario que conoció en su etapa inicial de este negocio.

"En cuanto a lo primero, es preciso tener en cuenta la fecha de iniciación del sumario y la fecha en que entró en vigencia el artículo 1º del Decreto Extraordinario número 4137 de 1948. El auto cabeza de proceso fue dictado el 7 de enero de 1948 y allí no se tuvieron para nada en cuenta los preceptos del artículo 13 de la Ley 48 de 1936, por la sencilla razón de que la disposición legal que tal cosa dispuso (o sea el Decreto de anterior mención), entró a regir el 16 de diciembre del mismo año. De ahí que las diligencias investigativas, a cargo del Juez 8º de Instrucción

Criminal, estén ajustadas a las normas generales del Código de Procedimiento Penal.

"Llegado el expediente a poder del Juez 5º Superior, por competencia, en virtud del ameritado Decreto, era obvio que el proceso tenía que sufrir el nuevo trámite procedimental allí señalado para los delitos contra la propiedad. Por eso aquel funcionario dictó el auto de 11 de febrero de 1949, visible al folio 83, por medio del cual ordenó proseguir la actuación en conformidad con el artículo 13 de la Ley 48 de 1936. Fue así como de dicha fecha en adelante, se prescindió de las ritualidades propias del procedimiento ordinario, hasta ser condenados los responsables, breve y sumariamente.

"Y así las cosas, aparece claro que el sistema de los dos procedimientos a que se sometió el proceso, obedeció a la necesidad de las situaciones confrontadas en la realidad y a los mandatos del Decreto número 4137.

"Lo expuesto sirve también para rechazar el cargo referente a la dualidad de funcionarios que actuaron en el expediente".

La causal 4ª, por tanto, se desecha.

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 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.

NOTA — La Relatoría aclara que del expediente original, el que fue consultado por el Relator, en el Juzgado de primera instancia (Juzgado 5º Superior de Bogotá), donde se encuentra archivado, resulta que los hechos ocurrieron el día siete de enero de mil novecientos cuarenta y nueve (7 de enero de 1949), pues la primera actuación, que se llevó a cabo en uno de los Juzgados Permanentes de esta ciudad, lleva esa fecha, pero que el auto cabeza de proceso y otras actuaciones posteriores llevan como fecha el año de mil novecientos cuarenta y ocho (7 de enero de 1948; 10 de enero de 1948, etc.), lo cual debe ser indudablemente un error.

El Relator de la Corte

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

Aunque el homicidio no tuvo MOVILES esencialmente políticos, sí se ejecutó cuando se realizaban manifestaciones de ese carácter y eso hace que el ambiente donde debe realizarse el juzgamiento pueda ser perturbado por motivos de esa clase.

Cuando en la realización de un delito intervinieron factores de este género, es natural que esas circunstancias sugieran la posibilidad o el temor de que la justicia sea intervenida por esos factores perjudiciales para la recta administración de justicia. Dentro de un ambiente de exaltación causado por móviles políticos bien posible es que las personas que en determinado momento deben intervenir en el proceso para pronunciar un veredicto sobre la responsabilidad del acusado no pueden sustraerse a esas causas ambientales y sus determinaciones puedan ser interferidas por causas extrañas a aquellas que deben ser el reflejo exacto de los hechos investigados.

En estos casos, la independencia de los jueces de conciencia puede ser supeditada por sentimientos de marcado sabor político, circunstancias que deben ser ajenas a los fines de la justicia, porque la política como expresión o manifestación de ideas de un partido se convierte en determinados casos en la pasión dominante que pueda animar las determinaciones de los jueces de conciencia.

Por regla general, la pasión política genera odios, venganzas y resentimientos imposibles de prever, y cuando el delito tiene ciertos matices políticos es natural que dentro de ese ambiente la justicia no se desarrolle dentro de su órbita normal, en forma que garantice la expresión exacta de los hechos investigados. En tales condiciones, para garantizar la independencia de la justicia y abundar en garantías, no sólo para la sociedad, sino también para el procesado, debe sustraerse el juzgamiento del proceso del Distrito Judicial donde ocurrieron los hechos, lo que fortalece la confianza que todos los asociados deben tener en la imparcialidad y rectitud de las decisiones de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Ministerio de Justicia remite a esta Entidad las diligencias presentadas por el doctor Rafael Madero, para que la Corte en función del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal emita su concepto sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta contra Enrique Hernández M., procesado por un delito de homicidio cometido en la persona de Jeremías Benavides.

Pruebas

A la petición se acompañan los siguientes elementos probatorios:

a) Certificado del Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el cual consta que en ese Juzgado se halla radicado el proceso adelantado contra Enrique Hernández M., y que las diligencias sumarias fueron calificadas por auto de proceder, y que el negocio se halla actualmente ante el Tribunal en virtud de apelación de esa providencia.

b) Copias del auto de proceder de primera y seguida instancias, dictados en el mencionado negocio.

c) Declaraciones de los señores Cesáreo Ponce, José Rosero, Julio Cabrera, José E. Alomía, Horacio Rosales, Manuel Hernández. Testimonios con los cuales se pretende acreditar que el doctor Miceno Martínez Nates cuando intervenía en su calidad de apoderado en el proceso adelantado contra Hernández fue atacado por los familiares de Jeremías Benavides, y que la investigación no tuvo garantías suficientes en su desarrollo probatorio.

d) Declaraciones de Julio César Enríquez, Car-

los Bravo Pérez, Miguel Angel Ponce, Carlos César Puyana, Ernesto Vela Angulo, Miguel Angel Ortega, quienes afirman que dadas las características del ambiente y por tratarse de un delito cometido por móviles políticos, puede ese ambiente influír en las decisiones que los jueces de conciencia tomen en ese proceso.

e) Declaraciones de Clelio Alvarado, Carlos Alvarez Alvarez y Neftalí Betancourt, que demuestran que el agresor es de filiación liberal y que el ofendido es de filiación conservadora.

Motivos del cambio de radicación

"Si el suceso en que perdió la vida Jeremías Benavides —dice el apoderado— y de cuyo homicidio se sindica al señor Enrique Hernández y a su señora, tuvo un carácter eminentemente político; si los sindicados no disfrutaron de las garantías necesarias mientras se adelantaba la investigación, debido al ambiente de hostilidad que se creó contra ellos en la población de Túquerres, donde se sucedieron los hechos y se inició la investigación; si en Pasto, donde reside el Juez Superior que está conociendo del proceso, fue público y notorio que el suceso en cuestión tuvo carácter político, siendo el sindicado conocido como liberal y el occiso como conservador, hecho del cual se ocupó públicamente la prensa de ese lugar; y si como dicen los diversos y muy valiosos testimonios de que se ha hecho mérito, debido a las pasiones políticas que se han venido desencadenando cada día con más fuerza en el departamento de Nariño, y especialmente en la ciudad de Pasto, se puede asegurar que no existe allí la imparcialidad suficiente, tanto por parte de los jueces de derecho, como de los jueces de conciencia, para intervenir en procesos en que haya un móvil político, y si el caso del señor Hernández está claramente comprendido en esa situación es apenas elemental en bien de la justicia, que su proceso debe radicarse en un Distrito Judicial distinto, con el fin de evitar que sea víctima de la manifiesta parcialidad que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Gobierno están en la obligación de evitar".

Se considera:

En referencia al primer grupo de declarantes se observan contradicciones fundamentales que hacen dudar de la veracidad de los hechos sobre los cuales deponen.

En efecto: Alomía dice que el doctor Martínez Nates fue atropellado por los hermanos, tíos, y primos de Jeremías Benavides, en tanto que Cesáreo Ponce, afirma que la persona que profirió palabras ultrajantes fue Margarita Patiño; con excepción de este testigo, los otros, no dicen en qué consistieron los ultrajes de palabras; por este aspecto, y tratando de probar este punto fallan las declaraciones.

Pero hay algo más: Alomía dice que el doctor Martínez Nates fue protegido por sus amigos y conducido al Hotel Londres para que no fuera ultrajado; en cambio, Horacio Rosales dice que el Juez en vista de las amenazas "se vio precisado a sacar al Dr. Martínez Nates en forma oculta evadiendo la vista de sus perseguidores y lo condujeron al local donde funcionaba el café "Trivoli". Afirma que por referencias de José Rosero tuvo conocimiento de que los familiares de Jeremías Benavides planeaban un complot para asesinar al doctor Martínez Nates, mientras que el propio testigo José Rosero expresa en su declaración "por la gravedad del juramento prestado, manifiesto al señor Juez que yo no he sabido que los familiares y algunos amigos de éstos del extinto Jeremías Benavides hubieran planeado o confabulado un crimen de homicidio contra el doctor Martínez Nates".

Esta diversidad de opiniones sobre puntos tan esenciales destruyen la veracidad de los testimonios, y sobre esta clase de declaraciones no se puede fundar un concepto sobre cambio de radicación; máxime cuando los hechos que se tratan de acreditar son narrados en formas disímiles por los testigos, por la diversidad de apreciaciones sobre el hecho fundamental que se trata de probar.

El segundo grupo de declarantes trata de demostrar que el delito tuvo su origen en un hecho de carácter político y que el ambiente creado en la ciudad de Pasto en torno de este negocio no es propicio para la administración de justicia, y que esa situación puede influír y de hecho influye en el ánimo de las personas que puedan intervenir en este proceso no sólo como jueces de derecho, sino también como jueces de hecho.

Los testimonios de César Enríquez, Bravo Pérez, Ponce, Puyana, Vela Angulo y Ortega, son una crítica para los administradores de justicia, de antemano censuran sus actuaciones no sólo en lo que hace referencia a los jueces de derecho, sino también a los jueces de conciencia, sin pensar que en el sorteo de jurados pueden ser escogidos por la suerte elementos pertenecien-

tes a la misma filiación política del sindicado y de los declarantes. En cuanto al concepto sobre los jueces de derecho esa aseveración ha sido contradicha, pues, al ser revisado el auto de proceder por el Tribunal, uno de sus magistrados de filiación liberal aprobó esa providencia, sin críticas ni reparo alguno, lo cual demuestra que la opinión de los declarantes es equívoca e insidiosa en relación con la administración de justicia en el departamento de Nariño. Nadie como magistrado de un Tribunal firma una providencia injusta o sin fundamento sino aquellas que son el reflejo exacto de los hechos y están ceñidas a derecho.

Por este aspecto, y con base en estas declaraciones, el cambio de radicación no sería procedente.

Tanto en el auto de proceder como en la providencia del Tribunal se hace la afirmación de que el homicidio se cometió cuando grupos pertenecientes a los dos partidos tradicionales efectuaban manifestaciones políticas con motivo de la muerte del señor Garzón Thomas, por cuyo motivo —dice el Tribunal— "los copartidarios del jefe desaparecido se dedicaron a manifestaciones políticas con protestas por el villano atentado".

Frente a estas apreciaciones es indudable que el homicidio si no tuvo **móviles** esencialmente políticos, sí se ejecutó cuando se realizaban manifestaciones de ese carácter y esos motivos hacen que el ambiente donde debe realizarse el juzgamiento pueda ser perturbado por motivos de esa clase.

Cuando en la realización de un delito intervienen factores de este género, es natural que esas circunstancias sugieran la posibilidad o el temor de que la justicia sea intervenida por esos factores perjudiciales para la recta administración de justicia. Dentro de un ambiente de exaltación causado por móviles políticos bien posible es que las personas que en determinado momento deben intervenir en el proceso para pronunciar un veredicto sobre la responsabilidad del acusado no puedan sustraerse a esas causas ambientales y sus determinaciones puedan ser interferidas por causas extrañas a aquellas que deben ser el reflejo exacto de los hechos investigados.

En estos casos la independencia de los jueces de conciencia puede ser supeditada por sentimientos de marcado sabor político, circunstancias que deben ser ajenas a los fines de la justicia, porque la política como expresión o manifestación de ideas de un partido se convierte en determinados casos en la pasión dominante que pueda animar las determinaciones de los jueces de conciencia.

Por regla general la pasión política genera odios, venganzas y resentimientos imposibles de prever, y cuando el delito tiene ciertos matices políticos es natural que dentro de ese ambiente la justicia no se desarrolle dentro de su órbita normal, en forma que garantice la expresión exacta de los hechos investigados. En tales condiciones para garantizar la independencia de la justicia y abundar en garantías no sólo para la sociedad sino también para el procesado debe sustraerse el juzgamiento del proceso del Distrito Judicial donde ocurrieron los hechos, lo que fortalece la confianza que todos los asociados deben tener en la imparcialidad y rectitud de las decisiones de la justicia.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia emite concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso adelantado contra Enrique Hernández por un delito de homicidio cometido en la persona del señor Jeremías Benavides.

Envíense estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

REQUISITOS PARA EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

El cambio de radicación de un proceso criminal es una medida de excepcional importancia, y ella no puede tomarse sino a solicitud de parte o del Gobierno representado por alguno de los funcionarios de la rama jurisdiccional o de sus inmediatos colaboradores, como lo es el Ministerio de Justicia.

Esta medida entraña —por una parte—el concepto de que las personas que han de intervenir en el juzgamiento de los hechos no han de administrar rectamente justicia, y por otra, implica la sustracción del proceso a la autoridad que por imperio de la ley debe decidir del negocio. Pero a esta conclusión de orden lógico y de carácter extraordinario debe llegarse cuando es necesario buscar un equilibrio exacto para una recta administración de justicia, y en estos casos prima el interés del Estado y la sociedad sobre todo otro interés común y pasajero.

La facultad que la ley otorga a la Corte para conceptuar sobre un cambio de radicación de un proceso criminal, tiene especial aplicación cuando se trata de hechos de excepcional gravedad que han conmovido la opinión pública y que, por otra parte, en forma directa o indirecta, han sido consumados bajo el influjo de las pasiones políticas. Frente a estos hechos, es necesario, indispensable y conveniente abundar en garantías y sustraer su juzgamiento del distrito judicial donde ocurrieron los hechos, lo cual es un factor que fortalece la confianza que todos los ciudadanos deben tener en la rectitud e imparcialidad de las decisiones de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, veinticinco de enero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Ministerio de Justicia remite a la Corte la petición formulada por el Departamento de Vigilancia Judicial, por la cual se solicita el cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado 1° Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo contra los responsables de los delitos de homicidio y otras infracciones ocurridos en el Municipio de Chita en los días 11 de abril y siguientes del año de 1949.

La petición está acompañada de los siguientes documentos:

a) Informe de los doctores Víctor Emilio Jara y Gerardo Vesga Tristancho, Directores de los Departamentos de Vigilancia Judicial y Jurídico del Ministerio de Justicia.

b) Informe del Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo dirigido al Tribunal en el cual se pide se resuelva sobre el punto relativo a cuál de los dos funcionarios —Juez 1º o 2º Superior— debe conocer del mencionado negocio.

c) Informes de los Magistrados doctores Plutarco Riaño Garrido y Carlos Alberto Olano, comisionados por el Tribunal para estudiar la petición formulada por el Juez 1º Superior. El primero, es partidario de que se resuelva la petición en la forma solicitada por el Juzgado, y el segundo, opina que debe verificarse un sorteo extraordinario, por tratarse de un negocio de tanta importancia, y expresa:

"Mi compañero de comisión cree que ordenamientos legales y la reglamentación especial practicada entre algunos Juzgados no podían menos de determinar la adjudicación automática de los predichos sumarios de Chita al Juzgado Primero Superior, en tanto que el suscrito estima, en forma por demás seria y correcta, que no habiendo norma general que pueda transgredirse, ni reglamento escrito entre los dos Juzgados discordantes que pudiera violarse, lo mejor sería dirimir el desacuerdo suscitado por medio de un repartimiento extraordinario efectuado a la suerte y en presencia de los dos fiscales de los Juzgados Superiores y del Procurador del Tribunal".

d) Oficio dirigido por el Visitador al Ministerio de Justicia, en el cual con fundamento en lo

dispuesto por la resolución número 4 de enero 27 de 1947 en su artículo 4º, inciso b), en relación con los artículos 58 y 59 del Código de Procedimiento Penal, pide el cambio de radicación.

e) Petición de los Magistrados Carlos Alberto Olano y Alfredo Becerra dirigida al Visitador del Ministerio.

f) Memorial dirigido al Visitador del Ministerio de Justicia por los Magistrados del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, en el cual se solicita la intervención del Ministerio para que se pida el cambio de radicación del proceso.

g) Acta de visita practicada por el Visitador del Ministerio de Justicia al Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

h) Informe del funcionario investigador en el cual se da cuenta de las investigaciones adelantadas por dichos sucesos y en el cual también se insinúa el cambio de radicación.

Razones del cambio de radicación

El Ministerio de Justicia aduce como fundamentos los siguientes:

"Primera. El sumario en cuestión se relaciona con hechos de sangre de la mayor magnitud y sevicia de los que han tenido lugar no sólo en el Departamento de Boyacá sino en toda la República en los últimos años y en muchos atrás.

"Segunda. Los sucesos tienen, al parecer, carácter netamente político.

"Tercera. En tales condiciones es más que natural que los partidos políticos tengan especial interés en que esto se ventile en forma favorable a sus afiliados; máxime si esto sucede dentro del Distrito donde se cometieron los delitos, por las múltiples conexiones que esto entraña.

"Cuarta. El manifiesto interés de parte del Juzgado 1º Superior, en no aceptar la tesis del Juzgado 2º para que el asunto se repartiera a la suerte, podría ya dar lugar a sospechas sobre falta de imparcialidad.

"Quinta. Pero no es esto solo, sino que en la visita practicada por mí al Juzgado 1º Superior con fecha 6 de julio del corriente año, aparecen algunas demoras, de carácter tan grave, que justifican que este sumario no quedara en su poder. Son ellas, en concreto, las siguientes:

En el memorial de los Magistrados del Tribunal se dice:

"Aparte de que los sucesos en referencia acaecidos en el municipio de Chita puede decirse que constituyen la tragedia criminosa de mayor entidad que se ha verificado en el Distrito, con vinculaciones en ella de sujetos de distintas poblaciones y partidos políticos, lo que de por sí haría aconsejable la radicación del proceso o procesos correspondientes en otro Distrito, existe una razón singular e importantísima que nos mueve a solicitar la intervención del señor Visitador en tal sentido, y es la de ser el señor Eduardo Córdoba Mora, una de las principales víctimas de los sucesos en mención, hermano legítimo del doctor Alfredo Córdoba Mora, actual Agente del Ministerio Público ante este Tribunal".

El funcionario de instrucción se expresa así:

"Las razones por las cuales considero conveniente el cambio de radicación de dicho sumario, es por estar empeñados actualmente en Santa Rosa de Viterbo, tanto el Juez Primero Superior como el Segundo de filiación conservadora uno y de filiación liberal el otro, para avocar dicha investigación considerándose ambos ser los funcionarios a quienes les ha correspondido"....

.....

"Si a esto se suma que los damnificados en gran número, si no totalmente, son de esa misma región, lo mismo que los sindicados que por ese motivo, no dejan de tener amigos influyentes ante uno y otro Juez es lo que me obliga a considerar que sacando el negocio de esa zona de influencia a la cual necesariamente está sometido, mientras siga su curso en ese lugar, pues puede prestarse bien a tratar de conseguir una impunidad para los delincuentes, o por el contrario un mayor castigo con el fin de hacerlo ejemplarizante para los sindicados, o lo que es aún peor, para algunos inocentes".

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso criminal es una medida de excepcional importancia y ella no puede tomarse sino a solicitud de parte o del Gobierno representado por alguno de los funcionarios de la rama Jurisdiccional o de sus inmediatos colaboradores como lo es el Ministerio de Justicia.

Esta medida entraña —por una parte— el concepto de que las personas que han de intervenir en el juzgamiento de los hechos no han de administrar rectamente justicia, y por otra, implica la sustracción del proceso a la autoridad que por imperio de la ley debe decidir del negocio. Pero a esta conclusión de orden lógico y de carácter extraordinario debe llegarse cuando es necesario buscar un equilibrio exacto para una recta administración de justicia, y en estos casos

prima el interés del Estado y la sociedad a todo otro interés común y pasajero.

La facultad que la ley otorga a la Corte para conceptuar sobre un cambio de radicación de un proceso criminal tiene especial aplicación cuando se trata de hechos de excepcional gravedad que han conmovido la opinión pública y que por otra parte, en forma directa o indirecta han sido consumados bajo el influjo de las pasiones políticas. Frente a estos hechos, es necesario, indispensable y conveniente abundar en garantías y sustraer su juzgamiento del distrito judicial donde ocurrieron los hechos, lo cual es un factor que fortalece la confianza que todos los ciudadanos deben tener en la rectitud e imparcialidad de las decisiones de la justicia.

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 intervenida 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 políticas ambientales que predominan en el lugar donde debe juzgarse a los procesados.

Así, pues, si en un momento determinado el clima social del lugar donde debe juzgarse a los procesados está saturado de un ambiente político, o si por la posición social importante o preeminente tanto de la víctima como del victimario hay temores de que la justicia no sea la expresión exacta de los hechos investigados, el cambio de radicación tiene su razón de ser y su explicación no puede ser otra que el de una recta administración de justicia.

"La política —ha dicho la Corte— 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. 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 social y jurídica, nada más aconsejable que el cambio de radicación del proceso".

Si el desarrollo de la investigación se halla bajo la posible amenaza de que personas influyentes de uno y otro partido puedan hacer torcer el criterio de la justicia bien sea por los resultados de la impunidad, ya también por la responsabilidad de los inocentes como lo afirma el funcionario de instrucción, es natural que para evitar los posibles errores o la benevolencia de los funcionarios, el concepto de la Corte sobre el cambio de radicación debe ser favorable.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso adelantado en contra de los responsables de los delitos de homicidio y otras infracciones penales ocurridos en el Municipio de Chita en los días 11 de abril y siguientes del año de 1949.

Cópiense y remítanse originales estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R.; Srio.

DELITO DE DETENCION ARBITRARIA. — REVOCATORIA DEL AUTO DE DETENCION. — REQUISITOS FORMALES DE LA PROVIDENCIA REGULADA POR EL ARTICULO 153 DEL C. DE P. P.

1.—No estando —como no lo estaba— legalmente producida la prueba relacionada con la materialidad del delito de lesiones personales, materia de la investigación, no era legal decretar detención preventiva contra el sindicado; y si aquélla fue decretada en forma equivocada, bien podía el Juez revocarla cuando se convenciera del error en que había incurrido.

2.—En verdad, el Juez pudo equivocarse al dictar el auto de detención, pero tal equivocación no se debió a mala fe, como lo está demostrando el hecho de haber sido susbanada oportunamente con fundamentos que merecieron la aceptación del superior, todo lo cual indica que aquél no cometió delito alguno.

3.—La aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal requiere una fórmula con dos partes, ninguna de las cuales de por sí llena el contenido de la decisión subordinada a sus términos. Estas dos partes son: una declaración y una orden. Aquélla da por inexistente el hecho, o por cumplido el fenómeno que impide la marcha del proceso, etc., y ésta dispone, consecuencialmente, la suspensión o cesación del procedimiento. Si simplemente se declara que el hecho no ha existido, la decisión queda trunca; como queda en el segundo caso, en que se ignora a qué obedece la orden.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintisiete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El 15 de septiembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, finalizó las diligencias a que hace referencia este negocio, y en la parte resolutiva de dicha providencia dijo:

"A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior, Sala Penal, previo concepto favorable del señor Agente del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Manuel Antonio Ovalle, Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar, en las diligencias sumarias iniciadas con motivo del denuncio de César Alcalá".

Como las providencias que se dictan con aplicación del precepto legal citado se hallan sometidas al grado de consulta, por este motivo la Corte procede a su estudio.

Hechos

El señor César Alcalá formuló denuncia ante el Presidente del Tribunal Superior de Santa Marta, contra el Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar, doctor Manuel Antonio Ovalle, por el hecho de haberse éste abstenido de decretar la detención preventiva de Wenceslao Monsalvo en el proceso que se le adelantaba por el delito de lesiones en la persona del denunciante.

Actuación procesal

Al sumario se allegó el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión para demostrar que el sindicado, tenía en la fecha en que los hechos imputados se realizaron, la calidad de empleado de la Rama Jurisdiccional, como Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar.

En la investigación se estableció que, en providencia de 21 de septiembre de 1948, el Juez acusado, doctor Ovalle, dictó auto de detención preventiva contra Wenceslao Monsalvo por el delito de lesiones personales de que fue víctima el

señor César Alcalá; que de dicha providencia pidió reposición el apoderado de Monsalvo, fundándose en que la prueba sobre la materialidad de la infracción era deficiente; que el Juez atendiendo las razones dadas por el apoderado, revocó el auto de detención dictado contra Monsalvo; que, posteriormente, ordenadas y practicadas algunas pruebas, el Juez, doctor Ovalle, volvió a decretar la detención del procesado, contra la cual el mismo apoderado nuevamente pidió reposición que también prosperó, pues el Juez revocó la providencia en que la había ordenado, revocatoria que fue confirmada por el Tribunal Superior, por considerar — de acuerdo con el Juez — que la prueba sobre el elemento material del delito, no era apta para fijar las consecuencias de las lesiones sufridas por la víctima.

Se considera:

Demostrado se encuentra en el proceso que el Juez acusado no cometió hecho alguno que pudiera acarrearle responsabilidad penal, pues, las dos revocatorias que de los autos de detención dictados contra el procesado Monsalvo hizo el prenombrado funcionario estuvieron inspiradas en un recto criterio de justicia y legalidad, ya que no estando —como no lo estaba— legalmente producida la prueba relacionada con la materialidad del delito de lesiones personales, materia de la investigación, no era legal decretar detención preventiva contra el sindicado; y si aquélla fue decretada en forma equivocada, bien podía el Juez revocarla cuando se convenciera del error en que había incurrido.

De ahí que el Juez acusado, doctor Ovalle, diga sobre el particular lo siguiente: "....si alguna cosa pudiera imputarse al suscrito, sería la ligereza con que obró al dictar el auto de detención, que después revocó, por las razones jurídicas que constan en la misma providencia, que fue confirmada por el H. Tribunal Superior".

En verdad, el Juez pudo equivocarse al dictar el auto de detención de que se ha hablado, pero tal equivocación no se debió a mala fe, como lo está demostrando el hecho de haber sido subsanada oportunamente con fundamentos que merecieron la aceptación del superior. Todo lo cual indica que el doctor Ovalle no cometió delito alguno, y siendo ello así, resulta absolutamente legal el dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, que ordena cesar todo procedimiento contra el reo, entre otros casos, cuando se compruebe plenamente que el hecho imputado no ha existido, que es precisamente lo que acontece en este proceso.

Con toda razón observa el señor Procurador Delegado que en la parte resolutiva del fallo del Tribunal, se omitió decir que la cesación del procedimiento decretada obedecía a la inexistencia de la infracción imputada al Juez acusado, y que, por tanto, la Corte debe adicionar dicha providencia en tal sentido.

La aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal —ha dicho la Corte— requiere una fórmula con dos partes, ninguna de las cuales de por sí llena el contenido de la decisión subordinada a sus términos. Estas dos partes son: una declaración y una orden. Aquélla da por inexistente el hecho, o por cumplido el fenómeno que impide la marcha del proceso, etc., y ésta dispone, consecuencialmente, la suspensión o cesación del procedimiento. Si simplemente se declara que el hecho no ha existido, la decisión queda trunca; como queda en el segundo caso —que es el contemplado en autos— en que se ignora a qué obedece la orden.

En este sentido habrá de adicionarse la providencia consultada, ya que el Tribunal únicamente ordenó cesar el procedimiento en contra del doctor Manuel Antonio Ovalle.

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, declara que el hecho imputado al doctor Manuel Antonio Ovalle no ha existido y CONFIRMA la providencia consultada en cuanto a lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

NULIDADES EN EL SUMARIO.—ERROR EN CUANTO AL LUGAR DONDE SE COMETIO LA INFRACCION

1.—Según el artículo 62 del C. de P. P., el funcionario de instrucción puede practicar averiguaciones sobre delitos cometidos, no sólo en el territorio de su jurisdicción, sino sobre los perpetrados en otro lugar distinto, pero dentro del circuito o distrito en que los delincuentes deban ser juzgados.

Y el artículo 69 del mismo Código procesal establece que las diligencias practicadas por un funcionario de instrucción, aunque no sea el competente, no son nulas, pues estatuye que la colisión de competencias durante la investigación sumaria ni suspende ésta ni hace que se anule lo actuado. Es más: el artículo 70 dice que si se suscita una colisión de competencias entre varios jueces, "todos ellos estarán obligados a practicar, dentro del territorio de su respectiva jurisdicción, las primeras diligencias de investigación".

2.—Refiriéndose al lugar donde se cometió la infracción, en el auto de proceder se habla de "Puchalito", "Guachalito" y "Guichalito", como punto de la sección de "Santana, de la comprensión municipal de El Espino", en la parte motiva, y en la resolutiva, se denomina el paraje como "Cuchalito".

Pero esa divergencia no implica nulidad, porque no cabe duda alguna sobre el lugar en que la infracción se realizó. La ley de procedimiento penal y la jurisprudencia exigen que en el pliego de cargos que se le formulen al acusado, se especifique el delito con todas sus circunstancias de sujeto activo, sujeto pasivo, lugar y tiempo del delito", para que de esa manera no haya confusión posible acerca del ilícito realizado por el delincuente y éste pueda ser reprimido a base de lo que hizo y de su peligrosidad.

En el presente negocio, indudablemente hubo una equivocación en el nombre del sitio donde se realizó el delito, que en vez de ser "Guichalito", se denominó "Cuchalito" en la parte rseolutiva del auto de proceder. Pero ese error fue simplemente formal, no de sustancia, porque los demás factores territoriales, como la vereda (Santana) y el municipio (El Espino), donde tuvieron ocurrencia los hechos, están correctamente especificados, y eso basta para despejar toda duda al respecto.

3.—La jurisprudencia de la Corte sostuvo, después de algunas vacilaciones, que la delincuencia no podía calificarse en segundo grado sino cuando concurrían varias circunstancias agravantes (artículo 123 del C. P. derogado). Y como en el caso que se estudia no hay sino una sola circunstancia agravante, que es el sexo femenino de la víctima (artículo 117, ordinal 10), debía colocarse el delito en tercer grado para la aplicación de las sanciones, al tenor de los artículos 600, 123 y 124 del antiguo código penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, veintisiete de enero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de siete de abril último, condenó a Ezequiel Palacio Gómez a la pena principal de ocho años de presidio, como autor de la muerte de Adela Cano.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, quien, apoyándose en las causales primera y cuarta del artículo 567 del código de procedimiento, presentó ante la Corte la respectiva demanda.

Causal primera: nulidad del juicio.

Alega los siguientes motivos:

1º Violación del artículo 55 del código de procedimiento penal, por cuanto la investigación fue iniciada por el Alcalde de Chiscas, siendo así que el funcionario competente era el Alcalde de El Espino, en cuyo territorio se había cometido el homicidio;

2° Que hubo error en cuanto al lugar de la infracción, que lo fue "Guichalito" y no "Cuchalito", como se afirma en el auto de proceder, en el cuestionario y en la sentencia; y

3º Que el Tribunal incurrió en error sobre la persona del infractor, que no fue Ezequiel Palacio Gómez, quien es "inocente del hecho de que se le acusa".

El primer cargo no tiene fundamento alguno, por las siguientes razones que la Procuraduría expone:

El 9 de febrero de 1936 se trasladó el Alcalde de Chiscas a la casa de habitación de Primitivo González, con el fin de recibirle denuncia criminal a Adela Cano contra el autor de la herida que la tenía gravemente lesionada (f. 1 del cuaderno 1º).

El Alcalde dictó en el mismo día el auto cabeza de proceso, en el cual ordena, después de la práctica de las pruebas que creyó conducentes al esclarecimiento de los hechos, remitir las diligencias al Alcalde de El Espino, una vez recogido el dictamen pericial, porque "tanto la ofendida, el agresor y testigos y punto donde sucedió el hecho" pertenecen a dicho municipio (f. 1 v.).

Y así se hizo, pues el Alcalde del segundo municipio ordenó al día siguiente que se siguiera adelantando la investigación (f. 2).

El Alcalde de Chiscas no hizo, pues, sino recibir la denuncia criminal, en lo cual procedió correctamente, como que los alcaldes son funcionarios de instrucción y tienen el deber de recibir, como todo funcionario, cuanta denuncia criminal se les presente, con la obligación de remitirla al funcionario competente, si ellos no lo son por el lugar donde se cometió el delito, según lo establecen los artículos 10 a 12 del código de procedimiento penal.

Además, según el artículo 62 del mismo código, el funcionario de instrucción puede practicar averiguaciones sobre delitos cometidos, no sólo en el territorio de su jurisdicción, sino sobre los perpetrados en otro lugar distinto, pero dentro del circuito o distrito en que los delincuentes deban ser juzgados.

Por último, el artículo 69 del mismo código procesal establece que las diligencias practicadas por un funcionario de instrucción, aunque no sea el competente, no son nulas, pues estatuye que la colisión de competencias durante la investigación sumaria ni suspende ésta ni hace que se anule lo actuado. Es más, el 70 dice que si se suscita una colisión de competencias entre varios jueces, "todos ellos estarán obligados a practicar, dentro del territorio de su respectiva jurisdicción, las primeras diligencias de investigación".

El primer cargo resulta inadmisible, máxime si se tiene en cuenta que la mayoría de las diligencias del sumario se practicaron en vigencia del nuevo código. Y por lo que hace al anterior procedimiento, las citas del código entonces vigente, que trae la demanda, y las de los artículos 1572, 1574 y 1575 que ahora hace la Corte, acreditan que la nulidad invocada por el recurrente no existe.

El segundo cargo tampoco tiene asidero legal, como la Procuraduría lo comenta y la Corte lo acepta.

En efecto, la ofendida dijo que el delito se había realizarlo "en el punto de Guchalito, vereda de Santa Ana, de la jurisdicción de El Espino" (f. 1).

Los declarantes hablan de "Guichalito", que parece ser el nombre acertado del lugar.

Y en el auto de proceder se habla de "Puchalito", "Guachalito", "Guichalito" y "Cuchalito", como punto de la sección de "Santana, de la comprensión municipal de El Espino (f. 47), en la parte motiva, y en la resolución, se denomina el paraje como "Cuchalito".

Pero esa divergencia no implica nulidad, porque no cabe duda alguna sobre el lugar en que la infracción se realizó. La ley de procedimiento penal y la jurisprudencia — comenta el señor Procurador — exigen que en el pliego de cargos que se le formulen al acusado se especifique el delito con todas sus circunstancias de sujeto activo, sujeto pasivo, lugar y tiempo del delito, "para que de esa manera no haya confusión posible acerca del ilícito realizado por el delincuente y éste pueda ser reprimido a base de lo que hizo y de su peligrosidad".

"En el presente negocio—prosigue—indudablemente hubo una equivocación en el nombre del sitio donde se realizó el delito, que en vez de ser "Guichalito" se denominó "Cuchalito" en la parte resolutiva del auto de proceder. Pero ese error fue simplemente formal, no de sustancia, porque los demás factores territoriales, como la vereda (Santana) y el municipio (El Espino), donde tuvieron ocurrencia los hechos, están correctamente especificados, y eso basta para despejar toda duda al respecto.

"Además, no está demostrado en parte alguna del expediente que los vocablos 'Guichalito' y "Cuchalito' correspondan a dos sitios distintos, de tal manera que la infracción hubiera podido

cometerse en uno u otro lugar, sembrando así una especie de incertidumbre sobre el lugar del delito.

"Y como, por otra parte, están identificados perfectamente el agresor y la víctima del homicidio como protagonistas en un territorio determinado, síguese que al sujeto pasivo de la acción penal no se le está juzgando por un delito distinto del cometido por él en la vereda de Santana, municipio de El Espino, el día 9 de febrero de 1936".

El tercer cargo, de que el condenado no fue el verdadero culpable, que es inocente, sino una persona distinta, esto es, que el Tribunal "incurrió en error de hecho por mala apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta para condenar al procesado", incide directamente en la causal segunda, sobre la cual se ha dicho en múltiples ocasiones que no tiene cabida en los juicios en que el jurado interviene, que califica los hechos en conciencia y no en derecho.

De estudiar este cargo se estaría contemplando si el veredicto es contrario o no lo es a la evidencia de las pruebas, cuestión que es objeto de las instancias, y no del recurso de casación.

En consecuencia, la causal cuarta no puede prosperar.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

Alega el recurrente que el Tribunal consideró como más favorable al sindicado la pena del nuevo código (artículo 362), cuando en realidad lo era el anterior, puesto que al individualizar la sanción la delincuencia sólo puede calificarse en tercer grado y entonces la pena no excede de siete años, si se aumenta la sexta parte que autoriza el artículo 124 del antiguo estatuto.

El juez del conocimiento creyó, en realidad, que era más favorable el antiguo código, bajo cuya vigencia se cometió el delito, ya que el artículo 600 señala una pena de seis a doce años de presidio, y le impuso el mínimo indicado, con el aumento de un año que autoriza el citado artículo 124.

Pero el Tribunal estimó que el nuevo código le era más favorable, porque la delincuencia debía calificarse en segundo grado, por la circunstancia agravante del sexo femenino de la víctima, la cual, con otras atenuantes, daba un promedio de nueve años de presidio, cantidad que con la disminución autorizada por el artículo 124 daba un total de ocho años, que fue la pena que señaló para el infractor.

La jurisprudencia de la Corte sostuvo, después de algunas vacilaciones, que la delincuencia no podía calificarse en segundo grado sino cuando concurrían varias circunstancias agravantes (artículo 123). Y como en el caso que se estudia no hay sino una sola circunstancia agravante, que es el sexo femenino de la víctima (artículo 117, ordinal 10), debía colocarse el delito en tercer grado para la aplicación de las sanciones, al tenor de los artículos 600, 123 y 124 del antiguo código penal.

"Es decir —concluye la Procuraduría— que Palacio Gómez merece siete años de presidio, aplicándole el código bajo cuyo imperio delinquió. Y como tal medida represiva es inferior a la que aplicó el Tribunal conforme al nuevo estatuto, ello quiere decir que la causal primera de casación está justificada".

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 en cuanto condenó a Ezequiel Palacio Gómez a la pena principal de ocho años de presidio y en su lugar lo condena a la de siete años de la misma pena. En lo demás se confirma, pero reduciendo a siete años la interdicción de derechos y funciones públicas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE PREVARICATO.— TESTIMONIO—PRACTICA DE PRUEBAS

1.—El hecho de que una persona desempeñe el cargo de secretario en un juzgado no la inhabilita legalmente para declarar como testigo en un proceso penal que se siga contra el Juez.

2.—Si bien es cierto que el derecho del defensor a solicitar la comparecencia de un testigo lo respalda el texto del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, esta facultad de la defensa está condicionada a la apreciación del Juez, fundada en el principio general consagrado en el artículo 208 del mismo estatuto, en virtud del cual el Juez goza de libre arbitrio para determinar si las pruebas son conducentes y rechazarlas cuando encuentre que ellas no conducen a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso.

3.—Como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, la simple equivocación en que incurra un Juez al interpretar una norma legal, no puede considerarse como delictuosa, porque el Juez tiene libertad de apreciación de los hechos jurídicos, y no se puede elevar el error en la apreciación de tales fenómenos a la categoría de delito, porque sería atentar contra la libertad de interpretación de los funcionarios judiciales.

Tampoco implica delito para el inferior el que el superior revoque una providencia, en materias sujetas a la interpretación, como son todas las jurídicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintisiete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Ha venido a la Corte el presente sumario contra el doctor Luis J. Pinilla Rodríguez, ex-Juez Superior de Ocaña, por varios actos ejecutados en su carácter de tal, considerados por el denunciante como delictuosos, con el fin de surtir el grado de consulta del auto de fecha once de agosto del año pasado, por medio del cual el Tribunal Superior de Pamplona sobreseyó definitivamente a favor del sindicado.

Cumplidos los requisitos procedimentales propios de esta instancia, se procede a resolver:

Hechos

El abogado doctor Valentín Piñeres Andrade, en denuncio formulado ante el Tribunal Superior de Pamplona, hizo al Juez Superior de Ocaña, doctor Luis J. Pinilla Rodríguez, los siguientes cargos por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones:

1º Que el doctor Pinilla Rodríguez, como Juez Superior de Ocaña, designó como secretario de su despacho al señor Rafael García Núñez, quien debía rendir testimonio en relación con algunos hechos de que tenía conocimiento, con el objeto de impedir en esa forma que el señor García Núñez declarara, como lo había solicitado el denunciante;

2º Haber rehusado el Juez Pinilla Rodríguez la recepción de algunas declaraciones, prueba solicitada para la audiencia pública en la causa contra Vicente Vergel Torrado, obedeciendo a animadversión para el defensor del procesado, doctor Piñeres Andrade;

3º El hecho de haber declarado el Juez Pinilla Rodríguez nulo lo actuado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña, en el proceso por homicidio contra Alcides Corredor, revocando la detención del sindicado;

4º El haber ordenado el mismo Juez la entrega de unos bienes embargados en el proceso contra Angel Jácome Angarita, sin estar autorizado para hacerlo;

5º En el sumario contra Adolfo Alvarez Páez y Emilio Antonio Serrano, por asalto y heridas, el denunciante doctor Piñeres Andrade fue designado como apoderado de los sindicados y como tal solicitó al Juez Pinilla Rodríguez, quien conocía del proceso, la excarcelación de sus clientes, pero entre tanto Alvarez Páez le retiró el poder al denunciante, alegando que la enemis-

tad entre el Juez Pinilla y el apoderado lo estaba perjudicando. Fue entonces cuando el Juez concedió la excarcelación incondicional a Alvare zPáez y bajo la caución de dos mil pesos a Adolfo Serrano, que no la pudo prestar, teniendo que permanecer en la cárcel; siendo así que la situación jurídica de Serrano si no era mejor, por lo menos era igual a la de Alvarez;

6º Que en el sumario adelantado para investigar el homicidio de Alfonso Illeras el Juez Pinilla Rodríguez —dice el denunciante— "llegó hasta negarme el derecho de repreguntar a unos testigos, por lo cual hubo un serio altercado entre los dos";

7º Que el Juez Pinilla Rodríguez, a pesar de tener un mal concepto del doctor Piñeres Andrade, de quien dijo que era "un abogado de la más baja reputación", oficialmente no aceptó la enemistad existente entre los dos, para efectos de la recusación.

Concepto fiscal

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en el concepto respectivo, pide que se confirme el sobreseimiento consultado, por cuanto ninguno de los cargos formulados al Juez Pinilla Rodríguez llegó a tener comprobación en el proceso.

Se considera:

Siguiendo el mismo orden adoptado por el Tribunal Superior de Ocaña en la providencia en que estudió los cargos imputados al Juez Superior, doctor Luis J. Pinilla Rodríguez, la Sala entrará en la discriminación de todos los hechos, a fin de ver si ellos constituyen alguna forma de infracción penal en relación con las acusaciones formuladas a dicho funcionario por el doctor Valentín Piñeres Andrade.

El primer cargo que el denunciante enuncia contra el Juez aludido puede hacerse consistir en el hecho de que considera delictuosa la conducta del funcionario por haber designado secretario del despacho a su cargo al señor Rafael García Núñez, quien debía declarar en relación con algunos hechos de que tenía conocimiento, y que para acallar o impedir esa declaración, el Juez le hizo el nombramiento mencionado.

Este cargo se desvanece con sólo considerar que no existe vínculo alguno entre la determinación del Juez al designar a García Núñez secretario del Juzgado con el propósito de impedir que éste declarara en su contra. La designación no tuvo más causa que la de haber desempeñado García Núñez con anterioridad el cargo de Oficial Mayor de dicha oficina y haberse distinguido en el desempeño del mismo como funcionario competente. Al presentarse la vacante de dicho empleo, era apenas natural que el Juez recurriera a su antiguo colaborador para ofrecerle el cargo, sin que influyera para nada la declaración que debía dar, porque el hecho de desempeñar ese empleo en manera alguna lo inhabilitaba para testimoniar, por una parte, y por otra, presumiéndosele un hombre honrado, como no puede menos de hacerse por no haber prueba en contrario, resulta imposible creer que fuera capaz de tergiversar la verdad por la consideración del reconocimiento al superior que lo había nombrado. Con esta manera de argumentar, también podría decirse que la anterior colaboración con el mismo funcionario constituía un vínculo afectivo susceptible de modificar su imparcialidad en el testimonio, en el caso de que se tratara de un hombre sin respeto por el juramento y por tanto capaz de faltar a la verdad.

El segundo cargo puede sintetizarse en el hecho de haber solicitado, con la anticipación que señala la ley, la presencia de un testigo en el proceso seguido contra Vicente Vergel Torrado, para que compareciera a la audiencia pública, petición que fue negada por el Juez al defensor del procesado, doctor Piñeres Andrade, y, que en cambio, al sustituirse a éste otro defensor, el doctor Enrique Rochel, el Juez sí accedió a la solicitud.

De estar probado este cargo, tendría que pensarse que el móvil determinante que impulsó al Juez a actuar de esa manera, no podría marginarse de una causa de animadversión, susceptible de darle el carácter de prevaricato a tal actuación, en el caso de resultar ésta verdaderamente cierta y concurrentes todos los elementos de ilegalidad e injusticia que distinguen aquella infracción.

Mas no ocurre así en realidad, porque si bien es cierto que el derecho del defensor al solicitar la comparecencia de aquel testigo lo respalda el texto del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, esta facultad de la defensa está condicionada a la apreciación del Juez fundada en el principio general consagrado en el artículo 208 del mismo estatuto, en virtud del cual el Juez goza de libre arbitrio para determinar si las pruebas son conducentes y rechazarlas cuando encuentre que ellas no conducen a establecer di-

recta o indirectamente los hechos que son materia del proceso.

Es verdad que sería altamente sospechosa la conducta del Juez en este particular si resultare que la negativa dada al defensor del procesado, doctor. Piñeres Andrade, fue cambiada por la aceptación de la misma prueba, cuando ésta fue solicitada por otro defensor. Mas, para esto habría sido necesario que el proceso determinase claramente que fue la misma prueba la que se negó y se aceptó, cuando las circunstancias se modificaron con el nombramiento de distinto defensor para el procesado. Como sobre este punto se interrogó de manera expresa al Fiscal del Juzgado, doctor José Lobelo Manjarrés, y este funcionario no pudo acreditar la identidad de las pruebas aludidas, se comprende que el cargo no alcanza a ser establecido legalmente. Y aun prescindiendo de este razonamiento, no resulta improcedente decir que dadas las divergencias y altercados ocurridos entre el Juez y el Fiscal, el testimonio de este último adolecería de algún vicio en su credibilidad, por no tener las condiciones de absoluta imparcialidad que son menester para comprobar una imputación de esta naturaleza.

El tercer cargo se sintetiza en que el Juez acusado declaró la nulidad en el sumario seguido contra Alcides Corredor, por cuanto el señor Juez Primero del Circuito Penal de Ocaña revocó la orden de detención dictada contra aquel sindicado por el Juez de Instrucción Criminal.

La inspección ocular practicada para investigar estos hechos en los mismos expedientes a que se refieren los cargos formulados, dice al respecto:

"Sumario contra Alcides Corredor. — Por memorial fechado el diez de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, dirigido al señor Juez Primero Penal de este Circuito, el señor doctor Valentín Piñeres Andrade, como apoderado de Alcides Corredor, solicitó la revocatoria del auto de detención dictado contra su poderdante por el señor Juez 17 de Instrucción Criminal, fechado el trece de julio del mismo año, y en subsidio interpuso el recurso de apelación. El señor Juez Primero Penal del Circuito ordenó la tramitación de la solicitud de reposición dicha y luego, por providencia de fecha diez y siete de agosto, revocó el auto de detención referido y envió a continuación las diligencias al señor Juez Superior. Se anota que para la fecha de la revocatoria del auto de detención, el sindicado Alcides Corredor no había sido detenido. El señor Juez declaró nula la actuación del Juez Primero Penal del Circuito, desde el ocho de agosto del año mencionado, fecha en que el Juzgado Primero recibió del señor Juez 17 de Instrucción Criminal las diligencias referidas, considerándose, entre otras razones, como aparece anotado en el auto del señor Juez Superior sobre el particular, el que el Juzgado Primero había usurpado jurisdicción, por cuanto que sus funciones, de acuerdo con el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, no eran otras que la de estudiar el negocio para saber a quién correspondía su conocimiento y remitirlo luego inmediatamente al Juzgado Superior. Mediante auto del Juzgado Superior dictado posteriormente al en que se decretó la nulidad de la actuación del Juzgado Primero, fue negada una nueva solicitud de reposición del auto de detención de Alcides Corredor y en subsidio se concedió apelación contra el referido auto de detención, con cuyo motivo, además de varias otras apelaciones contra providencias distintas, subió copia del proceso al H. Tribunal Superior de Pamplona, entidad que resolvió en forma de revocar el auto de detención de Alcides Corredor".

Según esto el hecho atribuído al doctor Pinill-Rodríguez por el denunciante, consiste en que la declaratoria de nulidad hecha por el Juez sobre la actuación del Juzgado Penal del Circuito constituye una actividad delictuosa del funcionario por prevaricación o abuso de autoridad.

Nada autoriza a esta conclusión dentro de las constancias procesales, porque bien estudiado el hecho se deduce que el Juez Superior interpretó, con la libertad de juicio que la ley otorga a los falladores, un texto del Código de Procedimiento Penal, el artículo 420, y consideró que esa disposición no faculta al Juez de Circuito para decidir sobre una detención que había sido decretada por un funcionario de instrucción, pues el alcance de la misma no va más allá de permitir a dicho Juez la discriminación de los negocios llegados a su despacho, a fin de repartirlos a los funcionarios competentes para conocer de ellos, dentro de los principios generales que sobre competencia contienen el artículo 42 y siguientes de la misma obra. Pero que su actuación no va más allá y menos hasta atribuírse la facultad de decidir sobre una detención, tanto más cuanto que el funcionario de instrucción apenas había dictado el auto de detención sin que el encarcelamiento contra Corredor se hubiera cumplido, único caso en el cual, de conformidad con el Código adjetivo, puede el Juez en cuyas manos está un pro-

ceso atender una solicitud de excarcelación, la que según el artículo 395 del Código citado, puede pedirse en cualquier estado del proceso, lo que implica que podría decidirla un Juez del Circuito en el caso del artículo 420, pero condicionado esto a la circunstancia de encontrarse realmente cumplida la orden de detención, por estar preso el procesado.

El hecho de afirmar el Juez Superior que el Juzgado del Circuito carece de jurisdicción para dictar un auto de libertad en negocio que no es de su competencia en virtud del artículo 420 del Código Procesal Penal, es una interpretación legal que, aun en el supuesto de estar equivocada, no puede considerarse como delictuosa, porque el Juez tiene libertad de apreciación de los hechos jurídicos y hay doctrina de esta misma Sala en el sentido de que el error en la apreciación de tales fenómenos no puede elevarse a la categoría de delito, porque sería atentar contra la libertad de interpretación de los funcionarios judiciales.

Tampoco implica delito para el inferior el que el superior revoque una providencia en materias sujetas a la interpretación, como son todas las jurídicas. Sería excesivo pretender que la discrepancia en ellas, muy propia de su misma naturaleza, trajera responsabilidad penal para el inferior.

Al respecto, ha dicho la Corte:

"En este orden, no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los Jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana.

"Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales". (G. J. Tomo LIX, números 2025—2027-bis, página 998).

Consiste el cuarto cargo formulado por el denunciante contra el Juez Pinilla Rodríguez, en que éste ordenó entregar unos bienes previamente embargados como de propiedad del sindicado Angel Jácome Angarita, sin estar autorizado para hacerlo.

En la diligencia de inspección ocular practicada sobre el respectivo expediente, se lee lo siguiente:

"Este sumario consta de tres cuadernos, dos de los cuales hacen relación a sendas solicitudes de desembargo presentadas por la señora Roselia Quintana v. de Illera y por el señor Vicente Castellanos, como representantes de la casa comercial Vicente Castellanos & Cía., respecto de varios enseres que habían sido embargados como de pertenencia del sindicado Angel Jácome Angarita, enseres que constituían los elementos de un establecimiento de billar y cantina que el sindicado administraba al tiempo de cometer el delito, mediante contrato o negocio verbal con la señora Roselia Quintana v. de Illera. Por providencia de fecha veintidós de abril de mil novecientos cuarenta y seis, el Juzgado Superior mediante las solicitudes dichas, decretó el desembargo y secuestro preventivo mencionado y ordenó al mismo tiempo la entrega, en parte a la señora Roselia Quintana de Illera y en parte a los señores Castellanos & Cía., éstos como compradores del sindicado de la parte correspondiente a éste..." (fol. 14).

Comentando la parte de la inspección ocular que se acaba de transcribir, el señor Procurador Delegado en lo Penal, en el concepto que antecede, concluye de la siguiente manera:

"Como lo afirma el Tribunal, 'no se desprende delito alguno de este proceder, antes por el contrario se destaca el cuidado del funcionario al ordenar la entrega de los objetos a sus dueños, evitándoles posibles perjuicios con las medidas preventivas dictadas a raíz de la consumación del delito.

"Siendo ésta la realidad de lo acontecido, desaparece toda inculpación contra el Juez por hechos que, lejos de ser punibles, entrañan un cabal desarrollo de su actividad oficial".

El quinto cargo tampoco contiene demostración alguna de que el Juez hubiese obrado maliciosamente al decidir una petición de libertad solicitada por el doctor Piñeres Andrade en beneficio de sus defendidos Adolfo Alvarez Páez y Emilio Antonio Serrano, sindicados por asalto y heridas. La actuación del Juzgado se explica por las circunstancias mismas que determinaron su decisión, desde luego que no fue propiamente, como lo afirma el denunciante, que el Juez cambiara de proceder porque el procesado Alvarez Páez le había revocado el poder, pasándoselo a otro abogado, sino porque éste, al encontrar que su situación jurídica se había modificado, for-

muló nueva petición de excarcelación, esta vez incondicional, la que el Juzgado hubo de tramitar de conformidad con la ley. Fue precisamente a esta nueva solicitud a la que se accedió favorablemente, y no a la anterior que, como lo conceptuó el señor Fiscal, no tenía asidero legal, porque no se habían cumplido los 180 días que alegaban los peticionarios para obtener el beneficio.

Con razón anota el Tribunal fallador lo siguiente: "Es claro que en estas circunstancias el Juez tenía que resolver la petición que quedaba pendiente, esto es una sola, y luego tramitar la libertad incondicional de acuerdo con las normas de procedimiento. Siguiendo esto, corrió un nuevo traslado, y recogido el concepto que era favorable, emitió su auto en que dispone la libertad incondicional. Fue acertado el procedimiento del Juez porque se limitó a cumplir con las disposiciones legales, así como tampoco le cabe ninguna culpa, ni se perfila ningún delito, en el hecho de que uno de los sindicados le hubiera pedido a su apoderado que renunciara el poder, ya que el derecho de cambiar de apoderado o de defensor se lo otorga a los procesados la ley".

En cuanto a los cargos sexto y séptimo, formulados por el doctor Piñeres Andrade contra el Juez Pinilla Rodríguez, la Sala acoge también el concepto del señor Agente del Ministerio Público, porque él refleja la realidad procesal:

"Es verdad que —dice el colaborador— según demostraciones palpables allegadas al proceso, el Juez doctor Pinilla, en el ejercicio de su empleo, tuvo oportunidad de querellarse muchas veces, ya con el Fiscal colaborador de su despacho, ora con los abogados que litigaban en estrados. Pero ese defecto de su temperamento, en manera alguna hizo eco en las providencias que le correspondía dictar como funcionario, hasta el punto de caer en la arbitrariedad. Así lo testifican los doctores Luis A. Guevara (fol. 12 v.), Santiago Rizo Lobo (fol. 12), Enrique Rochels (fol. 12) y Jorge Asaf (fol. 11), profesionales residentes en la ciudad de Ocaña".

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 fiscal y de acuerdo con él, CONFIRMA EN TODAS SUS PARTES la providencia del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha once de agosto del año pasado, por la cual sobresee definitivamente a favor del doctor Luis J. Pinilla Rodríguez, ex-Juez Superior del Distrito Judicial de Ocaña, que ha sido materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRUEBA DE LA PREEXISTENCIA DE LOS OBJETOS MATERIA DEL DELITO EN PROCESOS POR LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO. — APRECIACION DE PRUEBAS POR EL JURADO.—LA INJUSTICIA DEL VEREDICTO NO PUEDE SER OBJETO DE CASACION. — NULIDADES

1.—El artículo 313 del Código de Procedimiento determina que en la investigación de los delitos de hurto y robo no es preciso probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos, y que la apreciación de estas circunstancias queda al prudente arbitrio del funcionario o del juez respectivo.

Pero cuando en el proceso es necesario acreditar la preexistencia de los objetos hurtados o robados, la ley faculta al respectivo funcionario para recibir la declaración al interesado, a su consorte, a los hijos y domésticos en defecto de otros extraños, prueba ésta que debe ser apreciada por el juzgador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 de la misma ley.

2.—Cuando se trata de un juicio de puro derecho, o sea, de aquellos de que conocen los jueces de circuito, la aplicación de los artículos 313 y 244 del C. de P. P. es de estricto cumplimiento, en cuanto a la apreciación de la prueba relativa a los elementos estructurales del delito. Pero cuando el proceso es de aquellos en que interviene el Jurado, la valoración de las pruebas y la determinación de la respectiva responsabilidad corresponden a los jueces de hecho; el juez de derecho en relación con el veredicto sólo tiene la facultad de declararlo contrario a la evidencia de los hechos procesales cuando para ello concurren los elementos indispensables para hacer esa afirmación, o bien, dictar la correspondiente sentencia teniendo como base inmediata de ella el veredicto del Jurado.

3.—Como los jueces de conciencia afirmaron la responsabilidad de los acusados por el delito de robo, la impugnación de la sentencia por este motivo no tiene razón de ser, porque, de aceptar esta causal, prácticamente la Corte tendría que decidir sobre la injusticia del veredicto, y ésta no es atribución propia de ella, sino de los Tribunales de instancia. Por otra parte, el Jurado en la apreciación de la prueba no tiene otro criterio que el de su personal conciencia, basada en la íntima convicción de los hechos respecto de los cuales se le interroga, y como el JURI aceptó dicha prueba, la Corte no puede revisar esos elementos de convicción, porque la ley, dentro del recurso extraordinario de casación, no le otorga dicha facultad.

4.—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 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 (arts. 1, 2, ley 4ª de 1943), o bien a la individualización de la pena, según la cuantía de lo hurtado o robado (artículos 392, numeral 2º; 399, 400 y 403 del C. P.).

Lo primero —inexistencia del delito por falta de objeto material y daño inmediato— habrá que alegarlo con base en la causal segunda, si se trata de procesos ventilados ante los Jueces de Circuito; y lo segundo —aplicación de la pena— será propio de la causal primera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiocho de enero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en sentencia de veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, confirmó la dictada por el Juez Prime-

ro Superior con las reformas siguientes:

"1ª—Fíjanse en diez años de presidio con multa de dos mil pesos las sanciones principales que corresponden a los procesados Clemente, Julio Tomás y Luis María Cáceres y Carlos Guevara;

"2ª—Señálase en diez años y tres meses de presidio con dos mil cien pesos de multa la pena principal que deben cumplir los procesados Rito Antonio y Emiliano Muñoz; y

"3ª—Destínase a favor de la Caja Nacional de Previsión Social las multas impuestas y las armas que sirvieron para cometer los delitos".

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, y la demanda se formuló dentro de los términos legales, y como se hallan cumplidos los trámites de la ley procesal se procede a su estudio.

Demanda

El apoderado de los recurrentes invocá como causales de casación la primera y la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte, en el estudio de las causales seguirá el método adoptado por el Agente del Ministerio Público, por ser este orden el más lógico para los fines del recurso.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Se impugna la sentencia porque no aparece demostrada la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de los objetos robados.

En orden a la comprobación de ese elemento del delito —dice el recurrente— sólo aparecen las declaraciones de los ofendidos, y "en tales circunstancias, mal puede decirse que estaba comprobado el principal elemento configurativo del robo", pues, no existe otra prueba que respalde las anteriores afirmaciones, y agrega:

"El artículo 203 del C. de P. P. dice que no se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio'.

Se considera:

El artículo 313 del Código de Procedimiento Penal determina que en la investigación de los delitos de hurto y robo no es preciso probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos, y que la apreciación de estas circunstancias queda al prudente arbitrio del funcionario o del juez respectivo.

Pero cuando en el proceso es necesario acreditar la preexistencia de los objetos hurtados o robados, la ley faculta al respectivo funcionario para recibir declaración al interesado, a su consorte, a los hijos y domésticos en defecto de otros extraños, prueba ésta que debe ser apreciada por el juzgador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 de la misma ley.

"Esta disposición —ha dicho la Corte— es de la más alta conveniencia social, porque quienes están capacitados para saber el monto o cuantía de sus intereses, son los propios dueños y sus familiares o domésticos. De lo contrario, en los delitos contra la propiedad mueble, reinaría la más absoluta impunidad, pues nadie anda buscando testigos de la calle para enterarlos de los propios caudales o intereses". (Casación, 29 de abril de 1937).

Es claro que cuando se trata de un juicio de puro derecho, o sea de aquellos de que conocen los jueces de Circuito, la aplicación de las disposiciones citadas es de estricto cumplimiento, en cuanto a la apreciación de la prueba relativa a los elementos estructurales del delito. Pero cuando el proceso es de aquellos en que interviene el Jurado, la valoración de las pruebas y la determinación de la respectiva responsabilidad corresponden a los jueces de hecho; el juez de derecho en relación con el veredicto sólo tiene la facultad de declararlo contrario a la evidencia de los hechos procesales cuando para ello concurren los elementos indispensables para hacer esa afirmación, o bien, dictar la correspondiente sentencia teniendo como base inmediata de ella el veredicto del Jurado.

Como los jueces de conciencia afirmaron la responsabilidad de los acusados por el delito de robo, la impugnación de la sentencia por este motivo no tiene razón de ser, porque de aceptar esta causal, prácticamente la Corte tendría que decidir sobre la injusticia del veredicto, y ésta no es atribución propia de ella sino de los Tribunales de instancia. Por otra parte, el Jurado en la apreciación de la prueba no tiene otro criterio que el de su personal conciencia, basada en la íntima convicción de los hechos respecto de los cuales se le interroga, y como el Juri aceptó dicha prueba, la Corte no puede revisar esos elementos de convicción, porque la ley, dentro del

recurso extraordinario de casación, no le otorga dicha facultad.

"Lo relativo a la fijación de la cuantía en los delitos de hurto y robo —dice la Procuraduría— no es materia de nulidad del juicio, porque ello no se refiere a la omisión o quebrantamiento de las formalidades del mismo, sino que se relacionan 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, 2º, ley 4ª de 1943), o bien a la individualización de la pena, según la cuantía de lo hurtado o robado (artículo 398, numeral 2º, 399, 400 y 403 del 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 de Circuito; y lo segundo —aplicación de la pena— sería propio de la causal primera". (Sentencia de 3 de mayo de 1949).

Pero en el presente asunto, ni el señor apoderado alegó la causal segunda de casación —que por otra parte era improcedente aquí—, ni tampoco atacó la cuantía del robo al puntualizar los cargos de la causal primera".

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.

Dice el recurrente que la sentencia viola las disposiciones de los artículos 385 y 39 del Código Penal, y funda el cargo así:

"El Juez Superior en el auto de enjuiciamiento criminal calificó de correlativa la responsabilidad de los enjuiciados" y posteriormente "resolvió que dicha correlatividad no existía, sino que todos eran responsables como autores directos", tesis que también fue acogida por el Tribunal en la sentencia de segundo grado, no obstante estar suficientemente demostrado y sin lugar a dudas que fue una sola la persona autora de las lesiones.

Por tanto, la sentencia es violatoria del artículo 385 del C. P. "puesto que estando demostrado que el autor de las lesiones causadas a Emilia Durán de Herrera y Luis Jerónimo Herrera, fue Rito Muñoz, ha debido aplicarse a éste la pena por el delito de lesiones en el grado que establece la ley, y no a todos los procesados considerados individualmente responsables del ilícito de lesiones y sancionados en igual forma.

"Pero no solamente por este aspecto se hizo indebida aplicación de la ley penal al señalar el grado de pena igual para Clemente, Julio Tomás, Luis María Cáceres y Carlos Guevara, sino que no deduciendo de autos mayor o menor peligrosidad en los procesados, ha debido aplicárseles la pena media, siguiendo las modalidades del artículo 39 del C. P."

Se considera:

Es evidente que el Juzgado en el auto de proceder de 16 de octubre de 1945 hizo la afirmación de que la responsabilidad debía ser "conjunta y correlativa para los sindicados, por la dificultad de determinar en una forma concreta al autor", dando en esta forma aplicación al contenido del artículo 385 del Código Penal que determina que en los delitos de homicidio o lesiones personales cuando a su comisión concurren varias personas y no es posible determinar quién o quiénes fueron los autores del delito, todas quedan sometidas a la sanción correspondiente disminuída de una sexta parte a la mitad.

Pero la tesis de la complicidad correlativa no fue acogida por el Tribunal, y esta entidad, en providencia de 4 de abril de 1946 expresamente rechazó la modalidad de la complicidad correlativa en los siguientes apartes:

"Disiente el Tribunal en lo referente a la complicidad correlativa que deduce el auto apelado, pues todos concurrieron con voluntad y acción al hecho del robo planeado, es decir, hubo unidad de acción, concurriendo todos los procesados al lugar escogido para llevar a cabo el delito, prestándose unos a otros el concurso de sus voluntades, inteligencia y respaldo, de modo qué el hecho se realizó con la intervención directa y principal de todos los procesados, lo cual hace que todos tengan el carácter de coautores.... Luego la responsabilidad los cobija a todos, en forma de coautores, para este delito de lesiones personales de manera que no es posible deducir o plantear la tesis de la complicidad correlativa."

Negada la tesis de la complicidad correlativa y acogida la de que todos los sindicados eran coautores en el delito de lesiones personales, la responsabilidad principal la radicó en todos y cada uno de los acusados no sólo para el delito de robo, sino también, para el delito de lesiones. En esta forma nada más lógico que los cuestionarios sometidos a la consideración de los miembros del Jurado no debían contemplar esta mo-

dalidad —complicidad correlativa— alegada por el recurrente. Esta la razón para que la sentencia se dictara de acuerdo con el veredicto, ya que éste no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos.

Por esta razón no hubo violación de la disposición del artículo 385 del Código Penal, y el cargo que el recurrente formula contra la sentencia no tiene fundamento; como se anota, la tesis de la complicidad correlativa no fue acogida por el Tribunal en la providencia que revisó el correspondiente auto de proceder, pues ella fue negada.

"En tal virtud, la acusación del recurrente —dice la Procuraduría— mira, en el fondo, al veredicto de los jueces populares, al reconocer éstos la responsabilidad de los procesados como autores principales de las lesiones, en vez de haberla radicado únicamente en cabeza de Rito Muñoz que, según el señor apoderado, fue quien hirió a Emilia Durán y a Luis Jerónimo Herrera'

"Mas, este cargo incidiría en la injusticia del veredicto, que no es cuestión de la competencia de la H. Corte, sino de los juzgadores de instancia, como ya se dijo'..

En cuanto al hecho de que la sentencia es violatoria de la disposición del artículo 39 por cuanto no existiendo circunstancias de mayor o menor peligrosidad debía aplicarse el mínimo de la sanción establecida para los delitos juzgados; el recurrente enuncia el cargo pero no lo demuestra.

Sin embargo el Tribunal en la respectiva sentencia, al estudiar las sanciones, analiza esas circunstancias y deduce para unos las de la preparación ponderada en los delitos y la complicidad previamente concertada con que actuaron sus ejecutores. Es decir, que frente a estas circunstancias no podría aplicarse —como lo pide el recurrente— el mínimo de la sanción señalada en la respectiva disposición penal.

Por tanto, 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 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, con fecha veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, objeto de la presente demanda de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, treinta de enero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Ministerio de Justicia le pide a la Corte el concepto sobre cambio de radicación del proceso que en este distrito se adelanta contra el capitán Israel Hurtado por homicidio en José Andrés Valverde Quiñones.

Con su petición remite algunos documentos, de los cuales se deducen las razones para dicho cambio, así:

a) El Juez 4º Superior de Bogotá, "en su condición de particular, introdujo el lunes 31 de octubre último a mi despacho (habla el Juez 8º de Instrucción Criminal), a la señora esposa del capitán Hurtado, quien había sido indagatoriado el 29 de ese mismo mes, acompañó a la señora durante su estada en mi despacho y presenció las repetidas solicitudes que ella, en uso, sin duda de un derecho de familia, me hizo para que mi despacho demorara el auto de detención".

b) El 8 de noviembre solicitó el apoderado del capitán Israel Hurtado al señor Juez 4º Superior que le pidiera el expediente al Juez 8° de Instrucción, apoyándose en que tal cosa era conveniente por las publicaciones de la prensa, que han tejido una trama de versiones inverosímiles de los hechos; en que el capitán Hurtado tenía que presentarse por las noches a la Escuela de Policía de Muzú para pernoctar allí; y en que a pesar de la prohibición del artículo 392 del código de procedimiento penal, había dictado auto de detención contra el acusado.

c) El mismo día accedió el señor Juez 4º Superior a la solicitud, por merecerle entera credibilidad las razones del señor apoderado, no obstante que el expediente no se le repartió a dicho funcionario, sino al señor Juez 3º Superior, con fecha 14 de noviembre.

d) El sumario había sido repartido al Juez 2º Penal del circuito desde el 2 de noviembre, mediante el aviso que le había dado el señor Alcalde de Fontibón, de suerte que la entrega del expediente la pidió el señor Juez Superior prescindiendo en absoluto del Juez del circuito en lo penal, que es "el jefe de instrucción en todos los procesos que se adelanten dentro del territorio de su jurisdicción".

e) La investigación de los hechos estuvo paralizada desde el 8 de noviembre hasta el 18 del mismo mes, fecha en que el señor Juez 3º Superior, basándose en que el capitán Hurtado había actuado con motivo del ejercicio de sus funciones, revocó el auto de detención dictado por el funcionario de instrucción.

f) "Con tan favorable actuación de los funcionarios en el camino de obscurecer la verdad, o al menos de impedir que se esclarecieran en su oportunidad los hechos, el apoderado del sindicado ha encontrado terreno propicio para la prematura solicitud formulada en su escrito del 25 de noviembre (fl. 164), para que se aplique el artículo 153 del C. de P. P., pidiendo que se ordene la cesación de todo procedimiento contra los sindicados; con lo cual se clausuraría sin haberse vencido siquiera el término de sesenta días de la investigación, pues al comienzo de ella ha habido dos sindicados, el proceso en averiguación de la muerte de un hombre, dentro del cual media sin reato la aceptación de la culpa por uno de los indagados, el que se atribuye a sí mismo la autoría material del homicidio".

g) "Las negativas sucesivas al apoderado de la parte civil, mediante interpretación restringida del artículo 114 y siguientes del código de procedimiento penal, han demorado el paso del sumario al dictamen del Personero Municipal para el concepto sobre cesación de procedimiento, y en consecuencia es posible ante la perspectiva de un fallo que pondría fin a la investigación y tendría las máximas apariencias de injusto o al menos de precipitado, sustraer al conocimiento de la justicia penal del Distrito Judicial de Bogotá, el proceso en averiguación de la muerte del señor José Andrés Valverde Quiñones".

Las razones anteriores cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que la solicitud la hace el Ministerio de Justicia, y ellas hacen ver que es conveniente para la recta administración de justicia que el proceso de que se viene hablando se radique en un distrito judicial distinto.

En consecuencia, la Corte emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso contra el capitán Israel Hurtado, por homicidio en José Andrés Valverde Quiñones.

Cópiese y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION. — NO CONSTITUYE ESTA OPINION EL HECHO DE HABER EMITIDO CONCEPTO ACERCA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL SOLICITADA NI EL HABER DICTADO EL AUTO DE DETENCION

Repetidas veces ha sostenido la Corte 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 y del Ministerio Público que en providencias de fondo emitan 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.

Pero esa opinión sobre el asunto materia del proceso, en tratándose de un acto jurisdiccional del funcionario, debe entenderse de aquellas providencias cuya validez presupone un análisis a fondo que abarque el contenido procesal para sacar deducciones jurídicas sobre los elementos estructurales del delito y la responsabilidad de sus autores. Ejemplo de estos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, o se da concepto de fondo sobre el mérito de las diligencias sumarias, por cuanto estos actos implican necesariamente un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito.

En el caso a estudio, tratándose de un concepto fiscal sobre el beneficio de libertad provisional solicitado por el procesado dentro de la instrucción del sumario, el hecho de haberse emitido tal concepto, no constituye el elemento "haber emitido opinión" de que habla la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, como no lo sería el haber dictado auto de detención o la providencia en la cual aquél se revoca o confirma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El doctor Alberto Bravo Guerra, Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, se declara impedido para conocer del proceso seguido en contra de Francisco Acosta, por el delito de homicidio imperfecto en la persona de Herminda Rivera de Acosta, porque "al tenor de lo que establece el numeral 4º, artículo 73 del C. de P. P., en armonía con el 79 ibídem, me hallo legalmente impedido para conocer de este negocio".

El concepto a que alude el señor Fiscal se refiere al beneficio de libertad provisional solicitado por el procesado (fl. 48).

La causal de impedimento se funda, pues, en lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".

El impedimento no fue aceptado por el Tribunal Superior de Pasto, por lo cual la Corte debe decidirlo definitivamente.

Se considera:

Repetidas veces ha sostenido la Corte 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 y del Ministerio Público que en providencias de fondo, emitan 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.

Pero esa opinión sobre el asunto materia del proceso, en tratándose de un acto jurisdiccional del funcionario, debe entenderse de aquellas providencias cuya validez presupone un análisis a

fondo que abarque el contenido procesal para sacar deducciones jurídicas sobre los elementos estructurales del delito y la responsabilidad de sus autores. Ejemplo de estos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, o se da concepto de fondo sobre el mérito de las diligencias sumarias, por cuanto estos actos implican necesariamente un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito.

En el caso a estudio, tratándose de un concepto fiscal sobre el beneficio de libertad provisional solicitado por el procesado dentro de la instrucción del sumario, el hecho de haberse emitido tal concepto, no constituye el elemento "haber emitido opinión" de que habla la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Como no lo sería el haber dictado auto de detención o la providencia en la cual aquél se revoca o confirma.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"Los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase —se refiere al de detención— son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, 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 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 queda 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".

En el presente caso, el Fiscal doctor Alberto Bravo Guerra, no está impedido para conocer del proceso en contra de Francisco Acosta, por la circunstancia de haber emitido concepto sobre el beneficio de libertad provisional solicitado por el procesado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECIDE: que el señor Fiscal doctor Alberto Bravo Guerra, no está impedido para conocer del proceso que cursa en contra de Francisco Acosta, por el delito de homicidio imperfecto, ante el Tribunal Superior de Pasto.

Cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

RIÑA IMPREVISTA. — REQUISITOS PARA QUE LA RIÑA Y LA PROVOCACION CONSTITUYAN CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS

1. — La modalidad atenuante de la riña imprevista es necesario que surja en forma nítida y precisa de los mismos términos del veredicto, porque dentro de los principios que gobiernan la institución del Jurado, es a éste a quien corresponde, por el querer expreso del artículo 499 del Código Procesal Penal, la apreciación y calificación de las circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, correspondiendo, en cambio, la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, que dentro de la técnica del Código apenas sirven para la medida de la sanción a fin de individualizarla según el principio de la peligrosidad, al Juez de derecho.

2. — Para el señor apoderado recurrente parece ser distinta la riña imprevista y la riña que se suscita de modo imprevisto. Funda este criterio en el concepto de que la atenuación no consiste en que la riña haya sido imprevista, sino en que el modo como ella ocurriera haya sido imprevisto para el agente.

Si el fundamento de esta distinción fuese, como lo anota el señor Procurador Delegado, "que la riña en sí misma no puede ser imprevista, dado que es un acto típicamente doloso, en que cada uno de los contendores actúa violentamente con conocimiento del resultado y con la voluntad de producirlo contra derecho", no habría inconveniente alguno en aceptar su exacta significación legal, encuadrándolo dentro de los términos del artículo 384 del Código Penal.

Pero una cosa es la afirmación así contenida y cuyo exacto enunciado trae la demanda al decir que "la atenuación no consiste en que la riña haya sido imprevista sino en que el modo como ella ocurriera haya sido imprevisto para el agente", y otra es sacar de este aserto conclusiones que no se compaginan con el alcance que la ley concede a la causal de atenuación prevista en aquel artículo de la ley penal.

Una de esas conclusiones que resultan erradas en la apreciación del fenómeno en estudio, es afirmar que dentro del texto del artículo 384 caben distintas modalidades de la riña, diversas especies de la misma: "Una riña imprevista que ocurre contra toda previsión, por cualquier imprudencia o por culpa de otra persona, y otra, que también tuvo en cuenta el legislador, que es la contemplada expresamente en el referido artículo de la ley penal, que es aquella que, aun cuando haya sido prevista por el agente, se suscita de un modo imprevisto, que rechaza en él la posibilidad de toda culpa".

Es indudable que éste es un planteamiento equivocado del problema y que al formularse así tenían que surgir conclusiones favorables a las pretensiones del recurrente. Mas sucede que no es correcto en el lenguaje legal del Código que sean distintas las hipótesis que la demanda trata de establecer como derivadas del texto legal, el cual dentro de su simplicidad no hace referencia a cosa distinta de que los hechos que ocasionan un cambio de agresiones, un ataque recíproco, o mejor, un combate singular entre dos o más personas que previamente lo aceptan con la clara intención antisocial de inferirse mutuo y recíproco daño, como sería la mejor definición jurídica de la riña, se sucedan u ocurran de modo imprevisto.

Es evidente que esta circunstancia resulta condicionada de modo principal a que todos los elementos que integran el fenómeno de la riña surjan inesperada y casualmente para el acusado, que es lo que el Código denomina con la locución "imprevista", o mejor, sin que el que hiera o mata dentro de esta condición modificadora de su responsabilidad, haya propiciado o hecho posible, con una actividad cualquiera suya, el lance o encuentro personal que constituye la riña.

Si ocurre de otra manera, si el agente en cualquier forma produce hechos o realiza actividades que puedan situarse o tenerse como los motivos determinantes del combate o causas propiciadoras del mismo, no puede ampararse en la circunstancia que modifica la responsabilidad proveniente del fenómeno de la riña imprevista.

De aquí que esta modalidad pueda presentarse de muy distintas maneras en un mismo proceso, y para muchos de los autores de lesiones personales o de homicidio, cuando sean varios los sujetos que toman parte o ponen su actividad en el cumplimiento de esos hechos delictuosos. En este orden de ideas, bien puede acontecer que la riña sea imprevista para algunos de los contendores, porque ni la provocaron, ni incitaron a su realización, sino que se limitaron a entrar en el combate o pelea, porque, provocados o incitados al lance, ni quisieron rehusarlo por un concepto de hombría, que sin dejar de ser doloso, toma sin embargo en cuenta el legislador para estructurar una modalidad jurídica favorable, en atención a los motivos determinantes, que tienen dentro del Código una entidad muy definida para graduar la sanción, de conformidad con el concepto de peligrosidad, el cual se modifica en este caso en forma benéfica para el delincuente, y de allí el fundamento de la atenuación consagrada en la ley.

También puede ocurrir que la riña sea imprevista para todos los combatientes o que no lo sea para ninguno. En el primer caso, es condición indispensable que concurran todos los presupuestos que se han señalado para que la figura tenga su contenido legal, esto es, que los combatientes ni directa ni indirectamente, con actos de cualquier género, lo hayan provocado o incitado, y, por consiguiente, surja con esa casualidad explícita que lleva en sí el mismo concepto de lo imprevisto. Como cuando un individuo o grupo de individuos se encuentran frente a enemigos reconocidos, y el solo encuentro fortuito o coincidencial desata los odios o rencores acumulados entre ellos y surge el lance personal que caracteriza la riña.

En el segundo caso, nada autoriza para predicar una modalidad atenuante, porque faltan los elementos que la distinguen y estructuran en la ley. Como cuando en el mismo ejemplo anterior, los contrincantes ejecutan actos que suscitan el encuentro, los que con los antecedentes confluyen a determinar el estallido del impulso delictuoso, sin permitir que éste se presente con los atributos necesarios para dar al hecho que de tal manera se cumple, estructura distinta de un delito en cuya ejecución la ley no ve motivo alguno para atenuar la responsabilidad de los que obran en tales circunstancias.

De manera que las situaciones planteadas en la demanda no son más que expresiones de un mismo hecho, y sus distinciones no pasan de ser apreciaciones subjetivas, que no obedecen al criterio objetivo que debe presidir el examen de estos fenómenos, de conformidad con el Código Penal.

Por tanto, la riña imprevista, como el modo en que ella ocurre, se desenvuelven en idéntico criterio, porque la una, para que sea lo que es, precisa que la forma de su ocurrencia coincida con la realización de los hechos que le dan categoría como entidad aminorante de la responsabilidad y, por por ende, de la sanción.

3.—Resulta imposible atribuír el carácter de riña imprevista al combate singular, al cambio de agresiones recíprocas, con provocaciones de obra y de palabra anteriores al encuentro, porque falta el elemento que determina con mayor nitidez lo imprevisto, cuál es lo fortuito del incidente, lo impensado de la lucha, su falta de estímulo provocativo por parte de alguno de los contendores; en una palabra, lo casual del lance armado. Sin estas condiciones, lo imprevisto, que constituye la circunstancia atenuante consagrada en el Código, no tiene estructura en la riña, y por ello mismo, sería desquiciar el concepto, atribuírlo a quienes riñen previa disputa verbal, exaltación psicológica y provocación de hecho, aceptando anticipadamente un choque cuyas consecuencias fueron previstas y como tal ratificadas plenamente al tomar las armas para liquidar el incidente que surgiera entre los contendores, como causa o motivo determinante.

4. — Es bien sabido que es al Jurado a quien corresponde decidir las cuestiones de hecho que se le planteen al rededor de un delito cuyo juzgamiento tenga que hacerse

bajo su intervención. Ordena la ley en estos casos que la sentencia será de acuerdo con la calificación que dé el Jurado a los hechos sobre que ha versado el debate (artículo 480 del C. de P. P.). De ello resulta que es a los jueces populares a quienes corresponde determinar los elementos sustanciales que implican o pueden implicar la existencia de una determinada atenuante, a fin de que sea ésta considerada por el Juez de derecho en la sentencia. Si ello no ocurre así, le está vedado a éste hacer aplicación de normas penales contentivas de circunstancias eximentes o atenuantes no comprendidas dentro del veredicto.

5.—No es lícito a los falladores en derecho suplir las deficiencias que contenga el veredicto o, como dice acertadamente el Procurador Delegado, "llenar los vacíos que, voluntaria o involuntariamente, dejen los jurados". De otra manera, los Jueces suplantarían el querer de los juzgadores en conciencia, y el sistema legal que señala la intervención de éstos se desarticularía por la involucración de competencias y el desconocimiento de los campos en que actúan uno y otro juzgador.

6. — Cuando el Jurado simplemente hace referencia a la riña, dejando por fuera el elemento fundamental que confiere a este fenómeno la capacidad para modificar la responsabilidad y la sanción misma, esto es, la imprevisión, el homicidio así cumplido no da margen sino para la aplicación de la pena que tal delito comporta dentro del Código Penal, sin que valga alegar que la provocación por sí sola es elemento bastante para estructurar una circunstancia de atenuación en el homicidio.

Por lo general, la provocación puede considerarse como la causa determinante de la riña en no pocos casos. O en otras palabras, la provocación es la causa que engendra la riña. Y la provocación misma puede surgir por cualquier estímulo o agravio o insulto, que para ser eficaz en orden a estructurar un delito atenuado de lesiones o de homicidio, es preciso que intervenga como factor, de un lado, la imprevisión en la riña que se suscite debido a aquélla; y de otro, que ésta sea de tal magnitud que contenga en sí misma los elementos de gravedad e injusticia para que integre otra figura legal, también atenuante. De otra manera, ni la riña en sí misma considerada, es decir, como pelea o contienda entre dos o más personas con el propósito de inferirse recíproco daño, ni tampoco la simple provocación, sin los atributos de gravedad e injusticia, pueden ser consideradas independientemente como capaces de modificar una situación penal que no tolera una discriminación distinta para los efectos de la sanción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero siete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Juan Bosto Carreño fue condenado por el Tribunal Superior de Bucaramanga a sufrir la pena de ocho años de presidio y las accesorias correspondientes, por el homicidio perpetrado en la persona de Víctor Gualdrón, hecho consumado en el sitio de "Barranca", vereda de Santa Marta, de la jurisdicción del Municipio de Matanza, el veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y ocho.

Contra la sentencia, que lleva fecha cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, el defensor del procesado interpuso casación, recurso que ante la Corte sustenta.

Hechos

El veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, se hallaban Virgilio y Víctor Gualdrón, Juan Bosto Carreño y otros trabajadores desyerbando el cafetal de Humberto Vera, en la vereda de Santa Marta, sitio denominado Barranca, jurisdicción municipal de Matanza. Virgilio era el encargado de vigilar los trabajos y en tal carácter llamó la atención de Juan Bosto Carreño para que desyerbara un surco que había dejado atrás sin arreglar; por esta observación Juan se disgustó, se negó a obedecer y entonces surgió un altercado entre ambos, que hubiera podido degenerar en vías de hecho sin la oportuna intervención de los demás compañeros allí presentes.

Al terminar la jornada de aquel día, los hermanos Gualdrón y Juan Bosto Carreño se dirigieron a la casa del patrón Humberto Vera y allí encontraron a María de Jesús Gualdrón, madre de los dos primeros y con quien hacía vida ma-

rital Bosto Carreño. Virgilio informó a su madre del disgusto surgido entre él y Bosto, trabándose éstos en discusión que degeneró en que la madre intentara castigar al hijo con un chamizo, lo que dio por resultado que Virgilio manifestara que si le pegaba, él "'picaría" a Bosto. Este, que desde la sala de la casa oía la discusión, esperaba el curso de los acontecimientos con un cuchillo en la mano y una astilla de leña cerca de él. Allí María de Jesús pudo evitar que Bosto y Virgilio se fueran a las manos, mas éstos se salieron al patio y se enfrentaron armados de cuchillo. Intervino entonces Humberto Vera y con María de Jesús lograron desarmar a Virgilio, no pudiendo hacer lo mismo con Juan Bosto porque Vera, al intentar desarmar a aquél, se cayó. Víctor Gualdrón, que en nada había intervenido y que pacíficamente se encontraba contra la pared en el mismo patio, fue atacado por Bosto a cuchillo, propinándole una tremenda y mortal puñalada, huyendo luego.

Deben estudiarse ahora las causales de casación invocadas por el recurrente, que no son otras que la primera y la tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las que basadas en análogos argumentos, "persiguen—como lo dice la Procuraduría—una sola finalidad, o sea la de que se aplique el artículo 384 del Código Penal". Por esta causa, se considerarán simultáneamente, siguiendo el sistema empleado por el Agente del Ministerio Público.

Causales primera y tercera. — Violación de la ley penal y desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

El fundamento de la demanda lo hace consistir el recurrente en que, de conformidad con el veredicto del Jurado, el homicidio cometido por Bosto Carreño lo fue en riña suscitada de modo imprevisto para el procesado, situación favorable para éste que no tuvieron en cuenta los falladores de instancia, a pesar de los términos del veredicto, que en sentir de aquél no dejan la menor duda de que lo que quiso decirse en él no fue otra cosa que la aceptación de la modalidad atenuante que consagra el artículo 384 del estatuto penal.

Los términos del veredicto son los siguientes: "Sí es responsable en riña que él no provocó", en respuesta del cuestionario sometido a su consideración y cuyo texto es como sigue:

"El acusado Juan Bosto Carreño es responsable de haberle ocasionado la muerte a Víctor Gualdrón, por medio de lesiones producidas con instrumento corto-punzante (cuchillo), las cuales aparecen descritas en la diligencia pericial correspondiente, hecho cometido en el sitio de Barranca, vereda de Santa Marta, Corregimiento de Santa Cruz del Municipio de Matanza, como a eso de las seis de la tarde del día veintinueve de enero del año pasado (1948), y en la ejecución de este hecho obró el acusado con el propósito de matar?"

Tanto el Juez Tercero Superior de Bucaramanga como el Tribunal no encontraron que el veredicto del Jurado contuviese elementos que permitieran modificar la responsabilidad de Bosto Carreño dentro de los términos del artículo 384 del Código Penal, desde luego que los miembros del tribunal popular al hacer la agregación contenida en el veredicto no consignaron la específica circunstancia que para aplicar tal artículo es de rigor jurídico, es a saber, la riña imprevista.

Esta modalidad atenuante es necesario que surja en forma nítida y precisa de los mismos términos del veredicto, porque dentro de los principios que gobiernan la institución del Jurado, es a éste a quien corresponde, por el querer expreso del artículo 499 del Código Procesal Penal, la apreciación y calificación de las circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, correspondiendo, en cambio, la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, que dentro de la técnica del Código apenas sirven para la medida de la sanción a fin de individualizarla según el principio de la peligrosidad, al Juez de derecho.

Es indudable que la demanda formulada en este proceso por el apoderado recurrente presenta algunos aspectos novedosos sobre la forma de encarar el problema de la riña imprevista, para concluir que esta modalidad debía haber sido tenida en cuenta para imponer la pena al reo y que por no haberse hecho así, la sentencia debe ser casada por el doble aspecto de la violación de la ley penal sustantiva y el desacuerdo de la sentencia y el veredicto del Jurado.

Mas ninguna de las apreciaciones del libelo pueden ser admitidas en orden a la conclusión que pretende la demanda, porque ni en los mismos términos del veredicto y de las circunstancias en que el delito se cumplió puede encontrarse autorización alguna para que se realice la modalidad atenuante de la riña imprevista.

En efecto, para el señor apoderado recurrente

parece ser distinta la riña imprevista y la riña que se suscita de modo imprevisto. Funda este criterio en el concepto de que la atenuación no consiste en que la riña haya sido imprevista, sino en que el modo como ella ocurriera haya sido imprevisto para el agente.

Si el fundamento de esta distinción fuese, como lo anota el señor Procurador Delegado, "que la riña en sí misma no puede ser imprevista, dado que es un acto típicamente doloso, en que cada uno de los contendores actúa violentamente con conocimiento del resultado y con la voluntad de producirlo contra derecho", no habría inconveniente alguno en aceptar su exacta significación legal encuadrándolo dentro de los términos del artículo 384 del Código Penal.

Pero una cosa es la afirmación así contenida y cuyo exacto enunciado trae la demanda al decir que "la atenuación no consiste en que la riña haya sido imprevista sino en que el modo como ella ocurriera haya sido imprevisto para el agente", y otra es sacar de este aserto conclusiones que no se compaginan con el alcance que la ley concede a la causal de atenuación prevista en aquel artículo de la ley penal.

Una de esas conclusiones que resultan erradas en la apreciación del fenómeno en estudio, es afirmar que dentro del texto del artículo 384 caben distintas modalidades de la riña, diversas especies de la misma: "Una riña imprevista que ocurre contra toda previsión, por cualquier imprudencia o por culpa de otra persona, y otra, que también tuvo en cuenta el legislador, que es la contemplada expresamente en el referido artículo de la ley penal, que es aquella que, aun cuando ha sido prevista por el agente, se suscita de un modo imprevisto, que rechaza en él la posibilidad de toda culpa".

Es indudable que éste es un planteamiento equivocado del problema y que al formularse así tenían que surgir conclusiones favorables a las pretensiones del recurrente. Mas sucede que no es correcto en el lenguaje legal del Código que sean distintas las hipótesis que la demanda trata de establecer como derivadas del texto legal, el cual dentro de su simplicidad no hace referencia a cosa distinta de que los hechos que ocasionan un cambio de agresiones, un ataque recíproco, o mejor, un combate singular entre dos o más personas que previamente lo aceptan con la clara intención antisocial de inferirse mutuo y recíproco daño, como sería la mejor definición jurídica de la riña, se sucedan u ocurran de modo imprevisto.

Es evidente que esta circunstancia resulta condicionada de modo principal a que todos los elementos que integran el fenómeno de la riña surjan inesperada y casualmente para el acusado, que es lo que el Código denomina con la locución "imprevista", o mejor, sin que el que hiera o mate dentro de esta condición modificadora de su responsabilidad, haya propiciado o hecho posible, con una actividad cualquiera suya, el lance o encuentro personal que constituye la riña.

Si ocurre de otra manera, si el agente en cualquier forma produce hechos o realiza actividades que puedan situarse o tenerse como los motivos determinantes del combate o causas propiciadoras del mismo, no puede ampararse en la circunstancia que modifica la responsabilidad proveniente del fenómeno de la riña imprevista.

De aquí que esta modalidad pueda presentarse de muy distintas maneras en un mismo proceso, y para muchos de los autores de lesiones personales o de homicidio, cuando sean varios los sujetos que en ellos toman parte, o ponen su actividad en el cumplimiento de esos hechos delictuosos. En este orden de ideas, bien puede acontecer que la riña sea imprevista para algunos de los contendores, porque ni la provocaron, ni incitaron a su realización, sino que se limitaron a entrar en el combate o pelea, porque provocados o incitados al lance, ni quisieron rehusarlo por un concepto de hombría, que sin dejar de ser doloso, toma sin embargo en cuenta el legislador para estructurar una modalidad jurídica favorable, en atención a los motivos determinantes, que tienen dentro del Código una entidad muy definida para graduar la sanción, de conformidad con el concepto de peligrosidad, el cual se modifica en este caso en forma benéfica para el delincuente, y de allí el fundamento de la atenuación consagrada en la ley.

También puede ocurrir que la riña sea imprevista para todos los combatientes o no lo sea para ninguno. En el primer caso es condición indispensable que concurran todos los presupuestos que se han señalado para que la figura tenga su contenido legal, esto es, que los combatientes, ni directa ni indirectamente, con actos de cualquier género, lo hayan provocado o incitado y por consiguiente surja con esa casualidad explícita que lleva en sí el mismo concepto de lo imprevisto. Como cuando un individuo o grupo de individuos se encuentran frente a enemigos reconocidos y el solo encuentro fortuito o coincidencial desata los odios o rencores acumulados

entre ellos y surge el lance personal que caracteriza la riña.

En el segundo caso nada autoriza para predicar una modalidad atenuante porque faltan los elementos que la distinguen y estructuran en la ley. Como cuando en el mismo ejemplo anterior, los contrincantes ejecutan actos que suscitan el encuentro, los que con los antecedentes, confluyen a determinar el estallido del impulso delictuoso, sin permitir que éste se presente con los atributos necesarios para dar al hecho que de tal manera se cumple, estructura distinta de un delito en cuya ejecución la ley no ve motivo alguno para atenuar la responsabilidad de los que obran en tales circunstancias.

De manera que las situaciones planteadas en la demanda no son más que expresiones de un mismo hecho, y sus distinciones no pasan de ser apreciaciones subjetivas, que no obedecen al criterio objetivo que debe presidir el examen de estos fenómenos de conformidad con el Código Penal.

Por tanto, la riña imprevista, como el modo en que ella ocurre, se desenvuelven en idéntico criterio, porque la una, para que sea lo que es, precisa que la forma de su ocurrencia coincida con la realización de los hechos que le dan categoría como entidad aminorante de la responsabilidad y, por ende, de la sanción.

La Sala acoge los siguientes apartes del concepto fiscal, que por su importancia reproduce:

"En consecuencia — dice el Procurador — la imprevisión de la riña, y ese es el sentido de la ley penal, sólo se refiere al modo como ella se inicia, esto es, a su génesis. Habrá, por lo tanto, riña imprevista cuando el combate se presenta inesperada y casualmente para el acusado, por circunstancias que éste no buscó ni previó. De haber conjeturado el choque, habría puesto los medios necesarios para evitarlo. El sujeto obra aquí determinado por factores del momento, ante una agresiva provocación. Por eso, la llamada riña imprevista es propia de los delincuentes ocasionales.

"Homicidio y lesiones personales cometidos en riña suscitada de modo imprevisto, serán, pues, aquellos que resultaron de un cambio de violencias surgido por un hecho sorpresivo para el autor o partícipe del delito, a tal punto que ni el tiempo, ni el lugar, ni las circunstancias del momento le hicieron temer o esperar un lance personal con la víctima.

"Pero si la riña ha sido preparada, promovida o simplemente prevista por el acusado, o se expuso imprudentemente a ella, ya no puede beneficiarse con esa circunstancia modificadora de la pena, porque, aplicando aquí la máxima de Nicollini, "en el hombre existe una razón que prevé lo futuro, y por esto tiene el deber de calcular y de prever; por consiguiente es responsable cuando no hace uso de esa facultad o cuando hace mal uso de ella".

En resumen:

Resulta imposible atribuír el carácter de riña imprevista al combate singular, al cambio de agresiones recíprocas, con provocaciones de obra y de palabra anteriores al encuentro, porque falta el elemento que determina con mayor nitidez lo imprevisto, cual es lo fortuito del accidente, lo impensado de la lucha, su falta de estímulo provocativo por parte de alguno de los contendores; en una palabra, lo casual del lance armado. Sin estas condiciones, lo imprevisto, que constituye la circunstancia atenuante consagrada en el Código, no tiene estructura en la riña, y por ello mismo, sería desquiciar el concepto, atribuírlo a quienes riñen previa disputa verbal, exaltación psicológica y provocación de hecho, aceptando anticipadamente un choque cuyas consecuencias fueron previstas y como tal ratificadas plenamente al tomar las armas para liquidar el incidente que surgiera entre los contendores, como causa o motivo determinante del lance.

Por ello, ha dicho esta misma Sala:

"La riña sólo alcanza el carácter de circunstancia modificadora del hecho delictuoso, cuando asume nítidamente los caracteres de imprevista. Ahora bien, la riña asume el carácter de imprevista cuando se presenta de modo tan fortuito y ocasional que el combatiente no haya podido presumir su ocurrencia, porque lógicamente, ella, dentro de circunstancias normales, no podía producirse. En estas condiciones no será imprevista para quien verbalmente o por vías de hecho la suscitare o para quien habiendo podido evitarla racionalmente incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda".

No responde tampoco la demanda a los hechos demostrados en el proceso, en cuanto considera que de conformidad con los términos del veredicto la sentencia del Tribunal debió aceptar el fenómeno de la riña imprevista, so pena de existir desacuerdo entre el fallo de los jueces populares y el fallo de los juzgadores en derecho.

No se alcanza razón alguna para desarmonía. Es bien sabido que es al Jurado a quien corresponde decidir las cuestiones de hecho que se le

planteen al rededor de un delito cuyo juzgamiento tenga que hacerse bajo su intervención Ordena la ley en estos casos que la sentencia será de acuerdo con la calificación que dé el Jurado a los hechos sobre que ha versado el debate (artículo 480 del C. de P. P.). De ello resulta que es a los jueces populares a quienes corresponde determinar los elementos sustanciales que implican o puedan implicar la existencia de una determinada atenuante, a fin de que sea ésta considerada por el Juez de derecho en la sentencia. Si ello no ocurre así, le está vedado a éstos hacer aplicación de normas penales contentivas de circunstancias eximentes o atenuantes no comprendidas dentro del veredicto.

No es lícito a los falladores en derecho suplir las deficiencias que contega el veredicto o, como dice acertadamente el Procurador Delegado, "llenar los vacíos que, voluntaria o involuntariamente dejen los Jurados". De otra manera los Jueces suplantarían el querer de los juzgadores en conciencia, y el sistema legal que señala la intervención de éstos se desarticularía por la involucración de competencias y el desconocimiento de los campos en que actúan uno y otro juzgador.

La explicación del Jurado al consignar en el veredicto que Bosto Carreño es responsable de la muerte de Víctor Gualdrón "en riña que él no provocó" no implica, como lo pretende el recurrente, que esa explicación tenga un contenido virtual de circunstancia modificadora de responsabilidad del homicida y que ese fue el espíritu que quiso darle el Jurado. En primer término, si esta afirmación fuera cierta, fácil le habría quedado al tribunal popular acoger los mismos términos que le propusiera la defensa y que claramente fueron explicados en el acto de la audiencia pública, como consta en el acta respectiva, en la cual se expresa que el defensor fue prolijo en explicar el fenómeno de la riña imprevista y sobre esa explicación pidió a los jueces populares que su respuesta al cuestionario fuera: "Sí cometió el homicidio, pero en riña imprevista".

Es indudable que el razonamiento de la defensa no impresionó al Jurado, desde luego que la respuesta al cuestionario se inspiró en un sentido distinto: la afirmación de la responsabilidad del reo, desvinculándola del fenómeno de la riña imprevista, para afirmar un hecho diferente, que no encaja en forma alguna en el sentido de atenuar la responsabilidad del homicida. Aun admitiendo la situación de riña para Bosto Carreño, los autos pregonan que ella ocurrió con persona extraña a la que resultó víctima de la agresión de aquél, es decir, Víctor Gualdrón, quien como lo establecen todas las constancias del proceso, no intervino para nada en el desarrollo de los hechos y se mantuvo al margen de los mismos. Si recibió la agresión mortal, no participando en ninguna de las ocurrencias que la determinaron, es fácil presumir que ese espíritu es el que contiene el veredicto cuando afirma que Bosto Carreño no provocó la riña, pero se abstuvo de aceptar que el modo de ejecución del homocidio fuera el resultado de una riña imprevista, sin duda porque la víctima de la agresión no participaba para nada en el conflicto suscitado entre personas distintas. Esta es la explicación que más se acomoda a las circunstancias del proceso y la que impide aceptar una atenuante que no encuentra respaldo alguno en él.

Por lo demás, es bueno distinguir entre riña propiamente dicha y provocación. Cuando el Jurado simplemente hace referencia a la riña, dejando por fuera el elemento fundamental que confiere a este fenómeno la capacidad para modificar la responsabilidad y la sanción misma, esto es la imprevisión, el homicidio así cumplido no da margen sino para la aplicación de la pena que tal delito comporta dentro del Código Penal, sin que valga alegar que la provocación por sí sola es elemento bastante para estructurar una circunstancia de atenuación en el homicidio.

Por lo general, la provocación puede considerarse como la causa determinante de la riña en no pocos casos. O en otras palabras, la provocación es la causa que engendra la riña. Y la provocación misma puede surgir por cualquier estímulo o agravio o insulto, que para ser eficaz en orden a estructurar un delito atenuado de lesiones o de homicidio, es preciso que intervenga como factor, de un lado la imprevisión en la riña que se suscite debido a aquella causa determinante; y de otro, que ésta sea detal magnitud que contenga en sí misma los elementos de gravedad e injusticia para que integre otra figura legal, también atenuante. De otra manera, ni la riña en sí misma considerada, es decir, como pelea o contienda entre dos o más personas con el propósito de inferirse recíprocamente daño, ni tampoco la simple provocación, sin los atributos de gravedad e injusticia, pueden ser consideradas independientemente como capaces de modificar una situación penal que no tolera una discriminación distinta para los efectos de la sanción.

Es verdad, como lo anota el señor Procurador Delegado, que al Jurado no es preciso exigirle el empleo de los términos jurídicos o sacramentales que usan los especialistas. Mas porque esto sea así, no le es lícito tampoco omitir, dentro de su lenguaje llano y común, los hechos o expresiones fundamentales que le dan al Juez una pauta cierta y precisa para acomodar el pensamiento de aquél a las previsiones de la ley penal sustantiva.

Jurisprudencia constante de esta Sala ha sido que las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, es al Jurado a quien corresponde precisarlas, y que su respuesta, contenida en el veredicto, debe ser exacta expresión de los hechos sobre los cuales se le interroga en aquellas materias en que el Juez único es el tribunal popular y por tanto a quien exclusivamente corresponde la facultad de afirmar o negar su existencia. En consecuencia, cuando el Jurado no expresa con entera claridad la imprevisión de la riña, y sólo como en el caso que ocupa a la Corte, en términos por demás amplios, se limita a responder que la riña no fue provocada por el homicida, resulta imposible aceptar la atenuación del artículo 384, por cuanto los elementos que este artículo exige no se encuentran reunidos, ni en el veredicto ni en el proceso. Apenas una circunstancia de menor peligrosidad podría ser tenida en consideración al tenor del mismo veredicto, ya que la propia ley penal otorga al fallador en derecho la facultad de tenerla como tal, dentro de los términos del numeral 3º del artículo 38 y el mandato contenido en el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal.

Consecuencialmente, la pena de ocho años de presidio impuesta a Juan Bosto Carreño por el Tribunal de la instancia, es legal y, de consiguiente, no puede prosperar ninguna de las causales alegadas.

Por las anteriores consideraciones la Corte Suprema 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, NO CASA la sentencia que ha sido materia de este recurso, proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

UNIDAD DEL PROCESO PENAL—CUANDO EN UN PROCESO ADELANTADO CONTRA MAS DE UNA PERSONA POR UN MISMO DELITO, EL VEREDICTO DEL JURADO ES DECLARADO INJUSTO RESPECTO DE UNA SOLA DE ELLAS O DE VARIAS, PERO NO DE TODAS, EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA DEBE SUSPENDERSE HASTA QUE SE CONOZCA EL VEREDICTO DEL NUEVO JURADO PARA QUE SE DICTE UNA SOLA SENTENCIA. — COMPLICIDAD SECUNDARIA

1.—La nueva legislación procesal penal se apartó del criterio de la anterior que, en el artículo 314 de la Ley 57 de 1887, disponía que si en un proceso en el cual fueran dos o más las personas juzgadas, la declaratoria de injusticia del veredicto no comprendía a todas, la obligación del Juez era la de dictar la respectiva sentencia para los reos respecto de quienes no hubiera declaración de injusticia notoria, y esa sentencia, previa ejecutoria, debía cumplirse sin que para ello fuese necesario aguardar el resultado respecto de las personas a las cuales no las cobijaba la declaración de injusticia notoria del veredicto, y en el artículo 52 determina el Código de Procedimiento Penal que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, y que igual norma debe seguirse cuando se trate de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transtiorio.

Esta norma consagra la unidad del proceso penal por un doble aspecto: ora por lo que hace referencia al cumplimiento de un conjunto de normas procedimentales que deben observarse en la investigación de los delitos, ya, también, por lo que respecta a la unidad de la sentencia con la cual se finaliza el proceso. La sentencia, cuando se trata de varias personas que han tomado parte en la comisión de un delito, debe ser una e indivisible, no sólo en su contenido sustancial, sino también en su parte motiva. El fraccionamiento o la división del proceso y la sentencia puede conducir a errores lamentables en la administración de justicia y al quebrantamiento de la disposición comentada, que establece la unidad de investigación y la unidad del fallo o sentencia.

Si estos mandatos de indispensable cumplimiento no se observaran, lógicamente habría que concluir que en un proceso podrían dictarse tantas sentencias cuantas fueran las personas justiciables, lo cual podría dar lugar a que en un mismo proceso y por un mismo delito, se dictaran fallos contradictorios, o a que, por cualquier circunstancia, se presentara dentro del mismo proceso una causal de nulidad, nulidad que no aprovecharía a la persona cuya sentencia estuviere ejecutoriada; y, para evitar estos errores, el nuevo Código de Procedimiento Penal suprimió la disposición del artículo 314 de la Ley 57 de 1887 y consagró la unidad e indivisibilidad de la investigación y de la sentencia.

2.—El precepto del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso tercero, no tiene aplicación estricta sino para aquellos casos en que el auto del Juzgado no sea confirmado respecto de todos los procesados, pero cuando respecto de uno de los acusados es confirmado, y revocado para el otro u otros, el fallo no puede dictarse mientras el nuevo Jurado no resuelva sobre el tema fundamental de la responsabilidad; en tal evento, la actuación se suspende hasta que el proceso se halle en el mismo pie de igualdad respecto de todos y cada uno de ellos, para que la sentencia sea una e indivisible, como resultado lógico de la investigación.

3.—Descartada por el auto de proceder y por el veredicto del Jurado la tesis de la complicidad secundaria prevista en el artículo 20 del Código Penal, la sentencia tenía que aplicar, como aplicó, el art. 19 del mismo código, pues es sabido que en los jui-

cios por jurados toca a éstos definir todo lo atinente al cuerpo del delito, a la responsabilidad del acusado y a las modalidades específicas que influyen en la adaptación de la pena, correspondiéndole al Juez de derecho apreciar libremente en su fallo las circunstancias accesorias de mayor o menor peligrosidad, al tenor del artículo 499 del Código de Procedimiento Penal.

4.—Dice el recurrente que para el concurso delictual era necesario "que los autores se hubieran reunido para pactar o convenir la muerte, pero que ese acuerdo en acción y voluntad está lejos en este proceso". Pero el recurrente olvida que el concurso no implica necesariamente la existencia previa de un acuerdo anterior, de un plan previo, de una convención o de un pacto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de dos de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga condenó a Leví Barrera Salazar a quince años y dos meses de presidio y a Salvador Rincón Guerrero a la de quince años de la misma sanción, como responsables del homicidio agravado, cometido en la persona de Isidoro Herrera Castellanos.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidas las formalidades procedimentales se procede a su estudio.

Demanda

En su debida oportunidad el defensor de los procesados formuló la respectiva demanda de casación, y en ella se invocan como causales la primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Dice el recurrente que la sentencia dictada contra Barrera Salazar y Salvador Rincón es violatoria de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 537 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto a los procesados se los juzgó sin observar las formas propias del juicio.

El cargo lo funda así:

"El Tribunal que conoció del negocio confirmó la providencia del Juez que declaraba contrario a la evidencia procesal el veredicto popular, en cuanto se relacionaba con Rincón Guerrero, y la revocó en cuanto se relacionaba con Barrera Salazar. Y para obviar la dificultad, agrega la sentencia, en cuanto al procedimiento para pronunciar el fallo en contra de Barrera Salazar, de acuerdo con el veredicto primero, dispuso aplazarlo hasta cuando los jueces populares, en nuevo jurado, se pronunciaran contra la responsabilidad de Rincón Guerrero.

"Hubo, pues, Leví Barrera Salazar de esperar indefinidamente hasta cuando se juzgó a Rincón Guerrero. Este procedimiento del Tribunal disloca completamente el trámite judicial propio de cada juicio...

"El deber del Tribunal no era aplazar la sentencia con lo cual no hacía otra cosa que prolongar la tortura de Barrera Salazar. Su obligación legal no era otra que devolver el expediente para que el Juez dictara la sentencia".

Se considera:

En providencia del 17 de abril de 1948 el Tribunal confirmó el auto del juzgado por el cual se declaraba contrario a la evidencia de los hechos procesales el veredicto del **Juri** en relación con el sindicado Salvador Rincón Guerrero, y revocó esa misma providencia en cuanto hace referencia a Leví Barrera Salazar.

Esta circunstancia motivó la suspensión de la sentencia que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal debía dictarse en relación con Barrera Salazar, mientras la causa, en cuanto hace referencia a la situación jurídica de Rincón Guerrero, fuera resuelta por el nuevo Tribunal de conciencia.

Esa determinación se motivó así:

"Visto lo anterior, y aceptado que el veredicto condenatorio tiene asidero procesal en cuanto se relaciona con Leví Barrera Salazar, pero no en cuanto se relaciona con Salvador Rincón Guerrero, resta solamente una cuestión de procedimiento por resolver, y es la que pudiera presentarse en el presente caso, que llevaría a primera vista a pronunciar dos sentencias en un mismo proceso y por el mismo delito. Para obviarlo, el Tribunal no ve inconveniente en que la sentencia que

haya de pronunciarse contra Leví Barrera Salazar se aplace hasta cuando los Jueces populares hayan de resolver la situación de Salvador Rincón en las nuevas audiencias que habrán de celebrarse. Entonces, en una misma sentencia y de acuerdo con el veredicto de los jueces de conciencia, se resolverá lo de ley en relación con los dos procesados".

Esta decisión es la más acorde con las normas procedimentales que rigen la tramitación de los juicios penales. Porque, suprimida de la nueva legislación la norma del artículo 314 de la Ley 57 de 1887 que reglamentaba de manera especial esta situación, las disposiciones aplicables en particular, son las que rigen en el Capítulo II, Título II del Código de Procedimiento Penal.

La nueva legislación se apartó del criterio de la anterior que disponía que si en un proceso en el cual fueran dos o más las personas juzgadas la declaratoria de injusticia del veredicto no comprendía a todas, la obligación del Juez era la de dictar la respectiva sentencia para los reos respecto de quienes no hubiera declaración de injusticia notoria, y esa sentencia, previa ejecutoria, debía cumplirse sin que para ello fuera necesario aguardar el resultado respecto de las personas a las cuales no las cobijaba la declaración de injusticia notoria del veredicto.

Es evidente que si este precepto se hubiera consagrado dentro del nuevo Código de Procedimiento, el recurrente tendría derecho a invocar la causal alegada por el aspecto de que a los procesados se les juzgó sin la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, y la omisión del artículo 26 de la Constitución Nacional podría dar lugar a la nulidad del juicio, pero como los nuevos estatutos penales prescindieron de este mandato, el Tribunal tenía que buscar la solución que más se acomodara a los intereses de la justicia y del procesado, en cuanto a la tramitación y finalización del proceso.

El artículo 52 del Código de Procedimiento Penal determina que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, y que igual norma debe seguirse cuando se trate de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o acuerdo de varias personas ya sea permanente o transitorio.

Esta norma consagra la unidad del proceso penal por un doble aspecto: ora por lo que hace referencia al cumplimiento de un conjunto de normas procedimentales que deben observarse en la investigación de los delitos, ya también, por lo que respecta a la unidad de la sentencia con la cual se finaliza el proceso. La sentencia, cuando se trata de varias personas que han tomado parte en la comisión de un delito, debe ser una e indivisible no sólo en su contenido sutancial, sino también en su parte motiva; el fraccionamiento a la división del proceso y la sentencia puede conducir a errores lamentables en la administración de justicia y al quebrantamiento de la disposición comentada que establece la unidad de investigación y la unidad del fallo o sentencia.

Si estos mandatos de indispensable cumplimiento no se observaran, lógicamente habría que concluir que en un proceso podrían dictarse tantas sentencias cuantas fueran las personas justiciables, lo cual podría dar lugar a que en un mismo proceso y por un mismo delito, se dictaran fallos contradictorios, o a que por cualquier circunstancia se presentara dentro del mismo proceso una causal de nulidad, nulidad que no aprovecharía a la persona cuya sentencia estuviere ejecutoriada; y para evitar estos errores, el nuevo Código de Procedimiento Penal suprimió la disposición del artículo 314 de la Ley 57 de 1887 y consagró la nulidad e indivisibilidad de la investigación y de la sentencia.

"Además —dice la Procuraduría— la misma H. Corte tiene antecedentes jurisprudenciales que corroboran la tesis del Tribunal, de dictar un solo fallo dentro del proceso cuando queda pendiente la declaración del veredicto contrario a la evidencia de los hechos. Es oportuno transcribir esa doctrina, que dice:

"Si a un reo se le juzga por dos delitos en el mismo proceso, y el juez declara injusto el veredicto referente a uno de los dos cargos, no puede dictarse sentencia condenatoria por el otro, sino que debe mantenerse en suspenso la condenación mientras se reúne el nuevo Jurado, porque dentro del sistema de acumulación jurídica de las penas establecido por el nuevo Código no pueden dislocarse los procedimientos ni hacerse fallos separados para un mismo reo cuando se le juzga por concurso de delitos, ya sea real, ya meramente formal, puesto que en tales casos no se imponen varias penas principales, sino una sola, aunque agravada. La sentencia condenatoria por uno de los delitos en concurso dejando pendiente el otro, adolece de aplicación indebida —por prematura— de la ley penal". (Fallo de 23 de marzo de 1942, G. J. número 1979, p. 491)".

Si la tesis de la Corte es admisible para una sola persona acusada de varios delitos y si la

suspensión de la actuación respecto de uno de ellos tiene cabida hasta que el Jurado se pronuncie sobre el otro cargo, con mayor razón esa misma interpretación jurisprudencial debe ser aplicada para los casos en que el Juri deba juzgar a dos o más personas sindicadas por la comisión de un mismo delito; máxime cuando no hay disposición expresa sobre el particular, y sí, en cambio, tiene oportunidad de aplicación el artículo de la ley procedimental ya citado.

El precepto del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal en su inciso tercero no tiene aplicación estricta, sino para aquellos casos en que el auto del juzgado no fuere confirmado respecto de todos los procesados, pero cuando respecto de uno de los acusados es confirmado, y revocado para el otro u otros, el fallo no puede dictarse mientras el nuevo Jurado no resuelva sobre el tema fundamental de la responsabilidad; en tal evento, la actuación se suspende hasta que el proceso se halle en el mismo pie de igualdad procesal respecto de todos y cada uno de ellos, para que la sentencia sea una e indivisible como resultado lógico de la investigación.

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.

Esta causal se funda así:

"El delito en la forma en que fue cometido, parece, fue ejecutado por varias personas en concurso. Pero ese concurso demanda una graduación en la calificación de la pena. No existe la prueba de que los autores se hubieran reunido para pactar o convenir la muerte de Isidoro Herrera. La actuación psicológica, o sea, el acuerdo en acción y voluntad está lejos en este proceso; sin embargo, la sentencia al calificar la responsabilidad, consideró a los dos posibles sindicados como cooperadores necesarios, confundiendo la codelincuencia con la complicidad. Es sabido que la complicidad presupone un autor principal, un motor, una voluntad dirigente, que es auxiliada o ayudada, a sabiendas, por otros para la ejecución del delito. El fallo coloca a Leví Barrera y a Salvador Rincón en condición de autores o codelincuentes, lo que no es así, desde luego que en el proceso, existe dentro de las pocas pruebas de indicios notable diferencia entre uno y otro".

Posteriormente hace el análisis de algunos testimonios, para demostrar que esa participación no tiene el carácter de principal sino de secundaria y concluye así:

"Considero por este aspecto que hubo errónea interpretación de la ley en la sentencia recurrida al imponer a Salvador Rincón la sanción que establece el artículo 19 del C. P. en vez del 20 de la misma obra, que es el aplicable al cooperador no necesario".

Se contesta:

El Juzgado llamó a responder en juicio por un delito de homicidio agravado a Leví Barrera Salazar y sobreseyó temporalmente a favor de Salvador Rincón, pero al ser revisada esa providencia por el Tribunal, previo análisis de las pruebas allegadas al proceso, modificó el auto de sobreseimiento para reemplazarlo por uno de llamamiento a juicio.

En aquella providencia se dijo: —

"Otro elemento de cargo contra los sindicados Barrera y Rincón surge del altísimo número de lesiones que presentaba el cadáver y sus direcciones y formas, pues, es casi menos que imposible que un solo individuo se atreviera, tuviera la capacidad moral, para asesinar de tal manera... La circunstancia de haber aparecido el cadáver en un sitio en donde no se encontró la más mínima huella de lucha ni rastros de sangre, como lo conceptuaron los peritos que practicaron el levantamiento del cadáver, son (sic) también factores (sic) que unidos a todos los anteriores hacen creer fundadamente que el delito fue cometido por varios sujetos".

En estas condiciones el llamamiento a juicio por ningún aspecto contempló la complicidad secundaria de que habla el recurrente, sino la coparticipación criminal como coautores del delito, y bajo este aspecto, teniendo como base el auto de proceder se redactaron los respectivos cuestionarios, en idéntica forma para ambos; el tribunal de conciencia absolvió en forma afirmativa los dos primeros para Rincón y negativamente el último.

Descartada por el auto de proceder y por el veredicto del Jurado la tesis de la complicidad secundaria prevista en el artículo 20 del Código Penal, "la sentencia — como dice el colaborador — tenía que aplicar, como aplicó, el artículo 19 del Código Penal, pues, es sabido que en los juicios por jurados toca a éstos definir todo lo atinente al cuerpo del delito, a la responsabilidad del acusado y a las modalidades específicas que influyen en la adaptación de la pena, correspondiéndole al Juez de derecho apreciar libremente en su fallo las circunstancias accesorias

de mayor o menor peligrosidad, al tenor del artículo 499 del Código de Procedimiento Penal".

Dice el recurrente que para el concurso delictual era necesario "que los autores se hubieran reunido para pactar o convenir la muerte, pero que ese acuerdo en acción y voluntad está lejos de este proceso". Pero el recurrente olvida que el concurso no implica necesariamente la existencia previa de acuerdo anterior, de un plan previo, de una convención o de un pacto; si existiese alguna de estas hipótesis, ello daría lugar a pensar en la premeditación; si no existe, el delito será la resultante de factores ajenos a la premeditación, pero también la consecuencia de "un concurso fortuito surgido en el momento mismo en que se desarrollan los hechos, inherentes a ese momento, ejecutan actos de cooperación que concluyen en la comisión de un delito".

Y esta modalidad fue expresamente afirmada por el Jurado, o sea la cooperación necesaria para la ejecución del delito que los coloca en el mismo pie de igualdad ante la ley en su calidad de coautores del delito consumado.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Leví Barrera Salazar y a Salvador Rincón Guerrero a las penas de quince años y dos meses y quince años respectivamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS Y OMISION DE FUNCIONES) Y FALSEDAD

1.—No es suficiente que se demuestre demora en el despacho de un negocio judicial sino que es necesario que se acredite negligencia por parte del procesado en el cumplimiento del deber, para que el hecho de la demora configure infracción penal.

2.—Un error de buena fe no puede ser imputado a dolo, pues, si así fuera, cualquiera equivocación por parte de los funcionarios podría conducirlos a responder penalmente.

3.—El delito previsto por el artículo 172 del Código Penal implica su realización intencional o dolosa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero catorce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Por segunda vez debe calificar la Corte el mérito de las presentes diligencias iniciadas y adelantadas respecto de algunas actuaciones de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, doctores Gabriel Aramburo, Samuel Barrientos Restrepo y Ricardo Estrada, en el proceso seguido al doctor Antonio Valencia Restrepo, Juez del Circuito de Fredonia, por un delito contra la Administración Pública (intervención en política).

Por auto de 6 de diciembre de 1948, se declaró cerrada la presente investigación y se ordenó pasar el negocio al señor Procurador Delegado en lo Penal para concepto de fondo.

Este competente funcionario, en vista de 15 de febrero del año próximo pasado, después de hacer un detenido estudio sobre los elementos probatorios del proceso, solicita lo siguiente:

"**Primero**—Que dicte sobreseimiento definitivo en favor de los doctores Gabriel Aramburo, Samuel Barrientos Restrepo y Ricardo Estrada Escobar, por el delito de falsedad en documentos públicos;

"**Segundo**—Que dicte auto de proceder contra los mismos doctores Aramburo, Barrientos Restrepo y Estrada Escobar por abuso de autoridad y otras infracciones, a que se refieren el Título III, Capítulo VI y Libro II del Código Penal, por haber rehusado, como Magistrados del Tribunal Superior de Medellín, cumplir el auto de 6 de septiembre de 1945 proferido por la H. Corte en el proceso contra el doctor Antonio Valencia Restrepo; y

"**Tercero**—Que igualmente dicte auto de proceder contra el mismo doctor Gabriel Aramburo, por abuso de autoridad y otras infracciones, consistente en haber demorado proferir un auto de sustanciación desde el 1º de octubre de 1945 hasta el 14 de junio de 1946, en el proceso antes citado, siendo Magistrado del Tribunal Superior de Medellín".

Tres hechos se les imputan a los funcionarios sindicados por actuaciones en el proceso contra el doctor Valencia Restrepo:

1º Falsedad en una providencia;

2º Demoras en pronunciar un auto de sustanciación; y

3º Haber rehusado cumplir una decisión de la Corte Suprema de Justicia.

Se analizarán por separado cada uno de los anteriores cargos para sacar las conclusiones sobre la responsabilidad de los sindicados, de acuerdo con las pruebas que sobre el particular arroja el proceso.

Primer cargo. — Falsedad en una providencia.

El Tribunal Superior de Medellín —Sala Penal— llamó a responder en juicio al doctor Antonio Valencia Restrepo por un delito contra la administración pública (intervención en política) en su carácter de Juez del Circuito de Fredonia. Posteriormente, en auto de 21 de junio de 1944, suscrito por los Magistrados doctores Gabriel Aramburo, Samuel Barrientos Restrepo y Gustavo Rendón, luego de anotar algunas irregularidades a la notificación del auto de proceder y al nombramiento de defensor del procesado, decretó la prescripción de la acción penal, por

considerar que había transcurrido el tiempo señalado por la ley para el cumplimiento de este fenómeno jurídico.

La anterior decisión vino en consulta a la Corte, y esta Corporación hubo de revocarla, por cuanto habiéndose dictado auto de proceder contra el doctor Valencia Restrepo, tal providencia interrumpía la prescripción y, consecuencialmente, la extinción de la acción penal no se había operado por el transcurso del tiempo.

Devuelto el negocio al Tribunal de origen, y pasado al Despacho del Magistrado sustanciador, doctor Gabriel Aramburo, el 1º de octubre de 1945, dicho Magistrado, ocho meses más tarde, pronunció el auto de 4 de junio de 1946, ordenando cumplir lo resuelto por la Corte.

Pero en providencia de 10 de septiembre de 1946, suscrita por los Magistrados doctores Aramburo, Barrientos Restrepo y Ricardo Estrada, se declaró nulo el juicio a partir del auto de proceder, exclusive, fundándose en que "en parte alguna de este proceso consta que se haya notificado al defensor del doctor Antonio Valencia Restrepo, el auto de proceder" y en que, "a pesar de esta notoria omisión, se continuó el procedimiento hasta confirmar la H. Corte Suprema de Justicia el auto de cargos. En aquella segunda instancia no estuvo tampoco asistido el sindicado por el defensor que, en rigurosos términos legales, debe tener todo individuo sindicado por un delito".

Después de decretada la nulidad del juicio, en providencia de 11 de octubre de 1946, suscrita por los mismos Magistrados, se dio por terminado el proceso por concepto de la prescripción de la acción penal. Esta providencia fue fundamentada así:

"Declarada como fue la nulidad de este proceso por auto ejecutoriado de fecha diez de septiembre último, y comprendiendo esa nulidad todas las actuaciones cumplidas a partir del auto de enjuiciamiento proferido por el Tribunal en contra del sindicado de abuso de autoridad y otras infracciones, doctor Antonio Valencia Restrepo, por algunas intervenciones en política que se le atribuyen en su carácter de Juez del Circuito de Fredonia, llevadas a efecto en la población de El Jardín el 7 de enero de 1939, excluyendo sólo ese proveído porque de allí en adelante fue donde se incurrió en las anomalías constitutivas del vicio declarado, es de rigor legal y consecuencia inevitable dar cumplimiento a la última parte del artículo 105 del C. P. por extinción de la responsabilidad del acusado, pues su delincuencia no sería punible con pena corporal que excediera de cinco años y hace más de ese término que se perpetró sin que el enjuiciamiento, pasando a la categoría de providencia ejecutoriada, lo interrumpiera".

La anterior providencia vino a la Corte por vía de consulta, y esta Corporación, en fallo de 7 de octubre de 1947, la revocó y ordenó que el proceso siguiera su curso legal.

En esta ocasión dijo la Corte:

"...Nuevamente debe decir esta Sala que la acción penal no ha prescrito, porque el auto de proceder, dictado el 22 de octubre de 1940 y que puede leerse al folio 46 del Cuaderno principal, le fue notificado personalmente al procesado el 26 de noviembre de 1940, según constancia del folio 57 del mismo cuaderno, y al defensor le fue notificado el auto confirmatorio del enjuiciamiento dictado por esta Sala, personalmente, según se ve al folio 86, donde escribió lo siguiente:

"En veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, a las diez a. m., notifiqué al señor defensor el auto anterior y los demás de que dicha providencia se refiere. Impuesto firma Luis Javier Velásquez".

"Y ese auto anterior dice:

"Notifíquese al señor defensor del procesado de autos la resolución de la H. Corte Suprema, CONFIRMATORIA DEL ENJUICIAMIENTO y los autos de este Tribunal que le siguen. Notifíquese".

"Realmente es inexplicable el proceder del Tribunal, en abierta rebeldía con esta Sala de la Corte, a la cual contradice sin demostrar que había incurrido en una posible equivocación y llevándose de calle la institución de las instancias.

"La Procuraduría hace un detenido y severo análisis de las actuaciones del Tribunal, y termina diciendo:

"De acuerdo con lo fallado por la H. Corte —que es aquí ley procesal— el auto de enjuiciamiento quedó ejecutoriado tres días hábiles después del 26 de noviembre de 1943, fecha en que le fue notificado al defensor; y a partir de esa fecha, hay que computar los cinco años necesarios para la prescripción, al tenor del artículo 107 del estatuto penal. Es decir, que ese fenómeno extintivo de la acción penal se realiza a fines de noviembre o a principios de diciembre de 1948.

"Con lo cual queda en claro que la providencia consultada por el Tribunal decretando la prescripción, carece de todo fundamento y debe revocarse para que el juicio continúe su curso.

"Ahora bien: como resulta establecido que el Tribunal faltó a la verdad en la narración de los hechos en su auto de 10 de septiembre de 1946 (fs. 12, cuaderno 3º), en cuanto afirmó rotundamente no haberse notificado al defensor el auto de proceder, siendo así que las constancias procesales y la propia providencia de la H. Corte le decían lo contrario, ésta última hasta con cita inconfundible de los folios; que demoró por más de ocho meses el pronunciamiento de un simple auto de sustanciación, como era el de obedecimiento a lo resuelto por la H. Corte (fs. 11 v. del mismo cuaderno); y que rehusó, en definitiva, cumplir lo ordenado por esa entidad (fs. 12 y 13), el Ministerio Público se ve en el penoso caso de solicitarle a la H. Corte que ordene abrir la investigación por esos hechos, que pueden ser constitutivos de falsedad documentaria y de abuso de autoridad..."

De lo anterior se deduce que el cargo por falsedad que se imputa a los Magistrados doctores Arumburo, Barrientos Restrepo y Estrada, se hace consistir en que tales Magistrados, en la providencia de 10 de septiembre de 1946, expresaron un hecho contrario a la verdad, o sea, el referente al no haberse notificado al señor defensor del procesado Valencia Restrepo, el auto de proceder dictado contra éste.

Indagatoriado en las presentes diligencias el doctor Gabriel Aramburo, Magistrado que llevó la ponencia en las providencias de que se ha hablado, explica su actuación así:

"Llamado a responder en juicio el doctor Valencia Restrepo, se le notiifcó la providencia respectiva pero ni él nombró defensor ni se le designó de oficio por el Tribunal. Surtida la apelación que interpusiera el sindicado, la H. Corte avocó su conocimiento, se surtieron allí los trámites legales, se confirmó la providencia de primera instancia, pero tampoco el sindicado fue provisto de defensor o se le designó de oficio. Cuando los autos regresaron a este Tribunal, ordené yo que se notificara la providencia de la Corte y así se hizo. Advierto que con antelación el sindicado doctor Valencia había pedido la nulidad procesal por cuanto, según opinaba él, no se le había provisto de defensor, ni él lo había designado. Después de ejecutados distintos trámites procesales, el doctor Valencia Restrepo resolvió designar un defensor, y al ser notificado éste de algunas providencias, pidió también que se declarara la nulidad del expediente por cuanto su defendido no había tenido oportunidad alguna de defensa por cuanto, como ya está dicho, no tenía apoderado defensor. Quiero advertir, pues, que hasta el auto de notificación del folio 86 del cuaderno principal, el sindicado no había sido provisto del defensor, tal como lo ordena la ley... Lo que quiso decir la Sala no es que no existiera la notificación del folio 86, sino que esa notificación era extemporánea y no alcanzaba a sanear la nulidad que aparecía muy de bulto en el proceso, pues de todos modos ya el sindicado había actuado en una larga etapa procesal sin estar asistido por su defensor".

Las explicaciones dadas por el doctor Aramburo sobre el particular, llevan a la convicción de que no es posible atribuírles a los Magistrados sindicados el delito de falsedad por haber faltado abiertamente a la verdad en una providencia judicial.

Evidentemente no puede negarse que el auto de proceder dictado en primera instancia no fue notificado al defensor del procesado, pues, ni siquiera se había nombrado defensor, y no obstante esta irregularidad procedimental se surtió la segunda instancia ante la Corte. Es verdad que el fallo de la Corte confirmatorio del auto de proceder de primera instancia, vino a notificársele al defensor cuando el negocio volvió al Tribunal de origen, pero esta notificación bien podía considerarse como insuficiente para subsanar el error procedimental consistente en haberse tramitado y fallado la segunda instancia del auto incriminatorio sin haber estado el enjuiciado asistido por un defensor. De ahí que si los Magistrados afirmaron que el auto de proceder no estaba notificado al defensor por carencia de éste, no hayan expresado una falsedad, pues en verdad tal notificación sólo vino a hacerse cuando ya había sido fallada la segunda instancia, y el negocio había vuelto al Tribunal, o sea, la notificación del 26 de noviembre de 1943, hecha al defensor. Notificación que no desconocieron los Magistrados sindicados, sino que la consideraron "extemporánea" y que "no alcanzaba a sanear la nulidad que aparecía muy de bulto en el proceso, pues de todos modos ya el sindicado había actuado en una larga etapa procesal sin estar asistido por su defensor". Esa "etapa procesal" a que aluden los Magistrados queda comprendida del auto de proceder de primera instancia hasta la notificación del auto confirmatorio.

El señor Procurador Delegado al referirse al cargo de falsedad y a las constancias procesales sobre el particular, dice, con todo acierto lo siguiente:

"Pero siendo así que el cargo consiste en que

se afirmó un hecho falso —el de la falta de notificación del enjuiciamiento al defensor— y esa omisión realmente ocurrió en un principio respecto del auto de proceder de primera instancia, irregularidad que fue corregida más tarde, o sea el 26 de noviembre de 1946, síguese entonces que no resulta desprovisto de algún fundamento el aserto del Tribunal, al expresar que "en parte alguna de este proceso consta que se haya notificado al defensor del doctor Valencia Restrepo el auto de proceder' ".

"Más claro: esa falta de notificación se observa a raíz de dictado el enjuiciamiento en primera instancia y en el curso de la segunda, hasta que el proceso regresó al Tribunal de origen y allí se dispuso y cumplió la notificación correspondiente, como consta a folios 1 v., 2, 6 v., 25, 94 v., 95 y 96.

"Y como la falsedad documental consiste en faltar maliciosamente a la verdad, ya tratando de imitarla o de adulterarla, con propósito de formar un juicio falso sobre determinado hecho, estas características del ilícito no resultan bien nítidas en el caso cuestionado, porque, en definitiva, lo dicho por el Tribunal alguna verdad contiene, conforme a las actuaciones procesales".

De todo lo anterior se deduce que el delito de falsedad en documentos públicos no tiene existencia jurídica y, por lo tanto, se deberá dictar sobreseimiento definitivo en favor de los sindicados, por tal delito.

Segundo cargo.—Demoras en pronunciar un auto de sustanciación.

Ya se dijo que el proceso contra el doctor Antonio Valencia Restrepo fue pasado al Despacho del Magistrado sustanciador, doctor Gabriel Aramburo, con providencia de la Corte de fecha 6 de septiembre de 1945, revocatoria del proveído del Tribunal Superior de Medellín, de 21 de junio de 1944, por el cual dicho Tribunal declaraba prescrita la acción penal en el proceso mencionado, el 1º de octubre de 1945 y sólo el 14 de junio de 1946 se profirió el auto sobre el obedecimiento de lo mandado por el superior. Es decir, que hubo una demora de más de ocho meses en dictarse un auto tan sencillo como el referido.

Interrogado el doctor Aramburo sobre las causas de la demora en proferir el auto de 14 de junio de 1946, siendo así que el negocio había entrado a su Despacho el 1º de octubre de 1945, manifestó que evidentemente hubo una larga e inusitada demora en dictarse dicho auto, pero que ello se debió a lo siguiente:

"La providencia de la Corte revocando la del Tribunal causó mucho revuelo entre los Magistrados y el negocio fue discutido largamente y pasó de mano en mano **a todos los Magistrados de la Sala Penal.** Algún día, más o menos a los quince o veinte días de llegado el expediente de la Corte, fui a buscarlo a la Secretaría y no lo encontré. Tanto el Secretario de la Sala como los empleados y yo mismo buscamos el negocio en todas partes y no lo pudimos encontrar; la búsqueda continuó por mucho tiempo, por muchos meses mejor dicho, hasta que un día apareció en el despacho del doctor Mariano Sanín, si no estoy mal. El doctor Sanín lo había llevado a su despacho con el fin de estudiarlo, **y allí, por olvido, se había quedado mucho tiempo".**

Para averiguar las afirmaciones del doctor Aramburo relativas a las causas de la demora en el pronunciamiento del auto de que se ha hablado, se trajeron a los autos las declaraciones de los Magistrados del Tribunal y de algunos empleados del mismo.

El doctor Mariano Sanín T., declara:

"Sí recuerdo haber tenido a mi estudio, por vía de información doctrinaria, la providencia dictada por la H. Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual revocó el auto aludido —punto a)— en el proceso seguido contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, por el delito de abuso de autoridad. No recuerdo la fecha de esa providencia. **Punto b).** —No recuerdo por cuánto tiempo tuve a mi estudio ese negocio leyendo la providencia de la H. Corte Suprema de Justicia. **Punto c).** —No recuerdo ni tengo conocimiento de que el negocio contra el doctor Valencia Restrepo se haya traspapelado en el despacho a mi cargo. De esto quizá pueda dar razón el escribiente que en esa época trabajaba en mi despacho, señor Martín González..." (Fs. 92 v.).

El doctor Angel Martín Vásquez, actual Magistrado de la Corte, dice:

"Era costumbre en el Tribunal Superior de Medellín que cuando llegara de la Corte algún negocio, los Magistrados, con el fin de informarse sobre las doctrinas y jurisprudencias de tan alta Corporación, estudiasen las providencias respectivas. En tal virtud, y siguiendo tal costumbre, el suscrito puede afirmar que en su calidad de Magistrado de aquel Tribunal, tuvo en sus manos y leyó con el detenimiento debido la providencia a que se refiere la pregunta, y aún hizo de ella el extracto de la doctrina sobre el delito

de abuso de autoridad, por ser dicho proveído talvez la primera providencia de tal carácter y sobre tal infracción que despachara la Corte sobre funcionarios judiciales del Departamento de Antioquia.

"Al punto b)—Dado el tiempo transcurrido sería imposible al suscrito fijar siquiera aproximadamente el tiempo en que tuvo en su poder el proveído de la Corte para estudiarlo y extractar su jurisprudencia. Pero dada la circunstancia de que la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín está compuesta de ocho Magistrados, es apenas natural que la revisión y estudio de la providencia en cuestión haya podido retenerse por algún tiempo en manos de cada uno de los Magistrados. Es claro que esto apenas constituye una mera hipótesis; mas es posible formularla, por cuanto el suscrito no puede menos de afirmar, por el conocimiento personal que tuvo durante los cuatro años que con lujo de competencia desempeñara el Dr. Gabriel Aramburo el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, que su despacho estaba siempre al orden del día. Siendo ello así, alguna causa extraña al mismo Magistrado ponente en el negocio seguido contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, no imputable al sustanciador, debió influir para que se demorara la decisión del caso". (Fs. 142 v.).

El señor José Almazán, Secretario del Tribunal, dice:

"Es muy cierto que cuando regresan los negocios de la Corte, en apelación, en casación o en consulta, los Magistrados, aún los que no pertenecen a la Sala que falló el negocio, se llevan a sus despachos los autos con el fin de estudiar las providencias y las doctrinas en ellos contenidas, dándose casos en que esos expedientes permanecen durante mucho tiempo en manos de los Magistrados sin volver a la Secretaría. Al punto d) contestó: Es cierto que el sumario que se adelanta en el Tribunal de Medellín contra el doctor Antonio Valencia Restrepo por el delito de abuso de autoridad, que cuando llegó de la H. Corte por última vez con una providencia en que se revocaba una prescripción y una nulidad, la providencia de la H. Corte fue muy discutida por todos los Magistrados y algunos de ellos se llevaron el expediente a sus Despachos, con el fin de estudiarlos. Al punto e) contestó: Es cierto que el sumario contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, a que me refiero, se quedó por un olvido, en la mesa de uno de los señores Magistrados por varios meses, motivo por el cual no pudo sustanciarlo el doctor Aramburo porque ni estaba en su despacho ni en la Secretaría. Al punto f), contestó: El expediente se encontró en la oficina del doctor Mariano Sanín, pues el suscrito Secretario lo buscó al iniciarse una de las visitas reglamentarias y lo encontró en la mesa dicha. No estaba, pues, en poder del doctor Aramburo ni en la Secretaría sino en la mesa del Magistrado citado, el cual por olvido muy explicable lo había dejado allá". (Fs. 36 v.).

Martín González, Auxiliar del Magistrado doctor Sanín, declara:

"Efectivamente, yo era el auxiliar del Magistrado doctor Mariano Sanín en la época comprendida entre el primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco al catorce de junio de mil novecientos cuarenta y seis, y puedo afirmar que en ese transcurso no estuvo el proceso contra el doctor Antonio Valencia Restrepo en la oficina del doctor Mariano Sanín, sino por breves días. Esta afirmación la hago porque el despacho del Magistrado doctor Sanín se mantenía a la orden del día y mal pudiera yo como su auxiliar mirar con indiferencia un proceso extraño, durante ocho meses, en el cual no había actuación del Magistrado Sanín que justificara la demora, y que la pudiera permitir el mismo Magistrado. (**Nota del Juzgado:** El testigo ha tenido a la vista en el curso de esta declaración, el expediente contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, facilitado por la Secretaría del H. Tribunal para mejor recordación del testigo). **Preguntado:** ¿Por qué el declarante señor José Almazán C., dice que al buscar el expediente en referencia lo halló en una de las cómodas de la oficina del Magistrado doctor Sanín? ¿A usted le consta ser cierto lo declarado en ese punto por el testigo Almazán C.? **Contestó:** A pesar de la indiscutible probidad del señor Almazán, me atrevo a dudar de su feliz memoria, para hacer una afirmación tan rotunda con relación a determinado tiempo. Y es más curioso este hecho porque si él como Secretario puso el negocio al despacho, el primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, del Magistrado Ponente, doctor Gabriel Aramburo, ¿cómo se explica que en el transcurso de ocho meses sólo lo hubiera encontrado en una cómoda de la oficina del doctor Sanín, cuando todos los días el Secretario generalmente visita las piezas de los Magistrados? **Preguntado:** Diga usted si fue verdad que el expediente en cuestión estuvo en la oficina o despacho del doctor Mariano Sanín T. para estudiar la providencia de la H. Corte Suprema de

Justicia, a modo de estudio o información doctrinaria y no porque a él le correspondiera emitir algún concepto, y quién llevó el expediente a dicho despacho? **Contestó:** No puedo hacer una afirmación rotunda en este sentido, porque el expediente contra el señor Valencia Restrepo no revestía un interés tan notable que hiciera grabar en mi memoria un hecho por demás accidental; pudo suceder que yo lo llevara a la oficina del doctor Sanín por recomendación de éste para conocer la providencia de la H. Corte, providencia que no despierta mayor novedad en relación a doctrina. Pero si lo llevé, ni el doctor Sanín ni el declarante tenían el más mínimo interés en que el expediente permaneciera por el término de ocho meses para estudiar o leer una providencia corta. **Preguntado:** ¿Usted admite la posibilidad de que el doctor Mariano Sanín le hubiera entregado a usted el expediente para llevarlo a la Secretaría y que usted por olvido no lo hiciera, como lo presume el declarante José Almazán? **Contestó:** No admito la posibilidad por la sencilla razón de que yo vivía sin recargo de expedientes y no podía mirar con indiferencia que sin interés de ningún género y por simple capricho retuviera un expediente durante ocho meses, conociendo la responsabilidad de una demora. Tampoco niego que el doctor Sanín me hubiera entregado el expediente para llevarlo a su destino. y que coincidiera con los últimos días en que el señor Secretario dice haberlo hallado para llevarlo a su despacho. Esto como una simple probabilidad porque con el transcurso del tiempo mal puede uno hacer afirmaciones rotundas con relación a hechos en los cuales no ha intervenido en forma personal y directa de modo que se me hubiera podido grabar en la memoria. **Preguntado:** ¿Diga usted, si le consta, si durante la época en que usted fue auxiliar del doctor Mariano Sanín en su despacho de Magistrado, pudo usted darse cuenta de que fuera costumbre entre los Magistrados cuando venían negocios de la Corte interesarse cada uno por conocer las providencias de esa Corporación a modo de información doctrinaria e ilustración, pidiéndolos al efecto en la Secretaría y llevándolos a sus oficinas o despachos con tal fin? **Contestó:** Es verdad lo que se me pregunta, pues sí era costumbre de los señores Magistrados llevarse en turno el respectivo expediente para tomar notas con relación a las diversas tesis de la H. Corte, de donde deduzco que en ese trajín pudo operarse la demora de ocho meses que se observa en el expediente, y que al final de su recorrido haya sido hallado de nuevo en la pieza del último Magistrado que bien hubiera podido ser el doctor Sanín". (Fs. 105 v. y 106).

El señor Francisco Luján, Escribiente del Magistrado doctor Aramburo, manifiesta que el negocio se "traspapeló y se produjo la demora por tal motivo".

Juan Tobón, empleado del Tribunal, dice:

"Es muy cierto que cuando los asuntos que suben en apelación, casación o en consulta a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia y cuando regresan al Tribunal de Medellín, los Magistrados, aún los que no pertenecen a la Sala que falló el negocio, se llevan a sus despachos con el fin de estudiar las providencias y las doctrinas en ellas contenidas, dándose casos en que esos expedientes permanecen mucho tiempo en manos de los Magistrados, sin volver a la Secretaría". (Fs. 37).

José Sierra, empleado del Tribunal, declara:

—"Sí es verdad y en términos generales que cuando los negocios suben en apelación, casación o consulta a la Corte Suprema de Justicia y regresan al Tribunal de Medellín, son puestos al Despacho por el Secretario, negocios que van a la sala del ponente y en algunas ocasiones, Magistrados distintos a la Sala, llevan a sus despachos, dichos negocios para enterarse de las doctrinas de la Corte, dando lugar así a que algunos negocios se demoren en poder de dichos magistrados". (Fs. 38).

De todas las anteriores pruebas se llega a la conclusión de que el Magistrado doctor Aramburo no ha tratado de engañar a la justicia con sus explicaciones referentes a las causas de la demora en pronunciar el auto de 21 de junio de 1944, en el proceso contra el doctor Valencia Restrepo. Se encuentra acreditado, con las declaraciones de los Magistrados y empleados del Tribunal, que en lo pertinente se han dejado transcritas, que era costumbre en el Tribunal Superior de Medellín que cuando llegaba de la Corte algún negocio los Magistrados lo tomaban con el fin de estudiar las doctrinas y jurisprudencia de esta Corporación. Siguiendo esta costumbre es evidente que el proceso contra el doctor Valencia Restrepo, una vez que hubo regresado de la Corte al Tribunal, revocando una providencia que éste había dictado, estuvo al menos en los despachos de los doctores Mariano Sanín T. y Angel Martín Vásquez, pues, uno y otro afirman que dicho proceso estuvo en sus Despachos por algún tiempo, sin poder precisar la cantidad de tiempo en que retuvieron el negocio. Acreditado

aparece también que el negocio apareció en la oficina del doctor Sanín, pues allí fue encontrado por el Secretario del Tribunal cuando se iniciaba una de las visitas reglamentarias. De tal suerte que dos de los Magistrados afirman que el negocio permaneció por algún tiempo en sus respectivos Despachos, y si la estadía del proceso en tales Despachos era con el fin de estudiar las doctrinas que la Corte hubiera sentado en un fallo que revocaba el que había sido pronunciado por el Tribunal, es de suponer que tal estudio no podía ser tan ligero y sutil, sino esencial y a fondo, cuestión que naturalmente exigía un tiempo más o menos considerable. Y si a esto se agrega el recargo de trabajo de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Medellín, es obvio pensar que el proceso sufrió una demora apreciable en los Despachos de los Magistrados, sin que le fuera dado al Magistrado Aramburo pronunciar el auto que debía ordenar el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte, pues el proceso se refundió en alguno de los Despachos de los Magistrados, sin que fuera dado su rápido encuentro no obstante la búsqueda practicada por el propio doctor Aramburo y por algunos empleados del Tribunal. Es evidente que la prueba sobre las causas esenciales de la morosidad en el pronunciamiento del auto de que se ha hablado, es deficiente, hasta el punto de que no es posible precisar la responsabilidad en determinada persona, y sería aventurado deducírsela al doctor Aramburo sin aparecer la prueba de que ella se debió a culpa o dolo de su parte, pues, la conducta del Magistrado Aramburo, como la de sus compañeros en el Tribunal, ha sido irreprochable, habiéndose distinguido por su consagración a las arduas tareas de la judicatura en donde ha sido considerado como juzgador recto y ecuánime.

No es suficiente que se demusetre demora en el despacho de un negocio judicial, sino que es necesario que se acredite negligencia por parte del procesado en el cumplimiento de sus deberes. El Magistrado doctor Aramburo, siempre se ha distinguido por su laboriosidad en el desempeño de sus funciones, como lo demuestra el hecho de que su Despacho ha estado siempre al día. Si en el caso a estudio hubo en realidad una demora en el pronunciamiento de un auto de sustanciación dentro del proceso contra el doctor Valencia Restrepo, dicha demora aparece como consecuencia de haberse refundido el proceso en los Despachos de los Magistrados que lo tomaron para estudiar con detención una providencia de la Corte, sin que tal hecho pueda generar al doctor Aramburo responsabilidad penal por negligencia en las labores que le estaban atribuídas, ni mucho menos por dolo o mala fe en el hecho que se le imputa.

Lo anterior indica que, con respecto al cargo estudiado, debe sobreseerse definitivamente en favor del Magistrado sindicado.

Tercer cargo. — Haber rehusado cumplir una providencia de la Corte.

Ha quedado establecido que la Corte en providencia de 6 de septiembre de 1945, revocó el fallo de 21 de junio de 1944, por el cual el Tribunal Superior de Medellín declaró prescrita la acción penal que se adelantaba contra el doctor Valencia Restrepo, fundándose — la Corte — en que la prescripción no se había operado, porque el auto de proceder dictado contra el aludido funcionario, había quedado ejecutoriado tres días después del 26 de noviembre de 1943, fecha en que se había notificado al señor defensor; y que como el auto de proceder interrumpe la prescripción, no habiéndose cumplido el tiempo requerido por la ley para la estructuración de ese fenómeno jurídico, por efecto del auto de proceder, era el caso de revocar —como en efecto revocó— el auto de prescripción consultado y ordenar que el proceso siguiera su curso legal.

No obstante lo resuelto por la Corte, el Tribunal, en providencia de 10 de septiembre de 1946, declaró la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder, exclusive, en adelante, basándose en que no se había notificado al señor defensor del procesado el auto de proceder de primera instancia, y ordenó reponer las actuaciones procesales. Y con fecha 11 de octubre de 1946, el mismo Tribunal, volvió a decretar la prescripción de la acción penal, basándose en la nulidad que ya había sido decretada.

Estas actuaciones de los señores Magistrados, doctores Gabriel Aramburo, Samuel Barrientos Restrepo y Ricardo Estrada, quienes firmaron las providencias citadas, dieron fundamento para considerar su conducta en "abierta rebeldía" con lo resuelto por la Corte y, en consecuencia, como posiblemente responsables de haber rehusado la ejecución de un acto a que legalmente estaban obligados.

Los señores Magistrados explican su actuación así:

El doctor Aramburo dice:

"Surtida la apelación que interpusiera el sin-

dicado, la H. Corte avocó su conocimiento, se surtieron allí los trámites legales, se confirmó la providencia de primera instancia, pero tampoco el sindicado fue provisto de defensor o se le designó de oficio. Cuando los autos regresaron a este Tribunal, ordené yo que se notificara la providencia de la Corte y así se hizo. Advierto que con antelación el sindicado doctor Valencia había pedido la nulidad procesal por cuanto, según opinaba él, no se le había provisto de defensor, ni él lo había designado. Después de ejecutados distintos trámites procesales, el doctor Valencia Restrepo resolvió designar un defensor, y al ser notificado éste de algunas providencias, pidió también que se declarara la nulidad del expediente por cuanto su defendido no había tenido oportunidad alguna de defensa por cuanto, como ya está dicho, no tenía apoderado defensor. Quiero advertir, pues, que hasta el auto de notificación del folio 86 del cuaderno principal, el sindicado nó había sido provisto de defensor, tal como lo ordena la ley. En vista de esta anomalía, presenté a la Sala un proyecto declarando la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder, exclusive, en adelante. Esa tesis se sustentaba en los principios legales que establecen los artículos 178, 190 y 200 del C. de P. P. La Sala estudió con todo detenimiento la declaratoria de nulidad a que me estoy refiriendo, y creyó ver muy claro que esa tesis era correcta. Por lo menos el Tribunal de Medellín, siempre ha sostenido que existe nulidad en los procesos penales cuando el sindicado no ha sido provisto de defensor. Esa tesis se sostiene con mucha claridad en el auto del que se hace derivar el delito que se investiga ahora, de tal manera que los argumentos legales en favor de nuestra tesis están allí expuestos. Lo que quiso decir la Sala no es que no existiera la notificación del folio 86, sino que esa notificación era extemporánea y no alcanzaba a sanear la nulidad que aparecía muy de bulto en el proceso, pues de todos modos ya el sindicado había actuado en una larga etapa procesal sin estar asistido por su defensor, y el sindicado hasta ese momento no había ratificado la nulidad. Quiero también advertir que cuando extemporáneamente el doctor Valencia Restrepo designó su defensor, éste no saneó o ratificó lo actuado anteriormente, sino que por el contrario, pidió que se declarara la nulidad de lo actuado dentro del tercer día posterior a la notificación. El suscrito Magistrado antes de presentar su proyecto a la Sala conversó el caso con algunos colegas del Tribunal y algunos Fiscales del mismo y todos estuvieron de acuerdo en que se veía con toda claridad la existencia objetiva de la nulidad que el Tribunal declaró posteriormente. El problema, pues, fue muy meditado y la Sala tenía la más firme convicción de no haberse equivocado. En todo caso, nosotros no tuvimos la más remota intención de cometer un delito, pero ni siquiera una incorrección... **Preguntado:** —Sírvase decir por qué motivo el H. Tribunal de Medellín rehusó en este caso obedecer lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en el sentido de llevar adelante el juicio contra el doctor Valencia Restrepo? **Contestó:** —El Tribunal, o el suscrito en particular no tuvo nunca la intención de rehusar obedecer la orden de la H. Corte Suprema de Justicia. Pero como en el curso del proceso observó la Sala la existencia de una causal de nulidad que para ella era clara, y como no era posible continuar el procedimiento con la vigencia de esa nulidad, se vio obligada la Sala a declarar la nulidad. Las nulidades en los procesos penales se declaran de oficio o a petición de parte. Aquí había petición de parte en ese sentido y, por lo demás, aunque no la hubiera, era obligación de la Sala decretarla en caso de colegir su existencia. Queríamos que el procedimiento marchara correctamente y esa fue nuestra intención".

El doctor Barrientos Restrepo expone:

"El hecho a que se refiere la H. Corte, en su solicitud de investigación, es el siguiente: La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, de la cual era Magistrado Ponente el doctor Gabriel Aramburo, se reunía una vez a la semana, y en ella formábamos el doctor Ricardo Estrada y el interrogado. En las reuniones el doctor Aramburo presentaba sus proyectos para la revisión y daba explicaciones sobre ellos. Aunque en estas Salas se suele dar fe a la narración de hechos que presenta el ponente, he acostumbrado, al revisar cada negocio, tomar el expediente respectivo y examinarlo mientras el ponente lo explica. Así lo hice cuando el doctor Aramburo presentó un proyecto de auto en el cual declaraba una nulidad en el proceso seguido contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, por delito de los abusos de autoridad y otras infracciones. La causal de nulidad consistía en la falta de notificación del auto de proceder dictado por el Tribunal al defensor de Valencia Restrepo. Ello fue así: Dictado el auto de proceder contra Valencia R., el Tribunal envió exhorto al señor Juez Penal del Circuito de Jericó, lugar de residencia del procesado, para que notificase en debida forma dicho auto. El comisiona-

do hizo la notificación, pero olvidó lo dispuesto en el artículo 432 del C. de P. P., esto es, no recordó a Valencia el derecho a nombrar defensor que lo asistiera en el juicio. El procesado interpuso recurso de apelación. El negocio fue devuelto al Tribunal, y aquí no se nombró defensor de oficio. De esta suerte el auto de proceder dictado por el Tribunal contra Valencia Restrepo no fue notificado al defensor, por la razón potísima de que no existía defensor. La Corte revisó ese auto, sin caer en la cuenta de que el procesado no había tenido defensor y que, por tanto, tal auto no había sido notificado en debida forma. Al regresar de la Corte, el Magistrado Ponente, ordenó notificar el auto confirmatorio del de primera instancia y los dictados con posterioridad a aquél. Al ser notificado el defensor de esta última resolución, pidió que se declarase la nulidad de lo actuado por falta de notificación del auto de proceder dictado por el Tribunal al defensor del doctor Valencia Restrepo.

Después de algunos incidentes, el Magistrado doctor Aramburo, dictó el auto en que se declaraba la nulidad solicitada, para que se cumplieran las formas propias del juicio. Con ello se daba cumplimiento a las siguientes normas de procedimiento: artículo 170, que ordena la notificación personal al procesado y a su defensor del auto de proceder, al artículo 198 que establece nulidad cuando el auto de proceder no se notificare en debida forma, al artículo 200 que ordena al Juez declarar las nulidades que encontrare en el proceso. Por tanto, el auto de diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, obra del Tribunal Superior de Medellín, y en el cual fue ponente el doctor Gabriel Aramburo, es fiel expresión de la verdad: el auto de proceder dictado por el Tribunal contra Valencia Restrepo no fue notificado al defensor de éste, pues no lo tenía, y la Corte lo revisó sin tomar nota de esta informalidad. A fs. 86 le notificaron al doctor Luis Javier Velásquez el auto dictado por la Corte y otros posteriores a éste. Velásquez no validó lo actuado informalmente y por el contrario pidió nulidad de ello.... **Preguntado:** —Sírvase decir por qué motivo el H. Tribunal no cumplió lo dispuesto por la H. Corte en sus autos en que revocó el auto en que se declaró la prescripción de la acción penal y ordenó la continuación del juicio? **Contestó:** —El Tribunal ordenó que se cumpliera lo dispuesto por la H. Corte en el auto referido. Pero, posteriormente, al encontrar que en el proceso se habían pretermitido formalidades legales, se vio en la obligación legal de declarar la existencia de esas informalidades. No se trató de desobedecer a la Corte, sino de dar cumplimiento a la ley, cuyos textos cité atrás". (Fs. 27).

El doctor Estrada manifiesta:

"....**Preguntado:** —Sírvase decir si recuerda qué actuación tuvo en el proceso seguido contra el doctor Antonio Valencia Restrepo por intervención en política, en el año de mil novecientos cuarenta y seis? **Contestó:** —Yo no recuerdo nada debido al tiempo, a mi edad y a la cantidad de negocios que tuve en mi despacho. **Preguntado:** —Sírvase decir si recuerda haber firmado como Magistrado de la Sala Penal del H. Tribunal de Medellín, el auto de diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, que declaró una nulidad desde el auto de proceder exclusive, en el proceso que se sigue contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, cuya copia se le pone de presente? **Contestó:** —Indudablemente, porque veo una copia legalizada y así me lo han informado los Magistrados que componían la Sala, pero yo no recuerdo nada al respecto". (Fs. 31 v.).

Las razones expuestas por los Magistrados que suscribieron la providencia de nulidad, y por segunda vez decretaron la prescripción de la acción penal, en el proceso seguido contra el doctor Valencia Restrepo, no pueden desatenderse para considerarlos como autores de un delito de abuso de autoridad.

No puede negarse que el auto de proceder dictado en primera instancia contra el doctor Valencia Restrepo, no fue notificado al defensor del procesado, y no obstante esta anomalía, se surtió la segunda instancia ante la Corte. De tal suerte que bien pudieron pensar los Magistrados sindicados que la Corte conoció, por apelación, del auto incriminatorio cuando aún no tenía jurisdicción para ello, por no estar notificado en debida forma el auto de proceder apelado. El artículo 170 del Código de Procedimiento Penal dispone que el auto de proceder será notificado al procesado y a su defensor; y dispone el artículo 432 ibídem que al notificarse el auto de proceder al procesado, se le hará saber el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio; si no lo nombra, lo designará el Juez.

En el caso de autos, como ya se ha repetido varias veces, al notificársele al procesado Valencia Restrepo el auto de proceder de primera instancia, no se le hizo saber el derecho que tenía de nombrar un defensor que lo representase en

el juicio, ni el Tribunal se lo nombró de oficio. De tal suerte que se pretermitieron las disposiciones procedimentales contenidas en los artículos 170 y 432 del Código Procesal Penal, y en tales circunstancias se tramitó y resolvió la segunda instancia ante la Corte, quien confirmó el auto de proceder dictado por el Tribunal.

Consideraron los Magistrados, doctores Aramburo, Barrientos Restrepo y Estrada, que no habiéndose ejecutoriado el auto de proceder —por su falta de notificación al defensor— y habiendo transcurrido el tiempo que la ley requiere para que se cumpla el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, así lo decretaron en fallo de 21 de junio de 1944, que fue revocado por la Corte, por considerar ésta que sí se hallaba ejecutoriado el auto de proceder, pues, el de segunda instancia había sido notificado legalmente al defensor, el día 26 de noviembre de 1943, y que, como el auto de proceder interrumpe la prescripción, no era el caso de declarar ésta, por lo tanto, la revocó y ordenó que el proceso siguiera su curso legal.

Posteriormente, los Magistrados sindicados, a petición del defensor, decretaron la nulidad de lo actuado, desde el auto de proceder, exclusive, fundándose, como ya se ha dicho, en que no se había notificado al defensor el auto de proceder de primera instancia. Declarada la nulidad, los mismos Magistrados decretaron por segunda vez la prescripción de la acción penal y ordenaron la cesación del procedimiento contra el procesado.

En realidad de verdad a los Magistrados doctores Aramburo, Barrientos Restrepo y Estrada, firmantes de las providencias atrás mencionadas, se les presentó un conflicto entre lo resuelto por la Corte —en lo relativo a la ejecutoria del auto de proceder— y las disposiciones legales contenidas en los artículos 170 y 432 del Código Procesal Penal, en concordancia con los artículos 198 y 200 del mismo estatuto. Ese conflicto fue motivo de detenido estudio por parte de los Magistrados, quienes consultaron con otros de sus colegas y con los Fiscales del mismo Tribunal, llegando a la conclusión de que la notificación que al defensor se hizo del auto de proceder — de segunda instancia — con fecha 26 de noviembre de 1943, no alcanzaba a subsanar la nulidad consistente en que se hubiera tramitado y fallado la segunda instancia del auto incriminatorio sin haber estado el procesado representado por un defensor, quien nombrado posteriormente, no validó lo actuado informalmente y por el contrario, pidió la nulidad de ello.

Si los Magistrados rehusaron —en el fondo— cumplir con lo dispuesto por la Corte en lo referente a que debía proseguirse el proceso, no puede afirmarse que ellos lo hicieran con dolo o mala fe, por contrariar arbitrariamente una decisión del superior, sino porque estimaron que ante las disposiciones legales a que ellos se refieren en sus indagatorias, no era posible proseguir el juicio que —según ellos— estaba afectado de nulidad que debían declarar para salvaguardiar los intereses del procesado que tiene derecho a que se le juzgue mediante el lleno de las formalidades propias del juicio. Obraron convencidos de que cumplían con un mandato de la ley, es decir, con el deseo de acatarla. Pudieron equivocarse en sus apreciaciones, como suelen incurrir los funcionarios judiciales ante lo complejo y delicado de sus funciones, pero un error de buena fe no puede ser imputado a dolo, pues, si así fuera, cualquiera equivocación por parte de ellos podría conducirlos a responder penalmente. Los antecedentes personales de cada uno de los Magistrados sindicados en estas diligencias, su constante labor en la judicatura, su celo por la buena administración de justicia, su preparación intelectual y su ética moral, no dan asidero para considerar que deliberada e intencionalmente cometieron un acto de "rebeldía" contra la Corte, rehusando el cumplimiento de su mandato.

El delito previsto por el artículo 172 del Código Penal implica su realización intencional o dolosa. En el proceso no hay prueba para afirmar la existencia del dolo por parte de los Magistrados acusados al pronunciar éstos las providencias de que tanto se ha hablado. Las explicaciones dadas en sus instructivas no aparecen contradichas en forma alguna y son absolutamente verosímiles. Del examen que se ha hecho de lo acontecido se llega a la conclusión de la ninguna responsabilidad penal de los sindicados, en este otro aspecto de la investigación.

Por todo 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, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor de los doctores Gabriel Aramburo, Samuel Barrientos Restrepo y Ricardo Estrada por todos los cargos que se les imputan en estas diligencias, en su carácter de Magistrados del Tribunal Superior de Medellín, y por los cuales fueron indagatoriados.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Francisco Bruno (con salvamento de voto), **Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada** (con salvamento de voto)—**Remigio González Gooding** (Conjuez) — **Domingo Sarasty M. Julio E. Argüello R.**, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HH. MAGISTRADOS DOCTORES FRANCISCO BRUNO Y AGUSTIN GOMEZ PRADA

Con temor de equivocarnos en nuestras apreciaciones y con el mayor respeto por la opinión de nuestros compañeros de Sala, salvamos nuestro voto en la anterior decisión.

Punto de doctrina.—Sirvió de base a este proceso un punto de doctrina, que puede consignarse así: constituye nulidad el hecho de no haber notificado personalmente al defensor del procesado el auto de proceder de primera instancia. Tesis discutible, por lo menos. La ley manda notificar personalmente el enjuiciamiento al procesado y a su defensor (artículo 170 del C. de P. P.). Con qué fin, fácil es deducirlo: con el de que puedan interponer los recursos que la misma ley señala. Interpuesta apelación aquí por el procesado y revisada la providencia por el superior, puede decirse que haya una nulidad por no haber podido interponer también el defensor la apelación, si de todos modos se concedió y el citado recurso surtió todos sus efectos de revisión por el superior?

Otra cosa hubiera sido que contra el enjuiciamiento no se hubiera interpuesto recurso alguno y, al notificarle al defensor nombrado posteriormente dicha providencia, hubiera pedido la nulidad de lo actuado y hubiera interpuesto algún recurso contra ella.

Tanto es así, que el ordinal 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento establece que la falta de la debida notificación del auto de proceder desaparece como causal de nulidad, "si habiendo comparecido el reo en juicio" no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal. Conocido por "el reo" el auto de proceder, revisado ese auto por el superior en segunda instancia y notificado a su defensor entonces, puede afirmarse que no tuvo conocimiento oportuno de los cargos que el Estado le hizo, para que su defensor pueda interponer nuevamente contra el proveído de primera instancia los recurso legales? Parece que la tesis contraria, que da por aceptada el fallo implícitamente, exagera los textos legales, pues las conclusiones a las pregúntas que dejamos planteadas no se nos hacen aceptables, deducidas en forma positiva.

La demora.—No nos parecen suficientes las explicaciones dadas sobre la demora sufrida en el proceso, desde el 1º de octubre de 1945 hasta el 14 de junio de 1946, durante más de ocho meses.

Se dice que la providencia de la Corte que no fue obedecida prontamente "causó mucho revuelo entre los Magistrados" y que había pasado por las manos de todos los de la Sala Penal del Tribunal.

Pero sólo dos de los magistrados del Tribunal afirmaron haber tenido a su estudio el expediente, los magistrados Vásquez y Sanín.

Se asegura que el proceso fue hallado en la oficina del señor magistrado Sanín, pero éste dice que no tenía conocimiento "de que el negocio contra el doctor Valencia Restrepo se haya traspapelado en el despacho a mi cargo"; y su escribiente asegura que al señor Secretario de la Sala Penal del Tribunal pudo haberlo engañado su memoria sobre el hallazgo del expediente en el despacho del magistrado.

"Como se ve —dice la Procuraduría— no se logró establecer, en forma satisfactoria, la excusa que dio el doctor Aramburo sobre la "traspapelada" del negocio en la oficina del doctor Mariano Sanín". Tanto más cuanto que, según lo establece el artículo 154 del Código de Procedimiento hubiera debido ordenarse reponer el proceso "pasados diez días" de su desaparición.

La negativa a ordenar que el proceso siguiera su curso, como lo ordenó la Corte, tampoco tiene explicación suficiente en el proceso. En el particular sólo transcribimos algunos apartes de la vista del señor Procurador, que dicen así:

"Quedó visto también, en el punto primero de esta vista —referente a la falsedad— que la Corte Suprema de Justicia, en su auto de seis de septiembre de 1945, dejó sentado, sin lugar a dudas, que el enjuiciamiento proferido contra el doctor Valencia Restrepo fue notificado a su de-

fensor el 26 de noviembre de 1943 y que esa providencia quedó ejecutoriada tres días después de esta última fecha, por lo cual revocó la orden del Tribunal sobre prescripción de la acción penal y dispuso que el proceso siguiera su curso. (Fs. 1).

"Fuera de esto, ya el propio Tribunal había negado la nulidad solicitada por el doctor Valencia Restrepo, basándose esa entidad en que no había habido merma del derecho de defensa, como lo alegaba el peticionario. (Fs. 96).

"Tanto esta decisión como la de la H. Corte antes mencionada, se hallan en firme por virtud de su ejecutoria.

"Sin embargo, desoyendo lo allí resuelto por el mismo Tribunal y por su superior jerárquico —la H. Corte— se decretó la nulidad del proceso y luego, por segunda vez, la prescripción de la acción penal, puntos éstos que ya eran invulnerables procesalmente y que debían respetarse.

"Al Tribunal sólo le correspondía seguir la tramitación del proceso, como se lo ordenó la H. Corte. Pero lo que hizo fue precisamente lo contrario, o sea, anular la providencia de ésta y luego cortar todo procedimiento por virtud de una prescripción inadmisible". (Fs. 159 y 160).

Aquí entra en juego, como se ve, el punto doctrinal expuesto al principio de nuestro salvamento, ampliamente explicado por el señor Procurador y acogido por el propio Tribunal al negarse a declarar la nulidad cuando por primera vez la invocó el procesado por no habérsele notificado a su defensor el auto de enjuiciamiento de primera instancia.

En esta forma, por demás breve y sumaria, dejamos consignados nuestros puntos de vista sobre el mérito del presente informativo, que a lo sumo se prestaba para un sobreseimiento temporal.

Bogotá, febrero de 1950.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada

DELITO DE DETENCION ARBITRARIA. — NO LO COMETE EL FUNCIONARIO PUBLICO QUE ACTUANDO COMO SIMPLE PARTICULAR ORDENA DETENER A QUIEN LO HA INJURIADO

1. — Verdad es que entre las funciones propias de los jueces y magistrados están las genéricas de hacerse obedecer, de obligar al cumplimiento de sus órdenes, pues, de no ser así, su labor sería totalmente írrita, y, además, la de hacerse respetar, no por aparato de vanidad, sino porque la jerarquía y la misión propias de los empleados y funcionarios hacen necesario que se les preste el obsequio o miramiento que ellas requieren.

Mas, tal consideración hace pensar también, como fácil es deducirlo, que esa obediencia y el dicho respeto no lo pueden exigir sino en el ejercicio de sus funciones, esto es, cuando estén obrando oficialmente, ya que las mentadas facultades son inherentes al cargo público, y no propiamente a la persona del funcionario. O mejor, las ejercita la persona, pero por razón del cargo que ocupa. Luego, si el empleado o funcionario no está cumpliendo ninguna actividad propia de su calidad oficial o si no es ella (la calidad oficial) la razón para que proceda, o de que contra él se proceda, se tratará de una actividad particular, que no es una actividad oficial.

....

No siendo su investidura el motivo de los ultrajes o no estando en la práctica de ninguno de los menesteres del cargo, no pueden los funcionarios invocar su condición de tales para exigir acatamiento, ni mucho menos, para imponer sanciones de ninguna especie, pues si algún irrespeto se les irroga, el agravio recae sobre la persona particular, pero no sobre el agente de la República.

2.—No comete delito de detención arbitraria el funcionario que detiene u ordena detener una persona que lo ha injuriado, si esa detención la lleva a cabo u ordena en momentos en que actúa como simple particular y el motivo de los ultrajes no ha sido su investidura oficial, pues para que haya detención arbitraria es menester que el funcionario o empleado público prive de la libertad personal a una persona, "abusando de sus funciones"; y no abusa de éstas quien no las está ejerciendo cuando comete el delito (artículo 295, C. P.). El hecho supone que el funcionario o empleado público esté obrando dentro del radio de su legítima competencia, pero que la extralimita en perjuicio de la libertad individual.

En estos casos sólo podrá haber lugar al delito de secuestro, que es la detención injusta de una persona cometida por un particular (artículo 294).

3.—La mera invocación de su calidad de funcionario público que haga uno de éstos para obtener el encierro carcelario de una persona, no tiene la virtualidad de constituír el ejercicio de una función pública, con exceso de ésta, si por lo demás ese funcionario no estaba en ese momento ejerciendo sus funciones públicas.

NOTA—Por contener estas dos providencias doctrina muy importante, se publican, aunque sin nombres propios para obviar la circunstancia de pertenecer ellas a un sumario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El señor Procurador pide que, antes de entrar a calificar las presentes diligencias, la Sala decida si es o no competente para conocer del negocio.

Esta solicitud no está consagrada en el procedimiento y rompe la armonía de las actuaciones. Lo indicado hubiera sido que el señor Procurador hubiera emitido su concepto, pero la Sala decide el punto para no interferir la decisión del negocio.

Como el mismo jefe del ministerio público lo anota, la Corte sólo tiene competencia para decidir de las causas de responsabilidad contra los magistrados de los tribunales "por motivos de responsabilidad" (ordinal 6º del artículo 46 del C. de P. P.), esto es, por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones.

En el caso presente se trata de que el magistrado del Tribunal de X., doctor N. N., estando en una cantina de la misma ciudad y, habiendo sido ultrajado por una mujer, de nombre Z. Z., la hizo conducir a la cárcel de mujeres y ordenó verbalmente que la mantuvieran detenida, y allí estuvo, en virtud de esa orden, por algunas horas.

Es preciso resolver, pues, si el doctor N. N., al ordenar la detención de la dicha mujer, lo hizo como un acto propio de sus funcionse de magistrado y con extralimitación o abuso de ellas, o si procedió en ese acto como simple particular, pero agravada su conducta con la circunstancia accesoria referente a su investidura oficial.

El propio doctor N. N., por cuya solicitud se abrió la investigación, relata que después de haber sido agredido por la mentada mujer en varias veces, la hizo conducir a la cárcel.

Dice así en lo pertinente:

"Un buen rato después llegó un carro que había de "carro de prisiones" con algunos agentes, al cual carro logramos subirla y personalmente y en compañía del empleado de la Permanencia, cuyo nombre y puesto ignoro, le dije a la Policía que echaran camino de la cárcel con el fin de intimidar con esto a la mujer que ya me había golpeado y reiteradamente me había irrespetado **no obstante haberle informado, lo mismo que otras personas, mi calidad de funcionario o de magistrado.**

"Una vez llegados al establecimiento y antes de dejarla encerrada se le insinuó se calmara, cosa que fue inútil, y, en vista de ello y de que continuaba sus ultrajes e irrespetos para con el suscrito, solicité a la Policía que tocara en la cárcel de mujeres, obteniendo que se negaban a abrir. No sé si fue un Policía o el suscrito, quien **anunció mi calidad de magistrado a fin de obtener abrieran para encerrar la tal mujer.** La Directora del establecimiento como insistiera en no dejarla entrar, **le dije que la dejara allí un rato por cuenta del doctor N. N.**...

"...Ordené a la señora Directora de la cárcel de mujeres dejara encerrada por algunas horas la muchacha agresiva, porque **consideré que es al funcionario a quien se irrespeta e inclusive se ultraja por razón o en su calidad de tal a quien compete ordenar la sanción inmediata,** etc."

Un testigo cuenta que, habiendo llegado un vehículo de la Permanencia, el doctor N. N. la hizo conducir a la cárcel, que en ella se anunció como magistrado del Tribunal Superior y que por cuenta de él la dejó detenida en el establecimiento. "En la cantina dijo el doctor —continúa— que el irrespeto de que él había sido víctima por parte de la muchacha daba setenta y dos horas".

La mujer confirma el anterior relato diciendo que el doctor N. N. la hizo llevar a la cárcel de mujeres y que antes, en la casa o cantina le había anunciado que le "iba a meter cuarenta y ocho horas por grosera".

Otro testigo expone que el doctor N. N. le había comunicado "que había llevado a la cárcel a la Z. Z., detenida por setenta y dos horas, diz que por grosera e irrespetuosa".

La directora de la cárcel, dice que el doctor N. N. le había entregado la mujer para "guardarla un rato, que él era el magistrado N. N.... Yo le dije que siendo él magistrado que estaba bien y recibí la muchacha". Y esa exposición la confirma con el certificado que obra al folio 11, y en el informe que se le pidió en la visita de cárcel por el presidente de esta diligencia.

También otros testigos afirman que a la mujer se le hizo saber en la cantina que el doctor N. N. era magistrado y que por esa razón sus ultrajes se dirigían a una autoridad.

Y, en fin, otro individuo declara que el doctor N. N. había hecho llevar a la cárcel a la muchacha "porque un ultraje de esos no me lo soporto yo".

Se deduce de estas pruebas que el doctor N. N. creyó poder hacer uso de la facultad constitucional y legal que tienen los funcionarios públicos de sancionar sin juicio previo a quien los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo (artículo 27 de la Constitución). De todos modos, resulta que la condición de funcionario o empleado público fue elemento esencial en la realización del hecho que se le imputa al acusado, pues sin ella no se hubiera realizado.

Definir de qué clase de ilícito se trata es objeto de la calificación que habrá de hacerse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que es competente para conocer del presente negocio.

En consecuencia, dése cumplimiento al auto de 14 de octubre último, (que ordena correr traslado al Procurador para que emita concepto sobre el mérito del sumario).

Notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Floriberto Ramos, Srio.

SE REPONE EL AUTO QUE PRECEDE

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, catorce de febrero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Considera el señor Procurador que la Corte no tiene competencia para conocer del presente negocio, por no tratarse de un delito de responsabilidad, sino de un delito común, "cometido cuando el doctor N. N. actuaba como simple particular, y no como magistrado"

Como se dijo en la providencia de 22 de noviembre último, se trata en el caso presente de que el magistrado del Tribunal de X. estando en una cantina de la misma ciudad y, habiendo sido ultrajado por una mujer de nombre Z. Z., la hizo conducir a la cárcel de mujeres y ordenó verbalmente que la mantuvieran detenida, y allí estuvo por algunas horas, en virtud de esa orden.

En la misma providencia se hizo ver que el doctor N. N. hizo detener en la cárcel de mujeres a la citada, porque, no obstante que tanto el citado funcionario como otros le habían dicho que no fuera irrespetuosa con el magistrado, le había dirigido ultrajes, y en su calidad de tal la había hecho detener, mediante orden verbal a la directora del establecimiento.

Por eso expresó la Sala que el acusado había hecho uso de su calidad oficial para sancionar a la citada mujer, esto es, que había procedido en su condición de funcionario o empleado público, la cual fue esencial en la consumación del hecho, "pues sin ella no se hubiera realizado".

Sin embargo, las ideas expuestas por el señor Procurador hacen revisar los conceptos de la providencia de 22 de noviembre, y al efecto se considera:

Cierto es, como entonces se expresó, que la Corte sólo tiene competencia para decidir de las causas contra los magistrados de los tribunales "por motivos de responsabilidad" (ordinal 6º del artículo 46 del C. de P. P.), o sea, por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones.

Y verdad es también que entre las funciones propias de los jueces y magistrados están las genéricas de hacerse obedecer, de obligar al cumplimiento de sus órdenes, pues de no ser así, su labor sería totalmente írrita, y, además, la de hacerse respetar, no por aparato de vanidad, sino porque la jerarquía y la misión propias de los empleados y funcionarios hacen necesario que se les preste el obsequio o miramiento que ellas requieren.

Mas tal consideración hace pensar también, como fácil es deducirlo, que esa obediencia y el dicho respeto no lo pueden exigir sino en el ejercicio de sus funciones, esto es, cuando estén obrando oficialmente, ya que las mentadas facultades son inherentes al cargo público, y no propiamente a la persona del funcionario. O, mejor, las ejercita la persona, pero por razón del cargo que ocupa. Luego ,si el empleado o funcionario no está cumpliendo ninguna actividad propia de su calidad oficial o si no es ella (la calidad oficial) la razón para que proceda, o de que contra él se proceda, se tratará de una actividad particular, que no de una actividad oficial.

Por eso ya había sentado la Corte la doctrina de que "los juicios de responsabilidad se refieren solamente a las infracciones cometidas por exceso o defecto en el desempeño de los menesteres propios de un empleo o cargo público, de suerte que conocidas las funciones inherentes al empleo o cargo, podrá decirse si hubo ilicitud por extralimitación u omisión en su ejercicio". (Auto de 28 de mayo de 1948, G. J. Tomo LXIV, números 2060-61, página 229).

Estas reflexiones hacen quitarle el valor que en la anterior providencia se le dio al carácter de funcionario que invocó el magistrado N. N. para exigir acatamiento, pero, sobre todo, a la calidad con que dijo o creyó proceder al hacer detener en la cárcel de mujeres a Z. Z.

Porque es evidente que entre las funciones propias de los magistrados no puede considerarse la de concurrir a cantinas o sitios de diversión, pues que si a ellos acuden, lo hacen única y exclusivamente en su condición de particulares, salvo el caso de que en ellos se encuentren en la práctica de alguna diligencia judicial, o de que sea el desempeño de su oficio la causa o razón de que se les injurie en cualquier forma. Luego no siendo su investidura el motivo de los ultra-

jes o no estando en la práctica de ninguno de los menesteres del cargo, no pueden invocar su condición de funcionarios para exigir acatamiento, ni mucho menos, para imponer sanciones de ninguna especie, pues si algún irrespeto se les irroga, el agravio recae sobre la persona particular, pero no sobre el agente de la República.

La Procuraduría hace -del caso **sub judice** el siguiente comentario, que la Sala acoge:

"Cuando el doctor N. N. ordenó y cumplió la detención de Z. Z., era Magistrado del Tribunal Superior de X..., pero no estaba desempeñando en esos momentos un acto propio de las funciones de tal; él era, entonces, un simple particular. Las actividades a que estaba dedicado, así lo enseñan.

La mera invocación de su calidad de Magistrado para obtener el encierro carcelario de la Z. Z., no tiene la virtualidad de constituír el ejercicio de una función pública, con exceso de ésta, precisamente porque la función no había surgido como consecuencia de un acto inherente a ese cargo público, y nadie abusa de lo inexistente.

Y el acudir al carácter de Magistrado, por cuanto influyó en el hecho punible, determina, sí, un elemento agravante, pero no de los que señala el artículo 37 del Código Penal.

Con lo expuesto, se descubre ya la sustancia del delito investigado:

No fue una detención arbitraria, porque para ello es menester que el funcionario o empleado público prive de la libertad a una persona, "abusando de sus funciones"; y no abusa de éstas quien no las está ejerciendo cuando comete el delito (artículo 295 C. P.). El hecho supone que el funcionario o empleado público esté obrando dentro del radio de su legítima competencia, pero que la extralimita en perjuicio de la libertad individual.

Por la misma razón y porque el bien lesionado por el delito fue la libertad de la Z. Z., tampoco cabe el abuso de autoridad (artículo 171).

Luego sólo queda en pie el delito de secuestro, que es la detención injusta de una persona cometida por un particular (artículo 294).

En tales circunstancias, resulta inaceptable que el Magistrado doctor N. N. obrara oficialmente, en "uso de la facultad constitucional y legal que tienen los funcionarios públicos de sancionar sin juicio previo a quien los injurie o les falte al respeto". Primero, porque el artículo 27 de la Constitución Nacional dice perentoriamente que la pena correccional procede cuando se injuria o falta al respeto a los funcionarios, "en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo", requisito ausente aquí. Y segundo, porque el artículo 82 del Código Judicial requiere, igualmente, la misma condición para que el Magistrado pueda imponer la pena aludida.

Tan evidente es esto, que si Z. Z. hubiera cometido un delito en la persona del doctor N. N. cuando se produjeron las ofensas de aquélla para éste en la cantina, y que dieron motivo a la detención de dicha mujer, ese delito jamás habría podido catalogarse en la casilla de las infracciones contra los funcionarios públicos, porque éstas requieren, como los delitos oficiales o de responsabilidad, que el hecho se produzca "por razón o causa del ejercicio de sus funciones", como lo prevé el artículo 186 del Código Penal.

Es suficiente lo dicho para que la Procuraduría conceptúe que la Corte no tiene competencia para conocer del presente negocio, por tratarse de un delito común (secuestro) cometido cuando el doctor N. N. actuaba como simple particular, y no como Magistrado" (folios 72 y 73).

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, REVOCA la providencia de veintidós de noviembre último, y en su lugar se declara incompetente para conocer del presente negocio en única instancia.

Pase, en consecuencia, al señor Juez del Circuito en lo Penal (repartimiento) de la ciudad de X, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.



IRA E INTENSO DOLOR.—INTERPRETACION DEL VEREDICTO DEL JURADO. EL VEREDICTO NO PUEDE SER ACLARADO POR EL JURADO DESPUES DE ENTREGADO AL JUEZ Y DE FIRMADA LA CORRESPONDIENTE ACTA

1.—En numerosas ocasiones la Corte ya ha sostenido la doctrina de que los veredictos no contentivos de elementos precisos y determinados que incluyen una modificación de la penalidad en orden a una transformación esencial de la responsabilidad misma por efecto de circunstancias aminorantes de ésta, que el Código crea circunscritas a determinados requisitos, no son susceptibles de exégesis o adición alguna que permita al Juez suplir los vacíos, deficiencias o silencios del Jurado para dar a sus respuestas un contenido legal que no encaja en los términos mismos del veredicto; y esta doctrina tiene fundamentos tan racionales que no se ve razón alguna para modificarla.

2.—La norma del artículo 28 del Código Penal señala los elementos que para su aplicabilidad debe tener el delito que se cometa dentro de las circunstancias que esa disposición precisa: debe haber, pues, en primer término una provocación; en segundo término, que esta provocación tenga los caracteres de injusticia y gravedad en que la ley fundamenta la razón psicológica de la atenuación; y en tercer lugar, que exista una relación de causalidad entre aquellos elementos de tal forma que el delito sea producto de la causa determinante surgida de la provocación y de la gravedad e injusticia de la misma. Una cualquiera de estas condiciones que falte, excluiría la aplicación de la circunstancia modificadora de que se trata.

3.—Es verdad que los jueces populares no están obligados a emplear las palabras textuales o fórmulas sacramentales contenidas en la disposición de la ley penal. Pero ello no significa que el veredicto debe dejar de contener los elementos que permitan al Juez encontrar una a manera de pauta racional que facilite su acomodamiento a aquellas normas. Si ello no ocurre así, no le es permitido a los Jueces en derecho, con pretexto de desentrañar el espíritu del veredicto, tomarse la atribución excesiva e ilegal de llenar sus deficiencias y vacíos, o los voluntarios e intencionales silencios guardados por los jueces populares, sobre todo cuando el debate fue ampliamente ilustrativo en orden al significado de su fallo y a la manera como debían cumplir su cometido en el caso de que alguna explicación agregaran a la afirmación de responsabilidad del reo, sobre la amplia fórmula de la verdad sabida y buena fe guardada, que es lo único que la ley advierte a los jurados para el cumplimiento cabal de su misión como funcionarios al servicio de la justicia.

Si al Juez le fuera dado arrogarse una atribución de esta índole, el veredicto no sería la pauta inmodificable y definitiva que debe ser.

4.—No es posible pretender que por la circunstancia de crear el Código Penal una figura legal condicionada a determinados requisitos, se requiere extenderla a todos los fenómenos que resulten de las múltiples maneras que el delito tiene para su ejecución y que se derivan de su realización. Estos fenómenos sí deben ser tenidos en cuenta y todos ellos resueltos al tiempo de situar en el plano legal que le corresponde la responsabilidad de sus autores. Pero, porque ello sea así, no puede derivarse una corrupción del derecho penal que sólo vea en todo homicidio apenas una forma de delinquir en circunstancias propias para ser favorablemente sancionado el agente.

5.—La violencia originada como reacción al motivo psicológico que se enuncia como determinante de la ira e intenso dolor tiene necesariamente que estar condicionada a los específicos elementos que señala el Código, so pena de no predicarse entonces esa especial causal de atenuación.

Si fuese de otra manera, cualquier estímulo, así sea el más insignificante, gozaría

de igual beneficio, lo que no es en manera alguna ni el espíritu ni el querer del Código. Entonces toda clase de agresión, aunque sea desproporcionada al motivo que la origina, tendría capacidad suficiente para situar la responsabilidad en un plano distinto, permitiendo de esa suerte que las personalidades susceptibles de reaccionar por cualquier clase de impulsos, tuviesen una especial protección legal, lo que no es, ni puede ser, el propósito del Código al instituir una modificación tan fundamental a la responsabilidad íntegra que se deriva de toda transgresión de la ley, y que sólo en casos de excepción y únicamente cuando los presupuestos que aquélla exige se hallan reunidos, tiene eficacia en orden a la aminoración de las sanciones penales.

6.—Para que un determinado veredicto incluya los elementos del artículo 28 del Código Penal, es preciso que en él se contengan todos los requisitos que esta disposición establece en orden a aminorar la responsabilidad. Si apenas se acepta el móvil determinante de la ira o el intenso dolor, pero la causa de la provocación se calla o no es explícitamente aceptada por el tribunal de conciencia, no le es lícito al fallador en derecho llenar esos vacíos.

7.—Al Jurado no es permitido, después de entregado el veredicto al Juez y de firmada el acta respectiva, aclarar el concepto del mismo con circunstancias o modalidades diferentes de las contenidas en el texto primitivo, porque con ello se arrogaría una facultad excesiva, que sobrepasaría, con mucho, el límite de sus atribuciones legales.

De ser permitido este procedimiento, los jueces populares extralimitarían la facultad que tienen de explicar el veredicto, con una simple adición a su contenido sobre las modalidades del hecho (artículo 29 de la ley 4ª de 1943), y se les daría, asimismo, una peligrosa atribución, contraria al espíritu de la ley, que apenas otorga al Jurado el derecho de deliberar en forma privada, pero sin contacto alguno con personas distintas (parágrafo del artículo 29 citado), cosa que ocurriría siempre que por influencias extrañas pudiese adicionarse lo que no es susceptible de ser alterado para que haya verdadera seriedad y garantía en la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero catorce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El procesado Balvino Angarita Salcedo, mayor de edad, natural y vecino de Soatá, agricultor de profesión, interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de fecha primero de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, por la cual —dando aplicación al artículo 363 del Código Penal— se le condenó a la pena principal de diez y siete años de presidio por el delito de homicidio en la persona de su esposa Juana Joya o Pinto, hecho consumado en la vereda de "La Laguna", jurisdicción municipal de Soatá, el catorce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Cumplidas las normas procedimentales que regulan el recurso extraordinario, la Corte decide con base en la sentencia recurrida, en la demanda y en el concepto del señor Agente del Ministerio Público.

I. — Hechos

Según confesión del procesado, pues no hubo testigos presenciales, la que se produjo después de haber imputado a Manuel Pinzón Duarte y al propio padre del reo, Aparicio Angarita, la comisión del hecho delictuoso y quizá movido más que por el remordimiento de su propio delito, por la detención injusta que por su culpa sufría su progenitor, la muerte violenta de Juana Joya, se consumó así:

El catorce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, como a la una de la mañana, llegó Balvino Angarita Salcedo a su casa de habitación, en donde se encontraba acostada su esposa Juana Joya, en compañía de sus hijos menores Graciela y Secundino; llamó a ésta para entregarle un poco de panela que le llevaba, pero Juana le respondió altaneramente increpándole que regresaba a esas horas de donde las concubinas y que la panela debía llevársela a ellas. Siguió luego un altercado entre los esposos hasta que Balvino sacó para afuera a Juana y allí le propinó varios machetazos; "el primero —dice el procesado— sí se lo mandé por la cara y le seguí dando y seguramente a lo que metía las manos fue cuando en ellas recibió heridas; en re-

sumen, ella cayó, quedó tendida con las heridas de machete que apareció y que de eso murió, siendo yo el único autor de esa muerte sin que nadie me hubiera ayudado a cometer ese delito ni nadie me hubiera aconsejado que procediera así".

III. — El proceso

a) Este proceso fue iniciado en la Alcaldía Municipal de Soatá y correspondió su conocimiento al señor Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, autoridad ésta que, por auto de veintiseis de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, calificó el mérito del informativo, abriendo causa criminal contra Balvino Angarita Salcedo, por el delito de homicidio con caracteres de asesinato, providencia que fue confirmada por el Tribunal de la segunda instancia.

b) De acuerdo con el pliego de cargos formulado en el auto de proceder, al Jurado de conciencia se le propuso el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Balvino Angarita Salcedo..., es responsable de haber dado muerte a su legítima esposa Juana Joya o Pinto, a consecuencia de varias heridas ocasionadas con instrumento cortante que le ocasionaron una hemorragia aguda y demás destrozos orgánicos descritos en el acta de necropsia, según hechos ocurridos en las primeras horas de la madrugada del día catorce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, en casa de la propia víctima y victimario, sita en la vereda de "La Laguna", jurisdicción municipal de Soatá?"

La respuesta unánime del Jurado, fue la siguiente:

"Sí en estado de ira he intenso dolor probocado por la ocsisa" (sic).

c) En desarrollo del anterior veredicto, el Juez del conocimiento, queriendo interpretar los términos en que está concebida la respuesta, consideró que los jueces populares habían situado el homicidio de que se trata dentro de la modalidad de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación de la occisa y, en consecuencia, profirió su fallo de seis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, en el cual impuso como pena principal a Balvino Angarita Salcedo, la de siete años de presidio, como infractor del artículo 362 del Código Penal.

d) El Tribunal de la segunda instancia, al revisar la sentencia de primer grado, no encontró aceptable la tesis del Juez Primero Superior, por cuanto —afirma en el fallo que es materia del recurso de casación— "allí dijeron los jurados de conciencia que el acusado Balvino Angarita Salcedo sí era responsable de haber dado muerte a su legítima esposa Juana Joya o Pinto, pero en estado de ira e intenso dolor provocado por la occisa", pero no expresaron si aquella provocación había sido injusta y grave, faltando por consiguiente estos dos elementos esenciales para dar aplicación al artículo 28 del Código Penal, sin que al Juez de derecho le sea dado atenuar la sanción haciendo aparecer modalidades no expresadas y determinadas claramente por los Jueces de hecho. En consecuencia, el Tribunal situó el delito de homicidio imputado a Angarita Salcedo, en el numeral 1° del artículo 363 de la obra antes citada y teniendo en cuenta las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad del procesado, lo condenó a la pena principal de diez y siete años de presidio.

III. — Demanda de casación

El recurrente, por medio de su apoderado y en escrito presentado oportunamente, invoca las causales primera y tercera del artículo 567 del Código Procesal Penal y las plantea así:

El Tribunal de la instancia desconoció la modalidad aceptada en el auto de proceder, o sea, que en el delito de homicidio consumado por Balvino Angarita Salcedo en la persona de su esposa Juana Joya o Pinto, no hubo premeditación.

En el veredicto pronunciado por el Jurado de conciencia, se aceptó la atenuante a que se refiere el artículo 28 del Código Penal y el Tribunal la desechó, no obstante la aclaración que, posteriormente a la audiencia, hicieron los jueces populares, en el sentido de que el acusado obró en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación.

IV. — Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal y en relación con los cargos formulados a la sentencia en la demanda de casación, se expresa así:

"a) El auto de proceder le imputó al acusado un homicidio con caractères de asesinato, y tal figura es la tenida en cuenta por el Tribunal.

"Luego la sentencia demandada está en perfecto acuerdo con el enjuiciamiento.

"b) El veredicto del Jurado no consagró la excusa de provocación, porque omitió decir que la

ofensa recibida por el procesado hubiese sido grave e injusta, como lo exige perentoriamente el artículo 28 del Código Penal.

"Omisión deliberada, puesto que el defensor, expresamente, le solicitó al Jurado que respondiese al cuestionario en la siguiente forma: "Sí, pero en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación".

"c) La explicación que tan tardíamente dieron los jurados sobre el alcance de su respuesta consignada al pie del cuestionario, es inadmisible".

V. — Se considera:

Los fundamentos del recurrente en orden a impugnar la sentencia del Tribunal de instancia serán motivo por parte de la Sala de un estudio que comprenda en su totalidad las dos causales alegadas, por cuanto los motivos en que se funda la impugnación del fallo vienen a constituír, con distintas razones, un idéntico concepto en relación con los cargos de la demanda, la cual ni siquiera separa las causales o mejor las discrimina, para hacer de ellas capítulos separados, como con una mejor técnica de la casación habría sido de desearse.

La crítica fundamental a la sentencia consiste en que el Tribunal sentenciador se abstuvo de aceptar la circunstancia atenuante de la responsabilidad de Balvino Angarita Salcedo, a pesar de contener el veredicto elementos suficientes para dar al homicidio ejecutado por éste en la persona de su legítima esposa, las características que distinguen esa clase de delitos cometidos en estado de emoción violenta, o mejor, determinados por la ira o el intenso dolor producidos por grave e injusta provocación.

Siendo ello así, y no habiendo aceptado dicha modalidad, lo que constituye discordancia entre el veredicto y la sentencia, también como secuela necesaria de ese hecho, la ley penal estuvo mal aplicada.

La Sala observa: A Balvino Angarita Salcedo le fue imputado un homicidio en su legítima esposa Juana Joya o Pinto, vínculo matrimonial suficientemente establecido en el proceso mediante la partida de origen eclesiástico visible al folio 102 vuelto del cuaderno principal. Así se le dedujo el cargo desde el auto de proceder, el cual recibió la confirmación del Tribunal, sin modificación alguna, a pesar de que se había controvertido por los funcionarios de instancia la posibilidad del fenómeno de la premeditación en la comisión del ilícito. Era apenas indispensable que al formulársele al Jurado el cuestionario que había de responder para fijar la responsabilidad del homicida, dicha circunstancia del vínculo fuera expresamente incluída en el cuestionario, como así se hizo.

Fijada de esta suerte la calificación del hecho, el Jurado reconoció la responsabilidad de Angarita en la respuesta que se transcribe conservando su ortografía original:

"Si en estado de ira he intenso dolor probocado por la ocsisa".

En esta respuesta de los jueces de conciencia se ha querido encontrar margen para pretender una desarmonía entre el veredicto y la sentencia del Tribunal sentenciador y la mala aplicación de la ley penal.

Ya son numerosas las ocasiones en que la Corte ha tratado el tema aquí propuesto y sin vacilación alguna ha mantenido la doctrina de que los veredictos no contentivos de los elementos precisos y determinados que incluyen una modificación de la penalidad en orden a una transformación esencial de la responsabilidad misma por efecto de circunstancias aminorantes de ésta, que el Código crea circunscritas a determinados requisitos, no son susceptibles de exégesis o adición alguna que permita al Juez suplir los vacíos, deficiencias o silencios del Jurado para dar a sus respuestas un contenido legal que no encaja en los términos mismos del veredicto; y esta doctrina tiene fundamentos tan racionales que no se ve razón alguna para modificarla.

La norma del artículo 28 del Código Penal señala los elementos que para su aplicabilidad debe tener el delito que se cometa dentro de las circunstancias que esa disposición precisa: debe haber, pues, en primer término una provocación; en segundo término, que esta provocación tenga los caracteres de injusticia y gravedad en que la ley fundamenta la razón psicológica de la atenuación; y en tercer lugar que exista una relación de causalidad entre aquellos elementos, de tal forma que el delito sea producto de la causa determinante surgida de la provocación y de la gravedad e injusticia de la misma. Una cualquiera de estas condiciones que falte, excluiría la aplicación de la circunstancia modificadora de que se trata.

De común ocurrencia es en los juicios ante el Jurado que a éstos se les interrogue sobre esos hechos y que en el curso de la deliberación pública, las partes analicen a espacio esta modalidad, a fin de ilustrar suficientemente a dicho Tribunal sobre su alcance y significado y sobre la

manera misma como debe ser aceptada en el veredicto para que ella produzca las consecuencias de orden legal que puedan favorecer al reo en la imposición de la pena.

Dentro del proceso en estudio, ampliamente se debatió, tanto en las piezas calificadoras, como en la vista pública, la circunstancia aminorante que ahora se estudia en el recurso de casación. Y a pesar de la extensa dilucidación del tema, por todas sus fases, no fue él acogido en la respuesta del Jurado, no obstante que el veredicto contiene algunos de los elementos que incluyen aquella modalidad.

Se explica ampliamente la conclusión del Jurado, si se tiene en cuenta que en este proceso ocurrieron circunstancias que evidentemente establecen hechos de mucha entidad para no poder dar suma credibilidad a la confesión que sobre la manera como dio muerte a su esposa rindió a última hora Angarita y no movido a ello por verdadero arrepentimiento de su delito, sino porque de las pruebas recogidas entonces dentro del proceso, ya se vislumbraba claramente su responsabilidad, y también porque habiendo imputado ese gravísimo hecho a personas extrañas, de las cuales estuvieron en prisión preventiva algunas de ellas, incluso su padre, esta sola consideración lo determinó a producir una confesión cualificada, en donde trata de hacer recaer toda la culpa de su actuación en la víctima de su delito, su propia esposa, atribuyendo a ésta los motivos que lo impulsaron a obrar de esa manera, movido por la ira o el dolor que le causaron las expresiones insultantes de aquélla y sus propias agresiones de hecho.

Mas, resulta que los términos del veredicto no contienen el significado propio que es menester para que la aminorante del artículo 28 se establezca. Es verdad que los jueces populares no están obligados a emplear las palabras textuales o fórmulas sacramentales contenidas en las disposiciones de la ley penal. Pero ello no significa que el veredicto debe dejar de contener los elementos que permitan al Juez encontrar una a manera de pauta racional que facilite su acomodamiento a aquellas normas. Si ello no ocurre así, no le es permitido a los Jueces en derecho, con pretexto de desentrañar el espíritu del veredicto, tomarse la atribución excesiva e ilegal de llenar sus deficiencias y vacíos, o los voluntarios e intencionales silencios guardados por los jueces populares, sobre todo cuando, como ocurre en este proceso, el debate fue ampliamente ilustrativo en orden al significado de su fallo y a la manera como debían cumplir su cometido en el caso de que alguna explicación agregaran a la afirmación de la responsabilidad del reo, sobre la amplia fórmula de la verdad sabida y buena fe guardada, que es lo único que la ley advierte a los jurados para el cumplimiento cabal de su misión como funcionarios transitorios al servicio de la justicia.

Si al Juez le fuera dado arrogarse una atribución de esta índole, el veredicto no sería la pauta inmodificable y definitiva que debe ser. De aquí que haya dicho la Corte, estudiando el mismo tema:

"El Juez tiene que acomodarse a las circunstancias modificadoras cuando el Jurado las declara en su veredicto; pero cuando la agregación o explicación no modifica lo esencial del hecho imputado por referirse a eventos que rodearon el hecho mismo sin atenuar la responsabilidad la sentencia tiene que atender a la realidad y conformarse con ella y, por lo mismo, con lo esencial del veredicto". (GACETA JUDICIAL, Tomo XLVII, 1942, página 353).

Por lo demás, no es posible pretender que por la circunstancia de crear el Código una figura legal condicionada a determinados requisitos, se requiera extenderla a todos los fenómenos que resulten de las múltiples maneras que el delito tiene para su ejecución y que se derivan de su realización. Estos fenómenos sí deben ser tenidos en cuenta y todos ellos resueltos al tiempo de situar en el plano legal que le corresponde la responsabilidad de sus autores. Pero porque ello sea así, no puede derivarse una corrupción del derecho penal que sólo vea en todo homicidio apenas una forma de delinquir en circunstancias propias para ser favorablemente sancionado el agente.

La violencia originada como reacción al motivo psicológico que se enuncia como determinante de la ira e intenso dolor tiene necesariamente que estar condicionada a los específicos elementos que señala el Código, so pena de no predicarse entonces esa especial causal de atenuación.

Si fuese de otra manera, cualquier estímulo, así sea el más insignificante, gozaría de igual beneficio, lo que no es en manera alguna ni el espíritu ni el querer del Código. Entonces toda clase de agresión, aunque sea desproporcionada al motivo que la origina, tendría capacidad suficiente para situar la responsabilidad en un plano distinto, permitiendo de esa suerte que las personalidades susceptibles de reaccionar por cualquier clase de impulsos, tuviesen una especial

protección legal, lo que no es ni puede ser el propósito del Código al instituír una modificación tan fundamental a la responsabilidad íntegra que se deriva de toda transgresión de la ley, y que sólo en casos de excepción y únicamente cuando reúne los presupuestos que aquélla exige, tiene eficacia en orden a la aminoración de las sanciones penales.

Por otra parte, el código adjetivo armoniza estas especiales condiciones, de tal manera que ellas resulten en consonancia con las normas legales sustantivas que regulan el régimen penal a que quedan sujetas. Por éste motivo otorga competencia al Jurado en los procesos que cursan bajo su inspiración para consagrar las circunstancias en que el delito se cumplió y darle a la responsabilidad del agente una determinada modalidad en el plano de la sanción, al mismo tiempo que otorga atribuciones suficientes a los Jueces de derecho para establecer si esa ingerencia circunstancial de los Jueces populares se encuentra ceñida a las constancias del proceso y de no, declararla contraria a la evidencia de los hechos. En el extremo contrario, no aceptarlas y decidir que el veredicto no constituye en sus términos y menos en su espíritu, modalidad alguna aminorante de la sanción al reo. Se conjugan así los presupuestos de la ley sustantiva, que no quiere ni la impunidad ni la lenidad en el juzgamiento de los delincuentes, con los principios reguladores de una eficaz defensa social, esto es, que no tolera la impunidad ni la benevolencia, cuando quiera que entre ambas situaciones se pueda vulnerar la justicia o se haga una justicia imperfecta, en desarmonía con la finalidad y el interés sociológico que se patentiza en no dejar sin sanción cualquier transgresión del régimen jurídico consagrado en el Código Penal. A éstos principios tienden las normas que surgen de los artículos 480 y 499 del Código de Procedimiento Penal.

No habiendo reconocido el Jurado de una manera expresa y clara que Balvino Angarita diera muerte a su legítima esposa movido a ello por una provocación grave e injusta que fuera motivo determinante de la ira o el intenso dolor, el veredicto que apenas reconoció el estado pasional del homicida, no puede encajar dentro de los términos del artículo 28 del Código Penal, como lo pretende el libelo de demanda.

El Jurado, en el caso, como en otros similares que ha fallado esta Sala, guardó silencio en lo relativo al incentivo o móvil con que procediera el homicida, al mismo tiempo que guardó igual silencio en lo que respecta al tipo o categoría de la provocación. En realidad el veredicto contiene la manifestación de que Angarita dio muerte a su esposa por un estado de ánimo producido por la ira o el intenso dolor; especificó, pues, el estado de ánimo de agresor, pero sin señalar la causa determinante del mismo, y menos en la medida de si esa causa fuera provocada por la injusticia y gravedad de la agresión. Podría preguntarse en este proceso, como en casos análogos, qué fue lo que provocó esa ira o dolor intenso, y en qué grado fue esa provocación. El solo hecho de consignar el veredicto el simple estado pasional sin hacer referencia ninguna a los motivos determinantes del mismo, implica que el veredicto no puede ser interpretado en el sentido de que incluye la causal atenuante que pretende el recurso con base en el artículo 28 del Código Penal.

Así mismo lo reconoció el Juez de instancia al declarar que al veredicto le faltaron algunos de los elementos a que se refiere tal disposición del Código Penal "que no están enunciados en el texto estampado por el Jurado"; a pesar de lo cual lo interpretó con un alcance que lo encaja dentro de aquel mandato de la ley, lo que el Tribunal modificó apartándose de tal criterio, con razonamientos que pueden considerarse indiscutiblemente jurídicos.

En síntesis, para que un determinado veredicto incluya los elementos del artículo 28, es preciso que en él se contengan todos los requisitos que esta disposición establece en orden a aminorar la responsabilidad. Si apenas se acepta el móvil determinante de la ira o el intenso dolor, pero la causa de la provocación se calla o no es explícitamente aceptada por el Tribunal de conciencia, no le es lícito al fallador en derecho llenar esos vacíos. "Si el Jurado se quedó corto en su decisión, si es trunco el veredicto, como lo dan a entender los recurrentes, ese vacío no lo podía llenar el Tribunal ni a la Sala le corresponde hacerlo, no sólo por la naturaleza y limitaciones del recurso extraordinario que ante ella se ejercita, sino porque su criterio, que es de confrontación del fallo ante la ley, en nada se asemeja al del Jurado, cuya función consiste en estudiar el hecho ante su conciencia". (GACETA JUDICIAL, Tomo LX, números 2034-36, página 824).

Cuando el proceso se tramitaba ante la Corte para recurso de casación, dentro del libelo de demanda correspondiente, el apoderado hizo insertar la siguiente constancia de los señores miembros que constituyeron el tribunal de con-

ciencia que juzgó al homicida Balvino Angarita Salcedo. Tal constancia, en su ortografía original, es como sigue:

"Los suscritos, miembros del Jurado que falló el negocio de Balvino Angarita Salcedo el 4 de junio de 1948, nos permitimos aclarar dicho fallo en el sentido de que nuestra intención unánime fue la de disminuírle la rresponsabilidad, teniendo en cuenta que la Provocación de la ocsisa fue grave e injusta, circunstancias estas dos últimas que dejamos a la sabia interpretación del juzgador de derecho. En consecuencia nuestro veredicto deve interpretarse así: 'sí en estado de ira eintenso dolor causados por grave einjusta Provocación de la ocsisa'. En constancia firmamos en Santa Rosa de V. a 22 de septiembre de 1949".

En un caso idéntico esta misma Sala dijo al respecto:

"La competencia o capacidad en concreto, además de los motivos de abstención o incompatibilidad, está limitada por el carácter y objeto de la función, de modo que realizada ésta se extingue aquélla. Emitido, pues, el veredicto, que es la función única del Jurado, firmado ya por los Jueces que lo integran y por el presidente y secretario de la audiencia —que lo son los del juicio— aquel Jurado, aquellos jueces populares, quedan desde ese momento privados de jurisdicción en relación con ese juicio, dejando de ser los jueces calificadores del hecho porque ya ejercieron su función en su totalidad y se convierten, desde ese momento, en personas extrañas a las contingencias del proceso, sin atribución alguna jurisdiccional dirigida a reformar o revocar su decisión, de la misma manera y con el mismo criterio jurídico que ningún Juez puede reformar o revocar su propia sentencia". (GACETA JUDICIAL, Tomo LX, números 2034-38, página 859).

En más reciente ocasión y tratándose de un caso en que el Jurado adicionó el veredicto después de firmada el acta de la audiencia, la Corte explicó las razones que impiden en tales casos permitir que los jueces de conciencia se tomen una facultad excesiva que no encaja dentro de sus atribuciones legales.

Se dijo entonces:

Si al Jurado se le permitiese, después de entregado el veredicto al Juez y de firmada el acta respectiva, aclarar el concepto del mismo con circunstancias o modalidades diferentes de las contenidas en el texto primitivo, se arrogaría una facultad excesiva, que sobrepasaría, con mucho, el límite de sus atribuciones legales.

De ser permitido este procedimiento, los jueces populares extralimitarían la facultad que tienen de explicar el veredicto, con una simple adición a su contenido sobre las modalidades del hecho (artículo 29 de la ley 4ª de 1943), y se les daría, así mismo, una peligrosa atribución, contraria al espíritu de la ley, que apenas otorga al Jurado el derecho de deliberar en forma privada, pero sin contacto àlguno con personas distintas (parágrafo del artículo 29 citado), cosa que ocurriría siempre que por influencias extrañas pudiese adicionarse lo que no es susceptible de ser alterado para que haya verdadera seriedad y garantía en la justicia.

Obrar en la forma que se critica contribuye a desquiciar la genuina intervención ocasional de los jueces populares y se presta a desplazar su ingerencia en las causas penales de que son competentes los Jueces Superiores hacia situaciones conflictivas, por el mismo hecho de permitir que sugestiones extrañas intervengan en lo que no puede ser sino una determinación inmodificable por la propia índole de su jurisdicción. De otra suerte se prolongaría la deliberación de los jueces de conciencia más allá de los términos permitidos por la ley, con la respectiva secuela de soluciones distintas.

La manera de actuar el Jurado en este proceso quebranta el principio que consagra el artículo 529 del Código Procesal Penal, cuando ordena: "Desde el momento de ser notificados, aun cuando la audiencia ya hubiere concluído, los Jurados no podrán tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces. La violación de lo anterior hará incurrir al responsable en el delito de prevaricato, sea cualquiera la clase de conversación o comentario, o la finalidad que se hubiere propuesto".

La ley ha señalado un tiempo preciso para producir la determinación de los jurados constitutivos del veredicto, fijando la forma en que dichos jueces deben actuar y las restricciones que en el desempeño de su cargo deben cumplir, para la más efectiva y eficaz realización de su importante cometido. Prolongar este término caprichosamente o incumplir esas normas, sería dar pretexto a peligrosas actuaciones, abiertamente contrarias a la ley.

Ni los mismos jueces de derecho tienen facultad para aclarar sus decisiones, fuera de los casos muy taxativamente determinados. Los Jue-

ces de conciencia tienen también carácter de tales —aunque su ejercicio sea transitorio— y por tanto deben cumplir el mandato que les confiere la designación para el cargo dentro de los preceptos que regulan sus funciones, sin pretender que las mismas puedan ser más amplias que las de aquéllos.

Una de las reformas introducidas al Código por la ley 4ª de 1943, consistió precisamente en suprimir la cláusula: "no comunicarse con nadie, ni aun entre vosotros mismos, sobre la causa sometida a vuestro veredicto", contenida en la fórmula del juramento que se exigirá por el Juez al Jurado una vez reunido, de conformidad con el artículo 528 del Código de la materia.

Dicha cláusula fue modificada por el artículo 27 de la ley antes citada, dejando en lo demás intacta la fórmula del juramento, por la siguiente: "sino entre vosotros mismos en la conferencia que vais a tener".

Ello implica que dentro del actual sistema procesal los jurados tienen facultad para deliberar, lo que la ley 94 de 1938, o sea el Código de Procedimiento Penal, no autoriza. Y es en esta deliberación donde el Jurado toma la determinación que constituye el veredicto, el cual una vez rendido, cesa para los jueces populares la jurisdicción transitoria que la ley les otorga en orden a participar en la justicia penal en las causas seguidas ante los Jueces Superiores.

El mandato, pues, que los jurados tienen no va más allá del de rendir el veredicto. Cualquiera extralimitación de esta facultad puede considerarse como ajena a la jurisdicción que la ley les confiere.

La no inclusión en el Código de algunos preceptos de la ley 57 de 1887, reformatoria del antiguo estatuto penal indica, por lo menos de manera implícita, la voluntad del legislador de cambiar de sistema. Dentro de lo prescrito en los artículos 305 y 310 de esa ley 57, se incorporaban atribuciones como la de comunicación entre los jueces de hecho y el Juez de derecho con el objeto único de recibir instrucciones acerca de la forma en que aquéllos debían proceder, pero impidiéndole a éste en manera alguna inmiscuírse en la decisión que deben dictar; así como también se facultaba en el último de los artículos citados de aquella ley al Juez para convocar al Jurado nuevamente, a fin de aclarar los veredictos concebidos en forma equívoca o dudosa. Esta facultad de aclaración del Jurado y aquella de la intervención del Juez para ilustrar al mismo están suprimidas en la nueva legislación.

Los temas tratados tienen importancia relievante en el caso en estudio, precisamente porque el Código Procesal Penal vigente no contiene normas similares; y ello implica que todas las facultades de aclaración están proscritas de la ley y al Juez le es vedado en forma absoluta intervenir en las deliberaciones.

El propósito salta a la vista: es impedir que el Jurado sea interferido por toda influencia extraña, así sea la del mismo Juez del proceso y limitar la jurisdicción del Tribunal de conciencia al acto mismo de producirse el veredicto, sin que pueda prolongarse esa jurisdicción hasta permitir que con aclaraciones posteriores se modifique sustancial o accidentalmente el texto de la respuesta constitutiva del veredicto.

Como el libelo de demanda no hace crítica alguna a la sentencia en lo que respecta a la imposición de la pena por otros motivos distintos a la aplicabilidad de las normas penales que se consideran infringidas, no es el caso de entrar a discriminar si la pena impuesta en la sentencia es o no la que corresponde al reo. Se extralimitaría el sentido de la casación si la Corte colmase el vacío de la demanda sobre el particular.

Conviene agregar con referencia a la última parte de la demanda que las causales de casación son taxativas y que no siendo este recurso extraordinario una tercera instancia, resulta imposible atender a peticiones que le darían tal contenido a la casación. Tal ocurre con la declaración de injusticia notoria que el recurrente invoca como petición subsidiaria, causal ya no incluída en la nueva reglamentación legal sobre la materia.

Por las razones expuestas 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, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de fecha primero de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, por medio de la cual condenó a Balvino Angarita Salcedo a la pena principal de diez y siete años de presidio por el delito de homicidio en la persona de su legítima esposa Juana Joya o Pinto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — EL HECHO DE QUE UN FUNCIONARIO HAYA DICTADO COMO JUEZ EL AUTO DE PROCEDER EN UN NEGOCIO, NO LO INHIBE PARA ACTUAR COMO FISCAL DEL TRIBUNAL EN LA SEGUNDA INSTANCIA EN LA CUAL SE REVISA LA PROVIDENCIA QUE EN EL MISMO PROCESO DECLARO PRESCRITA LA ACCION PENAL

La ley consagra las causales de impedimentos y recusaciones para garantizar la mayor imparcialidad de los funcionarios que administran justicia; el objeto o razón de ser de esta determinación legal radica en la forma de hacer efectiva y eficaz esa IMPARCIALIDAD en relación con la potestad para juzgar, a fin de que la justicia sea el reflejo exacto de la verdad de los hechos investigados.

El impedimento o la recusación tienden a desplazar 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.

Así, pues, la justicia será imparcial cuando el Juez, el Magistrado o el funcionario que con él coopera sean moralmente aptos para el ejercicio de su función por ausencia de causas que legalmente los impiden para conocer de un determinado negocio. Con el impedimento o la recusación se aleja toda duda o sospecha que pueda recaer sobre la conducta de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia, evitando así que un posible interés o una vinculación de éstos con las partes den cabida a la simple posibilidad de que la justicia pueda ser interferida por un conato o sugerencia de parcialidad.

En la interpretación del numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, la Corte acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez, el Fiscal o el Magistrado hayan manifestado su opinión en providencia de fondo, distinta de aquellas del numeral 7º, cuando, con posterioridad a dicha providencia, el mismo funcionario, revestido de una dignidad de superior jerarquía, tenga que conocer del negocio en segunda instancia.

"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 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 sus 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 Fiscal del Tribunal, porque la providencia que se trata de revisar no fue dictada por este funcionario, ni su examen puede versar sobre las apreciaciones jurídicas contenidas en el auto de proceder, para que, por este motivo, pudiera invocarse la doctrina de la Corte. El tema de obligado estudio será el de saber si en el presente caso se ha cumplido la figura jurídica de la prescripción de la acción penal, y si ella (la acción penal) fue o no interrumpida por el auto de proceder.

Si el auto de proceder se halla ejecutoriado, y si a partir de esa ejecutoria han transcurrido los términos señalados por la ley para que se cumpla el fenómeno de la prescripción de la acción penal, el Tribunal podrá confirmar o revocar la providencia consultada, pero en ese estudio —por regla general— no existe ni puede haber ninguna vinculación de conceptos u opiniones, porque las concepciones de los dos temas son diferentes, y siendo esto evidente, la circunstancia de que el Fiscal del Tribunal hubiera dictado el auto de proceder, no lo inhibe para actuar en dicho negocio. Solución que sería distinta si la providencia que se va a revisar fuera el auto de proceder. En ese evento, sí habría lugar a declarar separado del conocimiento al Fiscal impedido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de febrero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

La Corte en función del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, habrá de resolver sobre el impedimento manifestado por el doctor Miguel Angel López García, para saber si es el caso de declararlo o no fundado.

Impedimento

"Como Juez Penal del Circuito de Anserma —dice el Fiscal impedido— el suscrito dictó auto de proceder contra el sindicado Norberto Villa Acevedo.

"En consecuencia, de acuerdo con lo que manda el Código de Procedimeinto en sus artículos 72 y siguientes, solicito de vosotros comedidamente me declaréis separado del conocimiento en esta instancia, pues me hallo impedido para conceptuar".

Auto del Tribunal

Esta entidad en providencia de siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, dijo: que el impedimento no era legal y por consiguiente lo declaró infundado. Las razones que se expusieron para llegar a esa conclusión fueron las siguientes:

"Ha subido al Tribunal el presente expediente en consulta del auto de primero de septiembre del año en curso en el cual el juzgado declaró prescrita la acción penal, y tal providencia no la dictó el señor Fiscal 1º, caso éste en el que tendría aplicación la citada regla 7ª, pues en concepto de la Sala no puede asimilarse la causal consagrada en esta regla con la 4ª, que erige en motivo de impedimento, entre otros, el hecho de haber "...manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".

"Tratándose de funcionarios, este último caso tiene aplicación cuando como Fiscal se ha emitido concepto. Porque aun cuando el Ministerio Público es uno, y bien podría aceptarse por consiguiente que esa circunstancia en forma alguna presiona la imparcialidad para emitir un concepto, el artículo 79 citado es claro en restringir al Ministerio Público su intervención en los procesos en que concurran las causales de impedimento taxativamente señaladas para los Magistrados y Jueces.

"Pero como se anota, sólo en este caso es aceptable el impedimento, y en forma alguna por haber calificado su mérito o dictado sentencia, cuando no es tal providencia la que se revisa".

Se considera:

La ley consagra las causales de impedimentos y recusaciones para garantizar la mayor imparcialidad de los funcionarios que administran justicia; el objeto o razón de ser de esta determinación legal radica en la forma de hacer efectiva y eficaz esa **imparcialidad** en relación con la potestad para juzgar, a fin de que la justicia sea el reflejo exacto de la verdad de los hechos investigados.

El impedimento o recusación tiende a desplazar 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.

Así, pues, la justicia será imparcial cuando el Juez, el Magistrado 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 determinado negocio. Con el impedimento o recusación se aleja toda duda o sospecha que pueda recaer sobre la conducta de los funcionarios que intervienen

en la administración de justicia, evitando así que un posible interés o una vinculación de éstos con las partes den cabida a la simple posibilidad de que la justicia pueda ser interferida por un conato o sugerencia de parcialidad.

En la interpretación del numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal la Corte acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez, el Fiscal o el Magistrado haya manifestado su opinión en providencia de fondo, distinta de aquellas del numeral 7º, cuando con posterioridad a dicha providencia el mismo funcionario, revestido de una dignidad de superior jerarquía tenga que conocer del negocio en segunda instancia.

"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 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 sus 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 Fiscal del Tribunal, porque la providencia que se trata de revisar no fue dictada por este funcionario, ni su examen puede versar sobre las apreciaciones jurídicas contenidas en el auto de proceder, para que, por este motivo, pudiera invocarse la doctrina de la Corte. El tema de obligado estudio será el de saber si en el presente caso se ha cumplido la figura jurídica de la prescripción de la acción penal, y si ella (la acción penal) fue o no interrumpida por el auto de proceder.

Si el auto de proceder se halla ejecutoriado, y si a partir de esa ejecutoria han transcurrido los términos señalados por la ley para que se cumpla el fenómeno de la prescripción de la acción penal, el Tribunal podrá confirmar o revocar la providencia consultada, pero en ese estudio—por regla general—no existe ni puede haber ninguna vinculación de conceptos u opiniones, porque las concepciones de los dos temas son diferentes, y siendo esto evidente, la circunstancia de que el Fiscal del Tribunal hubiera dictado el auto de proceder no lo inhibe para actuar en dicho negocio. Solución que sería distinta si la providencia que se va a revisar fuera el auto de proceder. En ese evento, sí habría lugar a declarar separado del conocimiento al Fiscal impedido.

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 manifestado por el Fiscal 1º del Tribunal de Manizales para conocer del proceso adelantado contra Norberto Villa Acevedo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — POR HABER RENDIDO DECLARACION EN FAVOR DEL SINDICADO

Ya en otras ocasiones la Corte ha afirmado que no constituye impedimento el mero hecho de que el Juez o Magistrado haya suscrito una recomendación en favor del que, después de suscrita ésta, fue sindicado de un delito, y que tampoco está impedido el Juez o Magistrado que ha "declarado en favor del sindicado dentro del mismo proceso". G. J. Nos. 1998-99, pág. 633 y Nos. 1984-85, página 401).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Presidente del Tribunal Superior de Tunja ordenó abrir una investigación, por abandono del cargo, contra el Juez Civil del Circuito de Moniquirá, doctor Isidro Gil Neira.

Repartido el negocio al magistrado Dr. Aníbal Ojeda Vargas, éste se declaró impedido, porque el juez acusado, en memorial dirigido al Tribunal, lo había citado como testigo "sobre los hechos por los cuales debe adelantar la presente investigación", impedimento que declaró antes siquiera de haber dictado el auto cabeza de proceso.

Los magistrados restantes de la Sala de decisión del doctor Ojeda declararon no probado el impedimento y por eso debe esta Sala decidir de plano el incidente.

Lo primero que salta a la vista es que, no habiendo todavía rendido la declaración, no hay base alguna para decir que el funcionario haya "dado consejo o manifestado opinión sobre el asunto materia del proceso", o tenga "enemistad grave o amistad íntima" con el acusado, o haya sido o sea "tutor o curador o pupilo" del mismo, que son los eventos que, según lo expresado por el señor magistrado Ojeda Vargas pudieran presentarse en el proceso.

Eso por un aspecto, que por otro, ya la Corte ha expresado su concepto de que "el mero hecho de haber suscrito una recomendación en favor del que después de suscrita ésta fue sindicado de un delito, no es motivo de impedimento en el magistrado que antes la suscribió". (Auto de 24 de marzo de 1943, G. J. números 1998-99, página 633), ni admitió en otra oportunidad el impedimento de un magistrado que se había declarado impedido "por haber declarado en favor del sindicado dentro del mismo proceso". (Auto de 16 de noviembre de 1945). Lo mismo se expresó en providencia de 19 de junio de 1942, G. J. Tomo LIII, números 1984-85, página 401).

De manera que mientras no se presente motivo diferente del alegado y sin siquiera conocer las manifestaciones que el señor magistrado haya hecho, no es posible separarlo del conocimiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara NO PROBADO el impedimento manifestado por el señor magistrado doctor Aníbal Ojeda Vargas para conocer del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — INDICIOS. — CUANDO HAY LUGAR A CASAR LA SENTENCIA POR ERRONEA APRECIACION DE INDICIOS. — TESTIMONIO. — INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL REFERENTES A ESTE

1—El indicio, según la ley penal, es un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho. La fuerza de convicción que produce se funda, pues, en la naturaleza de las cosas y de sus relaciones, esto es, en que, demostrada la existencia de algo, hay que suponer la de otros seres, o en que, acreditado el acaecimiento de un suceso, resulta forzoso admitir el de otro u otros. Se trata, pues, de un proceso lógico, o de análisis y síntesis, que permite, según el curso ordinario de la vida humana, deducir conclusiones firmes. Tal es el motivo para que a la prueba de indicios se la haya llamado "prueba de hombre", porque no consiste en la demostración directa de los hechos, sino en la deducción racional de que se han realizado, por haberse cumplido otro u otros.

Por eso —como ya lo dijo la Corte en sentencia que corre publicada a páginas 839 del Tomo LX de la GACETA JUDICIAL— "para que un hecho se tenga como indicio, se requieren dos condiciones esenciales: que esté plenamente probado, y que se relacione con el hecho que se pretende acreditar. Si falta una de esas condiciones, el hecho no es indicio, ya porque no consta su existencia, ya porque no señala el fenómeno que de él se pretende deducir. Por tanto, cuando las pruebas consisten en indicios, el trabajo del juez se reduce a buscar en el proceso la existencia de ciertos hechos para deducir de ellos otro u otros".

Por supuesto que, según doctrina acogida por la Sala, como los juzgadores de instancia gozan de gran amplitud en la apreciación de esta clase de pruebas, por el proceso esencialmente lógico que comporta, en casación no puede desconocerse el mérito que se le haya dado en las instancias, sino en tratándose de errores manifiestos y evidentes en la manera de apreciar los indicios.

2.—El artículo 701 del C. J. que ordena no darle crédito al testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones, no es aplicable en materia penal, porque en ésta la apreciación de los testimonios no está sujeta a las pautas de aquel código, sino a las propias de la materia, en la que prima el criterio de la persuasión racional (artículo 294 del C. de P. P.). Y es que en lo civil le basta al juzgador la verdad formal que las partes le suministren, mientras que en lo penal el juzgador debe buscar por sí mismo la verdad material, histórica o real de los hechos investigados.

3. — Que alguien hubiera atestiguado el buen proceder del sindicado en otra oportunidad, no indica que ahora no pueda aparecer como responsable de un hecho delictuoso, por la sencilla razón de que el hombre, si bien sigue una línea más o menos uniforme de conducta, buena o mala, en un momento dado puede incurrir en un delito, por condiciones biológicas y por circunstancias ambientales y del momento. Esa razón tiene su valor, indudablemente, pero es genérica y vaga y no acredita con mucha fuerza que el acusado no sea el autor del ilícito que se le imputó, en presencia de las pruebas que como tal lo señalan.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de 11 de junio del año pasado, condenó a Víctor Eduardo Morales a la pena principal de diez y seis meses de prisión y a las accesorias legales, como autor del delito de robo de un semoviente, de propiedad de Francisco Luis Ochoa.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el procesado, con apoyo en las causales

primera y segunda del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Hechos. En la madrugada del 17 de diciembre de 1948 le fue sustraída al señor Ochoa una vaca, de color rosado, gorda, marcada con los signos "2H", y que tenía pastando en la finca de "La Graminia", de la fracción de Cambía, municipio de Riosucio.

Ochoa tuvo conocimiento de que el animal había sido visto en poder de Víctor Eduardo Morales, carnicero de profesión, y, en efecto, lo encontró en un predio de Arsenio Monsalve, en donde Morales lo había dejado diciendo que era de su propiedad.

Actuación procesal. El Juzgado en lo penal del circuito de Riosucio, en fallo de 15 de febrero del año último, y previos los trámites de la ley 48 de 1936, absolvió a Morales por el delito de robo que se le atribuía, dado que la prueba era indiciaria y no le daba el pleno convencimiento de la culpabilidad del acusado.

Pero el Tribunal, en la sentencia que ahora se revisa, consideró que los indicios no dejaban lugar a duda alguna sobre la responsabilidad de Morales, y por eso lo sancionó en la forma que se dejó vista.

Deben estudiarse, pues, las causales anotadas, en el orden que mejor consulte la claridad y el efecto en casación.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos.

Las circunstancias de hecho que el demandante invoca como fundamento de esta causal son las siguientes:

a) No aceptó el Tribunal lo dicho por Morales en su indagatoria, de que el animal lo había encontrado en el camino y de que, llevando soga y creyendo que era una res extraviada, la había enlazado y llevado al predio de Monsalve, mientras su dueño aparecía, explicaciones que son "pruebas o indicios de su inocencia o falta de culpabilidad en el caso que contempla este proceso".

b) Acoge el Tribunal como indicio el dicho de Roberto Monsalve, hijo de Arsenio, quien aseguró que Morales había llevado la vaca diciendo que era de su propiedad, que iba a matarla en Supía, que la tenía en un predio de doña Mariana Salazar v. de Jaramillo, y que le iba a reclamar indemnización por el descuido en haber dejado salir el animal, siendo así que en el careo sostenido con Morales se desdijo de haberle oído hacer estas aseveraciones;

c) No aceptó el Tribunal el testimonio de Antonio Giraldo, quien confirmó lo aseverado por Morales en su indagatoria, o sea, haber hallado el animal en el camino, pues aquél vio cuando lo enlazaba y decía que podía ser de la finca de "El Mogán" o de algún carnicero de la población. Para ese rechazo se basó el Tribunal en que en el primer momento Morales no había señalado al testigo como declarante en su favor;

d) No aceptó el Tribunal las hipótesis de que el animal se hubiera salido del potrero, por sí solo, o de que un tercero lo hubiera sustraído y luego no se lo hubiera apropiado, por cualquier motivo, apoyándose en los testimonios de Senén Ríos y Gregorio Guzmán, quienes afirman que es imposible que el semoviente hubiera llegado al sitio en donde Morales dijo que lo había encontrado, sin haber sido llevado por alguna persona. La vaca —según la interpretación del demandante— pudo ser sacada de la dehesa en que pastaba por un tercero, que la abandonó por cualquier circunstancia y, al tomar el camino del fundo en que pastaba, como es fácil suponerlo, fue hallada por Morales, que la cogió y la condujo al potrero en que su dueño la encontró, con la mejor intención;

e) No tuvo en cuenta el Tribunal el dicho de Antonio Mesa, de que alguna vez que había perdido un ganado de su finca, Morales le había entregado tres reses de las extraviadas.

Se considera:

El indicio, según la ley penal, es un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho. La fuerza de convicción que produce se funda, pues, en la naturaleza de las cosas y de sus relaciones, esto es, en que, demostrada la existencia de algo, hay que suponer la de otros seres, o en que acreditado el acaecimiento de un suceso, resulta forzoso admitir el de otro u otros. Se trata, pues, de un proceso lógico, o de análisis y síntesis, que permite, según el curso ordinario de la vida humana, deducir conclusiones firmes. Tal es el motivo para que a la prueba de indicios se la haya llamado "prueba de hombre", porque no consiste en la demostración directa de los hechos, sino en la deducción racional de que se han realizado, por haberse cumplido otro u otros.

"Por eso —ha dicho la Corte— para que un hecho se tenga como indicio, se requieren dos condiciones esenciales: que esté probado plenamente, y que se relacione con el hecho que se pretende acreditar. Si falta una de esas condiciones, el hecho no es indicio, ya porque no consta su existencia, ya porque no señala el fenómeno que de él se pretende deducir. Por tanto,

cuando las pruebas consisten en indicios, el trabajo del juez se reduce a buscar en el proceso la existencia de cierto hechos para deducir de ellos otro u otros". (Casación de 23 de julio de 1946, G. J. Tomo LX, números 2034-36, página 839).

Por supuesto que, según doctrina acogida por la Sala, como los juzgadores de instancia gozan de gran amplitud en la apreciación de esta clase de prueba, por el proceso esencialmente lógico que comporta, en casación no puede desconocerse el mérito que se le haya dado en las instancias, sino en tratándose de errores manifiestos y evidentes en la manera de apreciar los indicios.

Sobre estas bases se procede al análisis de los cargos que la demanda de casación le hace a la sentencia.

a) Las declaraciones que el sindicado hace en su indagatoria no pueden tomarse aisladamente, sino relacionándolas con las demás pruebas del expediente, porque sólo así puede desaparecer la desconfianza que el acusado infunde al exponer lo que cree serle desfavorable. Y esas otras pruebas no hacen aceptables sus dichos.

En efecto, no es admisible que el animal se hubiera salido por sí solo de la dehesa en que pastaba, porque todo el proceso está edificado sobre la base de que fue sustraído del lugar rompiendo con una lima los dos hilos inferiores de la cerca, y en el alambre superior, "que quedó intacto, se ven pelos que corresponden a los de la vaca de que trata este sumario", como lo dijeron los peritos que practicaron una inspección ocular (f. 6).

Tampoco es verosímil la otra hipótesis de que persona distinta del acusado se sustrajo el semoviente y lo dejó en el sitio en donde éste lo encontró y lo enlazó, porque contra esa otra persona no obran los indicios que señalan a Morales como autor de la sustracción.

b) La primera declaración de Roberto Monsalve le mereció crédito al Tribunal y no parece equivocado que se hubiera atendido. En primer lugar, porque lo que relata se lo había dicho al dueño de la vaca, señor Ochoa, cuando fue por ella; en segundo lugar, porque no se ve que en esa declaración, rendida a raíz de los sucesos, tuviera ningún interés en faltar a la verdad; y, por último, porque sus dichos guardan armonía con los demás elementos probatorios del expediente.

Así, como lo anota el señor Procurador, "existe íntima conexión entre la llevada del animal a la finca de 'El Sacatín' y las explicaciones dadas por Morales acerca de la propiedad del semoviente y del hecho de haberse salido de la finca de la señora Mariana Salazar v. de Jaramillo; entre la culpa de ésta por dicho descuido, y el cobro de perjuicios que le iba a demandar el acusado; y entre la afirmación de éste, de que la vaca iba a ser expendida en Supía y la profesión de carnicero de Morales en esa población y en Riosucio.

"Tan perfecta concordancia de los hechos—prosigue—jamás habríase presentado si el testigo hubiera mentido, o si su imaginación hubiera llenado los vacíos de la realidad, porque quien falta a la verdad algo exagera u olvida.

"Por otra parte, el recurrir Morales al nombre de la señora Mariana Salazar tiene su explicación en los autos, por cuanto la res sustraída iba señalada con los signos "2H", correspondientes a la marca usada por dicha señora para distinguir sus ganados y comprobar la propiedad de ellos.

"Y el nombrar el mismo procesado la población de Supía como el lugar en donde se iba a sacrificar la res, también tiene pleno respaldo en el expediente, porque el propio Morales confesó que el día de la pérdida del animal, andaba en busca de ganado para la "matada" en Riosucio y Supía (f. 20), lo cual está corroborado por los testimonios de Antonio Ramírez (f. 51 v.) y Gilberto Trejos (f. 62 v.)".

Por qué se contradijo Monsalve en el careo sostenido con Morales, lo explica satisfactoriamente la Procuraduría, por las circunstancias personales y del momento: se trata de un menor de edad, campesino, que al encontrarse ante la autoridad y en frente de Morales, hombre de unos cuarenta y cinco años de edad (f. 14) y que había sido condenado antes por lesiones personales (f. 36), debió llenarse de temor y creyó más conveniente modificar sus dichos. Por supuesto que la contradicción no es general y termina ratificándose "en lo que dijo o expuso en su declaración anterior".

Por ello concluye la Procuraduría, y lo acepta la Corte, que hizo bien el Tribunal en darle crédito a la primera declaración del mentado testigo.

En cuanto al argumento de que el artículo 701 del código de procedimiento civil ordena no darle crédito al testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones, basta con responder que la apreciación de los testimonios no está sujeta a las pautas de aquel código, sino a las propias de la materia, en la que prima el criterio de la persuasión racional (artículo 224 del C. de P. P.). Y es que, como lo anota el Mi-

nisterio Público, en lo civil le basta al juzgador la verdad formal que las partes le suministren, mientras que en lo penal el juzgador debe buscar por sí mismo la verdad material, histórica o real de los hechos investigados.

c) En el testimonio de Antonio Giraldo, que no aceptó el Tribunal, "llama la atención —dice el señor Procurador— la forma precisa y rotunda como el declarante determina la fecha, el día y la hora (que corresponden al día del robo), en que dice haber visto a Morales cuando enlazó la res en el alto de 'El Chocho', empleando en ello "unos veinte minutos". Detalles éstos sobre los cuales no da ninguna razón el testigo y que, además, no se avienen con la fragilidad de la memoria y lo fugaz de los recuerdos sobre hechos que no tienen gran trascendencia para el observador ocasional. Y no hay motivo para pensar que Giraldo sea poseedor de una memoria extraordinaria y privilegiada, que le permita imprimir en su psiquismo superior, con la fidelidad de una máquina fotográfica, las experiencias pasadas, así sean éstas las más sencillas e indiferentes.

"Y si a esto se agrega — prosigue — el argumento indiscutible dado por el Tribunal, de que nadie deja para lo último la cita de un testigo que lo favorece plenamente, con tanto mayor razón tratándose de un sujeto que, como Morales, ya ha tenido qué ver con la justicia y que recurre a artimañas que dan idea de ingenio "para evadir responsabilidad", según se lee en la condena anterior sufrida por él (f. 39), es preciso concluir que el testimonio de Giraldo resulta inapto para fundar una convicción sobre la inocencia de Morales".

d) Anduvo también acertado el Tribunal al darle crédito a las afirmaciones de Senén Ríos y Gregorio Guzmán, de que fue "perfectamente imposible que el semoviente sustraído hubiera llegado, sin ser conducido, al sitio donde el procesado dice haberlo encontrado".

Es que estos declarantes basan sus dichos en el conocimiento del predio y de la región y en las circunstancias del hecho: si el semoviente estaba pastando en la finca de "La Graminia", si estaba "adehesando" en el fundo, si las cercas fueron trozadas con lima y si la distancia es de más de una legua entre el potrero y el lugar, no cabe duda sobre la deducción que los deponentes hacen de que el animal fue conducido por alguna persona.

e) En fin, que alguien hubiera atestiguado el buen proceder del sindicado en otra oportunidad, no indica que ahora no pueda aparecer como responsable de un hecho delictuoso, por la sencilla razón de que el hombre, si bien sigue la una línea más o menos uniforme de conducta, buena o mala, en un momento dado puede incurrir en un delito, por condiciones biológicas y por circunstancias ambientales y del momento. Esa razón tiene su valor, indudablemente, pero es genérica y vaga y no acredita con mucha fuerza que el acusado no sea el autor del ilícito que se le imputó, en presencia de las pruebas que como tal lo señalan.

Contra Víctor Eduardo Morales se acumularon, pues, varios indicios graves, en los cuales se fundó la sentencia condenatoria. Sobre la base de que el semoviente fue sustraído del fundo en que pastaba rompiendo las cercas con una lima, en uno de cuyos alambres dejó pegados algunos pelos, estos son los indicios que lo acusan como autor del hecho:

a) En su poder estuvo el animal, en horas de la madrugada y después de haber sido sacado del potrero donde lo mantenía su dueño;

b) Morales es carnicero de profesión y tenía necesidad de conseguir una res para darla al consumo en el tiempo en que se cometió el delito;

c) Fue contradicho, en puntos importantes de su indagatoria, por Roberto Monsalve, Senén Ríos y Gregorio Guzmán; y

d) No haber dado aviso a las autoridades del hallazgo del animal ni haberlo comunicado así a quienes lo vieron conduciéndolo, que fueron los testigos Francisco González, Rafael Rojas y Fortunato Calvo.

Más o menos estos son los indicios que el Tribunal invoca como fundamento de su decisión.

Como, según lo expuesto, no apreció el Tribunal erradamente tales pruebas, la causal invocada no puede prosperar.

Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal.

La funda el demandante en la segunda, esto es, en que los indicios que sirvieron de base a la sentencia condenatoria no tenían el valor de plena prueba de la responsabilidad del acusado.

Pero habiéndose analizado debidamente esos indicios en el anterior aparte y habiendo llegado a la conclusión de que los cargos contra la sentencia no son aceptables, tampoco puede prosperar esta causal.

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.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — INDICIOS. — SU APRECIACION

1. — La primera parte del ordinal 2° del artículo 567 del C. de P. P. hace relación a cuestiones que se rozan directamente con los hechos sobre que versa el proceso, en lo tocante con su interpretación y apreciación. Por lo tanto, dicha causal no implica otra cosa que una confrontación de los elementos de juicio que fueron discriminados en la sentencia que se impugna, con las constancias procesales, a fin de determinar si el Tribunal sentenciador fue errado intérprete de esos hechos o los apreció en forma equivocada, casos ambos en que tendría que prosperar la crítica contra la sentencia, que es, por cierto, el propósito perseguido con el recurso.

2.—La labor del recurrente para fundar la causal 2ª alegada, se concreta a insistir en la afirmación de que los hechos que sirven de base al establecimiento de la responsabilidad del reo no tienen fuerza bastante para la incriminación. Mas ocurre que el método escogido es inaceptable, porque proviene de un concepto equivocado sobre la manera como debe apreciarse la prueba circunstancial. Esta prueba no puede desconceptuarse o desvalorizarse, como lo pretende el recurrente, separando cada uno de los hechos que comportan indicios de responsabilidad, para atacarlos aisladamente. Tal procedimiento resulta impropio, porque una de las características de esa prueba es que exista una relación o concatenación de los hechos sobre que se basa, a fin de que la conjugación de todos ellos conduzca a la conclusión que se pretende demostrar, o sea, a la realidad procesal que se trata de averiguar por ese medio lógico de descubrir un hecho desconocido, por los hechos conocidos que surgen de la investigación.

3.—Afirma Dellepiane "que la verdad en cuanto a los hechos existe siempre que la idea que el Juez se forma respecto de ellos coincida exactamente con la realidad".

Es esta realidad la que está obligado a encontrar el Juez. Por lo mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que los juzgadores de instancia deben gozar de gran amplitud para deducir las consecuencias que han de inferirse de los indicios que en un determinado juicio puedan surgir, debido precisamente a la naturaleza del proceso lógico en su esencia en que se funda la prueba circunstancial.

"Se entiende por indicio un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro" (artículo 216).

El adverbio "lógicamente" que emplea el citado artículo 216 del Código de Procedimiento Penal fue objeto de alguna controversia en el seno de la Comisión redactora de ese estatuto. Su significación fue aclarada explicando que la inferencia o hilación que conlleva el indicio consiste en una operación de la mente, que puede conducir a la certeza o a la probabilidad. Si conduce a la primera, surge el indicio necesario; si a la segunda, el que no tiene tal categoría. Mas, en ambos casos ha habido inferencia lógica, por lo cual no es posible limitar el sentido genérico de aquella expresión a lo cierto únicamente, sino que debe extenderse también a lo probable, probabilidad ésta que, de no interferir el juicio con demostraciones en contrario que la destruyan, es bastante para establecer la responsabilidad en el proceso penal, según los principios en que se informa la teoría general de la prueba, que fue la acogida en la normación que el Código de Procedimiento Penal otorga a los medios probatorios por los cuales se establece la responsabilidad en los juicios criminales.

... ...

La prueba en materia criminal es casi siempre compleja: no surge de una determinada categoría probatoria, sino del conjunto de todos los elementos que para la mente humana son susceptibles de producir la certeza. Por ello, en un determinado proceso puede ocurrir que no exista una sola prueba —tomada esta palabra en el sentido de medio probatorio— sino varias especies de

la misma, cuyo conjunto produce la prueba legal suficiente para adquirir la certeza, aunque aquéllas, independientemente consideradas, no la produzcan.

En la apreciación de los indicios el Juez procede con el criterio de desentrañar de las constancias procesales los hechos conocidos que permitan, por medio de la inferencia indiciaria, conocer el hecho desconocido que se trata de comprobar. Esta operación de la mente, que recorre todas las etapas en virtud de las cuales la inteligencia se apropia de una verdad por la certeza de su contenido, resulta del concurso que los hechos indicadores prestan a la conclusión que busca mediante la utilización o combinación de ellos, en virtud de la cual surja la certidumbre, en tanto mayor o menor grado, como ese balance de probabilidades sea capaz de provocar en el Juez la certeza, pues todas las hipótesis contrarias, y aún el azar o falsificación de la prueba (para usar la terminología de Dellepiane), quedan descartadas con el establecimiento de que la conclusión obtenida es la resultante de esa única explicación del hecho que se trata de averiguar.

Dentro de estas condiciones, es manifiesto que el Juez Penal debe gozar de amplitud en la apreciación de los indicios, por lo menos en la medida necesaria para llegar al convencimiento, tenida en cuenta la misma naturaleza de la prueba, que basada en operaciones mentales, en donde la lógica es esencial elemento de las verificaciones que del indicio emanan, no podrían quedar obstruídas por una limitación artificial, que haría inocua la prueba misma que trata de conseguirse.

El mismo Código estructura esta amplitud del juicio penal, cuando en el capítulo de las pruebas, a pesar de que prescribe que "las pruebas se apreciarán en su estimación legal", lo que, según el espíritu del artículo y el pensamiento de los autores del estatuto, implica que no prescinde de la tarifa legal de pruebas, sin embargo introdujo una modificación importante al antiguo sistema jurídico contenido en el Código derogado, según el cual la tarifa legal era cuantitativa y no cualitativa.

En el sistema vigente esto último es lo predominante, lo que quiere decir que la prueba, para su apreciación o valoración, no se cuenta, sino que se pesa por su calidad, por su fuerza de convicción, por su capacidad real para producir la certeza. En consecuencia, no es el número de los hechos, cuantitativamente considerados, sino son los hechos mismos, en su intrínseca capacidad y vigor demostrativos, los que producen esa certeza objetiva y racional que el juicio penal propugna para fundar un fallo condenatorio sobre la base de una responsabilidad adquirida mediante los elementos de juicio que se derivan del análisis crítico de los hechos probados durante la investigación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de fecha catorce de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, condenó a Jaime Zambrano a la pena principal de tres años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de robo, en bienes de las empresas comerciales denominadas "La Urbana" y "Agencias Samacá".

Contra el citado fallo interpuso el reo el recurso de casación, el cual fue declarado admisible en la Corte.

El apoderado especial designado al efecto por el procesado, dentro del término legal, presentó la demanda de casación y en ella invoca la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Los hechos que motivaron el presente sumario, sucedieron así:

"En el edificio de la carrera 9ª número 13-69 de esta ciudad, funcionan entre otras, las oficinas de las empresas llamadas "La Urbana" y "Agencias Samacá". Esas oficinas fueron objeto de visita por parte de los ladrones en la noche comprendida entre el veintiuno y el veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho. De aquellas oficinas y mediante el recurso de la violencia sobre las cosas, se sustrajeron, en dinero y objetos varios, una cantidad que alcanzó a la suma de mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos con cuarenta centavos ($ 1.448.40), así: a la empresa "La Urbana" doscientos pesos ($ 200);

una pulsera perteneciente a una de las empleadas de nombre Magdalena Ramírez, que se avaluó en la suma de doscientos pesos ($ 200.00); varios otros objetos por valor de ciento veintitrés pesos ($ 123.00) y un cheque que se hizo efectivo por la suma de cuarenta y tres pesos con diez y siete centavos ($ 43.17). Todo esto suma quinientos sesenta y seis pesos con diez y siete centavos ($ 566.17). A "Agencias Samacá", en dinero trescientos dos pesos con veintitrés centavos; una pistola marca "Colt", calibre 45, con su correspondiente funda y una caja de proyectiles para la misma, todo lo cual fue tasado en la suma de quinientos treinta pesos ($ 530.00), y en otros objetos varios la cantidad de cincuenta pesos ($ 50.00). Suman las sustracciones a "Agencias Samacá", ochocientos ochenta y dos pesos con veintitrés centavos ($ 882.23). En total, pues, el monto del ilícito asciende a la cantidad de mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos con cuarenta centavos ($ 1.448.40".

Adelantada la investigación se capturó a los responsables del delito, entre los cuales se encuentra el recurrente Jaime Zambrano, en cuyo poder se hallaron algunos de los objetos robados y quien, según se estableció en autos, estampó la firma de "Pedro Garzón N.", beneficiario del cheque por la suma de cuarenta y tres pesos con diez y siete centavos ($ 43.17), de que se hace mérito en la anterior relación de los hechos.

Para establecer la propiedad, preexistencia y consiguiente falta del dinero y objetos materia del ilícito, se allegaron a los autos, varias declaraciones, entre otras, la de Berta Franco (fol. 49 vuelto), Jaime Acosta (fol. 90 vuelto), Andrés Pisza (fol. 118) y Efraín Medina (fol. 118 vto.).

Por medio de inspección ocular (folio 82 vuelto), y con la documentación que obra a los folios de 5 a 10, inclusive, del Gabinete de Identificación de la Policía Nacional, se estableció que hubo violencia contra las cosas para perpetrar el delito.

Causal de casación alegada. — Segunda del artículo 567 del Código Procesal Penal. — Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Afirma el recurrente que al procesado Jaime Zambrano se le condenó sin existir en el expediente una demostración plena de los hechos que se le atribuyen con base en la prueba indiciaria que sirvió para pronunciar la sentencia. Y concreta, evidentemente —como lo dice la Procuraduría— la crítica a la sentencia en cuatro puntos:

"1º En la indagatoria de los sindicados Arenas, Monsalve y Neira, según los cuales Jaime Zambrano estuvo con ellos la noche víspera de la comisión del ilícito y la madrugada y mañana del día siguiente; 2º En el hecho de haber encontrado en poder de Zambrano la pistola robada en las oficinas de "La Urbana", lo mismo que los tiros y la chequera; 3º En el hecho de haber estampado en el anverso de un cheque también robado, una firma de nombre supuesto y atribuírse su escritura a Jaime Zambrano; y 4º En los antecedentes judiciales y de policía del mismo sindicado".

Concepto del Procurador

El señor Procuradod Delegado en lo Penal, combate la tesis de la demanda, porque considera que los indicios que militan en el expediente en contra de Jaime Zambrano, constituyen la plena prueba para condenar, al tenor de los artículaos 203 y 206 del Código de Procedimiento Penal.

Considera el colaborador, que no debe casarse la sentencia recurrida, porque aunque los antecedentes judiciales o de Policía que aparecen contra Zambrano, no están acreditados debidamente como para aplicarle la agravante del numeral 2º del artículo 37 del Código Penal, "con todo —dice— en concepto de la Procuraduría, la pena de tres años impuesta a Zambrano no puede rebajarse, porque, como ya se dijo, su colaboración en el robo fue muy destacada, a tal punto que se presenta como autor principal, o al menos como cómplice necesario, y no simplemente como partícipe accesorio, según lo reputó el Tribunal. Y a esto se agrega que dicho procesado incurrió también en el delito de falsedad en instrumento negociable (el cheque robado) al suplantar la firma del beneficiario, infracción que dejaron por fuera los juzgadores de instancia, sin decir por qué.

"En tal virtud, no consulta la equidad ni los intereses sociales beneficiar al acusado con la reducción de la pena, siendo así que ésta aparece inferior a las actividades punibles de aquél".

Se considera:

La causal invocada por el recurrente no puede prosperar en este proceso. Según lo dicho, ella se funda en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la cual, como lo tiene ya interpretado la jurisprudencia, apenas es viable para los jueces de derecho, como es el caso de autos, no empece a la circunstancia de que éste sea un Juez Superior, porque para es-

tos casos dicho funcionario tiene jurisdicción para conocer sin la intervención del Jurado, de acuerdo con los trámites consagrados por la ley 48 de 1936 y en virtud de las ordenaciones que surgen de los Decretos-leyes números 2326 y 4137 de 1948.

Es indudable que la primera parte del ordinal que invoca la demanda para sustentar el recurso hace relación a cuestiones que se rozan directamente con los hechos mismos sobre que versa el proceso, en lo tocante con su interpretación y apreciación. Por lo tanto, dicha causal no implica otra cosa que una confrontación de los elementos de juicio que fueron discriminados en la sentencia que se impugna, con las constancias procesales, a fin de determinar si el Tribunal sentenciador fue errado intérprete de esos hechos o los apreció en forma equivocada, casos ambos en que tendría que prosperar la crítica contra la sentencia, que es por cierto el propósito perseguido con el recurso.

En este proceso la demanda contiene una serie de argumentaciones tendientes a desconceptuar la prueba indiciaria sobre que se fundamenta la condena recaída contra Jaime Zambrano Berñal, por el delito de robo con efracción en concurrencia con otros sujetos. La labor del recurrente se concreta a insistir en la afirmación de que los hechos que sirven de base al establecimiento de la responsabilidad del reo no tienen fuerza bastante para la incriminación. Mas ocurre que el método escogido es inaceptable, porque proviene de un concepto equivocado sobre la manera como debe apreciarse la prueba circunstancial. Esta prueba no puede desconceptuarse o desvalorizarse, como lo pretende el recurrente, separando cada uno de los hechos que comportan indicios de responsabilidad, para atacarlos aisladamente. Tal procedimiento resulta impropio, porque una de las características de esa prueba es que exista una relación o concatenación de los hechos sobre que se basa, a fin de que la conjugación de todos ellos conduzca a la conclusión que se pretende demostrar, o sea a la realidad procesal que se trata de averiguar por ese medio lógico de descubrir un hecho desconocido por los hechos conocidos que surgen de la investigación.

Afirma Dellepiane "que la verdad en cuanto a los hechos existe siempre que la idea que el Juez se forma respecto de ellos coincida exactamente con la realidad".

Es esta realidad la que está obligado a encontrar el Juez. Por lo mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que los juzgadores de instancia deben gozar de gran amplitud para deducir las consecuencias que han de inferirse de los indicios que en un determinado juicio puedan surgir, debido precisamente a la naturaleza del proceso lógico en su esencia en que se funda la prueba circunstancial.

"Se entiende por indicio un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro" (artículo 216).

El adverbio "lógicamente" que emplea el citado artículo 216 del Código Procesal Penal fue objeto de alguna controversia en el seno de la Comisión redactora de ese estatuto. Su significación fue aclarada explicando que la inferencia o hilación que conlleva al indicio consiste en una operación de la mente, que puede conducir a la certeza o a la probabilidad. Si conduce a la primera, surge el indicio necesario. Si a la segunda, el que no tiene tal categoría. Mas en ambos casos ha habido inferencia lógica, por lo cual no es posible limitar el sentido genérico de aquella expresión a lo cierto únicamente, sino que debe extenderse también a lo probable. Probabilidad ésta que de no interferir el juicio con demostraciones en contrario que la destruyan, es bastante para establecer la responsabilidad en el proceso penal, según los principios en que se informa la teoría general de la prueba, que fue la acogida en la normación que el Código de Procedimiento Penal otorga a los medios probatorios por los cuales se establece la responsabilidad en los juicios criminales.

Antes de analizar en este fallo los fundamentos legales que sirvieron de presupuesto probatorio a las conclusiones de la sentencia condenatoria que se impugna en casación, resulta oportuno hacer un somero análisis abstracto de la prueba indicial, a fin de confrontar las enseñanzas de la doctrina con los hechos que se juzgaron suficientes para responsabilizar a Zambrano por el delito de robo cometido con la participación de otros tres sujetos—también condenados—pero que no intentaron recurso alguno contra el fallo.

La prueba en materia criminal es casi siempre compleja. No surge de una determinada categoría probatoria, sino del conjunto de todos los elementos que para la mente humana son susceptibles de producir la certeza. Por ello en un determinado proceso puede ocurrir que no exista una sola prueba —tomada esta palabra en el sentido de medio probatorio— sino varias especies de la misma, cuyo conjunto produce la prueba

legal suficiente para adquirir la certeza, aunque aquéllas, independientemente consideradas, no la produzcan.

En la apreciación de los indicios el Juez procede con el criterio de desentrañar de las constancias procesales los hechos conocidos que permitan, por medio de la inferencia indiciaria, conocer el hecho desconocido que se trata de comprobar. Esta operación de la mente, que recorre todas las etapas en virtud de las cuales la inteligencia se apropia de una verdad por la certeza de su contenido, resulta del concurso que los hechos indicadores prestan a la conclusión que se busca mediante la utilización o combinación de ellos, en virtud de la cual surja la certidumbre, en tanto mayor o menor grado, como ese balance de probabilidades sea capaz de provocar en el Juez la certeza, pues todas las hipótesis contrarias y aun la presencia del azar o falsificación de la prueba (para usar la terminología de Dellepiane), quedan descartadas con el establecimiento de que la conclusión obtenida es la resultante de esa única explicación del hecho que se trata de averiguar.

Dentro de estas condiciones, es manifiesto que el Juez penal debe gozar de amplitud en la apreciación de los indicios, por lo menos en la medida necesaria para llegar al convencimiento, tenida en cuenta la misma naturaleza de la prueba, que basada en operaciones mentales, en donde la lógica es esencial elemento de las verificaciones que del indicio emanan, no podrían quedar obstruídas por una limitación artificial, que haría inocua la prueba misma que trata de conseguirse.

El mismo Código estructura esta amplitud del juicio penal, cuando en el capítulo de las pruebas, a pesar de que prescribe que "las pruebas se apreciarán en su estimación legal", lo que según el espíritu del artículo y el pensamiento de los autores del estatuto, implica que no se prescinde de la tarifa legal de pruebas, sin embargo introdujo una modificación importante al antiguo sistema jurídico contenido en el Código derogado, según el cual la tarifa legal era cuantitativa y no cualitativa.

En el sistema vigente, esto último es lo predominante, lo que quiere decir que la prueba, para su apreciación o valoración, no se cuenta, sino que se pesa por su calidad, por su fuerza de convicción, por su capacidad real para producir la certeza. En consecuencia, no es el número de los hechos, cuantitativamente considerados sino son los hechos mismos, en su intrínseca capacidad y vigor demostrativos, los que producen esa certeza objetiva y racional que el juicio penal propugna para fundar un fallo condenatorio, sobre la base de una responsabilidad adquirida mediante los elementos de juicio que se derivan del análisis crítico de los hechos probados durante la investigación.

Verdad es que no resulta tarea fácil para el Juez esa valoración o apreciación de esos hechos. Sobre todo en cierta clase de delitos, como los producidos contra la propiedad ajena, que por la misma clandestinidad con que son ejecutados, impiden un conocimiento de sus autores adquirido por los métodos de percepción que provienen de las pruebas directas y, por consiguiente, la comprobación debe fundarse en medios probatorios circunstanciales.

"Dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal —ha dicho esta Sala— la prueba indiciaria desempeña un papel preponderante en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito. Establecida la existencia del cuerpo del delito en su aspecto material y en presencia de uno o varios indicios comprobados, por vía de inferencia de la naturaleza de las cosas, se llega al conocimiento de otro factor desconocído, cual es el de la responsabilidad del autor.

"En los delitos de robo es muy difícil encontrar una prueba directa que determine la responsabilidad del autor, pues esta clase de ilícitos, por su naturaleza, se realizan a espaldas de todo espectador y sin testigos presenciales. En tal evento, el juzgador busca, no la prueba directa, sino la indiciaria, los elementos necesarios para deducir responsabilidad.

"En la valoración de la prueba indiciaria el Tribunal goza de libertad y amplitud necesarias para fijar su criterio frente a la prueba recogida, y la Corte no podría variar tal apreciación sino mediante la comprobación de errores manifiestamente notorios, que estén en desacuerdo con la evidencia de los hechos demostrados. Sólo así es dable casar la sentencia con base en la causal segunda". (GACETA JUDICIAL, Tomo LX, números 2029 a 2031, página 256).

Si en un proceso se demuestra que uno de los incriminados estuvo durante la noche de la consumación de un robo con los sujetos comprometidos en su ejecución; que estuvo también por los lugares o sitios próximos a aquellos en donde fue cometido el delito; que participó del botín; que tuvo en su poder objetos de los sustraídos con la infracción; que intentó venderlos y cuando lo hacía fue sorprendido con ellos en su

poder; que participó en la falsificación de la firma del beneficiario de un cheque, también objeto del reato sin cuya participación ese instrumento negociable no habría sido pagado; y en fin, que ese sujeto no goza de buena conducta en materia de respeto para la propiedad ajena, es manifiesto que aparecen establecidos una serie de hechos circunstanciales, mediante los cuales es posible descubrir que el incriminado fue uno de los autores, partícipes o cómplices de la infracción que se le imputa.

Este es el caso del proceso en estudio. Contra Zambrano existen todos esos elementos de juicio, producidos mediante hechos que es preciso reconocer como probados y con evidencia suficiente para establecer su culpabilidad.

En efecto, ninguno de ellos ha sido contraprobado o siquiera establecida una hipótesis que le sea contraria y produzca así la probabilidad o verosimilitud de una demostración distinta. El reo se ha limitado a negar sistemáticamente los cargos, aun aquellos establecidos con evidencia, como por ejemplo, que con su letra suplantó el nombre de Pedro Garzón, para poder cobrar un cheque en el Banco Industrial Colombiano, hecho demostrado con una prueba pericial que no admite duda por la forma categóricamente afirmativa que contiene el dictamen de expertos, en donde se insertan conclusiones como éstas:

"Todas las pruebas al dictado producidas por los sindicados llevan el sello de la sinceridad gráfica, que es la expedición libre y natural del sujeto en el acto de escribir, con excepción de la que procuró a folio 78 y 79 el sindicado Jaime Zambrano. Cuando a simple vista se observa que un sujeto se esfuerza por realizar una escritura forzada a fin de despistar el ojo del experimentador, el funcionario debe suspender la diligencia y tratar de obtener, por medio de las requisas o de las rondas, papeles escritos de aquél. Pero si esto resulta imposible, debe realizarse la prueba al dictado en tres jornadas diferentes y distantes no menos de tres días entre sí y con textos distintos.

"No obstante el empeño doloso de Zambrano para procurar un dictado simulatorio, se descubren en su escritura de prueba varios importantes signos idióticos que obran dentro de la firma que dice "Pedro Garzón N." trazada al dorso del cheque del folio 64. Para evitar que los falsarios reciban una fácil y gratuita instrucción sobre la materia, omitimos la descripción de los signos.

"En nuestro concepto el autor de la firma que se menciona en la observación precedente fue trazada por la mano del sindicado que responde al nombre de Jaime Zambrano.

Todos los demás indicios demostrados en contra de Zambrano así como la negación sistemática de hechos establecidos que fueron objeto de detenido análisis en las providencias de instancia, pregonan la responsabilidad del reo. Luego la sentencia apreció bien y valoró con exactitud el acervo probatorio reunido contra el recurrente.

El Tribunal de instancia al computar la penalidad de Zambrano Bernal tuvo en cuenta las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que en su contra obran y al equilibrar la sanción para efectos de individualizarla, le impuso la pena de tres años de presidio, que no permite modificación alguna porque guarda proporción a la índole y gravedad del delito y al daño social causado por el mismo, como que la frecuencia de su comisión en la ciudad de Bogotá es sin duda el más agudo problema de la criminalidad en Colombia, siendo de esta suerte necesario que la justicia penal sea rigurosa para quienes atentan contra la propiedad en medida no igualada, con la audacia más extraordinaria y rebasando cuantos sistemas se buscan para conjurar un auténtico estado de inseguridad, cada día más grave.

Por lo demás, la causal alegada no comporta crítica alguna a la manera de aplicar el derecho al caso **sub judice**, y por tanto, la Corte rebasaría su misión si entrara en ese aspecto del problema. Analizados ya esos indicios y hallados suficientes para establecer la responsabilidad de Zambrano Bernal, la sentencia condenatoria es apenas la resultante de aquella premisa o sea la adecuada y exacta apreciación de la prueba incriminativa.

En consecuencia, la causal alegada no puede prosperar.

Por las razones 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 señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha catorce de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, por la cual se condenó, entre otros, a Jaime Zambrano Bernal a la pena principal de tres años de presidio, como responsable del delito de robo de que tratan las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

FIRMA DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES

Si la ley no ha definido —en materia judicial —lo que deba entenderse por firma entera, es lógico suponer que esa firma se entiende representada por la expresión gráfica que los Magistrados acostumbran poner en sus actos públicos y privados, y esa atestación debe ser considerada por el juzgador como la firma del funcionario, mientras a ello no se oponga ningún precepto legal, ni sea tachada de falsa.

Lo deseable sería que las firmas fueran legibles, pero como en el Código de Organización Judicial no existe disposición expresa sobre el particular, esas firmas hay que presumirlas completas y auténticas mientras no sean impugnadas por los medios legales.

(Auto dictado en el trámite del recurso de casación interpuesto por Nicolás Jiménez Blanco y Juan Cotes, procesados por el delito de robo, contra la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Barranquilla).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero tres de mil novecientos cincuenta.

El señor Procurador Delegado en lo Penal pide a la Corte la devolución del presente negocio al Tribunal Superior de Barranquilla, para que esta entidad cumpla con lo dispuesto por los artículos 143 y 149 del Código de Procedimiento Penal.

Estas disposiciones determinan que la firma de todo acto o documento debe contener el nombre y apellido completos del firmante, y que en las actuaciones judiciales los empleados deben usar firma entera, salvo en los autos de sustanciación.

"Las firmas de los Magistrados doctores Arnaldo Donado y José Luis Alandete —dice el Procurador— no están completas en las providencias mencionadas y especialmente la del último, que sólo representa unos signos complicados y a manera de jeroglífico.

"Si no fuera porque en la sentencia se escribieron esos nombres y apellidos a máquina, nadie podría descifrarlos.

"En esta forma, el auto en que se concedió el recurso de casación está indebidamente firmado y carece de valor, por lo cual, la jurisdicción la conserva aún el Tribunal y la Corte no la ha adquirido para tramitar y fallar dicho recurso extraordinario.

Se considera:

Es evidente que el auto de cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve por el cual se concedió el recurso de casación no contiene las firmas legibles de los Magistrados que lo suscribieron, pero esa circunstancia no le quita ninguna validez a dicha providencia.

La ley exige que todo auto debe contener el nombre y apellido completos de los firmantes y que éstos deben usar la firma entera, pero estas disposiciones no establecen que esa firma o el nombre y apellidos del funcionario que suscribe la providencia deban ser legibles para que tengan validez.

El auto se halla debidamente firmado por los Magistrados que componen la Sala, pues la circunstancia de que los signos escritos no sean lo suficientemente claros no significa que esa firma no corresponda a la persona del funcionario que la suscribió.

Si esas firmas hubieran sido tachadas de falsas o impugnadas por cualesquiera de los modos que establece la ley, entonces sí, podría decirse que el auto carece de valor, y que la Corte no tiene jurisdicción para conocer de tal negocio en su tramitación y fallo. Las firmas puestas al pie de una providencia o de una determinada actuación tienden a garantizar la autenticidad de dicha diligencia, y mientras esas firmas no sean impugnadas, el juzgador no puede restarles validez a esos actos: para los efectos legales tiene que considerar esa firma como la que corresponde al nombre y apellido del funcionario que la suscribió.

Claro está que las irregularidades anotadas por el señor Procurador revelan un profundo descuido respecto de los magistrados del Tribunal, y lo aconsejable sería que estos funcionarios suscribieran esas providencias poniendo su nombre y apellido en forma clara y concreta, pero —se repite— esa irregularidad no está prevista por la ley como causal de nulidad, ni le resta validez jurídica a la providencia.

En consecuencia, vuelva el presente negocio al señor Procurador para que se cumpla con lo dispuesto en auto de veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Notifíquese.

Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta.

Vistos:

El Procurador Delegado en lo Penal pide que se revoque el auto de tres de febrero "por no proceder de toda la Sala Penal de la Corte, y que hecho esto, la "Sala considere las razones de fondo sobre la validez del auto del Tribunal Superior de Barranquilla que concedió el recurso de casación en el presente negocio".

Reposición

Se funda en dos motivos que se expresan así:

1° "El primero consiste en que el auto recurrido de la H. Corte, fue firmado por un solo Magistrado, debiendo serlo por toda la Sala Penal, ya que en esa providencia se resuelve un incidente, algo de fondo, como es el valor jurídico que tenga el auto del Tribunal referente a la concesión del recurso extraordinario. Todo lo que afecte dicho auto, mira a la jurisdicción; y tanto es ello así que la misma H. Corte ha sostenido, reiteradamente, que tal providencia es interlocutoria y debe estar firmada por todos los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal, para que la Corte adquiera jurisdicción".

"El H. Magistrado sustanciador en este asunto, al negar la petición del Ministerio Público, alega que la irregularidad anotada "no está prevista por la ley como causal de nulidad, ni le resta validez jurídica a la providencia".

"Luego allí se decidió algo fundamental, una negativa de nulidad, en resumen. Y, así las cosas, el auto de la H. Corte es interlocutorio y debió firmarlo toda la Sala Penal, al tenor de los artículos 156, numeral 2º, y 161 del Código de Procedimiento Penal".

2º Que "el tema sostenido por el Ministerio Público" es el de "que las firmas empleadas por los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla no están **completas o enteras** y que contravienen, en forma palmaria, el mandato de los artículos 143 del Código de Procedimiento Penal, 349 del Judicial y 321 del Código de Régimen Político y Municipal...".

"Esas firmas enteras pueden estar escritas con mala letra y ello es indiferente para la ley; lo que ésta no tolera es que el nombre y apellido del funcionario estén con iniciales, o de modo deficiente, por no contener todas las letras que ese nombre y apellido requieren conforme al alfabeto.

"Una cosa es, pues, la buena letra que tengan los funcionarios, y otra, muy distinta, la forma completa como éstos deben escribir sus nombres y apellidos en las resoluciones judiciales".

Se considera:

La Corte siempre ha considerado las peticiones del señor Procurador con el respeto y admiración que le son debidos a tan ilustre colaborador porque ellas no tienen ánimo alguno de polémica, sino el afán de buscar dentro de los textos legales la interpretación que más se acomode a la realidad de los hechos investigados; y cuando se trata de interpretar la ley, sus estudios han sido la norma para buscar soluciones que encuadren con mayor acierto dentro de los postulados generales del derecho, y en esta misma forma, habrán de considerarse las razones que invoca para pedir la revocatoria del auto reclamado.

La providencia de tres de febrero del presente año, no fue firmada por toda la Sala, porque— previa consulta que a ella se hizo— se acordó que no se trataba de resolver sobre un incidente fundamental del proceso, sino únicamente de una cuestión accidental relativa al desenvolvimiento normal de la actuación procesal como era el trámite que debe imprimirse al recurso de casación dentro del respectivo juicio.

No se consideró, por ningún aspecto, el valor jurídico que tuviera el auto del Tribunal, en relación con el problema jurisdiccional que tenga la Corte para conocer del negocio, porque para llegar a esa conclusión debería considerarse, previamente, sobre la nulidad de la actuación cumplida a partir del auto de fecha 30 de agosto del presente año, para luego resolver si el auto por el cual se concede o se niega el recurso era inexistente.

Unicamente se examinó el punto relativo a si

las firmas de los Magistrados eran o no completas, ya que algunas de ellas están representadas por signos que, en sentir del colaborador, no son la expresión de la firma de dichos funcionarios, y sobre este tópico se pronunció la Corte en la providencia reclamada.

En cuanto al segundo punto se observa:

Si la ley no ha definido—en materia judicial— lo que deba entenderse por firma entera, es lógico suponer que esa firma se entienda representada por la expresión gráfica que los Magistrados acostumbran poner en sus actos públicos y privados, y esa atestación debe ser considerada por el juzgador como la firma del funcionario, mientras a ello no se oponga ningún precepto de orden legal, ni sea tachada de falsa.

Tan cierto es que esos signos gráficos constituyen la expresión de la firma de los Magistrados, cuanto que, en la misma sentencia los usan en idéntica forma, con la circunstancia de que al pie de cada una de esas firmas se halla escrito en máquina el nombre de cada uno de los Magistrados, y esa providencia no ha sido reclamada porque en ella no se ha puesto la firma completa, ni tampoco tachada de inexistencia.

Lo deseable sería que las firmas fueran —se repite— legibles, pero como en el Código de Organización Judicial no existe disposición expresa sobre el particular, esas firmas hay que presumirlas completas y auténticas mientras no sean impugnadas por los medios legales.

La Corte no podría sostener que el acto es inexistente por falta de firmas, porque a esto bien puede oponerse el argumento de que los Magistrados firmantes expresen que esa es la firma que acostumbran en sus actos públicos y privados, y ante una declaración de esta naturaleza, y no existiendo precepto expreso que así lo determine, esas firmas que corresponden al nombre y apellido de los Magistrados que rubricaron la providencia le dan autenticidad al auto, porque ellas se presume fueron escritas a mano por los funcionarios que firmaron la providencia.

La tesis defendida por el Agente del Ministerio Público, encomiable desde todo punto de vista que se la considere, sería de consecuencias peligrosas para la administración de justicia, porque de aceptarla en su integridad, su conclusión lógica sería la declaratoria de inexistencia de la mayor parte de los procesos judiciales. Por regla general, los funcionarios de la rama jurisdiccional no firman poniendo todas y cada una de las letras de su nombre y apellido, y en ausencia de esta formalidad todos esos procesos serían inexistentes, y éste no puede ser el espíritu de la ley.

En consecuencia la Corte no repone la providencia de tres de febrero del presente año, y ordena se dé cumplimiento a lo dispuesto en auto de veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Notifíquese.

Domingo Sarasty M.

Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla consulta la providencia de nueve de julio de mil novecientos cuarenta y nueve por la cual declara cesado el procedimiento adelantado contra el doctor César Augusto Antequera, Juez Tercero del Circuito Penal, en atención a que el hecho imputado no existió como delito.

Antecedentes

En auto de veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, el Tribunal ordenó sacar copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad en que hubiera incurrido el Juez de Circuito que conoció del proceso adelantado contra el señor Pedro Cabrera.

"El 17 de octubre de 1945 —dice la Procuraduría— le fue repartido al Juzgado 3° Penal del Circuito de Barranquilla el sumario por abuso de autoridad contra Pedro Cabrera, Juez Municipal de Soledad.

"El 24 del mismo octubre, el negocio fue pasado a la mesa del Juez. Y posteriormente, con fecha 4 de febrero de 1948, sin saberse por qué, el proceso volvió al despacho del funcionario. Este, el propio 4 de febrero, dispuso oír el concepto del Personero Municipal para los efectos del artículo 153 del Código de Procedimiento.

'Devuelto el negocio por el Personero el 6 de febrero de 1948, el señor Juez, doctor Augusto César Antequera, declaró prescrita la acción penal en providencia de tres de marzo de dicho año".

Pruebas

Al sumario se allegaron los elementos indispensables tendientes al descubrimiento de la verdad de los hechos investigados, como son copias de las providencias dictadas en el mencionado proceso; práctica de una diligencia de inspección ocular para constatar la veracidad de los hechos denunciados; acuerdo de nombramiento y la correspondiente posesión; también se recibió declaración indagatoria al doctor Augusto César Antequera, en ese entonces Juez Tercero del Circuito Penal de Barranquilla.

Se considera:

No hay constancia —en estas diligencias— de que el doctor César Augusto Antequera hubiera incurrido en el delito de abuso de autoridad por demoras. Porque el negocio en el cual figura como sindicado el señor Pedro Cabrera no sufrió ningún retardo porque el funcionario no hubiera dictado dentro de los términos legales las providencias necesarias para impulsar la investigación criminal.

Lo que ocurre es que ese proceso, como dice el Agente del Ministerio Público, fue pasado al despacho del Juez con fecha 4 de febrero de 1948 y en esa misma fecha el Juzgado dispuso oír el concepto del Personero Municipal para los efectos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Pero el hecho de que la prescripción de la acción penal se hubiera cumplido no le es imputable, pues cuando este funcionario entró a ejercer el cargo ya se había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal. En estas condiciones la providencia del Tribunal tiene fundamento legal para confirmarla.

Por otra parte, al ser indagado el doctor Antequera expresa: "Conocí de dicho negocio y lo sentencié declarando prescrita la acción penal, sin que al proferir dicha sentencia hubiera incurrido en demoras en el proceso que se me pregunta.

"Esta afirmación del sindicado—añade el Agente del Ministerio Público—lejos de aparecer contradicha, resulta corroborada por las copias de los folios 1 a 5 de la diligencia de inspección ocular del folio 26.

"Todo parece indicar, conforme a dichas copias, que el sumario contra Cabrera permaneció olvidado en la Secretaría. En todo caso, de ese negocio vino a tener conocimiento el Juez doc-

tor Antequera el 4 de febrero de 1948, e inmediatamente dictó las providencias del caso.

"No resulta, pues, establecida ninguna negligencia de su parte en la tramitación del asunto".

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 consultada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha nueve de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

NULIDADES.—EL DEFICIENTE DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES POR PARTE DEL DEFENSOR NO CONSTITUYE NULIDAD DE LA ACTUACION

No invalida la actuación por motivo de una nulidad constitucional el hecho de que el defensor abandone por un tiempo la defensa porque en él concurra un impedimento para seguir ejerciéndola, como es el de haber sido designado funcionario público, pues es a él a quien corresponde poner en conocimiento del Tribunal este hecho, con el fin de que se lo haga saber al procesado para que éste designe un nuevo defensor o, caso de que no lo haga, el Tribunal le nombre uno de oficio.

Como lo dice la Procuraduría: "Una cosa es que al acusado se le venza sin estar asistido de un defensor, como lo requieren nuestras instituciones republicanas, por culpa del Poder Público, en virtud de que éste no se lo designó, o de que no le dio todos los medios adecuados para que pudiera ejercer su cargo; y otra cosa muy distinta es que el defensor nombrado por el procesado o por el Juez no desempeñe debidamente su cometido. Lo primero es un juzgamiento arbitrario, por cuanto desconoce el derecho de la defensa, y entonces la ley garantiza este derecho con la sanción de nulidad de lo actuado. Lo último es una culpa ajena al Poder Público y predicable únicamente del propio defensor, y entonces las consecuencias de su gestión incumplida, dentro del proceso, no son otras que las multas sucesivas que autoriza el artículo 107 del Código de Procedimiento, pero la actuación procesal es válida".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de 25 de noviembre de 1948, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, condenó a Luis Enrique Durán Maya a la pena principal de ocho meses de presidio y multa de sesenta y seis pesos ($ 66.00), como responsable del delito de lesiones personales que le causó a Ramón Angel López.

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.

Demanda

El recurrente invoca como única causal de casación la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 4ª — Nulidad del juicio.

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

El recurrente sustenta la causal en dos motivos:

1º Que en la segunda instancia del juicio se le negó al defensor del procesado una prueba fundamental, como era la tendiente a obtener un nuevo reconocimiento del ofendido, por parte de los médicos legistas, "cuya finalidad era establecer si aún existía la pleuritis anotada en los dictámenes anteriores"; y

2º Que en la misma segunda instancia del juicio, el acusado no estuvo asistido, por algún tiempo, de un defensor, o sea, "desde el primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, hasta la fecha en que fui posesionado como su nuevo defensor".

Los dos cargos anteriores los hace incidir el recurrente en una de las llamadas nulidades constitucionales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta. Es decir, que la tacha fundamental formulada se basa en que se pretermitieron las formalidades propias del juicio penal, lo que de ser cierto constituiría una nulidad de tal carácter, toda vez que la violación de ese principio invalida el proceso por infringir la norma constitucional citada.

Se estudiarán por separado los dos cargos para deducir si la argumentación del recurrente tiene fundamento, caso en el cual prosperaría la causal alegada, o si por el contrario, no tiene respaldo en la actuación procesal, en cuyo evento la causal 4ª de casación habría que desecharla.

Primer cargo: Negativa de una prueba pericial.

Abierto a pruebas el juicio en su 2ª instancia y antes de estar corrido el término para producirlas, el defensor de Luis Enrique Durán Maya (procesado) pidió al Tribunal que los señores médicos legistas le practicaran un nuevo reconocimiento al ofendido "para que expongan si la pleuritis de que habla el diçtamen médico en su último reconocimiento, ha dejado de existir y por lo tanto la lesión sufrida sólo dejó consecuencias de carácter transitorio y no permanente".

El Tribunal, en providencia de 12 de marzo de 1948, negó la prueba solicitada, basándose en que "es un hecho establecido plenamente en los autos que Ramón Angel López a consecuencia de las lesiones sufridas tuvo una incapacidad legal de veinte días, quedándole como consecuencia inherente a las mismas, una pleuritis de carácter permanente. Así lo dictaminaron los médicos legistas en su informe rendido el 17 de enero de 1945 con el número 4219 y en vista del examen radiográfico de la lesión que presentó el señor López, como puede verse a fs. 94 y 95, ratificándose posteriormente en ese dictamen según aparece del informe rendido el 2 de febrero del mismo año y que obra al folio 97 del proceso".

Contra la anterior providencia se interpuso recurso de reposición que tampoco prosperó, y en esta ocasión dijo el Tribunal, en auto de 30 de abril de 1948, lo siguiente:

"...Se tiene que en los reconocimientos citados, los señores Médicos Legistas, llegaron a una conclusión terminante sobre las consecuencias de las lesiones sufridas por el ofendido, luego se trata de hechos suficientemente probados en los autos, y entonces hay que concluir que es fundada la negativa de la prueba que se dio ya al doctor Pérez como defensor de Durán Maya, no sin dejar de reconocer, como él mismo lo dice, que las lesiones de la pleura no siempre dejan consecuencias irreparables, pero en el caso de autos está esclarecido hasta la saciedad que la pleuritis que sufre el ofendido como consecuencia inherente a las lesiones, es de carácter permanente. Lo demás, es una suposición, basada en hipótesis, de parte del señor defensor".

El Tribunal negó la prueba pericial solicitada basándose en lo dispuesto por los artículos 449 y 544 del Código de Procedimiento Penal, según los cuales las partes no podrán pedir la práctica de pruebas sobre hechos suficientemente probados en el expediente, a menos que tiendan a aclarar o rectificar los mismos hechos.

Evidentemente el proceso exhibe las siguientes pruebas tendientes a establecer las secuelas de la lesión sufrida por el ofendido en la base del pulmón derecho:

Los médicos legistas municipales de Palmira, expusieron:

"Ramón Angel López, herido el mes de mayo pasado en la base del pulmón y cuya complicación exigió una grave intervención quirúrgica, continúa aún supurando por su drenaje costal. Su incapacidad debe fijarse en dos meses y medio, es decir en 75 días. Le queda un defecto consistente en la deformación lateral del tórax y una lesión caracterizada por la retracción pulmonar. Estas secuelas no pueden calificarse de graves en cuanto a su intensidad, pero lo son por su mortificación y permanencia".

El funcionario de instrucción, Alcalde Municipal de Palmira, recurrió a los señores médicos legistas de Cali para que le practicaran al lesionado un reconocimiento y le fijaran la incapacidad y las consecuencias sufridas, pero los facultativos manifestaron que para rendir su dictamen se hacía necesaria una radiografía en que conste "la magnitud del derrame pleurítico".

Llenado este requisito radiográfico, exigido por los legistas, éstos examinaron a Ramón Angel López, y expusieron:

"...En nuestra anterior comunicación exigimos el informe radiográfico de la lesión que presenta el señor López y hoy se ha presentado a nuestras oficinas el citado señor López con el siguiente informe que copiado es del tenor siguiente:

"Palmira, enero 17 de 1945 — Señor Jefe del Ramo Penal de la Alcaldía Municipal—Palmira. En respuesta a su oficio número 419, me permito informar a usted que en el examen fluoroscópico del señor Ramón Angel López se observa el siguiente resultado: "Existe un hematoma en vía de reabsorción; concomitante con un neumotórax derecho traumático, que pueden considerarse como transitorios. Existe una paquipleuritis extensa con adherencias a la pared costal y el diafragma; consecuencia de la reabsorción parcial del hematoma; y que pueden considerarse como lesiones permanentes. De usted muy atentamente, (fdo.) R. Hernández R., Médico Jefe.

Hay un sello que dice: Dispensario Antituberculoso—Palmira".

"Que la incapacidad legal fue de veinte (20) días. Como consecuencias inherentes a las lesiones le queda una pleuritis de carácter permanente".

Lo anterior indica que de acuerdo con las probanzas de autos era un hecho que no admitía lugar a dudas el de que las consecuencias de la lesión sufrida por Ramón Angel López, estaban ya determinadas y calificadas como permanentes por los señores médicos legistas que reconocieron al ofendido. De ahí que sea apenas razonable la negativa que el Tribunal hizo de la prueba pericial pedida por el defensor sobre los resultados o consecuencias de la lesión, pues el hecho que se pretendía demostrar ya estaba suficientemente probado en el proceso, y no se trataba de aclarar o rectificar ese mismo hecho. De tal suerte que el Tribunal no hizo otra cosa que dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 449 y 544 del Código de Procedimiento Penal.

"...Y así las cosas —dice el señor Procurador Delegado en lo Penal —el Tribunal ejerció debidamente la facultad conferida por los artículos 449 y 544 mencionados, al rechazar una prueba que en nada podía rectificar o aclarar lo que ya era un hecho plenamente probado e inmodificable en el proceso.

"Conclúyese, pues, que no hubo arbitrariedad o desconocimiento de los derechos del procesado que le mermaran las garantías a que alude el artículo 26 de la Constitución Nacional, como lo sostiene el demandante.

'Cierto que la H. Corte, en otras ocasiones, ha declarado la nulidad del juicio por no recogerse las pruebas pedidas por la defensa; pero ello ha ocurrido en situaciones muy distintas a la actual, o sea, cuando el mismo Juez del conocimiento, a pesar de haber ordenado practicar las pruebas por ser oportunas y conducentes, se abstuvo de llevarlas a término, sin razón ni justicia. En esa forma, sí hubo abuso del Poder Público, y era preciso restablecer el derecho lesionado del sujeto pasivo de la acción penal, decretando la nulidad alegada. Mas ese abuso está muy lejos de haberse cometido aquí..."

Lo anterior indica que el primer cargo contra la sentencia no tiene fundamento y, por tanto, se rechaza.

Segundo cargo: Carencia temporal de defensor

Afirma el recurrente que fue violatorio del artículo 26 de la Constitución, el hecho de adelantarse el proceso penal contra el procesado, desde el 1º de junio de 1948 hasta el 11 de octubre del mismo año, sin haber sido asistido por un defensor.

De autos aparece que en el acto de la notificación del auto de proceder, el procesado nombró defensor al doctor Jesús María Toro Márquez, quien lo asistió y representó durante toda la fase de la primera instancia del juicio y parte de la segunda. Cuando el juicio se hallaba en el Tribunal y estaba para correr traslado al Fiscal, con el fin de que lo estudiara y manifestara si tenía pruebas que pedir, el procesado designó como defensor al doctor Pablo José Pérez, quien se posesionó el 26 de noviembre de 1947. El defensor, doctor Pérez, actuó en el término probatorio de la segunda instancia, solicitando el nuevo dictamen médico legal sobre las consecuencias de la lesión de que se habló anteriormente al estudiar el primer cargo contra la sentencia, y pidiendo reposición de la providencia que le negó esa prueba. El juicio siguió su curso legal hasta la citación para sentencia, habiéndose notificado las providencias dictadas, por estado, al procesado, quien gozaba de libertad, y al defensor. Con fecha 10 de agosto de 1948 y ya cuando había vencido el término para alegar de conclusión, el procesado nombró defensor al doctor Carlos Arturo Gil, quien tomó posesión el 11 de octubre del mismo año, y quien, una vez posesionado, pidió al Tribunal la nulidad de lo actuado con base en los dos motivos que ahora ha revivido en casación. Y para sustentar el segundo motivo —falta temporal de defensor— acompañó un certificado del señor Alcalde Municipal de Cali, en que consta que el doctor Pablo José Pérez, venía desempeñando el cargo de Secretario de Hacienda del Municipio, desde el 1º de junio de 1948 hasta el 10 de septiembre del mismo año.

El Tribunal rechazó en la sentencia que es hoy materia de casación la nulidad invocada, por considerar que el procesado Durán Maya "ha gozado de todas las garantías, siempre lo han asistido defensores y éstos han hecho uso de todos los recursos que la ley les concede en beneficio de su patrocinado. Luego no es cierto que Luis Enrique Durán Maya ha venido a ser condenado "en un estado absoluto de indefensión ante la ley".

Evidentemente, en el período de la primera instancia del juicio y parte de la segunda, el procesado Durán Maya estuvo asistido y representado por su defensor doctor Jesús María Toro Márquez; posteriormente lo representó el doctor

Pablo José Pérez en el momento importantísimo de producir pruebas ante el superior; y, finalmente, ejerció la defensa el doctor Carlos Arturo Gil, quien solicitó la nulidad del juicio antes de pronunciarse la sentencia de segundo grado.

No puede negarse que hubo un espacio procesal en que el defensor doctor Pablo José Pérez no volvió a gestionar en el asunto, o sea, desde el auto de 30 de abril de 1948 que le negó la reposición de la providencia que rechazó la prueba pericial solicitada, hasta el día 11 de octubre del mismo año, en que se posesionó el doctor Carlos Arturo Gil como nuevo defensor. La ausencia del proceso por parte del doctor Pérez se debió, probablemente, al hecho de haber entrado a ejercer el cargo de Secretario de Hacienda del Municipio de Cali, cuya posesión se verificó el 1º de junio de 1948.

Pero es lo cierto que como a los autos no se llevó la prueba de ese hecho, ni el acusado hizo manifestación alguna ante el Tribunal sobre nombramiento de nuevo defensor hasta el 10 de septiembre de 1948, en que designó al doctor Carlos Arturo Gil, era absolutamente natural que el Tribunal tenía que seguir la actuación del juicio con el defensor doctor Pérez, pues el poder no se le había revocado ni él lo había sustituído. No habiéndose presentado el doctor Pérez a la Secretaría, las notificaciones de las providencias se le hicieron por estado, que es la forma indicada por la ley para esos casos.

Por manera que si hubo algún abandono de la defensa del procesado durante un espacio de tiempo, ello se debió a la negligencia del propio defensor doctor Pérez, quien no cumplió con el deber de informar al Tribunal que no podía seguir ejerciendo el cargo de defensor del procesado por haberse hecho cargo de la Secretaría de Hacienda del municipio. Si el doctor Pérez cumple con este deber, indudablemente el Tribunal habría requerido a Durán Maya para que designara otro defensor, o para que, en su defecto, el Tribunal se lo designara de oficio.

El mismo recurrente acepta el descuido del doctor Pérez en no dar el aviso oportuno al Tribunal, cuando dice: "Era el defensor —se refiere al doctor Pérez— quien ha debido expresar al Magistrado su nueva situación de imposibilidad en el ejercicio de la profesión con el fin de que fuera puesta en conocimiento del procesado para que éste acudiera a nombrar uno nuevo".

"Por donde se ve —dice el señor Procurador— que la falta en que incurrió el defensor es asunto que sólo le acarrea responsabilidad ante su cliente por el mal desempeño del mandato, y, a su vez, era motivo para que el juez del conocimiento hubiera sancionado esa conducta con multas sucesivas, al tenor del artículo 107, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal. Pero, en ningún caso, la renuencia o descuido del defensor en cumplir con su sagrada misión están erigidos por la ley en causal de nulidad.

"Una cosa es, pues, —continúa el Procurador— que al acusado se le venza sin estar asistido de un defensor como lo requieren nuestras instituciones republicanas, por culpa del Poder Público, en virtud de que éste no se lo designó, o de que no le dio todos los medios adecuados para que pudiera ejercer su cargo; y otra cosa, muy distinta, es que el defensor nombrado por el procesado o por el Juez no desempeñe debidamente su cometido. Lo primero es un juzgamiento arbitrario, por cuanto desconoce el derecho de la defensa, y entonces la ley garantiza este derecho con la sanción de nulidad de lo actuado. Lo último es una culpa ajena al Poder Público y predicable únicamente del propio defensor, y entonces las consecuencias de su gestión incumplida, dentro del proceso, no son otras que las multas sucesivas que autoriza el artículo 107 del Código de Procedimiento, pero la actuación procesal es válida".

El segundo cargo, por lo anterior, tampoco prospera.

Finalmente, la Sala observa que la pena de presidio no puede ser menor de un año, según el artículo 45 del Código Penal, por lo cual ha debido hacerse la conversión de que habla el artículo 60 del mismo Código.

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 INVALIDA la sentencia de fecha 25 de noviembre de 1948, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por la cual condena a Luis Enrique Durán Maya, a la pena principal de ocho meses de presidio y multa de sesenta y seis pesos ($ 66.00), como responsable del delito de lesiones personales que le causó a Ramón Angel López.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE PREVARICATO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal — Bogotá, veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Barranquilla, en providencia de 22 de octubre último, sobreseyó definitivamente en favor del doctor José Antonio Cabrales, Juez 4º del circuito civil en dicha ciudad, por los cargos que le hizo el doctor José Jorge Núñez.

"Hace muchos meses —dice el denunciante— pero muchos, que el señor Elías M. Muvdi, o la firma que él representa, remató en el juzgado de referencia dos inmuebles perseguidos en un juicio hipotecario de una señora Nucci contra otra señora Mansilla; y no ha sido posible para el rematador conseguir que el juez —como es su deber— haga la entrega de esos inmuebles. Después de mucho luchar se consiguió que resolviera uno de varios memoriales, y negó la entrega; empero ahora tiene trancada la apelación que se interpuso.

"Y si alguien sospechara que el juez está interesado en proteger a la antigua dueña y ocupante de la casa, se le llamaría maldiciente" (f. 1).

Anota el denunciante, además, que el doctor Cabrales actuó en el mentado juicio, no obstante que se hallaba impedido para conocer, por enemistad manifiesta con el denunciante, quien actuaba como apoderado del señor Muvdi para obtener la entrega de los bienes rematados (f. 8).

De los autos resulta:

a) El doctor José Antonio Cabrales era juez 4º del circuito civil de Barranquilla en la época a que se refiere la denuncia (fls. 13, 17 y 21).

b) La señora Josefina Laino de Nucci inició un juicio especial de venta de la cosa hipotecada contra la señora Isabel M. de Collante.

c) Archivado el juicio, el señor Elías M. Muvdi presentó un escrito el 9 de abril de 1948, en que se pedía la entrega del inmueble rematado (f. 44).

d) El Juzgado, en providencia de 17 de mayo, negó la entrega material, por las siguientes razones: primera, por no haber indicado el peticionario cuál era el inmueble cuya entrega pedía, pues que habían sido dos los rematados; y segunda, porque "el juez que actuaba en un juicio donde se remataban bienes, no está en la obligación de hacer la entrega material de ellos al rematador, pues sus funciones terminan con la orden de entregar dichos bienes dada en el auto aprobatorio del remate". Tesis que apoya en comentarios de un autor nacional y en doctrina del Tribunal de Bogotá (f. 44).

e) De ese auto apeló el señor Muvdi, pero el juzgado no le concedió el recurso, por no ser abogado titulado e inscrito (f. 45 v.).

f) El 1º de julio del mismo año, el señor Muvdi le dio poder al doctor José Jorge Núñez para que lo representara "en todo lo relacionado con el remate que hice de dos inmuebles en el juicio hipotecario de la señora de Nucci contra Isabel Mansilla de Collante (f. 30).

g) Por último, el 5 de junio se declaró impedido el juez y dispuso pasar el negocio al siguiente en turno, como así se hizo (f. 30).

"De la anterior relación de los hechos —dice la Procuraduría— aparece en claro que el juez no incurrió en ninguna de las dos imputaciones que le hace el doctor Núñez.

"No en la primera —haberse negado a entregar los bienes rematados— porque para llegar a esa abstención dictó un auto razonado, en que dio suficientes razones. Y si en ello se equivocó, hay que presumir que lo hizo de buena fe, porque en el proceso hay ausencia completa de que tal decisión obedeciera a móviles dañados e inmorales, como el que anota el denunciante (simpatía a la dueña y ocupante de la casa).

"Y no en la segunda —seguir actuando a pesar de estar impedido— porque tan pronto como el señor Muvdi le dio poder al doctor Núñez, el juez actuó, sí, pero para declararse impedido, como era su deber".

El sobreseimiento definitivo consultado debe, en consecuencia, recibir confirmación.

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, 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.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En grado de consulta, debe la Corte revisar el auto de veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, dictado por el Tribunal Superior de Santa Marta, por medio del cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Luis González Urbina, Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar, por el delito de prevaricato.

Hechos

El denunciante, señor Rafael Romero Cortés, formuló al doctor González Urbina, los siguientes cargos:

Que en su carácter de Juez y en el sumario contra Miguel Acosta, por destrucción de unas cercas, dictó un auto ilegal declarándose impedido para conocer de ese negocio; no comunicó tal determinación al Tribunal para efecto del reemplazo y, en cambio, pasó las diligencias al Juez Municipal de Valledupar, sin resolver la petición de embargo de bienes del sindicado, ni la de reposición del auto que ordenaba enviar el sumario al Juez Municipal, todo por animadversión contra el denunciante.

Actuación procesal

Para establecer la calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar, que conllevaba el doctor González Urbina en la época de los hechos de que se le sindica, se trajeron a los autos la copia del Acuerdo del Tribunal Superior de Santa Marta, por el cual se designó Juez Promiscuo de aquel Circuito (fol. 9), y la copia de la diligencia de posesión del cargo por el mismo, ante el Alcalde Municipal de Valledupar (fol. 11).

Desde la iniciación de la investigación, julio tres de mil novecientos cuarenta y cinco, muchas fueron las diligencias ordenadas por el Tribunal, con el fin de establecer los hechos denunciados, sin que ello diera resultado alguno satisfactorio.

Así, por ejemplo, fue decretada una inspección ocular al proceso de Miguel Acosta y esta prueba fundamental para el esclarecimiento de la verdad no pudo ser practicada, por la razón aducida por el Secretario de la Alcaldía de La Paz, en donde se hallaba el negocio. Dice así:

"Señor Alcalde: Llevo a su conocimiento que el expediente a que se contrae el auto anterior, aun cuando no aparece en inventario en esta oficina, procedí a su búsqueda, logrando localizarlo en perfecto estado de deterioro, por efectos de que el comején lo ha destruído, lo cual imposibilita ejecutar ninguna diligencia sobre él" (fol. 25 v.).

Solamente aparece la indagatoria del acusado, doctor González Urbina, quien manifiesta que en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar, hubo de declararse impedido para conocer de algunos negocios en que el doctor Romero Cortés actuaba como apoderado, obligado a ello por la necesidad moral de colocar al Juzgado fuera de toda sospecha de parcialidad, ya que el denunciante manifestaba siempre injustificada desconfianza y recelos infundados sobre la imparcialidad de sus actuaciones como Juez. Y por último agrega:

"En todas mis actuaciones me ceñí siempre, en la forma más estricta, a los preceptos de la ley. Violación maliciosa o deliberada jamás pudo imputárseme. Vano alarde sería descartar la imposibilidad del desacierto en la aplicación de la ley. Como es obvio, nadie puede, en la iniciación de su carrera, comprometerse a juzgar los distintos casos que debe examinar con la máxima exactitud que sólo a través de larga y penosa experiencia talvez se adquiere".

Se considera:

El cargo formulado por el querellante contra el Juez, doctor González Urbina, constituiría la infracción denunciada, en el caso de que hubiese sido probada. Mas como la prueba fundamental para establecer el ilícito habría sido la inspección ocular ordenada, pero no practicada por destrucción del expediente respectivo, debe concluírse con que no se tipificó la infracción.

Por otra parte, el denunciante doctor Romero Cortés no adujo prueba alguna, ni siquiera los documentos que anuncia en su escrito de queja, para sustentar su acusación.

En síntesis, el expediente levantado contra el doctor Luis González Urbina, por prevaricato, no comporta los elementos específicos de este delito y sería inútil pretender allegarlos ahora, dado el tiempo transcurrido desde la iniciación de la investigación.

Se debe, pues, teniendo en cuenta las deficiencias del sumario y las rotundas afirmaciones del sindicado, no rectificadas en manera alguna, aceptarse su inocencia y confirmar el sobreseimiento definitivo consultado, como lo solicita el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Por consiguiente, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la providencia de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta, por la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Luis González Urbina como ex-Juez del Circuito de Valledupar, por el delito de prevaricato que le fue imputado por el abogado Rafael Romero Cortés.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE PREVARICATO.—NO INCURRE EN ESTE DELITO EL FUNCIONARIO QUE USA DISTINTO CRITERIO EN EL ESTUDIO DE DOS NEGOCIOS SEMEJANTES, SIEMPRE QUE EN ESTE CAMBIO NO HAYA FAVORITISMO O INTENCION TORCIDA CIRCUNSTANCIAL

1.—Que el Magistrado hubiera usado distinto criterio en el estudio de los dos recursos en las dos oportunidades en que tuvo que hacerlo, se explica fácilmente, pues que el funcionario puede corregir su manera de pensar y de actuar en cualquier momento, siempre que en ello no haya favoritismo o intención torcida circunstancial.

2. — Aún suponiendo que el funcionario hubiera incurrido en error al interpretar la ley, tampoco hubiera incurrido en delito, porque para ello es necesaria la intención dolosa, que no se encuentra en sus procederes.

"La ley —ha dicho la Corte— no considera como infracción penal la interpretación más o menos errónea de la ley civil".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal — Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Debe calificar la Corte el mérito de las presentes diligencias, adelantadas contra el magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Justo Franco V., por acusación intentada contra él por el abogado Arturo Hernández C.

Se trata de las actuaciones del citado funcionario en el juicio de Daniel González Quintana y Beatriz Gaitán de González contra el Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A., que el abogado de los cónyuges González Quintana consideró como delictuosas.

De las pruebas allegadas al expediente resulta:

a) El doctor Justo Franco V. es magistrado del Tribunal (fls. 14 v., 18, 19 v., etc.), y le tocó conocer del mencionado juicio de los cónyuges González Quintana contra el Consorcio de Bavaria.

b) En providencia de 23 de noviembre de 1948 ordenó la práctica de algunas pruebas, entre ellas, la de un peritazgo para determinar el precio comercial de algunas acciones del Consorcio (f. 18).

c) Contra esa providencia interpuso el denunciante los recursos de "reposición o súplica". El magistrado ordenó pasar el expediente a los dos magistrados restantes de la Sala para que resolvieran la súplica, supuesto que se trataba de auto interlocutorio, pues versaba sobre la admisibilidad y conducencia de las pruebas, y éstos confirmaron lo resuelto por el ponente (fls. 19, 19 v. y 20).

d) En auto de 9 de marzo de 1949 fueron reconocidos como peritos los doctores Hernando Posada Cuéllar y Gualberto Rodríguez Peña y el denunciante pidió reposición para que esos dos nombraran el perito tercero dentro del término que el funcionario señalara, a lo cual accedió el magistrado Franco en auto de 17 de marzo del mismo año (fls. 20 v. y 21).

e) Como los peritos principales no hicieron la designación del tercero, el magistrado nombró para tal cargo al abogado Manuel Antonio Suárez Hoyos, en auto de 29 de marzo (f. 21).

f) Los peritos principales rindieron su dictamen por separado, por no haberse puesto de acuerdo, por lo cual, en auto de 7 de abril de 1949, citó al perito tercero para que rindiera el suyo dentro del término de tres días (f. 21 v.).

g) Contra esa providencia interpuso el denunciante los recursos de **"reposición o súplica"**, pero el magistrado los rechazó, pues no consideró admisible que se intentaran en esa forma, cuando cada recurso tiene condiciones para ser viable, en auto de 23 de abril último (f. 22).

Este es el principal motivo de la acusación, porque el denunciante entiende que el magistrado Franco V. le dio tiempo al perito para rendir su dictamen, cuando ha debido rendirlo con los dos principales. Así procedió, sin embargo, cuando antes sí había entendido que se trataba de un recurso de súplica y, además, en tratándose de un amigo a quien lo une "desde hace varios años una amistad muy estrecha".

h) Por último, habiendo interpuesto el recurso

de súplica ante los magistrados restantes de la Sala, le fue resuelto negativamente.

Se considera:

Sobre la particular amistad que uniera al funcionario acusado con uno de los peritos, no existe prueba en el expediente. Pero si las consideraciones que en seguida se harán dejan ver que procedió ajustado a derecho, según su leal saber y entender, no hay para qué allegar esa prueba.

Según se dejó ya expuesto, el punto central que debe resolverse es el por qué el funcionario empleó un doble criterio para desatar los recursos de "reposición o súplica" empleados contra las providencias de 23 de noviembre de 1948 y de 7 de abril de 1949.

Y la conducta del funcionario aparece plenamente satisfactoria en el particular.

En efecto, en la segunda providencia en que desata los tales recursos el magistrado hace un estudio detenido de ellos, para explicar por qué no los admite: porque cada recurso procede según la naturaleza de la providencia contra la cual se ejercita; porque los interesados en los juicios tienen que indicar con toda claridad cuáles son los que alegan; porque no todos los recursos se pueden emplear como subsidiarios de cualesquiera de los otros; y porque, en fin, los intentados no se podían proponer en esa condición de subsidiarios, por la sencilla razón de que el uno cabía ante el ponente (el de reposición) y el otro (el de súplica) ante los magistrados restantes de la Sala.

Ahora, que el magistrado hubiera usado distinto criterio en el estudio de los dos recursos en las dos oportunidades en que tuvo que hacerlo, se explica fácilmente, pues que el funcionario puede corregir su manera de pensar y de actuar en cualquier momento, siempre que en ello no haya favoritismo o intención torcida circunstancial y, además, porque si en el primero se trataba de un claro auto interlocutorio, contra el cual procedía el recurso de súplica, no así respecto del segundo, en que se trataba de un simple auto de sustanciación.

Pero es que aún suponiendo que el funcionario hubiera incurrido en error al interpretar la ley, tampoco hubiera incurrido en delito, porque para ello es necesaria la intención dolosa, que no se encuentra en sus procederes.

"La ley —ha dicho la Corte— no considera como infracción penal la interpretación más o menos errónea de la ley civil".

"...En este orden, no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana.

"Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales" (fls. 40 y 41).

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, sobresee definitivamente en favor del doctor Justo Franco V., magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, por los cargos de responsabilidad que le hizo el denunciante doctor Arturo Hernández C. y de que se ha venido hablando.

Cópiese y notifíquese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

INDICE

Págs.

SALA DE CASACION PENAL

Demoras—No son imputables al Juez aquellas en que incurran los empleados de la Secretaría al compulsar unas copias. — El auto de detención es de cumplimiento inmediato. — Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Tunja en favor del doctor Julio Roberto Galindo, por el cargo de abuso de autoridad (demoras), en el desempeño de sus funciones de Juez Penal del Circuito de Ramiriquí. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 1

Delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria. — La Corte sobresee definitivamente en favor del doctor Gerardo Arias Mejía por los cargos de abuso de autoridad y detención arbitraria que se le hicieron en su calidad de Gobernador del Departamento de Caldas. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 5

Nulidades.—Requisitos para que pueda anularse el proceso por haber sido reemplazado ilegalmente un miembro del Jurado. Prueba del parentesco en el proceso penal. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Quibdó en el proceso contra Tomás Domingo Lloreda por el delito de homicidio en Pedro Palacio Mosquera. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 8

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Agustín Gómez Prada a la sentencia anterior. 15

Delito de robo. — Momento consumativo de este delito. — Prueba de la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de los objetos materia del ilícito. — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el proceso por robo, seguido contra Luis Enrique Rodríguez, Antonio Vargas y Manuel Cortízos Guzmán. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 16

Cambio de radicación de un proceso penal.— La Corte emite concepto favorable a la solicitud de cambio de radicación del proceso seguido contra Enrique Hernández M. por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 22

Requisitos para el cambio de radicación de un proceso—La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación de un proceso seguido contra los responsables de los delitos de homicidio y otras infracciones ocurridas en el Municipio de Chita en los días 11 de abril y siguientes de 1949. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 25

Delito de detención arbitraria.—Revocatoria del auto de detención.—Requisitos formales de la providencia regulada por el artículo 153 del C. de P. P.—Se confirma adicionándola en el sentido de que el hecho imputado no ha existido, la providencia por la cual el Tribunal Superior de Santa Marta ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Manuel Antonio Ovalle, Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar, por los cargos de detención arbitraria formulados por César Alcalá. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 28

Nulidades en el sumario. — Error en cuanto al lugar donde se cometió la infracción.— La Corte invalida parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso contra Ezequiel Palacio Gómez por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Agustín Gómez Prada 30

Delito de prevaricato.—Testimonio.—Práctica

Págs.

de pruebas.—Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo proferido en favor del doctor Luis Pinilla Rodríguez por el Tribunal Superior de Pamplona. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 33

Prueba de la preexistencia de los objetos materia del ilícito en procesos por los delitos de hurto y robo. — Apreciación de pruebas por el Jurado. — La injusticia del veredicto no puede ser objeto de casación. Nulidades. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil proferida en el proceso contra Clemente, Julio Tomás, y Luis María Cáceres; Carlos Guevara, y Rito Antonio y Emiliano Muñoz, por robo. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 38

Cambio de radicación de un proceso. — La Corte emite concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso contra el capitán Israel Hurtado, por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 42

Impedimentos y recusaciones. — La opinión como causal de impedimento y de recusación.—No constituye esta opinión el hecho de haber emitido concepto acerca de la libertad provisional solicitada, ni el de haber dictado el auto de detención. — Se declara que el doctor Alberto Bravo Guerra no está impedido para actuar como fiscal de Tribunal en un proceso contra Francisco Acosta. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 43

Riña imprevista—Requisitos para que la riña y la provocación constituyan circunstancias modificadoras.—En el proceso contra Juan Bosto Carreño por el delito de homicidio en Víctor Gualdrón, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 45

Unidad del proceso penal. — Cuando en un proceso adelantado contra más de una persona por un mismo delito, el veredicto del Jurado es declarado injusto respecto de una sola de ellas o de varias, pero no de todas, el pronunciamiento de la sentencia debe suspenderse hasta que se conozca el veredicto del nuevo Jurado, para que se dicte una sola sentencia.—Complicidad secundaria.—La Corte no invalida la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó a Leví Barrera Salazar y a Salvador Rincón Guerrero, como responsables del delito de homicidio agravado cometido en la persona de Isidoro Herrera Castellanos. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 53

Delitos de abuso de autoridad (demoras y omisión de funciones) y falsedad.—Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Gabriel Aramburo, Samuel Barrientos Restrepo y Ricardo Estrada, por los cargos de abuso de autoridad y falsedad que se les imputaron en su carácter de Magistrados del Tribunal Superior de Medellín, en relación con algunas actuaciones de ellos en un proceso seguido en el dicho Tribunal contra el doctor Antonio Valencia Restrepo por un delito de intervención en política. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 58

Salvamento de voto de los HH. Magistrados doctores Francisco Bruno y Agustín Gómez Prada al auto anterior..... 68

Delito de detención arbitraria.—No lo comete el funcionario público que actuando como simple particular ordena detener a quien lo ha injuriado—En un sumario contra un Magistrado de un Tribunal, declara la Corte que tiene competencia para conocer del proceso y, en consecuencia, dispone dar cumplimiento al auto que había ordenado correr traslado al señor Procurador para que emita concepto sobre el mérito del sumario. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 70

Se repone el auto que precede.—A solicitud del Ministerio Público revoca la Corte el auto anterior, y en su lugar se declara incompetente para conocer del sumario y ordena pasarlo, para lo de su cargo, al Juez del Circuito del lugar donde sucedieron los hechos. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 72

Págs.

Ira e intenso dolor.—Interpretación del veredicto del Jurado.— El veredicto no puede ser aclarado por el Jurado después de entregado al Juez y de firmada la correspondiente acta.— No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó a Balbino Angarita Salcedo por el delito de homicidio en Juana Joya o Pinto. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 74

Impedimentos y recusaciones.— El hecho de que un funcionario haya dictado como Juez el auto de proceder en un negocio, no lo inhibe para actuar como fiscal del Tribunal en la segunda instancia en la cual se revisa la providencia que en el mismo proceso declaró prescrita la acción penal.—Se decide que no es fundado el impedimento manifestado por el doctor Miguel Angel López García, para actuar como Fiscal del Tribunal Superior de Manizales en un proceso contra Norberto Villa Acevedo. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 82

Impedimentos y recusaciones. — Por haber rendido declaración en favor del sindicado. La Corte declara no probado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Tunja doctor Aníbal Ojeda Vargas, para actuar en un proceso contra el doctor Isidro Gil Neira. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 85

Causal segunda de casación—Indicios—Cuándo hay lugar a casar la sentencia por errónea apreciación de indicios.— Testimonio. Inaplicabilidad de las normas del Código de Procedimiento Civil referentes a éste. En el proceso contra Víctor Eduardo Morales por el delito de robo, no se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja. Magistrado ponente: Doctor Agustín Gómez Prada 86

Causal segunda de casación.— Indicios.— Su apreciación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Jaime Zambrano Bernal por el delito de robo. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 91

Firma de las providencias judiciales.—No se accede a la solicitud del señor Procurador Delegado en lo Penal de que se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen, para que en el auto que concedió el recurso de casación en el proceso contra Nicolás Jiménez Blanco y Juan Cotes por robo, se dé cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 143 y 149 del C. de P. P. 96

No se repone el auto anterior.—No prospera el recurso de reposición interpuesto por el señor Procurador Delegado en lo Penal contra el auto de que da cuenta el aparte anterior 97

Delito de abuso de autoridad (demoras).— Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor César Augusto Antequera, Juez Penal del Circuito de esa ciudad. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 99

Nulidades.— El deficiente desempeño de sus funciones por parte del defensor no constituye nulidad de la actuación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso contra Luis Enrique Durán Maya por lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 101

Delito de prevaricato.—Confirma la Corte el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió, por el cargo dicho, en favor del doctor José Antonio Cabrales. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 105

Delito de abuso de autoridad.—La Corte confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta en favor del doctor Luis González Urbina. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 106

Delito de prevaricato.— No incurre en este delito el funcionario que usa distinto criterio en el estudio de dos negocios semejantes, siempre que en este cambio no haya favoritismo o intención torcida circunstancial.—Se sobresee definitivamente en favor del Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá doctor Justo Franco V., por los cargos de responsabilidad que le formuló el doctor Arturo Hernández C. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 108

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXVII - BOGOTA, COLOMBIA. - MARZO - ABRIL Y MAYO DE 1950 - NUMEROS 2081 - 2082

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION SOBRE LA EXTENSION DE UN LEGADO

La prueba testimonial no la ha acogido el Tribunal para demostrar, contra lo que reza la hijuela de adjudicación, la cosa objeto del legado, que de haber procedido así, habría incurrido en claro error de derecho; esa prueba fue utilizada para demostrar otra cosa bien distinta, como es la cantidad de luz con que se beneficiaba la casa al momento de la muerte del testador, pues como éste apenas hizo en su testamento, como lo permite el artículo 1124 del C. C., las indicaciones tendientes a determinarla, cuando habló del "servicio de alumbrado actualmente existente", cualquier medio probatorio era legalmente utilizable para justificar aquella circunstancia, pues la ley no ha hecho restricción alguna expresa para ello.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil — Bogotá, marzo veintidós de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Por medio de libelo de 10 de octubre de 1944, que fue corregido por el de 20 del mismo mes y año, los doctores Crisanto Luque, Obispo de Tunja, y Marceliano Pulido R., demandaron por la vía ordinaria ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja a la señora Margarita Parra de Rosas para que se declare, entre otras cosas, que ésta no tiene derecho a usar, sin pagar el servicio a la Empresa de Energía Eléctrica de Tunja, sino solamente seis (6) lámparas de luz eléctrica, de tipo medio, y que está obligada a permitir la entrada a los empleados de dicha Empresa las veces que sea necesario revisar las instalaciones de su casa y a cumplir sus reglamentos.

En los hechos de la demanda se afirmó por los actores que en la sucesión del doctor Ricardo Muñoz, mediante asignación testamentaria, le fue adjudicada a la demandada una casa de tapia y teja, ubicada en Tunja; que en la cláusula 7ª del testamento del doctor Muñoz, éste dijo: "Tengo como de mi propiedad una casa de tapia y teja, alta y baja, con su tienda y solares, que no pagará impuesto de alumbrado, ubicada en la expresada ciudad de Tunja, la cual con su mobiliario y enseres es mi voluntad dejársela a Margarita Parra de Rosas, mujer de Antonio Rosas"; que en la cláusula 18ª dijo el mismo testador: "Dispongo y ordeno que a la señora Margarita Parra de Rosas, legataria de la casa que tengo en Tunja, o a quien le suceda en el dominio de esta finca no se le cobre el servicio de alumbrado que actualmente existe en la expresada casa, y que una vez que le sea entregada la propiedad,

sean quitados de ella los transformadores que allí existen"; que en la hijuela que se le formó a la demandada solamente le fueron adjudicadas seis (6) lámparas por lo que hace referencia a los servicios de luz eléctrica, pero que ella ha empleado mayor número del que le corresponde y que los actores son condueños de la Empresa de Energía Eléctrica de Tunja, por asignación que les hizo el mismo testador.

Al contestar el traslado, la demandada aseveró que el servicio de luz que ha habido siempre en la mencionada casa desde antes de la muerte del testador hasta el momento de la contestación ha sido de diez y seis lámparas, al cual tiene derecho conforme al testamento y a la cartilla de adjudicación. Se opuso, en consecuencia, a que se hagan las declaraciones solicitadas.

Al término de la tramitación correspondiente a la primera instancia, el Juez del conocimiento decidió la controversia en sentencia de 26 de noviembre de 1945, en la cual declaró probada la excepción de prescripción alegada por la demandada, le reconoció, en consecuencia, el derecho de usar, sin pagar el servicio, diez y seis lámparas de luz eléctrica y le impuso las obligaciones de permitir la revisión de las instalaciones, la colocación de un limitador, y de cumplir los reglamentos de la Empresa.

La apelación que de ese fallo se concedió a los litigantes, fue decidida en su oportunidad por el Tribunal Superior de Tunja, mediante la sentencia de diez y seis de octubre de 1946, que revocó la apelada en cuanto reconoció la excepción de prescripción, e hizo las demás declaraciones pronunciadas por el Juzgado, sin costas.

En la motivación de ese fallo dijo el sentenciador:

"Tanto la parte demandante como la demandada sustentan sus pretensiones en un mismo título emanado de la memoria testamentaria del Presbítero doctor Ricardo Muñoz González que recoge la escritura número 2810 del 17 de septiembre de 1920 otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, pero el demandante aduce a la vez como título sustentatorio de sus pretensiones, la cartilla de adjudicación que se le hizo a la legataria señora Parra de Rosas en donde apenas le fueron adjudicadas seis instalaciones que fueron las inventariadas en el juicio de sucesión testada del aludido Presbítero, en vez de estructurar sus puntos de vista únicamente en la manifestación de la voluntad del causante, que es o debe ser la norma reguladora del conflicto de intereses económicos que ha motivado el presente litigio, a fin de que cada cual reporte la utilidad que justamente le corresponde en relación con la cosa que es objeto de la controversia, al tenor de la última voluntad expresa del causante que es, répitese, la fuente común de donde emana la titularidad del derecho que asiste a las partes en este juicio".

. . . . . .

"Y entonces tenemos que la norma o valorímetro —si cabe la expresión— para determinar cuál es o debe ser el número de lámparas que la señora Margarita Parra de Rosas o sus sucesores en el dominio de la casa legada tienen derecho a usar "sin pagar el servicio de la Energía Eléctrica particular de Tunja" no puede ser otra distinta a la que la misma cláusula testamentaria expresa, esto es, **el servicio de alumbrado que existía en la expresada casa al tiempo en que se confeccionó la memoria testamentaria, o al menos, al tiempo de la muerte del testador,** pues no otra interpretación admite la expresión **"actualmente existente"** empleada por el testador.

De tal suerte que el debate probatorio tenía que concretarse a determinar cuántas lámparas y de qué bujías o watios existían en la casa en referencia en la época aludida".

Después afirmó que "la prueba que arroja la diligencia de inventarios que sirve de base a la adjudicación, aún en el supuesto de que hubieran sido denunciadas todas las instalaciones y lámparas existentes en la casa en referencia en ese momento, hace relación al servicio de alumbrado existente en una época posterior a la designada concretamente en la memoria testamentaria, por lo cual se considera como prueba ineficaz o inconducente para demostrar el hecho fundamental que es objeto de esta controversia".

Examinando la prueba testifical aducida por la demandada encontró "demostrado plenamente que el número de lámparas o bombillas eléctricas de que se beneficiaba la casa a que se refiere la memoria testamentaria en la época a que ésta última alude, era de **diez y seis** (16) como se deduce uniformemente de las declaraciones de que se acaba de hacer mérito, y no de seis (6) como se pretende en la primera petición de la demanda".

Al demandante se le concedió recurso de casación y apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., propuso en su oportunidad contra la sentencia los cargos que en seguida se resumen:

a) Refiriéndose a la hijuela de adjudicación de muebles y enseres, que en su mayor parte transcribe, dice el recurrente que conforme a ese documento se adjudicaron a la demandada seis instalaciones de luz, que fueron las únicas encontradas en la casa legada al tiempo del inventario; que como tanto éste como la partición quedaron en firme, tal adjudicación vino a concretar y a determinar el legado de la demandada en lo que dice relación al servicio de alumbrado gratuito para la casa; que a pesar de todo eso, el Tribunal dio a la prueba testimonial pleno valor y desechó el que tiene el instrumento público contentivo de la partición; incurriendo así en error de derecho; que el servicio de alumbrado se reputa inmueble por destinación, al tenor del artículo 658 del C. C.; que la transmisión del dominio de los bienes inmuebles se prueba por instrumento público debidamente registrado; que ese instrumento en tratándose de traslado del dominio del causante a sus sucesores, es la adjudicación en partición, que es la única prueba posible para el caso; que al dar preferencia a la prueba testimonial sobre el referido instrumento público, quebrantó los artículos 658, 765, 759, 1760, 2461, 1401, del C. C., 38 de la ley 57 de 1887 y 91 de la ley 153 de 1887.

b) El Tribunal incurrió en error de hecho al dar por establecido con los cuatro testimonios que tuvo en cuenta que "desde antes de la muerte del causante doctor Muñoz González, la casa legada a doña Margarita Parra de Rosas, ha gozado de manera continua del servicio de alumbrado de diez y seis lámparas, cuando dicha afirmación está desmentida en los autos por varios elementos probatorios más respetables que los analizados por el Tribunal". En demostración de tal error, el recurrente cita la cartilla de hijuela, en que se copia la diligencia de inventarios, de la cual resulta que "entonces sólo se encontraron seis instalaciones"; el memorial que obra a folio 35 del cuaderno 1º, suscrito por el esposo de la demandada en 28 de mayo de 1929 en que se da cuenta de que la Empresa puso en la casa "un medidor o aparato que no marca sino seis lámparas de 20 bujías, cercenando, por consiguiente, diez de las que había en servicio", y copia de la demanda de policía que en 7 de junio de 1941 presentó la demandada contra la empresa por haberle colocado en la casa un limitador que reduce el servicio de luz, la cual sólo fue fallada en favor de la querellante en 24 de agosto de 1943. Añade el recurrente, que con tales elementos se destruye la creencia equivocada que el sentenciador dedujo de la prueba testifical sobre la existencia continua de las diez y seis lámparas de alumbrado al servicio de la casa, por lo cual esa prueba no da base suficiente para declarar a favor de la demandada el derecho que la sentencia le reconoció, y al hacerlo así, se violaron los artículos 658, 745, 749, 756, 757, 759, 765, 1374, 1401, 1760, 2641, 2673 del C. C., 38 de la ley 57 de 1887 y 91 de la ley 153 del mismo año.

c) Afirma el recurrente que al conferir la sentencia en favor de la demandada una mayor cantidad de lámparas de alumbrado eléctrico de las que se encontraron en la casa al tiempo de la muerte del testador, incurrió en violación directa de los artículos 1170, 1176 y 1570 del C. C.; ya que al legatario no se le debe la cosa legada sino en el estado en que existiere a la muerte del testador, que es cuando se abre la sucesión y se hacen definitivos los derechos que otorga el testamento; que al fallecimiento de aquél sólo se encontraron las seis instalaciones que se inventariaron y adjudicaron a la legataria; que sin embargo, la sentencia le concede diez y seis, en contraposición con los preceptos sustantivos citados.

Se considera:

Son hechos que las partes no discuten en esta controversia y que además resultan plenamente demostrados con las pruebas aportadas al debate los siguientes:

Que el doctor Ricardo Muñoz era dueño, fuera de otros bienes, de una casa de tapia y teja, alta y baja, ubicada en Tunja y de la Empresa de Energía Eléctrica de la misma ciudad; que el primero de esos bienes lo legó a la señora Margarita Parra de Rosas junto con el derecho de usar, sin pagar, el servicio de alumbrado eléctrico de la misma casa, existente en la época del fallecimiento del testador, y que el segundo de los citados bienes lo asignó también a título singular a los doctores Crisanto Luque y Marceliano Pulido con la carga de suministrar gratuitamente el expresado servicio de alumbrado eléctrico.

El Tribunal teniendo en cuenta esos hechos y los términos antes aludidos en que se trabó la litis, estimó que el objeto principal de ésta consistía en determinar "la cantidad de servicio gratuito de luz a que tiene derecho la demandada con motivo del legado que le fue hecho por el presbítero doctor Muñoz González, exigible a la Empresa de Energía Eléctrica particular de Tunja para la ca-

sa de la carrera 5ª Nº 4-23", y para decidir ese punto acudió a la cláusula testamentaria que constituyó el legado, acogió la prueba testifical para demostrar la cantidad de luz suministrada a la casa al tiempo de la muerte del testador y desechó como prueba ineficaz e inconducente para tal fin la hijuela que sobre adjudicación de muebles y enseres se formó a la demandada.

Los cargos que el recurrente formula contra esa decisión y que fueron sintetizados en los apartes a) y c) precedentes, los funda en un confusionismo inaceptable y fácilmente rectificable, pues hace consistir la cosa legada en las instalaciones de luz de que da cuenta la cartilla de hijuela sobre adjudicación de muebles y enseres, cuando en realidad la asignación con que se favoreció a la demandada, según las cláusulas testamentarias 7ª y 18 antes copiadas, consiste en el derecho de usar sin pagar el servicio de alumbrado de la casa, el cual debían prestar los demandantes por ser asignatarios de la Empresa de Energía Eléctrica, y ese derecho le fue reconocido y adjudicado a aquélla en la partición, pues en la hijuela que de la casa se le hizo, se dijo: "La adjudicataria queda exenta del pago de servicios de luz eléctrica de la casa por disposición contenida en la cláusula 7ª del testamento del doctor Ricardo Muñoz y una vez que le sea entregada la misma casa, serán quitados de ella los transformadores que hoy existen, según la cláusula 18 del mismo contrato".

Ese es el verdadero derecho que fue objeto del legado y la citada adjudicación, junto con la sentencia que aprobó la partición, más el registro de ambas piezas que en copia obran en el juicio, es la prueba legal que acredita la trasmisión del dominio del causante a la legataria (arts. 765, 756, 759, 2641 del C. C. y 38 de la ley 57 de 1887).

La prueba testimonial no la ha acogido el Tribunal para demostrar, contra lo que reza esa hijuela, la cosa objeto del legado, que de haber procedido así, habría incurrido en claro error de derecho; esa prueba fue utilizada para demostrar otra cosa bien distinta, como es la cantidad de luz con que se beneficiaba la casa al momento de la muerte del testador, pues como éste apenas hizo en su testamento, como lo permite el artículo 1124 del C. C., las indicaciones tendientes a determinarla, cuando habló del "servicio de alumbrado que actualmente existe", cualquier medio probatorio era legalmente utilizable para justificar en este juicio aquella circunstancia, pues la ley no ha hecho restricción alguna expresa para ello.

La hijuela de adjudicación de muebles y enseres la invoca el recurrente como el título comprobatorio del derecho legado y de la extensión o cuantía del mismo, por cuanto que en este instrumento se dice que se adjudican a la demandada entre otros muebles y objetos varias "instalaciones eléctricas" encontradas en la casa, que allí montan al número de seis; pero ya está visto cuál es y en qué consitió el derecho materia del legado y cuál el título de adjudicación.

Para consumar y acreditar el traspaso del dominio de las referidas instalaciones del patrimonio del causante al de la legataria no hay necesidad de que se formara hijuela especial a ésta, pues estando ellas incorporadas en la cosa legada para su uso y beneficio, se reputan inmuebles por destinación al tenor de lo dispuesto en el artículo 658 del C. C., y en la adjudicación que se hizo de la casa quedaron, de consiguiente comprendidas y adjudicadas las dichas instalaciones.

Pero ni siquiera esa prueba resulta útil para demostrar la extensión del derecho materia del legado, porque como lo anota el sentenciador, ella haría referencia al servicio de alumbrado que existía en una época muy posterior al fallecimiento del testador y como al tenor de lo estatuído en el artículo 1176 ibídem la especie legada se debe en el estado en que existiere al tiempo del expresado suceso, la prueba que se diera a fin de acreditar aquella circunstancia tenía necesariamente que versar, para ser eficaz, sobre la cantidad de luz que se suministraba al momento de la muerte del causante. De allí que —como acertadamente lo firmó el Tribunal— tal elemento de convicción sea "ineficaz o inconducente para demostrar el hecho fundamental que es objeto de esta controversia".

Tampoco resulta evidenciado el error de hecho a que se refiere el cargo sintetizado en el aparte b), puesto que el punto sustancial que en este proceso debía acreditarse con el objeto de determinar la extensión del derecho materia del legado era el número de bombillas de luz eléctrica existentes en la casa legada precisamente al momento de la muerte del testador, y no antes ni después de ese suceso, y ni si el servicio de luz fue más tarde continuo o discontinuo. Y la plural y conteste prueba testimonial (cuatro declarantes), acogida por el Tribunal, cuando menos acredita plenamente, como éste lo acepta, que el número de esas lámparas ascendía a diez y seis

en el instante en referencia. Y de los elementos de convicción que el recurrente tiene como de mayor respetabilidad para infirmar el hecho que dio por probado el Tribunal, la hijuela sobre adjudicación de muebles y enseres ya se dijo por qué resulta prueba ineficaz o inconducente con aquel fin, y los dos restantes elementos que se invocan, lejos de infirmarlo, como que se refieren a sucesos acaecidos después de la muerte del testador, permiten, por el contrario, inferir que siempre han sido diez y seis las lámparas eléctricas al servicio de la casa legada.

Por lo tanto, se rechazan 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** recurrida.

Condénase en costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Manuel José Vargas—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR HABER SIDO SIMULADO. CUANDO PROCEDE LA DECLARACION JUDICIAL OFICIOSA DE NULIDAD DE UN ACTO O CONTRATO—TECNICA DE CASACION — ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS.

1.—Según la ley y la jurisprudencia, la declaración judicial oficiosa de nulidad absoluta de un acto o contrato no tiene cabida sino en los casos en que su causa legal aparezca de manifiesto en el acto o contrato, esto es, sin lugar a duda o de manera inconcusa.

2.—Para que prospere el recurso de casación por error de hecho y consecuencial error de derecho en la apreciación de pruebas, no basta proponer conclusiones probatorias distintas de las adoptadas por el Tribunal como base de su decisión; es indispensable demostrar los errores de hecho o de derecho que se le imputen, con el sentido y alcance que a estas figuras corresponde dentro de la técnica de casación, demostrando que con la prueba mal estimada u omitida, o apreciada sin sujeción a su mérito legal, resulta la certidumbre total y manifiestamente contraria a la verdad aceptada por el Tribunal, con incidencia, naturalmente, sobre la resolución de la controversia, como ha sido explicado en numerosas sentencias por la Corte.

3.—Como ya lo advirtió la Corte, ella, en su función de casación no puede, en presencia de las mismas pruebas, reemplazar la convicción que se haya formado el Juez de instancia, por la suya propia, a menos que la cuestión de hecho no ofrezca dudas en contrario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente Dr. Hernán Salamanca).

Aduciendo Adriano Romero, como hechos fundamentales, que en el año de 1930, ante el acoso ejecutivo de varios acreedores que le cobraban sumas indebidas o exorbitantes, consideró, como prudente medida de defensa, hacer una venta ficticia de sus bienes a una persona de confianza, para lo cual eligió a su pariente cercano doctor Rafael Romero a quien los traspasó simuladamente por medio de la escritura pública Nº 30 de 30 de enero de 1930, sin ánimo de enajenación y conservando su posesión y goce, y quien murió sin haberle devuelto la escritura, en libelo de fecha 20 de febrero de 1941, ante el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí, demandó en juicio ordinario a Briceida v. de Romero y Gustavo Romero, en sus condiciones de herederos testamentarios y **ab intestato** de Rafael Romero para que se hicieran las declaraciones siguientes:

"Que es inválido, que no existe, ni ha existido, por haber sido simulado, el contrato de compraventa recogido en la escritura pública Nº 30 de 30 de enero de 1930, otorgada en la Notaría única del Circuito de Umbita;

Que, en consecuencia, el dominio de los bienes, materia del contrato simulado allí reseñado, no ha salido del dominio de mi poderdante para pasar al dominio del doctor Rafael Romero, o de sus herederos, los demandados;

Que como los demandados, abusivamente, han dispuesto de algunos de los inmuebles determinados en la nombrada escritura, hecho ejecutado también por el doctor Rafael Romero, los demandados, en su carácter particular y en su condición de herederos del citado doctor, están en la obligación de pagar a mi poderdante, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin al juicio, los perjuicios que se han causado y que se siguen causando a mi poderdante, cuyo monto será fijado pericialmente en este juicio, o en juicio separado; y que los demandados están en la obligación de pagar las costas del juicio, si se opusieren".

Aceptaron los demandados al contestar la demanda los hechos relativos a la muerte de Rafael Romero y a ser ellos los únicos y legítimos representantes de su sucesión, pero en lo tocante a la simulación del contrato negaron todos sus

hechos básicos, se opusieron a las declaraciones impetradas y alegaron las excepciones de petición de modo indebido consistente en la acumulación de acciones de simulación o inexistencia con la de invalidez, y la falta de personería sustantiva de la parte demandada.

La controversia así trabada fue decidida en primera instancia en sentencia de 19 de noviembre de 1946, en la cual, sobre la circunstancia de no haberse producido la legal prueba de la muerte de Rafael Romero, se declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería del demandado, negándose, en consecuencia, las peticiones de la demanda y condenando al actor en las costas del grado.

Sentencia acusada

En la segunda instancia a que dio lugar la apelación del actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia de 13 de noviembre de 1947, confirmó la recurrida por razones distintas de las del Juez **a quo.** Sin costas.

Estima el Tribunal, en el estudio previo que hace de la excepción de petición de modo indebido y con base en los hechos y términos claros de la demanda, que la acción incoada por Adriano Romero es la de simulación absoluta para que se declare la inexistencia del contrato referido, y en manera alguna la de nulidad, completamente diferente y diferenciada por la jurisprudencia y la doctrina, simulación que por ser demandada en juicio entre quienes la realizaron, está sometida, para los efectos de su demostración, a las limitaciones probatorias que al caso corresponden según la ley y las doctrinas de la Sala de Casación. Bajo estas luces avanza la sentencia en el estudio de las pruebas aportadas —la carta que forma el folio 19 del cuaderno Nº 2 y la confesión del comprador, acreditada testimonialmente—, para concluir, respecto de la primera, que no puede tenerse como principio de prueba por escrito, por dos razones: porque su deterioro material impide precisar su fecha para saber si fue escrita antes o después del contrato, y principalmente porque su contenido es completamente inconexo y extraño a la materia del contrato cuya simulación se demanda.

Acerca de la pretendida confesión extrajudicial, considera el Tribunal que con los testimonios aportados se puede tener por demostrada la hecha por Rafael Romero, no la de Briceida Romero; pero estima que aun estando acreditada esta confesión del comprador difunto no es prueba bastante para demostrar la simulación, porque siendo simplemente extrajudicial, su valor demostrativo es de por sí insuficiente para destruir la fe del instrumento público, y su mérito depende en definitiva del refuerzo que le presten los demás elementos y circunstancias establecidos en el proceso, con los cuales haga juego y de los cuales se deduzca la evidencia del hecho a que la confesión se refiere, según doctrinas citadas de esta Sala. Aplicando este principio probatorio analiza en seguida la sentencia en forma pormenorizada diversos indicios de la simulación, y dice: "Conclúyese del anterior análisis que ninguna prueba, siquiera indicial, acudió en refuerzo probatorio de la confesión extrajudicial y por tanto, en aplicación de las doctrinas jurisprudenciales antes expuestas, las peticiones de la demanda han de fracasar".

En una breve consideración final alude la sentencia a la nulidad por objeto ilícito, propuesta por el demandante en su alegato de bien probado en la segunda instancia y no mencionada siquiera en la demanda, sobre la circunstancia de que un certificado del Registrador del Circuito de Ramiriquí dice que dos de los bienes vendidos en la escritura Nº 30 del 30 de enero de 1930, "no se registraron por estar embargados". El Tribunal se abstiene de declarar oficiosamente la nulidad porque no conociéndose la fecha del embargo no es posible saber si las cosas vendidas estaban o no fuera del comercio a la fecha del contrato.

El recurso

Malogrado el pleito en las dos instancias, el actor lo ha traído a la Corte en el recurso de casación que hoy se decide al cabo de su tramitación legal. Con invocación de la causal primera formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, en capítulos separados, los cargos que en seguida se enuncian y estudian en el orden de su presentación.

1º—En esta primera acusación, correspondiente al capítulo II de la demanda, no encuentra la Sala nada que útilmente pueda ser examinado para los efectos del recurso extraordinario a que se ha sometido la sentencia. El recurrente se reduce en esta parte a copiar algunos párrafos de la obra del profesor Francisco Ferrara sobre "la simulación de los actos jurídicos", para destacar algunas nociones sobre esta figura y su teoría, y sin citar ninguna disposición positiva de la ley colombia-

na, resume su cargo en los siguientes términos con que da remate al capítulo: "Estos principios expuestos por el profesor Ferrara, fueron desatendidos por el Tribunal sentenciador, en la sentencia recurrida, a pesar de que de los elementos probatorios llevados al proceso por el demandante, fluye con gran claridad la existencia del acto o contrato simulado. Esta circunstancia fundamental en la presente demanda, cuadra perfectamente dentro de los fenómenos jurídicos, denominados error de hecho y error de derecho en la apreciación del caudal probatorio".

2º—"Violación directa de los artículos 1740, 1741 y 1746 del C. C. en relación con los artículos 1502, 1521 (numeral 3º), 1618, 1849, 1880 y 1928 de la misma obra".

Para fundar esta acusación dice el recurrente que la violación manifiesta de los citados preceptos se desprende del hecho de haber aceptado el Tribunal como válido el contrato de la escritura Nº 30 del 30 de enero de 1930, de la Notaría de Umbita, cuando precisamente a esa convención le falta en el vendedor la voluntad de vender, la de dar o hacer tradición de las cosas vendidas, y en el comprador el ánimo de adquirir y de pagar el precio de los bienes, que permanecieron en poder del vendedor.

Se considera.

Para formular este cargo, con los razonamientos que sintéticamente se acaban de expresar, se coloca el recurrente en posición claramente ilógica para acusar la sentencia porque olvida que la decisión del Tribunal se funda precisa y exclusivamente en que la simulación demandada no se probó, y las consideraciones que hace el acusador parten de la base de la inexistencia del contrato atacado, como si el sentenciador le hubiera reconocido y dado validez no obstante haber declarado en su fallo que en esa convención se había consumado una simulación absoluta.

No procediendo, pues, en las anotadas condiciones la acusación por quebranto directo de la ley sustantiva, el examen ordenado del recurso impone el estudio de los cargos relacionados con errores en la estimación probatoria, contenidos en el último de los capítulos de la demanda de casación, no sin considerar antes el reparo por violación del artículo 1521, ordinal 3º, del C. C.

Se sabe que esta cuestión de nulidad absoluta por estar embargados dos de los inmuebles vendidos en la escritura Nº 30 del 30 de enero de 1930, no fue siquiera mencionada en los pedimentos ni en los hechos de la demanda, y que a ella solamente se aludió incidentalmente por el actor en su alegato de segunda instancia con fundamento en la observación oficiosa que el Registrador del Circuito de Ramiriquí, comprensivo del antiguo de Umbita, consignó en su certificado visible al folio 14 del cuaderno Nº 5, que a la letra dice: "Que la escritura Nº 30 de 30 de enero de 1930, otorgada entre el señor Adriano Romero y el doctor Rafael Romero, aparece registrada el 3 de febrero del mismo año en el libro 1º, antiguo Circuito de Umbita, bajo partida 49 f. 28 v. **observación:** se hace notar que al final de la respectiva inscripción de registro de la citada escritura se encuentra la siguiente aclaración: "Se hace presente que la casa y el terreno de Juana Ruiz no se registraron por estar embargados".

El Tribunal no hizo la declaración oficiosa de nulidad por objeto ilícito, a que lo invitó el demandante, porque no apareciendo del certificado ni de ninguna otra pieza del proceso; la fecha y pormenores del embargo a que indeterminadamente se refiere el Registrador, no es posible decir con certidumbre que las citadas fincas estaban fuera del comercio a la fecha del contrato de venta, y que, por tanto, la nulidad no aparece en la forma manifiesta e indubitable que requiere la ley. A esto se añade que la mencionada escritura pública, presentada con la demanda, no tiene en la nota de su inscripción en el Circuito de Umbita la observación a que se ha hecho referencia, y que, además, exhibe también una nota de registro de la Oficina del Circuito de Ramiriquí, que dice: "La anterior escritura fue registrada nuevamente en el libro 1º, bajo partida Nº 160, folio 88, con fecha 15 de mayo de 1930, registro que se refiere únicamente al lote de Juana Ruiz, Tibaná".

En presencia de estas constancias procesales es claro el acierto con que fue apreciado y decidido por el Tribunal el punto referente a declaratoria judicial oficiosa de nulidad absoluta, que según la ley y la jurisprudencia no tiene cabida sino en los casos en que su causa legal aparezca de manifiesto en el acto o contrato, esto es, sin lugar a duda o de manera inconcusa.

3º—En el capítulo final de su demanda acusa el recurrente la sentencia por equivocada estimación de las pruebas. Señala como cometidos por el Tribunal los errores que en seguida se enuncian:

"Error de hecho por no estimar la carta de Rafael Romero al demandante, con lo cual violó di-

rectamente el art. 207 del C. J. Error de hecho y consecuencialmente error manifiesto de derecho en la estimación de la escritura en que consta el contrato de que se trata, porque de ella sólo aparecen "unos pocos gravámenes" y el Tribunal sin embargo afirmó que el actor "tenía gravados hipotecariamente casi la totalidad de los bienes que le vendió a Rafael Romero, gravámenes que montaban a cerca del valor de los bienes", violando así de manera directa el art. 601 del C. J. Error de hecho y consecuencialmente de derecho consistente en negarles fuerza probatoria a los recibos de pago de impuesto predial hecho por el demandante sobre los bienes que aparecen vendidos en la escritura Nº 30 con posterioridad al contrato que se dice en ella celebrado, y que sirve para reforzar en mucho la confesión extrajudicial de Rafael Romero que el Tribunal desatendió totalmente y que ha debido acatar reconociéndole mérito de prueba completa por virtud de todas las circunstancias que la refuerzan y corroboran, como son todos los citados elementos de convicción, con lo cual violó el Tribunal los arts. 604, 605 y 608 del C. J., muy especialmente en la parte final de este texto.

La Sala considera los cargos que se acaban de sintetizar sin ahorro de ningún argumento ni de citas legales:

Esta postrera acusación de la demanda de casación dista mucho de ajustarse a las condiciones y requisitos que la ley exige sustancialmente para los casos de que la violación legal se haga provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, como se ve simplemente del compendio hecho de las razones con cita de piezas y textos legales, que realmente no son sino un análisis general de las pruebas del juicio, utilizable a lo sumo como alegato de instancia, pero inútil como base de estudio en el recurso de casación. No basta proponer conclusiones probatorias distintas de las adoptadas por el Tribunal como base de su decisión; es indispensable demostrar los errores de hecho o de derecho que se le imputen, con el sentido y alcance que a estas figuras corresponde dentro de la técnica de la casación, demostrando que con la prueba mal estimada u omitida, o apreciada sin sujeción a su mérito legal, resulta la certidumbre total y manifiestamente contraria a la verdad aceptada por el Tribunal, con incidencia, naturalmente, sobre la resolución de la controversia, como ha sido explicado en numerosas sentencias de esta Sala.

Dentro de la acertada tesis, de la limitación de los medios de prueba que corresonde a un litigio sobre simulación adelantado entre las partes que la acordaron, oportunamente recordada en la sentencia, la prueba nuclear en este caso es la confesión extrajudicial de Rafael Romero, que el Tribunal acepta como probada, pero a la cual, dentro de sus facultades estimativas, considera prueba insuficiente aun después del análisis discriminado que hace de los hechos indiciarios que pudieran fortalecer su valor demostrativo. "'Al tenor del art. 608 del C. J. (G. J. Tomo 59, pág. 116) la confesión extrajudicial es apenas un indicio, cuya fuerza mide el Juez según la naturaleza y las circunstancias que la rodean. La Corte en su función de casación no puede, en presencia de las mismas pruebas, reemplazar la convicción que se haya formado el Juez de instancia, por la suya propia, a menos que la cuestión de hecho no ofrezca dudas en contrario. Tratándose de una prueba generalmente débil, como es la confesión extrajudicial revelada por testigos, ella por sí misma no convence; se requieren otros elementos y circunstancias con las cuales haga juego y de las cuales se deduzca la evidencia del hecho a que tal confesión se refiere".

Estas fallas sustanciales de que adolece la demanda que se considera se agravan hasta inutilizarla completamente como libelo fundamental del recurso si se advierte además que en ella no se citan las disposiciones de carácter propiamente sustantivo que se consideran violadas como consecuencia de los errores probatorios de que se acusa la sentencia, dejando de este modo la acusación, como lo ha dicho esta Sala, a medio camino, porque la causal primera, en cualquiera de las formas que puede operar, consiste siempre en la violación de ley sustantiva. Esta cuestión técnica está explicada, entre muchas, en la sentencia de casación del 16 de junio de 1942, visible a la pág. 640 del Nº 1986 de la GACETA JUDICIAL.

A lo anterior podría agregarse, si fuera necesario, el recuerdo de la constante doctrina de esta Sala de Casación, conforme a la cual la apreciación del valor demostrativo de la prueba indiciaria hecha por el Tribunal es generalmente inmodificable por la Corte, debido a la naturaleza jurídica de esa prueba cuyo mérito deja la ley al juicio del Juez.

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 Tunja el 13 de noviembre de 1947, materia de este recurso de casación.

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. Alberto Holguín Lloreda— Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo— Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPARTE—LA ACCION DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CONSAGRADA POR EL ART. 1546 DEL C. C. CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE AL CONTRATANTE QUE HA CUMPLIDO SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES — NO BASTA PARA EL EJERCICIO LEGAL Y CORRECTO DE ESTA ACCION, QUE EL DEMANDADO HAYA DEJADO DE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, SINO QUE DEBE TAMBIEN ESTAR EN MORA DE HACERLO—PARA EL USO EFICAZ DE LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO NO ES NECESARIO QUE EL DEMANDADO ADUZCA NINGUNA PRUEBA ESPECIAL

1.—La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del art. 1546 del C. C. y a la excepción de contrato no cumplido del art. 1609 ibídem; pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente, lo niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe, que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento (art. 1546, inc. 2), corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de ese cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en el estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que esté pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso, en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del C. C., que traduce en fórmula positiva el aforismo de que la "mora purga la mora". En el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del art. 1546 del C. C., situación ésta de involuntaria y estéril anormalidad contractual, que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las indicadas acciones.

2.—Cuando la Corte ha dicho que las excepciones de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente son distintas del derecho legal de resolver un contrato, no ha querido significar en manera alguna que tales medios defensivos no operen o procedan ante la demanda de resolución, sino meramente ante la de cumplimiento. Tal idea se expresó para hacer referencia a la naturaleza simplemente transitoria que corresponde a las aludidas excepciones; por eso se dijo en sentencia de la Sala de Casación Civil de 23 de septiembre de 1938 (G. J. Tomo XLVII, pág. 243): "Ambas excepciones se encaminan a suspender o retardar temporalmente la pretensión del adversario. Así, la parte demandada no quiere con ellas la resolución del contrato, sino, al contrario, su mantenimiento, para su ejecución recíproca y completa...", y en sentencia del año de 1943 que corre publicada a págs. 70 del Tomo LV de la Gaceta Judicial, se dijo: "La defensa fundada en contrato no cumplido

pertenece indudablemente a la categoría de las excepciones dilatorias, puesto que con ella no se persigue la exoneración de la deuda, sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales, como lo anotan Enneccerus y Von Tuhr. Equivale, por su estructuración y funcionamiento, a la excepción de petición antes de tiempo".

3.—Para el uso eficaz y legítimo de la excepción de contrato no cumplido, no es necesario que el demandado aduzca ninguna prueba especial ni puede exigirse que el excepcionante haya cumplido o se allane a cumplir por su parte las obligaciones que le competen, pues tal cosa, como se explicó en sentencia que corre publicada a págs. 70 del Tomo LV de la Gaceta Judicial, equivaldría a la negación jurídica de la exceptio non adimpleti contractus, **estructurada sobre la disposición del art. 1609 del C. C., que busca precisamente que los contratantes se puedan negar a cumplir sus prestaciones mientras no reciban la respectiva contraprestación. La excepción emana del contrato mismo, y de acuerdo con los principios generales de derecho probatorio, es al demandante de uno de los dos derechos alternativos y optativos del art. 1546 del C. C. (la resolución o el cumplimiento del contrato) a quien corresponde desvirtuar la excepción, demostrando el cumplimiento oportuno de su obligación.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente Dr. Hernán Salamanca)

Dan testimonio estos autos de los siguientes hechos en que se ha originado el litigio:

En documento privado suscrito en esta ciudad el 7 de julio de 1939, legalmente reconocido, Drigelio Corredor personalmente, y Camilo Antonio Schrader representado por su apoderado Pablo Emilio Díaz, celebraron dos contratos, así: Corredor compró a Schrader 20 bestias mulares que declaró recibidas, por el precio de $ 1.600 que se obligó a pagar el último día de febero de 1940, "como base del contrato que a continuación expresamos: a) Corredor se compromete a venderle a Schrader 500 reses araucanas entre toros y novillos de buena calidad de 3 años arriba; entregas que hará en la forma siguiente: 250 reses en los meses de enero o febrero próximo venidero, y las 250 reses restantes en los meses de mayo o junio próximo venideros. b) Estos ganados Corredor se compromete a entregarlos en Villavicencio en las fechas indicadas. c) El precio de dichos ganados es el de $ 48 por cabeza. d) Schrader se compromete por su parte a suministrarle a Corredor para la movilización de estos ganados la suma de $ 15.000 moneda corriente hasta el mes de febrero próximo venidero, y el resto que saliere a deberle a la entrega del último ganado. e) Corredor tiene recibidos a su entera satisfacción hasta el presente, la suma de $ 4.500 a cuenta del contrato, quedando incluído el valor de las bestias mulares según factura arriba mencionada. Sin perjuicio de las acciones legales del acreedor y del pago de costas y gastos de cobranza sea ésta judicial o extrajudicial...".

Bajo escritura número 2051 de 21 de mayo de 1945 se protocolizó en la Notaría 5ª de este Circuito el juicio sucesorio de Camilo Antonio Schrader. En el inventario de sus bienes —partida 4ª del activo— se lee:

"Acciones y créditos personales. Se relacionan y avalúan las siguientes acciones y créditos personales de acuerdo con la especificación anotada adelante... Drigelio Corredor L., de Bogotá, por $ 10.457.20, avaluado en $ 10.457.20".

Y en la partición extrajudicial hecha de acuerdo por los asignatarios, se lee:

"Hijuela para los herederos, Camila, Ellen Kaya, Luisa, Guillermo y Emma Schrader. Como se dijo en las hijuelas parciales de estos herederos a cada uno de ellos se adjudicó una parte correspondiente al porcentaje indicado en las hijuelas. De común acuerdo se ha convenido en adjudicar en propiedad a la heredera Luisa Schrader de Klinge los siguientes créditos imponiéndole la obligación de repartir lo que recaude de ellos en la proporción establecida en cada una de las hijuelas pudiendo, en consecuencia, la adjudicataria, recibir el dinero, hacer las cancelaciones respectivas..... Un crédito en contra de Drigelio Corredor, de Bogotá, por $ 5.457.20, avaluado en $ 5.457.20... Se advierte que el crédito de Drigelio Corredor quedó reducido a la suma en que se le adjudicó, por haber entregado una parte del ganado a que estaba obligado".

La adjudicataria señora de Klinge, por medio

de apoderado, a quien confirió mandato para cobrar a Drigelio Corredor las sumas que adeuda a la sucesión, "aproximadamente $ 10.457.20, por conceptos del documento de 7 de julio de 1939 y de otros dineros recibidos o pagados por su cuenta", en libelo de fecha 20 de febrero de 1946, repartido al Juzgado 8º Civil de este Circuito, lo demandó en juicio ordinario para que se declare:

"1º Que quede resuelto el contrato de venta o promesa de venta celebrado entre Camilo Antonio Schrader, mediante apoderado, como comprador, y Drigelio Corredor L. como vendedor de quinientas reses araucanas que se hizo constar en el documento privado de fecha 7 de julio de 1939, otorgado en Bogotá.

"2º Que, en consecuencia, Drigelio Corredor L. está obligado a pagar a Luisa Schrader de Klinge como adjudicataria en el juicio de sucesión de Camilo Antonio Schrader, la suma de $ 10.457.20 con sus intereses a partir del día 7 de julio de 1939.

"3º Que, en consecuencia, Drigelio Corredor L. está obligado a pagar a Luisa Schrader de Klinge como adjudicataria en el juicio de sucesión de Camilo A. Schrader, los perjuicios correspondientes al incumplimiento del contrato".

Como hechos fundamentales de la acción, a más de los ya referidos como antecedentes, afirma el demandante que Corredor no entregó a Schrader "ni parte ni el todo de las reses", y que éste, además de los $ 1.600 valor de las mulas y de los $ 2.900 a que se hace referencia en el documento, dio al vendedor en varias partidas y por cuenta del contrato aludido, la suma de $ 6.957.20.

El demandado contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Acerca de los hechos relacionados con el contrato manifestó estar a lo que aparece del documento. Negó haber recibido partidas distintas de las allí relacionadas y el hecho referente a la no entrega de los ganados. Propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandante y la de contrato no cumplido "toda vez que el señor Schrader no cumplió las obligaciones que contrajo en la convención que se aduce como base de la acción y que se consignó en el referido documento de 7 de julio de 1939, acompañado a la demanda".

Trabada en estas condiciones la controversia, fue decidida en primer grado en sentencia del 28 de noviembre de 1946, en la cual se declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandante, y se absolvió, en consecuencia, a Corredor de todos los cargos de la demanda.

Sentencia acusada

La apelación de la parte desfavorecida elevó el negocio al Tribunal Superior de este Distrito, donde al cabo de la segunda instancia se profirió la sentencia de 12 de diciembre de 1947 en que se revocó la recurrida y en su lugar se decidió:

"1º Declarar resuelto el contrato celebrado entre Camilo Schrader y Drigelio Corredor L. que consta en el documento de fecha 7 de julio de 1939, suscrito en Bogotá. 2º En consecuencia, condenar a Drigelio Corredor L. a restituírle a María Luisa Schrader de Klinge, como adjudicataria del crédito contenido en el mencionado documento, en el juicio de sucesión de Camilo Antonio Schrader, la cantidad de $ 5.457.20, en moneda legal, seis días después de ejecutoriada la presente sentencia. 3º Negar las demás peticiones de la demanda. 4º Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. 5º Sin costas en ninguna de las instancias".

Para fundar esta resolución, comienza el Tribunal por afirmar que "no se ha demostrado que los contratantes hubieran cumplido oportuna y cabalmente con las obligaciones recíprocas que asumieron. En febrero de 1940 Schrader no había entregado los $ 15.000 a Corredor, ni éste le había entregado a aquél las 250 cabezas de ganado vacuno en Villavicencio. Al expirar dicho mes uno y otro contratantes estaban en mora por no haber cumplido sus mutuas obligaciones dentro del término estipulado (artículo 1608 del C. C.). Tratándose de obligaciones contractuales la prueba del cumplimiento pesa sobre el respectivo deudor, y, en el caso **sub judice**, ninguno de los contendores ha cumplido con este deber". Se pregunta a continuación el Tribunal si en caso de negligencia o incumplimiento de ambas partes puede cualquiera de ellas demandar la resolución del contrato, y después de citar a Alessandri y Somarriva, en cuya opinión cree ver el Tribunal la solución afirmativa, concluye que "esta doctrina es aplicable en nuestro derecho porque los textos legales colombianos consagran los mismos principios que los chilenos. Luego en el caso de autos procede la resolución del contrato por inejecución recíproca de las obligaciones de los contratantes". "La mora recíproca se operó el día en que ambas partes han debido cumplir sus prestaciones parciales y mutuas: a más tardar el úl-

timo día del mes de febrero de 1940. Siendo simultánea la mora y coincidiendo la purgación con el día en que a más tardar debía comenzar el cumplimiento de las mutuas obligaciones, no existen perjuicios anteriores a dicho incumplimiento, y tampoco hay lugar a los posteriores porque la purgación es un obstáculo a éstos. De donde debe negarse la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones recíprocas de los contratantes".

Con apoyo en estas nociones doctrinales examina el Tribunal las pruebas aducidas al juicio —un libro de cuentas de Camilo A. Schrader y unas posiciones absueltas por el demandado Corredor— para determinar los efectos restitutorios de la acción resolutoria, y concluye: "Todos los anteriores elementos de convicción demuestran plenamente que Corredor recibió en total la cantidad de $ 8.128.45. Y del contexto de la diligencia de posiciones aparece establecido que los recibió de Schrader a b/cta. del precio del ganado, y en desarrollo del contrato mencionado". Pero como en la adjudicación sucesoral que se le hizo a la demandante señora de Klinge se advirtió que la obligación de Corredor estaba reducida a $ 5.457.20 y la adjudicación es la medida del derecho del adjudicatario, hay que reducir a esta cifra la condena a pagar. "En consecuencia—añade la sentencia—Corredor debe restituír a la adjudicataria María Luisa Schrader la cantidad de $ 5.457.20, cualquiera que sea el extremo de la disyuntiva porque se opte. Más claro: si entregó ganados hasta reducir el anticipo a la cantidad referida, debe restituír ésta: si no entregó ningún ganado, también debe devolverla. Si Schrader no recibió ganados, nada tiene que restituír; si los recibió, como su precio fue satisfecho, ya se redujo el anticipo a la mencionada cantidad, entonces tampoco tiene que restituírlos".

Acerca de la excepción de contrato incumplido, alegada y propuesta por el demandado, dijo el Tribunal para rechazarla: "Como en el presente juicio no se pretende el cumplimiento del contrato tampoco cabe la excepción de contrato no cumplido. Esta excepción (**exceptio non adimpleti contractus**) y la excepción de contrato no cumplido pertinentemente (**exceptio non rite adimpleti contractus**), que se fundamentan en notorios principios de justicia y en una de las consecuencias de la buena fe con que deben ejecutarse los pactos, son distintas del derecho legal a resolver un contrato", como lo ha expuesto la Corte (G. J. Tomo 47, página 243).

El recurso

Completamente tramitado, se decide hoy el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia que se acaba de resumir en lo pertinente. De los diversos cargos que con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. formula el recurrente, la Sala, en conformidad con la autorización del artículo 538 ibídem, circunscribe su consideración y estudio al que en seguida se enuncia por hallarlo bastante para producir la infirmación del fallo recurrido.

Sintéticamente expresada, la acusación es esta:

El Tribunal violó directamente, por errónea interpretación, los artículos 1546 y 1609 del C. C. porque concluyó que un contrato bilateral en que ambas partes son negligentes en el cumplimiento recíproco de sus obligaciones, como es el caso de autos, puede ser resuelto judicialmente a pedimento de cualquiera de ellas, no obstante la excepción de contrato no cumplido, que es cosa distinta del derecho legal de resolución y que no opera como defensa útil sino en el caso de que lo demandado sea el cumplimiento del contrato.

Se considera:

Es bueno comenzar advirtiendo que no es exacto que los tratadistas chilenos que cita la sentencia como argumento decisivo de su conclusión conceptúen perentoriamente en el sentido que les achaca el Tribunal sobre procedencia de la acción resolutoria de contratos bilaterales en el caso de que ambos contratantes sean negligentes en el cumplimbiento de sus recíprocas prestaciones, como puede verse no sólo leyendo la cita de la sentencia (Curso de Derecho Civil, Tomo III, número 113, pág. 76) sobre condición resolutoria tácita, sino el concepto sobre la excepción de contrato no cumplido visible a la página 170, número 275 del tomo citado. Acerca de esta cuestión, no prevista ni especialmente reglada en ninguna disposición legal, esta Sala de Casación Civil ha adoptado jurisprudencialmente y en forma reiterada la solución contraria a la que trae la sentencia, con aplicación de los principios de doctrina jurídica sobre el efecto de las obligaciones, o con más propiedad, sobre el efecto de los contratos. A la página 70 del Tomo LV de la G. J. se lee sobre el particular:

"En sentencia de esta Sala, de fecha 29 de febrero de 1936 (G. J. Tomo XLIII, págs. 342 y 343) se estudiaron y expusieron las reglas jurídicas especiales conforme a las cuales deben cumplir sus prestaciones los obligados por contratos bi-

laterales, tendientes todas, dentro de la norma fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 del C. C., a conservar la simetría contractual o equilibrio de los intereses de las partes exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral. Allí están expuestos el origen, la naturaleza, alcance y funcionamiento de la llamada **exceptio non adimpleti contractus.**

"La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del C. C. y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 ibídem; pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente, la niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe, que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento (1546, inc. 2) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de ese cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en el estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que esté pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso, en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del C. C., que traduce en fórmula positiva el aforismo de que "la mora purga la mora". En el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley y contemplado en este pleito, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del C. C., situación ésta de involuntaria y estéril anormalidad contractual, que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las indicadas acciones".

Cuando la Corte ha dicho que las excepciones de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente son distintas del derecho legal de resolver un contrato, no ha querido significar en manera alguna que tales medios defensivos no operen o procedan ante la demanda de resolución, sino meramente ante la de cumplimiento, como parece entenderlo el Tribunal. Tal idea se expresó para hacer referencia a la naturaleza simplemente transitoria que corresponde a las aludidas excepciones; por eso a renglón seguido del en que el Tribunal detuvo su copia sin comillas de la sentencia de esta Sala del 23 de septiembre de 1938 (G. J. Tomo 47, pág. 243) se dijo: "Ambas excepciones se encaminan a suspender o retardar temporalmente la pretensión del adversario. Así, la parte demandada no quiere con ellas la resolución del contrato sino, al contrario, su mantenimiento para su ejecución recíproca y completa...". Que es lo mismo que luego se repitió en 1943 (G. J. Tomo LV, pág. 70) cuando se explicó: "La defensa fundada en contrato no cumplido pertenece indudablemente a la categoría de las excepciones dilatorias, puesto que con ella no se persigue la exoneración de la deuda, sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales, como lo anotan Ennecerus y Von Tuhr. Equivale, por su estructuración y funcionamiento, a la excepción de petición antes de tiempo...".

El error fundamental en que incurrió el sentenciador en la aplicación de las dos disposiciones citadas por el recurrente como violadas y que aparece visible de las consideraciones hasta aquí expuestas, da base para la casación del fallo acusado, por la causal primera. Con el objeto de motivar la sentencia de instancia que en su reemplazo ha de dictarse, se tiene en cuenta:

Para el uso eficaz y legítimo de la excepción de contrato no cumplido, no es necesario que el demandado aduzca ninguna prueba especial ni puede exigirse que el excepcionante haya cumplido o se allane a cumplir por su parte las obligaciones que le competen, pues tal cosa, como se explicó en la precitada sentencia del tomo LV de la Gaceta de la Corte, equivaldría a la negación

jurídica de la **exceptio non adimpleti contractus**, estructurada sobre la disposición del artículo 1609 del C. C., que busca precisamente que los contratantes se puedan negar a cumplir sus prestaciones mientras no reciban la respectiva contraprestación. La excepción emana del contrato mismo, y de acuerdo con los principios generales de derecho probatorio, es al demandante de uno de los dos derechos alternativos y optativos del artículo 1546 del C. C. (la resolución o el cumplimiento del contrato), a quien corresponde desvirtuar la excepción, demostrando el cumplimiento oportuno de su obligación. "En la acción de resolución legal de los contratos corresponde al demandado la prueba del cumplimiento de su obligación cuando por este motivo se opone a aquélla, salvo si se trata de créditos relativos a omisiones. Lo contrario acontece respecto de la excepción de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente. El demandado sólo debe motivar su excepción, pero la carga de la prueba de ella incumbe al demandante, porque en el fondo, éste contrapone a esa excepción el cumplimiento de su propia obligación, o sea su extinción, y el excepcionante automáticamente se halla amparado por la prueba que de la existencia del contrato bilateral ha aducido el demandante. Todo ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1757 del C. C." (G. J. Tomo 47, pág. 246).

A la luz de estas normas se examina la prueba aducida por el demandante de la resolución contractual, consistente y reducida en realidad a las posiciones que en el primer grado hizo absolver al demandado, ya que el libro de cuentas o de apuntes de Camilo Antonio Schrader fue presentado sólo para que se exhibiera ante el absolvente al formulársele determinadas preguntas.

En la sentencia, como se vio, afirma el Tribunal que en el juicio no se ha demostrado que los contratantes hubieran cumplido oportuna y cabalmente las obligaciones recíprocas que asumieron, porque en febrero de 1940 Schrader no había entregado los $ 15.000 a Corredor ni éste a aquél las 250 reses en Villavicencio, según el contrato cuya resolución se demanda, y que por tanto ambos estaban desde entonces en mora. Esta situación jurídica corresponde exactamente a la realidad probatoria del proceso, por más que el sentenciador, moviéndose en seguida sobre un fondo de contradicción, hubiera asentado conclusiones desjuiciadas desde el punto de vista de la apreciación de las pruebas.

Lo primero que salta a la vista es la desarticulación o falta de conexidad que se advierte en las pruebas entre las pretensiones de la demanda y la fuente contractual de donde se hace provenir la acción que se ejercita. No hay, en efecto, noticia ni demostración de que el crédito contra Drigelio Corredor, adjudicado a Luisa Schrader de Klinge, en las condiciones conocidas, y para cuyo cobro judicial confirió mandato, sea generado en el contrato que el demandante denomina indiferenciadamente de venta o de promesa de venta, recogido en el documento suscrito en Bogotá el 7 de julio de 1939 y acompañado a la demanda resolutoria. Ni en el inventario de los bienes relictos de Camilo A. Schrader, traído en copia notarial de la escritura de protocolización del juicio sucesorio (sin la correspondiente nota de registro), ni en la hijuela de adjudicación verificada en la partición convencional que se hizo, transcritas textualmente al comienzo de esta decisión, se expresa en manera alguna que el crédito en referencia proceda o tenga su fuente jurídica en el contrato mencionado del 7 de julio. No se expresa en esas piezas la procedencia del crédito ni se menciona el título o dócumento en que consta.

Esta misma desconexión se observa al examinar el acta de absolución de posiciones absueltas por el demandado Corredor ante el Juzgado del Circuito, prueba ésta a que en realidad se redujo el esfuerzo procesal del demandante. El libro de cuentas generales llevado por el causante de la actora fue aducido, como se sabe, para exhibirlo ante el absolvente en relación con determinadas preguntas, de modo que su valor demostrativo, insignificante en sí mismo a la luz del artículo 1763 del C. C., no puede estimarse sino concertadamente con las posiciones a que se vincula. Este libro contiene los asientos de numerosas cuentas de muchas personas, a partir del año de 1931, entre las cuales figura Drigelio Corredor con Debe y Haber por diversos negocios de ganados de 1938 a 1940, ninguno de los cuales hace referencia precisa ni por cita del documento ni por número coincidente de reses compradas al contrato de cuya resolución se trata. Esta diversidad de negocios está afirmada por el propio demandante, quien en la primera de las preguntas que formula a su demandado dice: "¿Diga usted cómo es cierto, sí o nó, que por los años de 1938, 1939 y 1940 celebró negocios de ganado con el señor Camilo A. Schrader y con su apoderado Pablo Emilio Díaz?" El demandado acepta que en 1938 y 1939 celebró negocios de ganado con

Schrader en contratos que se hicieron constar en documentos; dice ignorar si para el desarrollo de esos diversos negocios se abriera alguna cuenta cuyo extracto nunca conoció, y afirma reiteradamente, a la vista del libro acompañado, que el último contrato, el que está **sub judice,** que él estuvo permanentemente listo a cumplir, fue incumplido por parte de Camilo Antonio Schader. Esta indeterminación que afecta la absolución de las referidas posiciones en relación con diversos negocios de ganado cobra más realidad si se recuerda que es visible también en los términos del mandato judicial mismo, en que la poderdante, al expresar aproximadamente el saldo que debía cobrarse a Drigelio Corredor, advierte que los debe "por concepto del documento de 7 de julio de 1939 y de otros dineros recibidos o pagados por su cuenta".

Esta puntualizada situación probatoria de falta de conexidad y claridad, anotada fundamentalmente en la sentencia de primera instancia como falla de insuficiencia en la demostración del interés jurídico-económico de la demandante en que apoyó desacertadamente su declarada excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandante, da base firme para la decisión de la controversia según el planteamiento que le corresponde de acción resolutoria de un contrato, incoada por un contratante que no ha logrado probar su propio cumplimiento al frente de su contraparte, que le ha opuesto, para paralizar la acción resolutoria, la excepción de contrato no cumplido.

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, CASA la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial el 12 de diciembre de 1947, y reformando la de primer grado, dictada por el Juzgado del Circuito, decide el pleito así:

Declárase probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por el demandado Drigelio Corredor. No es el caso, por consiguiente, de hacer las declaraciones impetradas en la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Alberto Holguín Lloreda — Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo.—Pedro León Rincón, Srio.



CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

1.—Conforme a la regla general de nuestro procedimiento civil, a falta de excepción aplicable a las actuaciones sobre declaratoria de procedencia en Colombia de la aplicación de sentencias extranjeras, debe el solicitante acreditar plenamente su legitimidad para obrar, o sea el interés que lo impulsa a ejercitar la respectiva acción, interés que sólo se pone de manifiesto en casos de esta naturaleza cuando ha figurado él como parte en el juicio decidido por la providencia cuyo cumplimiento pretende, y que en los demás casos es preciso establecer con la prueba de ser el peticionario heredero de la parte en cuyo favor fue ella proferida, o adquirente a cualquier otro título del derecho allí reconocido.

2.—Si la liquidación de una herencia se hizo por la vía judicial, no es la adjudicación de bienes hecha en favor de una persona determinada dentro del juicio de sucesión la prueba eficaz y adecuada para acreditar el carácter de heredera que la dicha persona pueda tener respecto del "de cujus", sino que ese carácter debe ser establecido directa y plenamente con la copia auténtica del auto en que el Juzgado del conocimiento así lo reconociera.

3.—De conformidad con normas universales de Derecho Procesal que inspiran nuestro procedimiento civil, la acción —salvo escasas excepciones— no sólo debe ser entablada por quien demuestre legítimo interés en ejercerla, sino que ha de ser necesariamente dirigida contra quien ostente el carácter de contradictor legítimo, que en tratándose del cumplimiento de sentencia extranjera, no puede ser otro que el obligado a cumplir la sentencia (C. J. art. 559).

4.—La función que atribuye a la Sala de Casación Civil de la Corte el ordinal 3º del artículo 32 del Código de Organización Judicial, es exclusivamente la de conocer "de las sentencias pronunciadas en país extranjero, para el efecto de resolver si procede o no su cumplimiento en Colombia, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados públicos"; y no la de calificar el mérito probatorio que tales providencias puedan tener dentro de procesos que actualmente no caen bajo su jurisdicción.

Es al Juez del conocimiento del respectivo negocio en que se exhiba "como prueba" esa resolución jurisdiccional a quien compete en su oportunidad la calificación de su valor demostrativo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo).

En demanda de 18 de septiembre de 1948, pide Elena Gutiérrez Montejo se declare que en Colombia procede el cumplimiento de la sentencia de 18 de julio de 1929, pronunciada por el Juez Sinodal Edouard Fourniel, Delegado Especial del Oficial del Arzobispado de París, en firme conforme a providencia de 4 de diciembre siguiente, dictada por el mismo Delegado, sentencia por la cual se decretó la separación de cuerpos, efectiva y perpetua, de los cónyuges José Jesús Gutiérrez y Céspedes y María Rafaela Gutiérrez y Montejo, a solicitud que hiciera la curadora de ésta última.

La solicitante Gutiérrez Montejo manifiesta que dicha sentencia se produjo y se ejecutorió en un todo de acuerdo con el Derecho Canónico y que las actas respectivas han sido debidamente autenticadas y traducidas al idioma español y se hallan legalmente protocolizadas en la Notaría 3ª de este Circuito por escrituras números 1174 de 12 de septiembre de 1929 y 397 de 10 de abril de 1930, que en copias auténticas exhibe.

Eclesiásticos que funcionan fuera del país tienen en él el carácter de extranjeros, invoca la actora la disposición que contiene el ordinal 3º del art. 32 del Código de Organización Judicial, sobre competencia de la Sala para decidir. Cita igualmente en su libelo los preceptos de los arts. 19 de la Ley 35 de 1888 y 10 de la Ley 34 de 1892.

Como en auto de 19 de octubre de 1948 se dis-

puso: "Para poder dar los traslados que ordena el artículo 559 del C. J., exprese el solicitante el nombre y las condiciones civiles de la parte que debe cumplir la sentencia", el apoderado de aquélla, en memorial del 22 de ese mes, se limitó a advertir: "Que esa sentencia ha de valer "como prueba" en el juicio ordinario de mi mandante contra José Gutiérrez Céspedes y Gustavo Gómez Posada, varones, mayores y vecinos".

Una vez corridos los traslados del caso al Procurador General de la Nación y a los nombrados Gutiérrez Céspedes y Gómez Posada, quienes los evacuaron oponiéndose expresamente a la solicitud, fue abierta la actuación a prueba.

De las pruebas recibidas consta:

Que el día 26 de abril de 1942 falleció "Rafaela Gutiérrez... esposa divorciada de José Gutiérrez Céspedes"; la conformidad de la sentencia eclesiástica con las normas formales del Derecho Canónico, que certifica el Nuncio en Colombia de su Santidad el Papa; y la aplicabilidad de las sentencias colombianas en la República Francesa, que certifica el Ministro de esa nación en nuestro país y atestiguan los profesores G. Ripert y Niboyet, de la Facultad de Derecho de París, cuyas declaraciones fueron invocadas.

Agotada la sustanciación del negocio y avocada la Sala a la decisión final, debe ante todo considerar si ha sido acreditada la legítima personería de la solicitante Elena Gutiérrez Montejo, dado que se halla establecida en los autos la muerte de Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez y Céspedes, persona directamente interesada en el cumplimiento de la sentencia eclesiástica, como actora que fue en la causa canónica en que fue proferida.

Conforme a la regla general de nuestro procedimiento civil, a falta de excepción aplicable a las actuaciones sobre declaratoria de procedencia en Colombia de la aplicación de sentencias extranjeras, debe el solicitante acreditar plenamente su legitimidad para obrar, o sea el interés que lo impulsa a ejercitar la respectiva acción, interés que sólo se pone de manifiesto en casos de esta naturaleza cuando ha figurado él como parte en el juicio decidido por la providencia cuyo cumplimiento pretende, y que en los demás casos es preciso establecer con la prueba de ser el peticionario heredero de la parte en cuyo favor fue ella proferida, o adquirente a cualquier otro título del derecho allí reconocido.

A la petición inicial se acompañó copia de la escritura Nº 4262 de 25 de octubre de 1943, por medio de la cual se protocolizó el expediente que contiene el juicio sucesorio de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, de la cual aparece la adjudicación de bienes hecha en favor de Elena Gutiérrez de Torres en esa mortuoria. Mas ésta no es la prueba eficaz y adecuada para acreditar el carácter de heredera que pueda la peticionaria tener respecto de la "de cujus", que debió ser establecida directa y plenamente con la copia auténtica del auto en que el Juzgado del conocimiento así lo reconociera, dado que la liquidación de la herencia se hizo, según consta, por la vía judicial, o por cualquier otro medio legalmente aceptable.

Similares reflexiones pueden ser hechas respecto de las personas que a través de la actuación figuran como contradictores: José Gutiérrez Céspedes, cuya identidad con la persona de José Jesús Gutiérrez y Céspedes, vencida en la causa de divorcio, no ha sido siquiera afirmada; y Gustavo Gómez Posada, cuya relación con las partes en la causa eclesiástica aludida es del todo ignorada. Un simple dato existe en los autos sobre estas dos personas: el señalamiento que de ellas hace la solicitante en memorial citado, de haberlas demandado en juicio ordinario independiente dentro del que pretende producir la prueba del divorcio.

De conformidad con normas universales de Derecho Procesal que inspiran nuestro procedimiento civil, la acción —salvo escasas excepciones— no sólo debe ser entablada por quien demuestre legítimo interés en ejercerla, sino que ha de ser necesariamente dirigida contra quien ostente el carácter de contradictor legítimo, que en tratándose de negocios de esta clase, no puede ser otro que el obligado a cumplir la sentencia (C. J. 559).

Débese considerar, además, que la función que atribuye a la Sala el ordinal 3º del artículo 32 del Código de Organización Judicial, es exclusivamente la de conocer "de las sentencias pronunciadas en país extranjero, para el efecto de resolver si procede o no su cumplimiento en Colombia, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados públicos"; y no la de calificar el mérito probatorio que tales providencias pueden tener dentro de procesos que actualmente no caen bajo su jurisdicción, como parece entenderlo la solicitante según el escrito de aclaración de su demanda.

Es al Juez del conocimiento del respectivo negocio en que se exhiba "como prueba" esa resolución jurisdiccional eclesiástica, a quien compete en su oportunidad la calificación de su valor demostrativo, con sujeción a lo pactado en el concordato vigente, celebrado entre el Pontificado Ro-

mano y el Gobierno de Colombia, y a las leyes del país que obligan al solemne respeto de la legislación canónica, en cuanto a juicio del mismo Juez, aquel concordato y estas leyes sean aplicables al caso en relación con la prueba mencionada.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara que no es el caso de decidir sobre el "exequatur" solicitado en la citada demanda de 18 de septiembre de 1948.

Sin costas por no juzgarse temeraria la petición.

Cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial, notifíquese y archívese el expediente.

Manuel José Vargas—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo. Pedro León Rincón, Srio.

ACCION REIVINDICATORIA

Cuando se reivindica como cosa singular un lote que pertenece a una hacienda o finca de mayor extensión, y se encuentra suficientemente identificado en el juicio el lote objeto de la acción reivindicatoria, no es óbice para la prosperidad de esta acción el hecho de que no se haya procedido en inspección ocular a recorrer y medir los linderos de toda la finca o hacienda de la cual se dice forma parte el terreno reivindicado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La sociedad colectiva Hacienda de Perodías Limitada, demandó ante el Juez Civil del Circuito de Palmira a Cirilo Lasso sobre reivindicación de una porción de terreno ocupada por éste y correspondiente, según la demanda, al inmueble de aquel nombre.

Notificado el 22 de octubre de 1946, el demandado, por medio de apoderado contestó oponiéndose, negando varios de los hechos fundamentales y afirmando enfáticamente que es poseedor de la finca que se le demanda, la que tiene en su poder, "porque es suya, y con ánimo de señor y dueño sin reconocer dominio de tercera persona". Alega, entre otras excepciones, la de prescripción; y por separado formuló contrademanda, a fin de que se declare dueño exclusivo de esa finca adquirida en prescripción extraordinaria por haberla poseído materialmente de modo continuo y tranquilo desde 1908 en que comenzó a desmontar ese globo de tierra después de lo cual le ha hecho las mejoras que hoy tiene, sin oposición de nadie. Esta contrademanda alinda esa finca por norte, sur y oriente con el río Las Cañas, indicando qué propiedades quedan en cada lindero al otro lado del río, y por occidente, con "fincas que posee la Hacienda de Perodías Limitada".

Es de advertirse, desde luego, que la demanda principal determina la finca exactamente del mismo modo al alindarla y que también hay completa igualdad en ambas piezas respecto de longitud de cada lindero y cabida.

El Juzgado cerró la instancia en fallo de 13 de octubre de 1947 haciendo en favor de la sociedad actora la declaración de dominio solicitada y condenando al demandado consecuencialmente a restituir, así como a pagar los frutos en todo el tiempo de su ocupación, los deterioros y demás perjuicios sufridos por la entidad demandante; reconoce a Lasso su derecho sobre las mejoras puestas por él; declara no probadas las excepciones opuestas; absuelve a la parte contrademandada de los cargos de reconvención, y no hace condenación en costas.

Apeló el apoderado de Lasso y tramitada la segunda instancia en el Tribunal Superior de Cali, éste en sentencia de 20 de septiembre de 1948 revocó la del Juez en cuanto decretó la reivindicación pedida por la sociedad demandante y la confirmó en cuanto negó las peticiones de la reconvención y también en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas por Lasso a la demanda reivindicatoria. Sin costas.

Contra esta sentencia interpuso casación el apoderado de la sociedad demandante. Sustanciado debidamente el recurso, hoy se decide.

El Tribunal relata detalladamente los antecedentes, la demanda y la contrademanda y las varias pruebas aducidas y al entrar en el estudio de los problemas planteados comienza por el de la reconvención, acerca de la cual analiza los testimonios presentados por Lasso para acreditar su fundación y posesión de la finca, sus cultivos, sus construcciones y su residencia en ella con su familia, y encuentra insuficiente esta prueba única de la posesión de largo tiempo que aduce tanto para oponer a la demanda principal la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria, cuanto para fundamentar su contrademanda. El razonamiento del Tribunal a este respecto puede sintetizarse así: sólo uno de los testigos da plena razón de su dicho, sin contradicción al ser repreguntado por su contraparte; pero los otros no afirman categóricamente que esa posesión "haya sido quieta, tranquila y pacífica y sin reconocer

dominio a tercera persona, por el tiempo que requiere la ley para adquirir por prescripción el dominio de bienes raíces", y agrega: "por lo mismo, no sirven tales testimonios para fundar con base en ellos un derecho de dominio como es el solicitado en las peticiones de la demanda de reconvención...".

Deduce, en consecuencia, que no puede declararse dominio en favor de Lasso, puesto que este pedimento lo funda en el art. 2532 del C. C. y lo respalda tan sólo con esas deficientes declaraciones de testigos.

Entra el Tribunal en seguida a estudiar si está comprobado el dominio de la sociedad demandante sobre el terreno materia del litigio, haciendo presente que éste es el primer elemento de los que configuran la acción reivindicatoria y determinan su viabilidad; y si bien encuentra comprobado ese dominio sobre la Hacienda de Perodías con las escrituras públicas, certificado de registro, plano y croquis presentados con la demanda y demás pruebas levantadas en el curso del pleito, llega a una conclusión negativa, estimando que una cosa es el dominio del actor sobre esa Hacienda y otra cosa muy distinta el hecho de que dentro de esta finca se halle el terreno disputado; y estimando también que este detalle decisivo no se acreditó en el proceso, por ser deficientes al respecto la inspección ocular misma sobre todo y también el dictamen pericial rendido con ocasión de esta diligencia.

La falta de esta comprobación es el fundamento de la absolución de Lasso. Como se ve, el Tribunal se coloca en una situación en que la carencia de acción en el actor hace inoficioso el estudio de las excepciones del reo ya que éstas implican una acción por destruir o enervar, no sin que advierta que la prueba de las excepciones es la misma en que Lasso pretende fundar su contrademanda, o sean las declaraciones de testigos que encontró insuficientes e ineficaces.

El recurrente aduce el motivo 1º del art. 520 del C. J., o sea el de violación de ley sustantiva, señalando en especial entre las disposiciones de este orden el art. 946 del C. C. por no haberse aplicado, e indica como fuente de este quebranto errores de derecho y errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas que indica y analiza. El cargo se condensa así: La cosa materia de la reivindicación no es la Hacienda toda, sino la parte ocupada por Lasso, acerca de cuya identificación no cabe la menor duda. Las pruebas la acreditan plenamente y no han hecho sino corroborar el pleno acuerdo de los litigantes al respecto, testificado por la demanda, su respuesta y la contrademanda, lo que bastaría. El Tribunal echa de menos que en la inspección ocular se recorrieran y verificaran uno a uno los linderos de la Hacienda toda, lo que es innecesario, puesto que la porción que pretende cercenarle Lasso está situada en una revuelta del río Cañas que, como ya se vió, forma todos sus linderos, menos el occidental, constituído por potreros de la Hacienda, y puesto que, por otra parte, la alindación de ésta según las escrituras de propiedad y certificados de registro indican para ella en esa zona el mismo río, circunstancias suficientes a demostrar la completa coincidencia, y con ella, en otras palabras, el enclavamiento del lote disputado dentro de los términos de la Hacienda de Perodías.

Se considera:

La inspección ocular practicada en la segunda instancia el 5 de mayo de 1948 (cuad. 6º fls. 20 v. a 23) indica que el personal de la diligencia recorrió el inmueble para identificarlo por su situación linderos y componentes, y que recorridos sus linderos y practicada la mensura de estas líneas, todo resultó de acuerdo con el plano, la demanda y los títulos escriturarios.

El dictamen de los peritos que intervinieron en esa diligencia, rendido por ellos de común acuerdo (fls. 25 ibídem) indica la identidad de la finca poseída por el demandante con lo que rezan el plano y croquis respectivos y en esta afirmación se refieren expresamente al plano general de la Hacienda presentado con la demanda. Indica asimismo que los peritos "constatamos en toda su extensión las afirmaciones contenidas en los hechos 7º y 8º de libelo y afirmamos que son exactas y corresponden en un todo con la realidad, ya que no sólo visitamos los fundos de la Hacienda y la finca, sino que hemos leído con detenimiento las escrituras...".

Agregan: "Localizamos sobre el terreno el croquis especial de la finca de cuya reivindicación se trata acompañado al libelo, el cual coincide con los linderos de la finca, y auncuando visitamos la Hacienda Perodías y verificamos sobre el plano los linderos generales de que hablan las escrituras, no medimos sobre el terreno los mismos por ser ésta una labor demasiado larga, tal vez de algunos días, concretándonos a constatar, eso sí, que el croquis de la finca calzaba muy bien sobre el plano general de la Hacienda, levantado por el doctor Víctor Estrada y referenciado cla-

ramente en esta finca por los límites arcifinios del río de Las Cañas".

Es de advertirse que el plano general de la Hacienda y el croquis del lote disputado figuran en autos presentados con el libelo inicial.

Los hechos de éste a que se refieren los peritos indican: el 7º, el dominio de la Hacienda en favor del actor, citándola en relación con el plano de que acaba de hablarse y con los títulos, plano y títulos citados a su vez por los expertos, y al referirse a los linderos cita a su turno los detallados en el hecho 2º, que son los que rezan tales escrituras y marcan del propio modo el plano de la Hacienda y, en lo pertinente, el croquis de la finca en litigio. Y el hecho 8º indica detalladamente esta última finca con cabida, linderos, cultivos y edificaciones.

Así las cosas, la medida y recorrido de cada uno de los linderos de la Hacienda no eran elemento necesario para el fin cardinal antedicho, pues la ausencia de estos detalles no obsta a la identficación de la Hacienda y del lote ni al establecimiento de que éste está enclavado en ella, queda dentro de su alindación. Si, relacionando como es de rigor la demanda en sus hechos pertinentes con el plano y el croquis y con las escrituras tenidas en cuenta en aquella diligencia, las cuales obran en el proceso debidamente, unas por traídas a él en oportunidad en el curso de las instancias y otras desde la iniciación del pleito, corroboradas por certificados de registro, se halla que el río Las Cañas es el lindero de la Hacienda cabalmente en la zona o porción aquí en litigio: si lo propio consta sobre alindación de esta zona, en ella y en la Hacienda por norte, oriente y sur; si de los linderos de la Hacienda para su verificación no faltó sino mensura y recorrido material de cada uno en toda su extensión, si la zona en litigio completa sus linderos con la tierra de Perodías por el occidente, sólo por error en la apreciación del haz probatorio consistente en plano, croquis, escrituras, certificado, inspección ocular y dictamen pericial referidos pudo llegar el Tribunal a la conclusión a que llegó de no estar acreditado el dominio de la sociedad demandante sobre la Hacienda de Perodías en toda su extensión así comprobada, es decir, en lo atañedero al pleito, sobre la zona de la misma finca ocupada por Lasso.

Y de ese error se deduce, también con suma claridad, el quebranto de las disposiciones sustantivas de que acusa el recurrente, puesto que, como bien lo dice, no es la Hacienda sino la zona ocupada por Lasso la que forma la materia del litigio. Si, basándose el Tribunal en no estar acreditado el dominio del actor, negó que la acción incoada le asistá, dejó de aplicar, entre otras disposiciones sustantivas, la del citado artículo 946.

Los demás elementos requeridos para esa acción concurren también, pues la posesión del demandado es un hecho plenamente establecido por dichas pruebas y ante todo por el acuerdo de ambas partes; la singularidad de la finca en disputa es igualmente indiscutible, como lo es la identidad entre lo que pretende el actor y defiende como suyo el reo ocupante.

Todo esto indica que el cargo considerado en sí mismo se acoge, lo que, en tesis general, determina la invalidación del fallo recurrido y el deber de la Sala de reemplazarlo, que es lo ordenado por el C. J. en su art. 538, sin más salvedad que la que se verá aquí adelante, consistente en que no se halla práctico ni, si se quiere, lógico, casar una sentencia para reemplazarla por otra que a igual parte resolutiva llegue, así sea por diferente senda. Claro es que en tal evento la Sala no puede esquivar ese estudio que le corresponde como juzgador de instancia; más todavía: a saber ese resultado no puede llegar, en su caso, sino mediante tal estudio.

Visto que concurren los elementos necesarios para la acción ejercitada en la demanda principal, lo procedente es considerar la excepción de prescripción opuesta. Como ya se dijo, la invoca Lasso aduciendo sus actos posesorios y sosteniendo que llevaban más de 30 años continuos de duración cuando se le notificó la demanda inicial de este pleito. Su calidad de poseedor actual no se discute. Como es de rigor, dada la acción, se la afirma el demandante, y él por su lado así contesta y, a mayor abundamiento, contrademandó para obtener declaración de dominio fundado en su posesión. Ya se habló de la completa coincidencia sobre ubicación, linderos y medidas de lo ocupado por Lasso en las piezas de una y otra de las partes litigantes.

Le quedaba por acreditar el tiempo, esto es, desde cuándo ha poseído. Para ello solicitó y obtuvo en el término probatorio de la primera instancia que se recibiera la declaración de los testigos que citó al efecto y cuya deposición se lee en el cuadreno 2º del folio 5 al 16. Son seis los declarantes. Todos fueron interrogados el 7 de marzo de 1947. El abogado demandante los contrainterrogó nimiamente, con la mayor acucia.

Esos testigos son:

Salvador Ruiz (fls. 5 a 9). Afirma categóricamente, dando como razón de su dicho sus propias percepciones por haber vivido en la misma región de la finca de Lasso, cuya cabida y linderos indica, y por conocerla desde que éste comenzó a fundarla derribando el bosque, quemando y sembrando y cercando y levantando casa de habitación. Al punto 4º responde: "Que es verdad y le consta directa y personalmente al testigo por haber sido y ser vecino de Cirilo Lasso en el sitio ya dicho y por conocer bien desde antes de 1908 las ocupaciones de Lasso, que desde ese año y en forma continua, sin interrupción, quieta y pacífica Lasso venía trabajando dentro del globo de tierra delimitado en la respuesta anterior, como dueño exclusivo, que en los primeros años, es decir de 1908 en adelante puso allí cultivos de carácter transitorio, como maíz, yuca, tabaco, etc., y que después comenzó a cultivar en ella plantaciones de carácter permanente como cacao, cafetos, plátano, pastos, árboles frutales, y a criar animales, habiendo cercado su predio o parcela desde que ocupó allí".

A una de las múltiples repreguntas aludidas, referente a cuándo encerró Lasso lo que hoy ocupa, contestó: "Debió ser en 1908 o antes, porque en el llano no podía sembrar cultivos". Repreguntado por qué no podía sembrar cultivos en el llano, contestó: "Porque andaban animales allí pasteando". Repreguntado de quién eran esos animales, contestó: "Muchos eran de los vecinos que ya tenían sus labranzas establecidas desde años más atrás y otros de otras partes". Repreguntado de qué otras partes eran los otros, contestó: "Eso sí no puedo decir yo, porque como he dicho antes, era un lote abierto que no tenía cercas de ninguna clase".

Interrogado sobre si el derribo del bosque lo hizo en su totalidad en 1908, contestó: "Ha podido principiar antes; pero en 1908 yo ya le conocí la propiedad que hoy tiene". Repreguntado: "Entonces antes de 1908 no conocía usted esa propiedad?". Contestó: "La conocía". Repreguntado: "¿Cuándo la conoció por primera vez?". Contestó: "Conocía a Cirilo Lasso en 1906 y me hice amigo de él en 1907; la finca la conocí después de ser amigo. Repreguntado sobre los actos ejecutados por Lasso en esa finca, contestó: "Le he visto ejecutar actos de dominio, lo he visto construir la finca como de su propiedad, lo he visto cosechando frutos y se los he visto secar en su casa y vender, sin que nadie se lo impida, como señor y dueño".

A una repregunta a cuyo final el abogado dice: "En una palabra: cuéntenos usted lo más detalladamente que pueda la manera cómo el bosque que antiguamente existía en esta zona de terreno se convirtió en la finca que existe hoy?". Contestó: "Lo más sencillo: cogió el machete, se metió al bosque o guadual, lo derribó, esperó que se secara y luego le prendió candela y de ahí lo sembró de maíz y plantas periódicas para después sembrarle las permanentes, y es así como se principia a hacer una finca". Repreguntado sobre si vió todo ese proceso, contestó: "Repito que como vecino me tocó ver desde que comenzó a hacer, máxime que por ahí cerca pasa el camino donde uno se conduce diariamente a Florida". Repreguntado por cuánto tiempo estuvo viendo ese lento proceso de construcción de la finca, contestó: "He dicho que de 1907 a 1908 para acá".

Ramón Valencia (fls. 9 v. y 10). Este testigo dice que por poseer una finca ne El Remolino, conoce a Cirilo Lasso desde 1908 y que en el sitio de Las Cañas reside y tiene su parcela y familia Cirilo Lasso, en el Municipio de Florida. El testigo dice no conocer bien esta finca e ignorar su cabida y linderos y que no le consta que la explotación y posesión realizada por Lasso fuera un acto público a la vista de todos, y que "al pasar cerca de ese lugar lo veía haciendo labra en el bosque, es decir, derribándolo y en ese mismo sitió empezó a levantar la finca y de allí para acá ha levantado casa de habitación". Advierte el testigo que ignora si estos actos los ejecutó Lasso reconociendo dominio ajeno. Repreguntado, declara haberse ausentado de esos lugares en varias ocasiones, entre las cuales ausencias hay una que se extiende de 1915 a 1927, y es a partir de este último año a lo que se refiere en sus afirmaciones antedichas sobre actos de Lasso, aunque insiste en haberlos presenciado desde 1908, en lo correspondiente al tiempo anterior a 1915, mientras permaneció en esa región.

Román Mina (fls. 11 y 12). Afirma: "Que desde el año de 1898 conoce al señor Cirilo Lasso más o menos, en la Hacienda de Perodías, siendo en ese tiempo trabajador de esa hacienda, en donde a la vez que trabajaba fundaba una finca a orillas del río Las Cañas en donde había un guadual, y allí ha vivido desde que se salió de la Hacienda de Perodías y donde habita hoy en día con su familia". Dice desconocer la cabida y linderos de esta finca, y al punto 4º contesta: "Que más o menos en 1908 conoció a Cirilo Lasso trabajando en Perodías, Hacienda, y al mismo tiempo abrien-

do una finca a orillas del río Las Cañas, en donde hizo cultivos de carácter transitorio, tales como maíz, yuca y tabaco, después sembró otras de carácter permanente, tales como plátano, árboles frutales y cacao". Al punto 5º responde: "Que la posesión realizada por Lasso lo fue dentro de un bosque de guadual que se ocultaba a la simple vista pero que se veía al pasar por la orilla del río Las Cañas al pasar por allí de cacería". Agrega, repreguntado, que otras personas podían ver la finca, por no ser el único que andaba cazando; pero que por ahí no era camino público; que el guadual tapaba la vista a las personas que pasaban por el potrero de Perodías. que fue más tarde, cuando se juntaron los trabajos de derroque de la guadua con los de la parte despejada de la Hacienda, cuando vino a hacerse público el hecho de haber Lasso formado esa finca, y que esto ocurrió más o menos hace unos 30 años. Antes la finca de Lasso no podía ser vista desde los potreros de Perodías. Contrainterrogado sobre el ánimo de dueño con que haya obrado Lasso y sobre si reconoce el dominio de la Hacienda sobre el suelo, responde no darse cuenta, porque Lasso nada le ha hablado o dicho sobre si se cree el dueño o no.

Bartolomé Ríos (fls. 12 v. y 13). No conoce la finca sino desde lejos por haber pasado por la orilla de una cerca del mismo Lasso, "igualmente desconoce su cabida y linderos porque para eso hay necesidad de tener títulos". Advirtiendo no ser vecino de Lasso por la distancia que media entre la propiedad de éste y la del testigo, Ríos contesta: "Que le consta que desde 1908 en que conoció a Cirilo Lasso hasta la fecha, éste ha poseído sin interrupción la dicha finca, porque es un hombre tranquilo y trabajador; que sabe que dentro de esa finca hay cultivo de cacao, plátano, café, ignorando cuánto tiempo hace que hiciera esas siembras, porque de 1910 me retiré para Santa Ana, en donde permanecí por espacio de 9 años; pero que lo vió antes de irse a ese sitio y después de volver de él trabajando en el mismo sitio en donde había quedado". Al punto 5º respondió: "Que como el testigo permaneció en Santa Ana nueve años, no sabe si la ocupación de Lasso fuera en un principio un acto oculto; pero que cuando volvió de Santa Ana ya la finca se veía de varias partes, porque había trabajado. Respondiendo una repregunta, manifiesta no haber entrado ninguna vez a la finca de Lasso y sólo haber pasado por el borde del cerco. Y en respuesta a otras repreguntas, insiste en que conoció a Lasso en 1908 cultivando la finca donde ahora está, que no puede precisar sus trabajos, porque lo vio trabajando, lo que le consta, y no le consta la hechura de la casa porque ocupado el testigo en su finca, "no podía saber".

José León Lucumi (fls. 14 y 15). Conoció a Cirilo Lasso desde 1906 "trabajando en una finca que tenía a orillas del río Las Cañas y que tiene hasta hoy, construída con sus propios recursos", que no sabe qué cabida tenga dicha finca, que queda entre la finca de Hilarión Pizarro, la del yerno de mi siá Pola Pizarro también y el río de Las Cañas, y que no conoce más linderos de esa propiedad". Al punto 4º repuso: "Que el testigo por conocimiento propio sabe que desde 1906 entró a trabajar allí Cirilo Lasso, cultivándola de tabaco, maíz, fríjol, café y cacao". Al 5º: "Que la posesión de la finca la realizó Lasso siendo vista de todas partes, habiendo tenido que derribar bosques para construírla, y desde que la fundó existe en ella casa de habitación". Afirma este testigo que el guadual tapaba la finca cuando comenzaron los trabajos de Lasso por ambas partes y todavía hoy hay guadua cerca de la casa por la orilla de la barranca. A una repregunta respondió: "Cuando he pasado lo he visto sembrando maíz, cacao, plátano, café; no lo he visto cosechando, pero sí he visto los frutos que lleva a Florida a vender". A otra repregunta, responde: "He andado por las orillas como pescador que soy y por eso me doy cuenta". Repreguntado sobre si Lasso se considera dueño y cómo adquirió, responde: "Porque él construyó la finca a sus expensas", y que ha trabajado por cuenta propia, no por la de Perodías, "porque trabaja y tiene derecho a sus matas".

Manuel María Molina (fls. 15 v. y 16). Este testigo conoció a Lasso en 1907, dice que en ese año le dieron de baja en la Hacienda de Perodías; que no vió a Lasso trabajando en ella, y que lo sabe porque él mismo se lo contó, y agrega: "Que después andando un día pescando en el río Las Cañas vió una obra en la orilla del río recién quemada, que tenía sembrado en ella colinos y semillas de tabaco y vió a Lasso desbaratando una palizada". No sabe la cabida de la finca y desconoce sus linderos. Es por dicho de Lasso como sabe el testigo, que Lasso ha venido trabajando tranquilamente cultivando tabaco, café y hoy ya tiene cacao y plátano. Interrogado sobre los actos de Lasso que haya presenciado, respondió: "Pues que disfruta de ella; no lo he visto sembrar sino lo primero que ya expliqué; no lo he visto coger los frutos, pero sí lo he visto venderlos; no lo vi

cercar pero sí he visto las cercas que hizo él por su cuenta y sé que es por cuenta de él, no porque nadie me lo haya dicho, sino porque he visto las cercas que él ha hecho por su propia cuenta para favorecerse". Afirma que Cirilo se considera dueño, porque lo ha visto manejando la finca "y al principio que la comenzó a hacer".

Quedan resumidas, y en lo necesario, transcritas, las declaraciones de testigos con que Lasso pretende comprobar, no sólo su posesión, acerca de la cual ya se dijo lo pertinente, sino la duración de la misma y su calidad de continua y tranquila.

Descartando de esos seis testimonios aquellos que por falta efectiva de conocimiento de la finca por el testigo o por ausencia suya que impide que sus afirmaciones sobre posesión completen treinta años, queda ,sin embargo, un número de declarantes superior a los dos que forman plena prueba conforme al art. 697 del C. J. sobre que esa posesión se remonta a 1908 y se ha ejercido por Lasso continuamente desde entonces.

Estos hechos son tan sencillos como decisivos. A que se hayan consumado no se opondría la clandestinidad, no comprobada, con que los demandantes dicen haber comenzado la posesión de Lasso, clandestinidad que hacen consistir en que el guadual no dejaba ver obras principiadas de la orilla del río hacia adentro y, por tanto, interceptadas a la vista por el monte. Sorprende que en tan largo lapso ninguno de los sucesivos dueños de la hacienda se diera cuenta de que había en ese punto quemas y después cercas, cultivos y viviendas de Lasso y familia. Hubiera o no esa ignorancia, ello es que sobradamente transcurrieron los treinta años de ley sin que los dueños de Perodías interrumpieran la posesión mencionada, y esto es suficiente para crear a Lasso la prescripción adquisitiva que invoca.

El reconocimiento de esta excepción conduce a una solución también favorable a Lasso que viene absuelto de la demanda por la sentencia del Tribunal. A primera vista, pues, no habría lugar, por lo antedicho al respecto, a casar el fallo recurrido, sino tan sólo a corregir su concepto sobre que la acción incoada no asiste al actor; pero acontece que el Tribunal no solamente procedió a absolver por obra de este equivocado concepto, sino que a la negativa sobre la contrademanda añadió la confirmación de la sentencia del Juez, "en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado al contestar la demanda reivindicatoria". Y esto obliga a la Sala, que sí halla probada la prescripción, a corregir este error en lo relacionado con la contrademanda; de suerte que, aunque hubiera de entenderse a primera vista que por ser recurrentes únicamente los actores, la Sala no hubiera de extenderse a la reconvención según el artículo 494 del C. J., en su primera parte, precisamente por lo que esta disposición previene **in fine** ha de modificar también en esto el 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, CASA parcialmente la sentencia pronunciada en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, y reformando la del Juzgado 2º Civil del Circuito de Palmira de trece de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, falla este pleito así:

Declárase probada en favor de Cirilo Lasso la prescripción adquisitiva extraordinaria opuesta por él como excepción a la demanda de reivindicación incoada contra él por Hacienda de Perodías, Limitada, sobre la finca ubicada en el Municipio de Florida en el sitio de El Paraíso o Cañas Abajo, con extensión aproximada de cinco hectáreas y mil trescientos setenta y cinco metros cuadrados, alindada así: Por el Norte, siguiendo el curso aguas arriba del río "Las Cañas" en una longitud de 173 metros, con mejoras de los herederos de Hilarión Pizarro; en 241 metros siguiendo aguas arriba, con mejoras de Pedro Orejuela, en ambos trechos río "Las Cañas" de por medio; por el Oriente, en 61 metros, aguas arriba y río "Las Cañas" de por medio, con mejoras de Paulino Cano; por el Sureste en 212 metros, aguas arriba y río "Las Cañas" de por medio, con mejoras de Demetrio Maya; por el Sur, en 243 metros, aguas arriba, y río "Las Cañas" de por medio, con mejoras de Paulino Cano; y por el Occidente, hasta volver al punto de partida, en 330 metros, con potreros de la "Hacienda de Perodías, Limitada".

Sin costas.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Arturo Silva Rebolledo.—Hernán Salamanca—Alberto Holguín Lloreda.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO.—LA COMPETENCIA DE LA CORTE COMO TRIBUNAL DE CASACION NO CORRESPONDE A LA CLASIFICACION LEGAL DE COMPETENCIA, FUNDADA EN EL OBJETO, EL SUJETO, EL TERRITORIO Y LA CUANTIA, SINO QUE PERTENECE A LA QUE LOS TRATADISTAS DENOMINAN COMPETENCIA FUNCIONAL.—LAS CUANTIAS SEÑALADAS EN EL ARTICULO 519 DEL C. J. NINGUNA RELACION TIENEN CON LAS QUE EXIGE LA LEY PARA FIJAR LA COMPETENCIA, NI CON LA MANERA LEGAL DE SU DETERMINACION (ARTICULOS 205 Y 206, C. J.). — ESAS CIFRAS SE REFIEREN PROPIAMENTE A LA PRETENSION DEL DEMANDANTE, A "LO QUE SE DEMANDA" (RELACION SUSTANCIAL), Y NO A LO QUE PARA EFECTOS DE COMPETENCIA LLAMA EL CODIGO CUANTIA, QUE ES RELACION SIMPLEMENTE PROCESAL

La razón de la negativa del Tribunal a conceder el recurso oportunamente interpuesto y procedente por la naturaleza del juicio, no es otra que la circunstancia de haberse estimado la cuantía por el demandante, sin objeción del demandado, en cifra inferior a $ 3.000.00, por lo cual es preciso, según antigua jurisprudencia de esta Sala, citada por el Tribunal, tener esta cuantía como irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, entre ellos para decidir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación. Esta doctrina, como lo ha advertido ya varias veces esta Sala, ha sido objeto de una rectificación fundamental, aunque no unánime, a partir del 14 de diciembre de 1945 (G. J. T. LXII, página 85), en que se aceptó la posibilidad de la existencia del verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J. sobre el real valor del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación aun en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance el mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario.

La competencia judicial que se fija por razón de la naturaleza del asunto, o por la calidad de las partes, o del lugar donde debe ventilarse, con subordinación a la competencia por razón de la cuantía (artículos 150, 154, C. J.), se vincula a las instancias del juicio y sirve para determinar la competencia necesaria, principal u originaria del primer grado. La competencia de la Corte Suprema como Tribunal de Casación, colocada en el vértice de la organización judicial con su finalidad primordial de adoctrinar sobre la aplicación de la ley para uniformar la jurisprudencia nacional, no corresponde a esa clasificación legal fundada en el objeto, el sujeto, el territorio y la cuantía. Pertenece a la que todos los tratadistas de derecho procesal denominan competencia funcional, que, aunque no está catalogada en el código, opera dentro de nuestra organización judicial. Las cuantías señaladas en el artículo 519 del C. J. ninguna relación tienen con las que exige la ley para fijar la competencia, ni con la manera legal de su determinación (artículos 205 y 206 ibídem). Esas cifras se refieren propiamente a la pretensión del demandante, a "lo que se demanda" — relación sustancial — y no a lo que para efectos de competencia llama el código cuantía, que es relación simplemente procesal. Como bien se sabe, el recurso de casación, instituído en interés de la ley, por su propia índole y las finalidades que persigue, debería proceder contra toda sentencia de última instancia, como algunas veces lo ha explicado esta Sala, y sólo por consideraciones de orden práctico, para evitar la congestión de la Corte, ha establecido el legislador restricciones para su concesión. Este es el alcance y sentido de las cuantías del artículo 519, que así resultan completamente desconectadas de las que establece el código "para fijar la competencia", que es manera de atribuir los negocios judiciales en su inicio, y no, como allí su-

cede, para servir simplemente de cedazo legal. Esta diferencia de fines y de categorías entre la cuantía "para fijar la competencia" y la que abre la puerta a la casación, es visible en la prohibición que la ley hace a la Corte para declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía de la demanda (artículo 529 IN FINE, C. J.), y estaba inequívocamente establecida en el artículo 4º de la ley 90 de 1920, cuya doctrina sigue siendo la que jurídicamente se aviene más con el carácter funcional de la competencia que compete a la Corte en Casación, y que no hay por qué subordinar al concepto y reglas de competencia original por razón de la cuantía. "El Tribunal antes de decidir sobre la concesión del recurso —decía la citada disposición—, cuando la demanda no tenga por objeto una cantidad determinada o cuando de las pruebas del proceso no aparezca el valor de las cosas que son materia del pleito, ordenará que por medio de peritos se fije la cuantía de la acción, aunque en la demanda se determinen dichas cuantías..."

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 20 de marzo de 1949, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Jacinta María Contreras contra Rufino Narváez sobre reivindicación de una finca rural denominada Escobalito, ubicada en jurisdicción de Tolúviejo, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado de la demandante. El Tribunal, en auto de 4 de julio de 1949, denegó la concesión de recurso por considerar que habiendo el actor determinado en su demanda la cuantía en la suma de $ 1.000, sin reclamo del demandado, no existe motivo de duda que autorice la aplicación del artículo 524 del C. J., y la fijada no da base para el recurso. Ante esta negativa, el demandante interpuso recurso de hecho, para lo cual, como lo establece la ley, pidió reposición del auto negatorio y en subsidio copia de las piezas procesales necesarias, con las cuales ha ocurrido ante la Corte con el objeto de que le sea concedido el recurso de casación denegado.

Se considera para resolver:

La razón de la negativa a conceder el recurso oportunamente interpuesto y procedente por la naturaleza del juicio, no es otra, como se vio, que la circunstancia de haberse estimado la cuantía por el demandante, sin objeción del demandado, en cifra inferior a $ 3.000, por lo cual es preciso, según antigua jurisprudencia de esta Sala citada por el Tribunal, tener esta cuantía como irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, entre ellos para decidir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación. Esta doctrina, como lo ha advertido ya varias veces esta Sala, ha sido objeto de una rectificación fundamental aunque no unánime, a partir del 14 de diciembre de 1945 (G. J. T. LXII, pág. 85), en que se aceptó la posibilidad de la existencia del verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J. sobre el real valor del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación aun en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance el mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario.

La competencia judicial que se fija por razón de la naturaleza del asunto, o por la calidad de las partes, o del lugar donde debe ventilarse, con subordinación a la competencia por razón de la cuantía (artículos 150, 154, C. J.), se vincula a las instancias del juicio y sirve para determinar la competencia necesaria, principal u originaria del primer grado. La competencia de la Corte Suprema como Tribunal de Casación, colocada en el vértice de la organización judicial con su finalidad primordial de adoctrinar sobre la aplicación de la ley para uniformar la jurisprudencia nacional, no corresponde a esa clasificación legal fundada en el objeto, el sujeto, el territorio y la cuantía. Pertenece a la que todos los tratadistas de derecho procesal denominan competencia funcional, que aunque no catalogada en el código opera dentro de nuestra organización judicial. Las cuantías señaladas en el artículo 519 del C. J. ninguna relación tienen con las que exige la ley para fijar la competencia, ni con la manera legal de su determinación (artículos 205 y 206 ibídem). Esas cifras se refieren propiamente a la pretensión del demandante, a "lo que se demanda", —relación sustancial— y no a lo que para efectos de competencia llama el código

cuantía, que es relación simplemente procesal. Como bien se sabe, el recurso de casación, instituído en interés de la ley, por su propia índole y las finalidades que persigue, debería proceder contra toda sentencia de última instancia, como algunas veces lo ha explicado esta Sala, y sólo por consideraciones de orden práctico, para evitar la congestión de la Corte, ha establecido el legislador restricciones para su concesión. Este es el alcance y sentido de las cuantías del artículo 519, que así resultan completamente desconectadas de las que establece el código "para fijar la competencia", que es manera de distribuir los negocios judiciales en su inicio, y no como allí sucede para servir simplemente de cedazo legal. Esta diferencia de fines y de categorías entre la cuantía "para fijar la competencia" y la que abre la puerta a la casación, es visible en la prohibición que la ley hace a la Corte para declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía de la demanda (artículo 529 **in fine**, C. J.), y estaba inequívocamente establecida en el artículo 4º de la ley 90 de 1920, cuya doctrina sigue siendo la que jurídicamente se aviene más con el carácter funcional de la competencia que compete a la Corte en Casación, y que no hay por qué subordinar al concepto y reglas de competencia original por razón de la cuantía. "El Tribunal antes de decidir sobre la concesión del recurso —decía la citada disposición— cuando la demanda no tenga por objeto una cantidad determinada o cuando de las pruebas del proceso no aparezca el valor de las cosas que son materia del pleito, ordenará que por medio de peritos se fije la cuantía de la acción, aunque en la demanda se determinen dichas cuantías...".

No es inútil reproducir una vez más las razones y explicaciones en que se funda la doctrina sobre cuantía para efectos de la casación, visible a páginas 110 a 112 del T. LXVI de la G. J.:

"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. J., otro objeto ni otro alcance que fijar la competencia del Juez ante quien presente 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 145 del C. J.) y a mover, en consecuencia, la jurisdicción de los jueces de circuito o 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 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 amenaza sobre todas las actuaciones judiciales. "Esta cuantía a que se viene haciendo referencia para graduarla de mayor o 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 en que 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 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 del 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 aprecie 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 ese 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. Civil, 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 esta 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 cit., pág. 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 cuándo 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, este

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 estudio, el demandante, en el escrito en que interpuso el recurso de casación, pide que antes de resolver sobre su procedencia se ordene la fijación pericial de la cuantía porque aunque ésta fue fijada en la demanda en la suma de $ 1.000, considera que existe cuando menos verdadero motivo de duda como se desprende de la diligencia de inspección ocular practicada a pedimento suyo en la finca de Escobalito, que pone a la vista que su valor excede a la cuantía señalada para fijar la competencia, pues se trata de un fundo de siete fanegadas, con aguas abundantes y pastos suficientes para mantener cien reses. En estas condiciones es aceptable, en concepto de la Sala, que la fijación de la cuantía hecha en la demanda difiere del valor efectivo de la finca que se reivindica con sus frutos, y que existe el verdadero motivo de duda que hace aconsejable que se acuda al avalúo pericial indicado por el artículo 524 del C. J. Así, pues, no pudiéndose proceder en forma de conceder desde luego el recurso de casación, puesto que se ignora, mientras el avalúo no se haga, si el valor de lo litigado da base para ello según el artículo 519 del C. J., lo procedente es ordenar al Tribunal que provea a ese justiprecio para que sobre lo que de él resulte, conceda o niegue el recurso interpuesto.

Por lo expuestó, se resuelve: admítese el recurso de hecho a fin de que el Tribunal de origen proceda en la forma que indica el artículo 524 del C. Judicial. Para este efecto, envíesele copia de esta providencia una vez ejecutoriada.

Notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza (con salvamento de voto)—**Alberto Holguín Lloreda — Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo** (con salvamento de voto)—**Pedro León Rincón**, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RICARDO HINESTROSA DAZA

Salvo mi voto en la decisión precedente, porque insisto en la tesis que me ha llevado a salvarlo en casos iguales por razones que expuse con motivo de la providencia de 14 de diciembre de 1945 (G. J. Tomo LIX, página 852), ampliadas cuando se dictó la de 18 de junio de 1947 (G. J. Tomo LXII, página 455), que en rigor son las que habían determinado el fallo mismo de otros casos análogos en época anterior, esto es, cuando la tesis a que adhiero tuvo mayoría en la Sala.

Sigo creyendo, como en una y otra época, que la circunstancia de exigir la ley la fijación de la cuantía al iniciarse el juicio en la mira de establecer si la competencia es del Juez del Circuito o del Municipal, por ejemplo, no es motivo para pasar por alto esa fijación cuando más tarde se trate de algo distinto, como la casación, v. gr., en el mismo juicio. Esa fijación, en cuanto no haya sido discutida ni alterada y sobre ella se ha trabado la litis, establece en mi sentir una inequívoca piedra de toque para cuanto en el pleito ocurra en relación con la cuantía y así, por lo que hace a ésta, el recurso de casación debe concederse o denegarse ante la simple comparación de esa cifra y la señalada por el artículo 519 del C. J., sin que quepa recurrir al artículo 524 de esta obra o aplicarlo, puesto que se refiere exclusivamente a cuando "haya verdadero motivo de duda".

Bogotá, marzo 30 de 1950.

Ricardo Hinestrosa Daza

Adhiero al salvamento de voto anterior. — **Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

ACCIONES DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y DE NULIDAD DE UNO DE COMPRAVENTA.—PRUEBA DE LA SIMULACION—ESTIPULACION PARA OTRO. CAUSAL 1ª DE CASACION

1.—Como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, "tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del C. C. y del segundo aparte del artículo 91 de la ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito, confesión y principio de prueba, que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios, y con todo medio probatorio".

2.—La declaración del comprador a favor de unos terceros en el sentido de adquirir también para éstos, establece una comunidad o condominio en su derecho, por su sola voluntad, pero si ella no es acogida por los interesados, si éstos, de una manera expresa, hacen constar su no aceptación, aquélla deja de tener efectividad.

3.—El recurso de casación por la causal primera, es siempre por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella, o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea, o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso, por perentorio mandato de la respectiva norma, 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.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, en el Departamento del Valle, presentó demanda ordinaria de mayor cuantía, el señor Jesús María Cedeño contra Juan Pablo Cedeño, Hilda Cedeño de Rodríguez y contra Santiago, Marta y María del mismo apellido Cedeño, todos mayores de edad, vecinos del Municipio de Toro, para que con su audiencia, se declare que es simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 234 de 18 de julio de 1944, otorgada ante el Notario Público del mismo Municipio, por medio del cual, el demandante Jesús María Cedeño dijo vender a su hermano Juan Pablo, un predio agrícola denominado "Consulia", por la suma de veinte mil pesos ($ 20.000), que el vendedor declara recibidos, haciendo constar que se reserva el usufructo del inmueble enajenado durante su vida. El comprador, al final del mismo instrumento, hace presente que compra para sí y para las demás personas que se señalan como demandados en el presente litigio. Se demanda, además, para que se declare nula, de nulidad absoluta, la venta en cuestión, por falta de causa real y efectiva.

Hechos de la demanda

Los hechos pueden sintetizarse así: que el diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, ante el Notario de Toro, el demandante otorgó escritura de venta de su inmueble, por valor recibido, a Juan Pablo Cedeño y que éste, al aceptar la operación, declara adquirir para sí

y para los nombrados Hilda, Santiago, Marta y María, por cuotas que allí mismo se determinan; que tal venta no fue real y efectiva, sino ficticia, pues encontrándose gravemente enfermo el actor, quiso traspasar sus bienes, como donación, a los nombrados parientes, reservándose el usufructo de por vida, de tal manera que al fallecer, era cuando podían entrar en el goce de lo aparentemente comprado. Que aun cuando se estipuló como precio, la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00), tal valor no fue cubierto, por la misma razón de no ser real el negocio, y porque Santiago, Marta y María carecían de bienes de fortuna que les hubieran permitido cubrir la parte proporcional de aquel valor, y que, aun cuando Juan Pablo y su hija Hilda sí hubieran podido hacerlo, no tratándose de un contrato verdadero, tampoco pagaron lo que allí se dijo, como de una manera expresa lo han confesado. Que la finca ha continuado en poder del aparente vendedor.

La contestación de la demanda

Al evacuar el traslado de la demanda, los demandados se dividieron en dos grupos: Juan Pablo, como comprador y quien manifestó en la escritura que la adquisición la hacía para sí y para los demás interesados y su hija Hilda, quienes declaran que el contrato de compraventa a que se contrae la escritura número 234, es simulado; que el fin que se propuso el vendedor fue traspasar los bienes a sus herederos, por hallarse gravemente enfermo. El otro grupo, compuesto por Santiago, Marta y María, dio respuesta afirmando que la declaración hecha por el comprador, de adquirir una parte del bien para ellos, es cierta y que no habían entrado en posesión del bien por la reserva del usufructo hecha por el vendedor. Sostienen que de los términos del contrato aparece la voluntad explícita del enajenante, de transmitir el dominio de su propiedad y que, a su vez, a los compradores "les asistió siempre la capacidad e intención de adquirirlo".

Declaran que Juan Pablo compró la finca para sí y para otras personas, **"sin que haya constancia de que ellos hayan aceptado la estipulación hecha a su favor"**. Que bien puede suceder que los nombrados Santiago, Marta y María carecieran de dinero para hacer el desembolso del precio, pero "que hay que tener en cuenta que como ellos no han aceptado hasta hoy (el día de la contestación de la demanda), lo estipulado, mal puede decirse, que no han pagado la parte del precio que, llegado el caso, les pueda corresponder en la estipulación hecha en su nombre".

Finalmente, hace constar el apoderado de esta parte, de una manera perentoria, al término de su contestación al traslado de la demanda, que "esta respuesta no implica aceptación de la venta a mis representados".

Sentencia de primera instancia

El Juez de primera instancia desató la querella, absolviendo a los demandados, por no haberse demostrado la simulación alegada; expresa que, si bien es cierto que el Notario y los contratantes Juan Pablo e Hilda declaran que el acto fue simulado, las demás personas que como testigos lo autorizan, nada expresan al respecto. Que se demostró la falta de pago del precio, circunstancia que daría lugar a la resolución del contrato y no a la nulidad. Por último, terminó absolviendo a los demandados de los cargos propuestos contra ellos.

La sentencia recurrida

Apelado en oportunidad el fallo de primer grado, los autos fueron enviados al Tribunal Superior de Buga, el cual desató la controversia declarando simulado el contrato en cuestión; que por tal circunstancia, la finca materia de él, no había salido del patrimonio del aparente vendedor, ordenando, en consecuencia, la cancelación de la escritura de venta y su inscripción.

De tal providencia, recurrieron tan sólo los demandados Santiago, Marta y María, para ante la Corte.

Dice el fallo que se estudia, que en el contrato materia del litigio, el vendedor declara transmitir su propiedad a su hermano y que éste, al aceptar, manifiesta que lo adquirido es para sí y para las personas ya mencionadas. Que según la explícita manifestación de los nombrados Santiago, Marta y María, hasta el momento de contestar la demanda no habían aceptado la declaración hecha a su favor por el comprador; que, por el contrario, hacen presente que su respuesta no la implica.

Observa el Tribunal, que la manifestación de don Juan Pablo, como comprador y autor de la estipulación a favor de terceros, al aceptar los hechos de la demanda, entre los cuales está el de no tratarse de una venta sino de una donación y

su conformidad con las peticiones de declaración de simulación y cancelación del instrumento que la contiene, claramente está indicando su acuerdo con su contratante, de revocar aquel acto. Que al tenor del artículo 1506 del C. C., la estipulación puede revocarse antes de la aceptación de los beneficiarios y que tal revocación puede hacerse compareciendo quienes figuran en el contrato a hacerlo, mediante escritura pública, por tratarse de un bien raíz, pero que bien pudiera adoptarse, como se adoptó, el procedimiento judicial, para que el Juez así lo declarara.

Agrega el sentenciador: "que la prueba de la simulación obra en el proceso con la confesión judicial hecha por el comprador y estipulante Juan Pablo Cedeño, por cuanto los codemandados Santiago, Marta y María Cedeño no habían aceptado la estipulación antes de que Juan Pablo contestara la demanda, pudiéndose afirmar, por esta causa, que el litigio concluyó desde este momento, en cuanto al derecho de las partes, pues ante esta situación, los seudo opositores debieron demostrar que con anterioridad habían aceptado la estipulación, lo cual no fue intentado por ellos".

El recurso de casación

Por razón del recurso interpuesto en tiempo, los autos fueron enviados a la Corte, donde luego de la tramitación legal correspondiente, ha llegado el juicio al estado de pronunciar la decisión del caso.

Causales de casación propuestas

Se acusa la providencia en estudio, por violación de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida y por error de hecho y de derecho en la apreciación de varias piezas del proceso, entre ellas, la contestación que de la demanda dieron los opositores Santiago, Marta y María. Se señalan como violados los artículos 1506, 1516, 1740, 1741, 1757, 1759, 1760, 1765, 1766 del C. C.; artículo 92 de la ley 53 de 1887; 765, 785, 793, 1880 y 2187 del mismo Código.

Sostienen los recurrentes que, erradamente, el juzgador de segundo grado vio en la contestación de la demanda la confesión explícita de no haber aceptado la declaración hecha por don Juan Pablo, que aparece en la escritura número 234, en que se estipuló a favor de los opositores, la adquisición para ellos de una parte del inmueble materia del contrato. Que el Tribunal tomó aisladamente algunas expresiones de la referida contestación, como la de no haberse cubierto el valor y la referente a que la contestación de la demanda, no podía tenerse como la aceptación de la mencionada estipulación, aisladamente, sin relacionar lo allí expresado con las demás declaraciones hechas en el juicio, tales como la consignada al absolver posiciones, en que se declaró por Santiago Cedeño y hermanas, que habían cubierto la parte proporcional del precio en el contrato en cuestión, y la de que la venta que se les hizo, era real y verdadera.

Que el sentenciador, erradamente, tomó como revocación del pacto, la contestación de la misma demanda por Juan Pablo Cedeño, en cuyo libelo se dice que no fue real la enajenación del inmueble materia del instrumento número 234; que se trata de una operación simulada, no habiendo existido el precio señalado. Que tales manifestaciones de don Juan Pablo, no pueden perjudicar a quienes sostienen la realidad del contrato, y al oponerse en toda forma a las pretensiones del demandante, han convenido implícitamente en la estipulación hecha a su favor; que, por lo mismo, en lo que a ellos atañe, ya no podía ser revocada por acuerdo entre el promitente vendedor y el estipulante, de donde concluyen que se han violado las disposiciones citadas y de una manera especial, el artículo 1506 del Código Civil.

Que fundado el Tribunal en que la demanda propuesta entrañaba revocación de la donación que bajo el aspecto de venta, había hecho Jesús María Cedeño a su hermano y demás miembros de familia, y estando establecida por la confesión de los demandados, la no aceptación hasta el momento de contestar la demanda de la estipulación hecha a su favor, la declaración o confesión hecha a su vez por don Juan Pablo Cedeño, al evacuar el traslado de la demanda, sobre que el contrato consignado en la escritura pública número 234, era ficticia, no puede perjudicarlos, ya que a virtud de la aceptación tácita de la estipulación, el convenio en cuestión, en cuanto a ellos se refiere, se consumó; porque de una manera explícita han sostenido su efectividad y validez.

Por todo ello, terminan los recurrentes pidiendo la infirmación del fallo.

Se considera:

La acción propuesta se encamina a obtener la declaración de nulidad del contrato de compra-

venta efectuado entre Jesús María Cedeño y su hermano Juan Pablo, en el que éste último declara que el inmueble que se le vende, lo adquiere para sí y para otras personas, entre las cuales figuran Santiago, Marta y María Cedeño, por cuanto el fin propuesto no fue tal enajenación, sino la donación del inmueble a las personas que figuran en el aludido contrato.

El demandado Juan Pablo confiesa, al dar respuesta a la demanda, la simulación del acto, lo mismo que su hija Hilda. Los otros demandados, al evacuar el traslado, afirman la efectividad del contrato, pero de una manera terminante y explícita declaran "que no han aceptado la estipulación hecha a su favor", y que la respuesta que dan a la demanda, no puede tomarse como aceptación de la misma. El Tribunal, dada esta circunstancia de la no aceptación de tales personas y la confesión hecha por el comprador, de que el contrato celebrado era simulado, falló al tenor de lo pedido.

El juzgador considera suficiente la confesión del demandado para declarar la simulación pedida, siguiendo una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre la prueba de la simulación.

"Tratándose de demostrar entre los contratantes — ha dicho la Corte — la existencia de una simulación, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del C. C., y del segundo aparte del artículo 91 de la ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito, confesión y principio de prueba, que entonces puede complementarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio". (G. J. Tomo 43, página 830).

Si bien es cierto que en el contrato que se estudia, no hay una verdadera estipulación, o sea, cuando en un contrato una parte promete a la otra dar o hacer cualquier cosa a favor de un tercero extraño a la convención, ya que Jesús María Cedeño vende simplemente a su hermano, por cierta suma que declara éste recibida, y es únicamente el comprador quien hace constar que una parte es para los recurrentes, no es menos cierto que éstos, como se dijo atrás, han expresado que no han aceptado la declaración hecha a su favor; en tales circunstancias, las únicas partes del contrato son comprador y vendedor, y la confesión de este último es prueba eficaz de que el contrato es ficticio. La declaración del comprador Cedeño a favor de los terceros, establece una comunidad o condominio en su derecho, por su sola voluntad, pero si ella no es acogida, si de una manera expresa los interesados hacen constar su no aceptación, aquélla deja de tener efectividad.

El recurso de casación por la causal primera, es siempre por violación de ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella, o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea, o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso, por perentorio mandato de la respectiva norma, 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.

La acusación, como se desprende de la demanda de casación, no es otra que la de error en la apreciación de la contestación de la demanda, donde cree el apoderado de los recurrentes se halla la declaración implícita o tácita de la aceptación de la estipulación hecha a favor de sus representados.

La Corte encuentra, como el Tribunal, establecido lo contrario, es decir, que de una manera expresa, clara y terminante, los recurrentes expresaron no haber aceptado lo establecido a su favor por el contratante comprador, al consignar en la escritura número 234, que adquiere para sí y para los señores Cedeños.

Bastaría señalar aquí algunos de los pasajes de la contestación de la demanda hecha por su apoderado:

Al hecho e) responde: "Es verdad que al final de la escritura número 234 de 18 de julio de 1944, pasada ante el Notario de Toro, se lee: presente el señor Juan Pablo Cedeño de las condiciones civiles antes anotadas, manifestó: '"Que acepta la escritura con la venta que ella contiene, haciendo expresa declaración de que esta compra la hace para él, para Santiago Cedeño, para la señorita María Cedeño y para la señora Hilda Cedeño de Rodríguez", lo que quiere decir que Juan Pablo Cedeño adquirió la finca de "La Con-

sólida" para sí, y para otras personas, en virtud de la facultad que le confiere el artículo 1506 del Código Civil, pero sin que haya la constancia de que esos terceros hubieran aceptado ya expresa o ya tácitamente la dicha estipulación".

Al hecho h) dice: "Bien puede suceder, aunque no lo acepto como cierto, que Santiago, Marta y María Cedeño carezcan de bienes de fortuna y no tengan por lo mismo la capacidad económica suficiente para desembolsar la cantidad que el demandado califica de **cuantiosa** en esta época; pero hay que tener en cuenta que como ellos no han aceptado hasta hoy la estipulación por mí como su agente oficioso, mal puede decirse que no han pagado la parte del precio que, llegado el caso, les pueda corresponder en la estipulación hecha en su nombre".

Y para concluir, dice el señor apoderado:

"'Esta respuesta no implica aceptación de la venta a mis representados".

No existe, pues, error evidente de hecho en la apreciación de la confesión sostenida en la contestación dada a la demanda y, por consiguiente, no se han violado las disposiciones señaladas como infringidas.

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 por el Tribunal Superior de Buga, de fecha quince de julio de mil novecientos cuarenta y seis.

Costas a cargo de los recurrentes.

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

Manuel José Vargas—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón. Secretario.

SE DECLARA INADMISIBLE UN RECURSO DE CASACION POR NO HABER SIDO INTERPUESTO POR PERSONA HABIL

Como el poder que fue conferido a quien interpuso el recurso de casación, sólo expresa que es para que "me represente ante ese honorable Tribunal y ejerza mi personería en el recurso de apelación que he interpuesto contra la sentencia de ocho de noviembre del corriente año, pronunciada por el Juez Primero Civil del Circuito de Palmira" y en ese poder, además, el mandante facultó a quien interpuso la casación "para sostener el expresado recurso y ejercer mi personería en todas las incidencias de la segunda instancia", síguese de todo esto que el dicho recurso de casación no fue interpuesto por persona hábil, pues las facultades del apoderado que así lo hizo se extinguieron por el primero de los modos de terminar el mandato según la ley civil, que es el "desempeño del negocio para que fue constituído" (artículo 2189 del C. C.), porque la interposición del medio extraordinario de que se trata excede los límites fijados por la ley al segundo grado del procedimiento y, como es obvio a los del recurso de apelación en que halla origen dicha instancia, y no puede reputarse como persona hábil para los efectos indicados, es decir para la admisibilidad de la casación, al apoderado cuyas facultades se extinguieron por el motivo expresado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veinte y nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

En el juicio ordinario seguido por Juan de Dios Sossa contra José Antonio Muñoz P., éste, en memorial dirigido al Tribunal Superior de Cali, confirió poder al doctor Jorge Enrique Velasco para que "me represente ante ese honorable Tribunal y ejerza mi personería en el recurso de apelación que he interpuesto contra la sentencia de ocho de noviembre del corriente año, pronunciada por el Juez Primero Civil del Circuito de Palmira" y lo facultó "para sostener el expresado recurso y ejercer mi personería en todas las incidencias de la segunda instancia".

En desarrollo de ese encargo, el apoderado llevó la representación de su poderdante durante todo el segundo grado del juicio, el cual, a términos del art. 198 del C. J., concluyó al ser proferido por el Tribunal Superior de Cali el fallo de veinte y siete de mayo último, que decidió la apelación aludida.

El mismo apoderado interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal, el que lo concedió sin reparar que las facultades de aquél se circunscribieron y limitaron inequívocamente a sostener la segunda instancia del proceso, la cual según lo enseña el precepto antes citado, termina cuando "se resuelve el recurso o la consulta".

La interposición del medio extraordinario de que se trata excede los límites fijados por la ley al segundo grado del procedimiento y, como es obvio, a los del recurso de apelación en que halla origen dicha instancia, y como el artículo 523 del C. J. exige para la admisibilidad del recurso de casación que sea interpuesto por persona hábil, la que como tal no puede reputarse al apoderado cuyas facultades se extinguieron, por el primero de los modos de terminar el mandato según la ley civil, que es "el desempeño del negocio para que fue constituído" (art. 2189 del C. C.), consecuencialmente hay que concluir que no es admisible la casación que se ha propuesto en las ameritadas circunstancias.

Con fundamento en las anteriores razones decidió esta Sala un caso semejante al presente en providencia de 24 de agosto último.

En mérito de las consideraciones que preceden la Corte declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en fecha 27 de mayo próximo pasado.

Notifíquese.

Manuel José Vargas—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Dazá—Hernán Salamanca—Alberto Holguín Lloreda—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón. Secretario en ppdad.

OBJECIONES A UNA PARTICION DE BIENES HEREDITARIOS—CAUSAL 1ª DE CASACION.—NO PUEDE FUNDAR CASACION LA PRETENDIDA VIOLACION DIRECTA DEL Art. 1394 DEL CODIGO CIVIL

La Sala de Casación Civil de la Corte, en antigua y reiterada doctrina ha explicado que si lo que constituye el elemento formal en el art. 1394 del C. C., lejos de ser invariable, está dotado de cierta elasticidad para su manejo circunstancial por los partidores, carece de la firmeza y rigidez necesarias para poder ser objeto adecuado de quebranto directo, y por tanto no son esas reglas generales preceptos que puedan dar base a la acusación por quebranto directo, pues en tales condiciones es claro que sobre su móvil aplicación no se puede estructurar la uniformación que constituye el objetivo primordial del recurso de casación. "Hecha la liquidación de la herencia —dijo la Corte en sentencia que corre publicada en el T. LV, pág. 26 de la Gaceta Judicial— procede su distribución entre los asignatarios señalando a cada uno de los asignatarios los bienes singulares que le correspondan según su llamamiento, para lo cual la ley señala al partidor reglas que debe acatar en la realización de esas operaciones. Pero estas reglas, las contenidas en los numerales 3º, 4º, 7º y 8º del art. 1394 del C. C., a que se refiere la acusación que se estudia, como se desprende de su propio tenor literal en que se usan expresiones como "si fuere posible", "se procurará", "posible igualdad", etc., no tienen el carácter de normas o disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente las relativas a los predios sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición".

Y en sentencia publicada a págs. 159 del T. XLV de la Gaceta Judicial, había dicho la Corte: "Las reglas 3ª y 4ª del art. 1394 del C. C., sobre partición de bienes hereditarios, no son absolutas, sino relativas, y por lo mismo no puede decirse en manera alguna que se trata de principios concretos de derecho positivo, y que su infracción constituya la causal de casación consistente en violación de la ley sustantiva".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril doce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

Los antecedentes procesales y las razones fundamentales de la resolución que va a considerar la Corte suministran los motivos suficientes para juzgar su legalidad en este recurso.

En la partición de los bienes sucesorales de Numa Pompilio García les fue adjudicado en común y por cuotas iguales a sus hijas Graciela y Helena García Prada el predio llamado El Orcón y Tobalito, ubicado en jurisdicción municipal de El Cocuy, en la fracción de Cañaveral. Graciela vendió su mitad a Luis L. Suescún, por lo cual quedó el inmueble en comunidad entre éste y Helena García Prada.

Muerta ésta, su herencia debía distribuírse entre sus seis hermanos, y en el inventario de sus bienes relictos figuró su cuota de mitad en el Orcón y Tobalito, avaluada en $ 6.000.00. En su juicio sucesorio se tuvo como interesado a Luis L. Suescún como cesionario de los derechos heren-

ciales de Rosa, Graciela y Emperatriz García, hermanas de la causante. En las operaciones de liquidación de la herencia, como se ve del trabajo de partición correspondiente, a cada asignatario correspondió la suma de $ 1.359.29, de tal modo que el cesionario Suescún tenía un derecho por valor de $ 4.077.89 por razón de los derechos hereditarios comprados, a más de un crédito por $ 2.213.24 por gastos hechos por él en beneficio de la sucesión.

Para pagarle su asignación a Suescún, como cesionario, le fue adjudicada en la partición "una cuota de tres mil pesos sobre el avalúo de seis mil" en el terreno de Orcón y Tobalito. Los $ 1.077 restantes para completar el valor de su derecho le fueron pagados en cuotas, en común con los otros asignatarios, en otros inmuebles de la sucesión, ubicados en el Municipio de Málaga. En la hijuela de gastos, montante a la suma de $ 2.684.21 de la cual corresponde a Suescún como acreedor $ 2.214.24, se adjudicó una cuota de $ 2.000 sobre el avalúo de $ 6.000 en la misma finca de Orcón y Tobalito.

Dentro del término legal del traslado de la partición el apoderado del cesionario Suescún la objetó por considerar que en la distribución del acervo herencial no se había dado aplicación a la regla 4ª del art. 1394 del C.C. que tiene por finalidad evitar las comunidades y facilitar a los asignatarios la administración de sus bienes, pues siendo el objetante dueño de la mitad del predio de Orcón y Tobalito y excediendo el valor de su derecho al avalúo de la cuota de la sucesión en tal inmueble, ha debido adjudicársele en su totalidad para lograr la continuidad prevista en la citada disposición y atender, además, la conveniencia del cesionario Suescún quien tiene su residencia y negocios en la ciudad de El Cocuy.

El Juzgado del conocimiento —Civil del Circuito de Málaga— en resolución del 31 de julio de 1937, declaró no probada la referida objeción, le impartió su aprobación a la partición y dispuso el cumplimiento de las formalidades que determina la ley.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de 5 de diciembre de 1937, decisoria de la apelación interpuesta por el apoderado del cesionario objetante, confirmó el fallo aprobatorio de la partición sucesoral, que está a la consideración de la Corte por recurso de casación interpuesto por el apoderado de Suescún.

Estima el Tribunal que el precepto en que se respalda la objeción no fue desconocido por el partidor, en cuyo trabajo es visible el esfuerzo de procurar la equivalencia y equidad en las adjudicaciones teniendo en cuenta, dentro de las prescripciones generales de la ley, el interés de todos los coasignatarios en relación con las características de diversa índole de los bienes que forman la masa partible. Dice la sentencia que lejos de ser violada la citada regla 4ª del art. 1394 del C. C. "fue cumplida, puesto que al doctor Suescún se le adjudicaron prácticamente dos cuotas de valor de cinco mil pesos, sobre un avalúo de seis mil, en el predio de Orcón y Tobalito, en el cual ya tenía él otra cuota equivalente a la mitad del fundo. Procuró en esta forma el partidor que al doctor Suescún se le cubrieran en casi su totalidad sus derechos con ese predio, con lo cual cumplió, en vez de violarlo, el precepto contenido en el art. y regla citados. Por otra parte, debe tenerse presente que el partidor no hizo sino adjudicaciones de cuota y no partición material; y como el doctor Suescún tampoco es dueño de ninguna parte determinada de Orcón y Tobalito sino apenas de la mitad es imposible que se haya violado la disposición citada, que no tiene aplicación estricta sino en las particiones materiales. Pero reconociendo, como reconoce el Tribunal, que las reglas 3ª y 4ª del art. 1394 del C. C. también quieren y ordenan que se procure adjudicarle a un asignatario sus cuotas en el fundo en que tenga otras, con un fundo contiguo a otro de que sea dueño, es preciso admitir que eso fue precisamente lo hecho aquí por el partidor, según se vio en el párrafo anterior, por lo cual no hay motivo suficiente para objetar la partición como violatoria de esas reglas de equidad. Y si bien es cierto que al doctor Suescún se le ha podido adjudicar la cuota restante de Orcón y Tobalito, equivalente a mil pesos, no estaba el partidor obligado a hacerlo, porque el mismo art. citado, regla 7ª, le ordenaba realizar las adjudicaciones guardando "la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros"; y esa igualdad se habría desconocido si todo ese magnífico fundo, de excelentes tierras y grandes facilidades de explotación según dicen los peritos (fs. 23 a 25 del cuad. 1) se le hubiera adjudicado a uno solo de los interesados en el juicio".

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal con base en la causal 1ª del art. 520 del C. J. como violatoria de la ley sustantiva por infracción directa de la regla 4ª del art. 1394 del C. C., y en sustentación de su cargo renueva las mismas

consideraciones, ya conocidas, en que fundó la objeción, repetidas en el alegato de segunda instancia ante el Tribunal. Dice que "el partidor bien pudo adjudicarle al doctor Suescún toda la mitad indivisa correspondiente a la sucesión en el predio de Orcón y Tobalito, pues la hijuela del doctor Suescún supera el valor de esa mitad y aun le sobra algo... pero el partidor **no procuró** hacerlo así, o si lo hizo fue apenas parcialmente y a medias, con lo cual pretermitió dar cumplimiento a la norma transcrita, cuya aplicación era de absoluta pertinencia al caso... El criterio del Tribunal es erróneo, pues en este caso se podía procurar la continuidad total de la adjudicación, y no sólo en parte. Hubiera cumplido el partidor el precepto si el monto de la hijuela del doctor Suescún fuera inferior al valor de la mitad indivisa del predio, pero siendo superior al monto de la hijuela estaba el partidor en el deber de agotar la adjudicación hasta el máximo posible. De todas maneras se burló la norma, lo que el Tribunal entiende como esfuerzo de partidor no es otra cosa que una maniobra fraudulenta de la clarísima disposición legal".

Considera la Sala.

En el campo exclusivamente teórico y de violación directa de la ley en que se ha planteado el cargo con base en el rechazo de la objeción conocida, es notorio, a través de las consideraciones minuciosas que consignó el partidor como justificación de su trabajo, y en vista de la forma en que se realizaron las adjudicaciones y de los razonamientos con que los jueces de instancia negaron acogida a la objeción, que el partidor dio aplicación combinada a las distintas reglas que la ley da como normas generales de conducta para lograr, dentro de las posibilidades y circunstancias peculiares del caso, la equivalencia y equidad en las particiones. No es en manera alguna visible la falta doctrinaria que el recurrente le imputa a la sentencia por no haber ordenado la refacción de la partición en el sentido de adjudicar al cesionario Suescún toda la cuota de la sucesión en el predio de Orcón y Tobalito en pago de su derecho, cuyo valor no monta, contra lo que afirma la demanda, el avalúo de la mitad indivisa perteneciente a la herencia, porque sólo puede considerársele copartícipe en su calidad de cesionario por el origen de la comunidad herencial de donde proceden los derechos que compró, pero no en su condición de acreedor que no le da carácter de asignatario.

A más de estas razones, es oportuno recordar que esta Sala de Casación en antigua y reiterada doctrina ha explicado que si lo que constituye el elemento formal en el art. 1394 del C. C., lejos de ser invariable, está dotado de cierta elasticidad para su manejo circunstancial por los partidores, carece de la firmeza y rigidez necesarias para poder ser objeto adecuado de quebranto directo, y por tanto no son esas reglas generales preceptos que puedan dar base a la acusación por quebranto directo, pues en tales condiciones es claro que sobre su móvil aplicación no se puede estructurar la uniformación que constituye el objetivo primordial del recurso de casación. "Hecha la liquidación de la herencia —ha dicho la Corte, G. J. T. LV pág. 26— procede su distribución entre los asignatarios señalando a cada uno los bienes singulares que le correspondan según su llamamiento, para lo cual la ley señala al partidor reglas que debe acatar en la realización de esas operaciones. Pero estas reglas, las contenidas en los numerales 3º, 4º, 7º y 8º del artículo 1394 del C. C., a que se refiere la acusación que se estudia, como se desprende de su propio tenor literal en que se usan expresiones como "si fuere posible", "se procurará", "posible igualdad", etc., no tienen el carácter de normas o disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente las relativas a los predios, sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición. "Las reglas 3ª y 4ª del art. 1394 del C. C. —ha dicho esta Sala—, sobre partición de bienes hereditarios, no son absolutas, sino relativas, y por lo mismo no puede decirse en manera alguna que se trata de principios concretos de derecho positivo, y que su infracción constituya la causal de casación consis-

tente en violación de ley sustantiva (G. J. T. XLV pág. 159)".

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 aprobatoria de la partición, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, objeto de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquse, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devúelvase.

Manuel José Vargas—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo. Pedro León Rincón. Secretario.



ACCIONES DE PAGO DE LAS COSTAS DE CRIANZA Y EDUCACION DE UNA NIÑA, POR ABANDONO DE ESTA.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL

De acuerdo con los principios fundamentales que rigen el derecho de familia y determinan los efectos principales nacidos en el parentesco de consanguinidad, el Código Civil, en el Título 12 del Libro 1, señala, como originados en la ley, los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos establecidos en interés de éstos y en interés público. El cumplimiento de la obligación general de cuidado personal de los hijos, su crianza y educación, comprendidas en realidad en la legal alimenticia (art. 413 C. C.), impone gastos que dentro del estado normal del matrimonio y cuando el hijo no tiene bienes propios, corren por cuenta de la sociedad conyugal formada por sus padres. El padre no solamente tiene el derecho sino la obligación de ejercer su guarda sobre el hijo; de ahí por qué el abandono que de él haga no sólo es productor de efectos civiles sino constitutivo de un delito definido y sancionado en la ley penal. Los derechos que la ley concede a los padres para corregir, dirigir la educación y escoger profesión a sus hijos son una consecuencia directa del adecuado cumplimiento de su obligación de cuidado personal sobre ellos; por eso no podrán ejercerlos aquellos padres que hayan abandonado al hijo física o moralmente (art. 266), como tampoco cuando por su mala conducta hayan dado motivo a la providencia de separar los hijos de su lado (art. 267 del C. C.).

El artículo 268 del título precitado del C. C. dice, finalmente: "Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarlo del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez".

En esta disposición legal, según la teoría de los dos elementos de la norma jurídica, acogida y explicada por la Corte, el elemento material, o sea la hipótesis que se hace sobre una situación de hecho determinada, consiste en que haya un hijo que por haber sido abandonado por sus padres ha sido alimentado y criado por otra persona; y el elemento formal, esto es, la consecuencia que el legislador asigna a ese estado de hecho, y que aquí es el derecho del tercero para ser reembolsado de las costas de crianza y educación, judicialmente tasadas. La fuente de esta obligación paternal se vincula, pues, esencialmente al hecho de que el hijo haya sido abandonado y que este desamparo sea la causa determinante para que el protector hubiera echado sobre sí la carga de atender con su propio patrimonio las obligaciones que legalmente corresponden a los padres, con ánimo de crear respecto de éstos una relación jurídica que le dé base para demandar su reembolso, y no simplemente con un propósito caritativo o de mera liberalidad.

La acepción de abandono, que aquí procede, es el físico, que consiste en la dejación o desamparo que uno hace de una persona a quien debía cuidar, constitutivo, como ya se dijo, de una infracción penal definida y castigada como uno de los delitos contra la vida y la integridad personal. (Título XV, Cap. 6º del C. P. Del abandono y exposición de niños). Aunque el art. 268 del C. C. contempla solamente la oportunidad de reembolso con la ocasión de que los padres quieran sacar su hijo del poder de la persona que lo ha criado y alimentado, no hay en realidad ningún inconveniente de doctrina para aceptar la posibilidad de que el tercero pueda demandar judicialmente a los padres para obligarlos a que le paguen los referidos gastos de crianza y educación teniendo en cuenta que tales expensas son una deuda impuesta por la ley a los padres y que no sería justo eximirlos de pagarla, pudiendo hacerlo, por el hecho de haber mediado abandono. A tal solución conduce la razón de que tratándose de una deuda ajena, como es la paternal alimentaria, es

claro que el tercero que la paga tiene acción contra el padre para que le reembolse lo pagado, de acuerdo con los principios generales de la agencia oficiosa; pero, como la ley ha sido expresa en la exigencia de condiciones especiales, no hay duda de que la demanda del tercero tiene que sujetarse, no a las reglas generales del cuasicontrato, sino a las precisas y terminantes del artículo 268, que exige como elemento primordial que la deuda ajena se haya pagado por consecuencia del abandono físico del hijo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril trece de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Pedro Antonio de la Pava y cónyuge Rosa Elvia Arias de la Pava, por medio de apoderado, ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, en libelo de fecha 21 de julio de 1945, demandaron a Lázaro Bustamante y cónyuge Belarmina Arias de Bustamante, para que se declare:

Que los demandados están obligados a pagarles la suma de $ 10.000.00, o la que pericialmente se fije, en razón de los costos de crianza y educación de la niña Marlén Bustamante, hija legítima de los demandados, desde la edad de 22 días, a partir de septiembre de 1940, reconociendo a los demandantes derecho de retención de la menor mientras no se verifique el pago de la cantidad a que se les condene, o sea, que los demandantes no tienen por qué entregar la niña a sus legítimos padres mientras tal pago no se verifique, y que se condene a los demandados en las costas judiciales.

Se funda esta demanda según se expresa en sus hechos, en que la infante Marlén Bustamante Arias, hija legítima del matrimonio formado por los dos demandados, fue abandonada por sus padres a los veintidós días de nacida en casa de Pedro Antonio de la Pava y su señora, tía de Marlén, quienes la recogieron por caridad cristiana, la hicieron bautizar y la han alimentado y vestido de acuerdo con su edad como si fuera su propia hija, hasta la fecha de la demanda en que cuenta cuatro años y diez meses. El fundamento jurídico lo hacen consistir los actores en "que como no estaban obligados por la ley a suministrar los gastos de crianza y educación de una niña ajena, es natural que quienes tenían esa obligación legal les reembolsen dichos costos de crianza y educación tasados por el Juez conforme lo ordena el artículo 268 del C. C."

Los demandados contestaron oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y en cuanto al hecho cardinal del abandono de la niña Marlén lo niegan terminantemente sus padres demandados, quienes afirman, por el contrario, que su hija les fue sustraída con engaños por sus tíos demandantes, quienes con los cuidados de la infante apenas han cumplido una obligación natural que se echaron encima voluntariamente, contra la autorización y el querer de sus padres, como lo prueban con la copia del fallo en la querella de policía seguida contra los actores en la Alcaldía de Armenia, confirmada por el Juzgado Departamental de Policía, en que se les condenó a la entrega de la niña bajo multas sucesivas, no obstante lo cual no la han podido obtener.

A su vez, dentro del término correspondiente, los padres demandados, con fundamento en los hechos que expresan en su contestación a la demanda sobre el modo como la niña fue al poder y cuidado de los demandantes, los demandan en mutua petición para que se les condene a pagarles la suma de $ 10.000.00, o la que pericialmente se fije, en razón de los perjuicios morales y materiales que les han causado con la retención de su hija Marlén, y se les condene a entregársela dentro del término legal.

Así trabado, tuvo el proceso su desenlace en primer grado en sentencia de 24 de septiembre de 1947, en que se condenó a los cónyuges Bustamante y Arias de Bustamante a pagar a los demandantes de la Pava y Arias de la Pava, los gastos de crianza y alimentación que los actores han sufragado en el sostenimiento de Marlén Bustamante Arias, a partir de los veintidós días de su nacimiento y mientras la menor esté en poder de los demandantes, en la cuantía que se fije en el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J. Se negó el derecho de retener a la infante y se condenó a sus tíos demandantes a entregarla a sus legítimos padres diez días después de ejecutoriada la sentencia. También se negó la reparación de perjuicios demandada en reconvención. Sin costas.

Sentencia acusada

En sentencia definitiva (abril 6 de 1948) en que el Tribunal Superior de Pereira dio remate a la segunda instancia del juicio a que dio lugar la

apelación de ambas partes, confirmó la recurrida con la reforma de "que el pago o su debido aseguro del valor asignado a los gastos de crianza y educación de la menor Marlén Bustamante Arias debe ser previo a la restitución que de la misma están obligados los demandantes". Sin costas.

Estima el Tribunal que el artículo 268 del C. C. en que se apoya la demanda principal da una acción de reembolso a quienes han suministrado alimentos y vestido al hijo abandonado para que los padres de éste le paguen el valor correspondiente, tasado sobre las pruebas que se produzcan dentro del juicio. Considera que el abandono a que alude tal disposición no estando legalmente definido, hay que entenderlo en su sentido gramatical, para el caso, como el desamparo que se hace de una persona, y con esta idea examina la prueba aportada al proceso por el demandante en demostración del abandono de su hija recién nacida que se le imputa a los demandados, y dice: "Del memorial de contestación a la demanda (f. 8, cuad. 1), se tiene que en realidad la niña Marlén Bustamante Arias ha permanecido en poder de Pedro A. de la Pava y Rosa Arias de de la Pava por más de cuatro años, y que la posesión de aquélla por parte de éstos se verificó desde temprana edad. Tanto la demandante Rosa Elvia Arias (f. 35, cuad. 2) como el demandado Lázaro Bustamante (f .8, cuad. 3) dicen en posiciones que la niña Marlén Bustamante se encuentra en poder de los actores desde la edad de veintidós días de nacida. Igual conclusión se saca de los hechos relacionados en la demanda de reconvención, pues allí se dice que salida la señora Belarmina Arias de la Clínica de Maternidad se fue a la finca de Pantanillo, de propiedad de los demandantes, por invitación de éstos, lo que quiere decir que aparece muy ajustada a la realidad la declaración hecha por Rosa Elvia Arias en las posiciones atrás citadas en el sentido de que la niña apenas tenía veintidós días de nacida cuando fue a poder de ella y de su marido por primera vez, pues es sabido que las señoras abandonan la sala de maternidad diez o veinte días después del parto. En tales circunstancias, a partir de esta fecha y hasta tanto se haga la restitución, debe versar la estimación del monto de la indemnización por razón de los gastos causados con la crianza y educación de la niña Marlén Bustamante Arias, ya que aquí no pudieron ser tasados por el Juez debido a falta de elemento probatorio. Por consiguiente debe apelarse al procedimiento señalado en el artículo 553 del C. Judicial".

Examina a continuación el Tribunal algunas pruebas aducidas por los demandados para establecer el hecho de que su hija fue a poder de sus tíos, no por efecto de abandono sino por acción de ellos contra la voluntad de sus padres, que considera insuficientes, y concluye: "Como corolario de todo lo expuesto se tiene que se ha demostrado a cabalidad en este juicio que hubo abandono por parte de los demandados para con la niña Marlén Bustamante Arias, pues solamente reclamaron ésta a los demandantes después de conservarla en su poder por cuatro años consecutivos. Hubo, pues, "descuido, negligencia, desamparo, incumplimiento de un deber" por parte de aquéllos, y por consiguiente se hicieron reos del abandono de su hija al consentir tácitamente que ésta permaneciera en poder de extraños sin que, como ya se dijo, se haya establecido que la hubieran reclamado antes en una o en otra forma".

El recurso

Contra esta sentencia, resumida en los motivos que tienen relación con el examen que ha de hacer la Corte, interpuso la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide al término de su tramitación legal.

De las diversas acusaciones por violación de la ley sustantiva que se formulan contra la sentencia recurrida, la Sala, usando la facultad que concede el artículo 538 del C. J., circunscribe su estudio y consideración a la que forma el capítulo primero de la demanda por estimar que ella es suficiente para producir la infirmación del fallo acusado.

El cargo, bien compendiado, se hace consistir en que el Tribunal violó los artículos 268 y 1757 del C. C., que exigen el abandono del hijo, probado por quien lo alega como base de su petición de reembolso, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió al afirmar que aparece probado que la niña Marlén fue abandonada por sus padres, cuando es evidente que de las pruebas tenidas en cuenta por el sentenciador aportadas por los demandantes y que el recurrente cita como mal apreciadas, no aparece ni remotamente establecido tal elemento esencial para la aplicabilidad de la primera de las disposiciones citadas del código civil. Es fundamentalmente equivocado —dice la demanda— "el pensamiento del fallo acusado, para el cual el todo de la cuestión está en haber hecho los gastos de crianza y educación. Pero esto no es una verdad legal: en haberlos hecho está la mitad del

problema, pero su raíz y principio está en que haya un menor ,que ha sido abandonado y no simplemente en que sus padres hayan tolerado que unos tíos le hayan tenido en su casa".

Considera la Sala:

De acuerdo con los principios fundamentales que rigen el derecho de familia y determinan los efectos principales nacidos en el parentesco de consanguinidad, el código civil, en el título 12 del libro 1, señala, como originados en la ley, los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos establecidos en interés de éstos y en interés público. El cumplimiento de la obligación general de cuidado personal de los hijos, su crianza y educación, comprendidas en realidad en la legal alimenticia (artículo 413, C. C.), impone gastos que dentro del estado normal del matrimonio y cuando el hijo no tiene bienes propios, corren por cuenta de la sociedad conyugal formada por sus padres. El padre no solamente tiene el derecho sino la obligación de ejercer su guarda sobre el hijo; de ahí por qué el abandono que de él haga no sólo es productor de efectos civiles sino constitutivo de un delito definido y sancionado en la ley penal. Los derechos que la ley concede a los padres para corregir, dirigir la educación y escoger profesión a sus hijos son una consecuencia directa del adecuado cumplimiento de su obligación de cuidado personal sobre ellos; por eso no podrán ejercerlos aquellos padres que hayan abandonado al hijo física o moralmente (artículo 266), como tampoco cuando por su mala conducta hayan dado motivo a la providencia de separar los hijos de su lado (artículo 267 del C. Civil).

El artículo 268 del título precitado del C. C. dice, finalmente: "Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez".

En esta disposición legal se funda la demanda de los cónyuges de la Pava-Arias. En ella, según la teoría de los dos elementos de la norma jurídica, acogida y explicada por la Corte, el elemento material, o sea la hipótesis que se hace sobre una situación de hecho determinada, consiste en que haya un hijo que por haber sido abandonado por sus padres ha sido alimentado y criado por otra persona; y el elemento formal, esto es, la consecuencia que el legislador asigna a ese estado de hecho, y que aquí es el derecho del tercero para ser reembolsado de los costos de crianza y educación, judicialmente tasados. La fuente de esta obligación paternal se vincula, pues, esencialmente al hecho de que el hijo haya sido abandonado y que este desamparo sea la causa determinante para que el protector hubiera echado sobre sí la carga de atender con su propio patrimonio las obligaciones que legalmente corresponden a los padres, con ánimo de crear respecto de éstos una relación jurídica que le dé base para demandar su reembolso, y no simplemente con un propósito caritativo o de mera liberalidad.

La acepción de abandono, que aquí procede, es el físico, que consiste en la dejación o desamparo que uno hace de una persona a quien debía cuidar, constitutivo, como ya se dijo, de una infracción penal definida y castigada como uno de los delitos contra la vida y la integridad personal (Título XV, Cap. 6º del C. P. Del abandono y exposición de niños). Aunque el artículo 268 del C. C. contempla solamente la oportunidad de reembolso con la ocasión de que los padres quieran sacar su hijo del poder de la persona que lo ha criado y alimentado, no hay en realidad ningún inconveniente de doctrina para aceptar la posibilidad de que el tercero, como es el caso, pueda demandar judicialmente a los padres para obligarlos a que le paguen los referidos gastos de crianza y educación teniendo en cuenta que tales expensas son una deuda impuesta por la ley a los padres y que no sería justo eximirlos de pagarla, pudiendo hacerlo, por el hecho de haber mediado abandono. A tal solución conduce la razón de que tratándose de una deuda ajena, como es la paternal alimentaria, es claro que el tercero que la paga tiene acción contra el padre para que le reembolse lo pagado, de acuerdo con los principios generales de la agencia oficiosa; pero, como la ley ha sido expresa en la exigencia de condiciones especiales, no hay duda de que la demanda del tercero tiene que sujetarse, no a las reglas generales del cuasicontrato, sino a las precisas y terminantes del artículo 268, que exige como elemento primordial que la deuda ajena se haya pagado por consecuencia del abandono físico del hijo.

Los demandantes aluden en su demanda al hecho de que la niña Marlén, su sobrina, fue abandonada por sus padres no cumplido todavía el primer mes de su vida, pero sin expresar las modalidades y circunstancias de tal ocurrencia en forma que pudiera precisarse concretamente tal hecho jurídico fundamental, inductivo, como se sabe, de efectos civiles y penales. Las pruebas

que adujeron en cumplimiento del deber de demostrar ese hecho esencial para la prosperidad de su acción, no remediaron esa indeterminación original y no dan base realmente, como lo afirma la acusación que se estudia, para concluir, como lo hizo el Tribunal, que el abandono de Marlén es un hecho probado. Del acervo probatorio, revistado en el compendio que se hizo de la sentencia acusada, en puridad de verdad no se deduce sino la ausencia de la infante Marlén de la casa paterna y su convivencia con sus tíos de la Pava-Arias, pero en manera alguna que tal cosa ocurriera como consecuencia del pretendido abandono, que no se ha establecido con las características que a tal fenómeno corresponden.

En la sentencia están enumeradas todas las pruebas que respaldan la afirmación judicial del abandono, las mismas que el recurrente cita como mal apreciadas. Tales son: las partidas de estado civil del matrimonio de los padres de Marlén y de su nacimiento; la contestación de la demanda en que Lázaro Bustamante y su cónyuge aceptan que la niña ha vivido en casa de los demandantes desde temprana edad por más de cuatro años; las posiciones absueltas por la demandante Rosa Elvia Arias y por el demandado Bustamante en que dicen que la niña apenas tenía veintidós días de nacida cuando fue a poder de sus tíos demandantes la primera vez.

Y esto es todo lo que en materia de prueba del abandono negado perentoriamente por los padres demandados, ofrece el proceso. Los demás elementos probatorios a que alude la sentencia, aducidos por los demandados en respaldo de su demanda de reconvención, no se relacionan directamente con el abandono y fueron examinados por el Tribunal para concluir que los padres contrademandantes no probaron suficientemente el hecho de que su hija fue sustraída de su hogar violentamente por sus tíos, que es el hecho central de la demanda de reconvención.

Esta situación probatoria se clarifica más a la luz de dos piezas muy significativas que obran en el proceso: es la primera la copia de la sentencia dictada en la querella adelantada por los padres de Marlén contra sus tíos ante la Alcaldía de Armenia (octubre de 1945), confirmada por el Juzgado Departamental de Caldas, en que se les condenó a entregar la menor a sus padres, sin ninguna indemnización, y bajo la sanción de multas sucesivas; y es la segunda, la sentencia del Tribunal Superior de Pereira (mayo de 1946) en que se revocó la del Juzgado del Circuito de Armenia, dictada en el juicio seguido por Pedro A. de la Pava y Rosa Elvia Arias de de la Pava para que se declarara que los padres de Marlén Bustamante Arias habían perdido la patria potestad por haberla abandonado, y en la cual se denegó lo pedido. En la motivación de estas dos sentencias se examinó el fenómeno del abandono, alegado como fundamento de una y otra, y en ambas se concluyó que tal hecho no había sido probado.

Lo dicho es bastante para aceptar que es fundado el cargo de violación de ley sustantiva (artículo 268 del C. C.) como consecuencia del error probatorio en que incurrió el Tribunal al dar por establecido el hecho del abandono sobre pruebas que en manera alguna lo demuestran. Resulta así que se ha aplicado la precitada disposición sobre un supuesto distinto del tenido en cuenta por el legislador, esto es, se ha infringido la norma en su elemento material, porque se ha variado, por efecto de la equivocación en el juicio probatorio, la hipótesis sobre la cual establece la ley el derecho de reembolso. Lejos de haberse establecido el hecho básico del abandono, parece, a través de todas las alegaciones, antecedentes y circunstancias de este proceso, que lo que en verdad hay en su fondo es una especie de pugna amorosa en torno de la pequeña Marlén, entre sus legítimos padres y el matrimonio sin hijos formado por su tía Rosa Elvia Arias y Pedro A. de la Pava, en cuya casa ha tenido los cuidados correspondientes a su primera infancia por afecto de consanguinidad.

Con apoyo en las consideraciones expuestas, que cumplen la doble función de fundar la casación del fallo acusado y motivar su reemplazo, 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, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 6 de abril de 1948; revoca la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia el 24 de septiembre de 1947, y en su lugar FALLA:

1º Niéganse todas las peticiones de la demanda directa, y absuvélvese, en consecuencia, a los demandados Lázaro Bustamante y Belarmina Arias de Bustamante, de todos sus cargos.

2º Condénase a los contrademandados Pedro Antonio de la Pava y Rosa Elvia Arias de de la Pava, a entregar inmediatamente a la menor Marlén Bustamante Arias a sus legítimos padres Lázaro Bustamante y Belarmina Arias de Bustamante;

3º Niéganse los demás pedimentos de la demanda de reconvención.

4º Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón. Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1.—Como es sabido, una demanda de indemnización ha de basarse en actos u omisiones culposos, en un daño y en la relación de causalidad entre aquéllos y éste. Aunque haya daño, no hay lugar a indemnización a cargo de quien no es culpable, y aunque haya culpa no prospera la acción civil indemnizatoria si no hay daño. Ambos extremos son indispensables, como también su conexión antedicha de causalidad. La falta de uno cualquiera que sea de estos elementos hace fracasar las pretensiones del actor. Y tanto es esto así que, en tal evento, hasta innecesario o inoficioso es estudiar lo atañedero a los elementos restantes.

2.—Los hechos conducentes de una demanda deben en su existencia y verdad aparecer demostrados de manera plena y completa según la ley, al decir del artículo 593 del C. J. Esta es la pauta del sentenciador.

3.—El dictamen pericial es un medio probatorio; pero el perito no es juez. Lo ayuda e ilustra, no lo sustituye.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Con la finalidad que se verá adelante, entabló Félix Mejía A. juicio ordinario contra la Caja de Crédito Agrario de Medellín, la que obtuvo sentencia absolutoria en el Juzgado 4º Civil de ese Circuito el 24 de mayo de 1947, confirmada por el Tribunal Superior de allí en la de 25 de mayo de 1948 contra la cual el apoderado del actor interpuso el recurso de casación que hoy se decide.

Mejía y Alejandro Arango se obligaron solidariamente a devolver a esa Caja los $ 5.000.00 que de ella recibieron en mutuo según documento privado de 26 de agosto de 1942, con plazo oportunamente prorrogado, y antes de vencerse la prórroga la Caja solicitó el embargo y secuestro preventivos de varios semovientes, entre ellos los que los deudores le habían dado en prenda al tenor del documento. El secuestro se practicó el 5 de febrero de 1943 y a continuación la Caja entabló juicio ejecutivo para el cobro de su crédito. El Juzgado denegó tal mandamiento. No hubo lugar a ulterior actuación judicial, porque Arango cubrió la deuda en seguida.

La demanda del presente juicio solicita la indemnización de los perjuicios causados al actor por ese secuestro que privó a Mejía de las ganancias que le habría producido el negocio relativo a los aludidos semovientes en virtud del contrato consignado en la escritura número 1292 que el 21 de abril de 1942 otorgó ante el Notario 4º de Medellín con Arango y a la que concurrieron José Luis Villa y su señora, mandantes de Mejía. En ese instrumento se estipuló, en suma: Arango se entendería con los acreedores que tenían ejecutados a Villa y señora y embargados para el pago varios bienes, entre ellos los semovientes en él referidos, y, subrogado a los acreedores, por cuenta de los créditos se haría adjudicar el remate, y el ganado, cuyo precio fijaron en $ 20.000.00 se administraría, explotaría y vendería en forma que lo que pasara de esta suma se tendría como utilidades y éstas se repartirían por terceras partes, una para Arango y dos para Villa y señora. Estos refrendaron en el mismo instrumento lo que su mandatario Mejía pactó y, en seguida, se estipuló allí mismo por todos que Mejía administraría el ganado aludido y otro que la escritura anunció y que como remuneración quedaba para él la mitad de las utilidades de Villa y señora, es decir, una tercera parte.

Mejía sostiene que recibió, no sólo las reses rematadas en dicha ejecución por Arango el 28 de mayo de 1942, sino otras más, por lo cual el 5 de febrero de 1943, día del secuestro que califica de inmotivado y abusivo, las reses no eran sólo las 312 cabezas pignoradas, sino 822; sostiene igualmente que todo este ganado estaba en su poder en esta fecha por virtud del negocio antedicho con Arango y los consortes Villa y señora, que ese negocio precisamente iba a dar grandes utilidades porque de ahí en adelante hubo en el mercado alza constante en el precio del ganado, y censurando de abusiva e inmotivada la

conducta de la Caja, encuentra en ésta con su referido proceder atropellado una culpa causante del perjuicio que Mejía sufrió al verse privado de ese lucro, porque el secuestro en manos de un hijo de Arango dio por resultado, con la venta inmediata del ganado, la terminación de aquel contrato, que era, según sugiere Mejía, la finalidad buscada por Arango a través de la Caja.

Estima su acción en $ 100.000, no sin deferir a lo que judicialmente se señale como valor de ese lucro cesante.

Para denegar las declaraciones suplicadas por el actor y absolver al reo, la sentencia de primera instancia se fundó principalmente en que Mejía demanda en primer término como socio de la compañía que sostiene haber formado con Arango por medio de la citada escritura pública, sociedad que no existió, en concepto del Juez, y se funda también en no haber acreditado Mejía la entrega de los semovientes, a más de que estima que la Caja tenía al tenor del documento privado de 26 de agosto el derecho de proceder como lo hizo, en cuanto se reservó la potestad de dar por vencido el plazo en el evento de ser perseguidos los bienes por un tercero judicialmente o extrajuicio, o se desmejoraran o depreciaran al punto de no dar suficiente garantía.

El Tribunal abunda en iguales consideraciones y, aunque de paso, anota que no están acreditados los perjuicios. Se detiene en el estudio del abuso del derecho, tema sobre el cual discurren detenidamente las partes en sus alegatos de ambas instancias.

El abogado de Mejía acusa por el motivo 1º del artículo 520 del C. J., formulando el cargo de violación de los artículos 2341 a 2344, 1602, 1666, 673, 741, 2079 y 2085 del C. C., tanto directa cuanto por efecto de errores de derecho y de hecho evidentes en la apreciación de las pruebas que señala.

Su razonamiento se resume así: La Caja incurrió en culpa haciendo secuestrar el ganado sin estar vencida la prórroga y sin haber sobrevenido pleito ni gestión extrajudicial de terceros ni haber desmejorado los animales, es decir, sin derecho alguno, con lo que quebrantó el contrato y al propio tiempo por abuso de su derecho, así desviado, incurrió en culpa extracontractual, la que impone responsabilidad y consecuencial obligación de indemnizar el daño causado. De ahí deduce el recurrente el quebranto de las primeras disposiciones citadas. Las referentes a dominio del ganado las violó el Tribunal, al decir del recurrente, por desconocer los efectos del remate hecho por Arango. Y las relativas a sociedad, por desconocer que hubo este contrato entre Arango y Mejía.

Las pruebas aludidas son la escritura sobre este último negocio, la diligencia de remate y las declaraciones de testigos sobre haber estado Mejía al frente del ganado como su administrador, lo que implica haberlo recibido, por lo cual el Tribunal yerra al desconocer la entrega.

Se considera:

Como es sabido, una demanda de indemnización ha de basarse en actos u omisiones culposos, en un daño y en la relación de causalidad entre aquéllos y éste. Aunque haya daño, no hay lugar a indemnización a cargo de quien no es culpable, y aunque haya culpa no prosperá la acción civil indemnizatoria si no hay daño. Ambos extremos son indispensables, como también su conexión antedicha de causalidad. La falta de uno cualquiera que sea de estos elementos hace fracasar las pretensiones del actor. Y tanto es esto así, que en tal evento, hasta innecesario e inoficioso es estudiar lo atañedero a los elementos restantes.

Por eso basta en el caso presente observar que Mejía no comprobó haber sufrido los perjuicios de que se queja. Los hechos conducentes de una demanda deben en su existencia y verdad aparecer demostrados de manera plena y completa según la ley, al decir del artículo 593 del C. J. Esta es la pauta del sentenciador.

El dictamen pericial es un medio probatorio; pero el perito no es Juez. Lo ayuda e ilustra, no lo sustituye.

Aquí se pidió ese dictamen para el avalúo de los perjuicios. Los peritos, a más de considerar el aumento de cabezas por las crías que calcularon, los avalúan por medio de una resta en que el minuendo es el precio que calculan hubieran podido tener los ganados en el curso de los cuatro años que faltaban para el contrato a partir del secuestro, y como sustraendo el precio inicial de los mismos ganados. Este precio inicial lo fijaron las partes pero sólo para las primeras reses; de modo que no aparece fijado para las restantes, en lo cual los peritos proceden conjeturalmente, que es como proceden en la totalidad del minuendo. Hay ausencia de prueba sobre esos valores, pues de todos esos datos el único establecido es la fijación hecha por los otorgantes del precio inicial de sólo una parte del ganado, o sea de las primeras 312 cabezas, cuyo total el día

del secuestro se elevó a 822. No hay comprobante sobre ventas efectivas, certificación de las ferias habidas entre tanto, por ejemplo, declaraciones de testigos sobre contratos efectivos celebrados en ese lapso, etc. En una palabra: los hechos mismos que los peritos en sus conjeturas dan por demostrados, no lo están dentro del proceso como legalmente es de rigor para un fallo, el que no puede basarse, en lo tocante a esos hechos, en mera conjetura pericial. No se quiere significar con estos reparos que los peritos no puedan calcular en cada caso lo que es de su incumbencia. Simplemente se advierte que en el presente su dictamen es conjetural y mira a probabilidades, sin que estén demostrados los hechos básicos correspondientes, acerca de los cuales sólo obra en el proceso la afirmación de ellos mismos.

Es de suma importancia en cada caso la solicitud y decreto de una prueba para saber su finalidad y alcance. Aquí el dictamen pericial se pidió respecto de perjuicios, no para su establecimiento o demostración sino para su avalúo, y el actor en su memorial respectivo (fls. 1 y 2 del cuaderno 3º) alude a los datos existentes en el expediente y a los demás que los expertos obtengan por "conducto distinto, a fin de ilustrarse suficientemente".

Se acudió al experticio, pues, únicamente en busca del avalúo del perjuicio reputándolo evidenciado y se dejó de atender y proveer a la demostración de su existencia.

No es aceptable, pues, el cargo de violación de los artículos 2341 a 2344, y como esto es decisivo para absolver, sería inoficioso estudiar los cargos restantes, porque aunque sobre éstos conceptuara la Sala como el abogado de Mejía, tampoco prosperarían las pretensiones de la demanda y precisamente se llegaría, por sólo aquello, a la misma conclusión absolutoria con que el proceso ha venido a la Corte.

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 en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo.—Emilio Prieto H., Ofl. mayor en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS CON UN DENUNCIO CRIMINAL INFUNDADO.— TECNICA DE CASACION

El error de derecho, en técnica de casación, resulta del contraste entre la estimación judicial de una prueba y el valor que a ésta le asigna la ley. De aquí la imposibilidad de estructurarlo sin la cita concreta de la prueba que se pretenda malamente apreciada con exceso o con defecto, y la necesidad de demostrar la equivocación, que exige el artículo 520 del C. J. cuando la acusación se hace provenir de errada estimación probatoria. Este motivo de casación por quebranto indirecto de la ley sustantiva implica una operación compleja, comprensiva de condiciones parciales necesarias y articuladas: un error de hecho o de derecho cometido en el justiprecio de una prueba determinada, su demostración y la cita de la disposición sustantiva cuya violación sea el efecto del error probatorio, con incidencia, naturalmente, en la resolución del negocio. En este caso, a pesar de la caudalosa y puntualizada enumeración de pruebas que trae la sentencia como base de su resolución, la demanda de casación no contiene cita ni alusión concreta ninguna de prueba, ni referencia precisa a mérito deducido con desobediencia a la tarifa legal. Sólo existe la afirmación indeterminada de que "hubo error de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas", cosa insuficiente para dar base y temario de estudio, porque, como nadie lo ignora, la casación es inconfundible con una tercera instancia en que sería dable revisar el pleito y examinar y sopesar sin limitaciones jurisdiccionales el material probatorio de los procesos.

"Cuando la pretendida violación de la ley sustantiva —ha dicho y repetido innúmeras veces esta Sala— se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente, como en este caso sucedió, para que la Sala avoque el análisis de las cuestiones de hecho del juicio con una nueva apreciación de las pruebas, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia debatida en las dos únicas instancias que concede la ley, sino a examinar si dados los hechos tales como los consideró establecidos o demostrados el Tribunal, ha habido en la aplicación del derecho violación de alguna disposición legal sustantiva. Es indispensable para la procedencia de la demanda en estos casos, como lo ordena la técnica del recurso y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponda, o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidente del proceso".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, abril diez y nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Arcesio Jaramillo J. compró a Jesús García, a quien no conocía personalmente, 985 arrobas de café en vista de la autorización u orden escrita de "Villegas Hermanos", quienes debían despacharlo de su Trilladora Colombia a la Trilladora Quindío, de propiedad del comprador. Envió éste uno de sus empleados a constatar la autenticidad de la autorización de Villegas Hermanos a García, ratificada la cual por Aníbal Robledo, representante de la sociedad, Jaramillo pagó el precio de la compra en cheque contra el Banco de Colombia, de Armenia. En la imposibilidad de obtener el despacho de la mercancía, Arcesio Jaramillo, ante la Inspección 2ª Municipal de Armenia presentó denuncio criminal contra Villegas Hermanos, en el cual, después de relatar los hechos, dice: "Mas ha resultado una cosa inesperada que exige perentoriamente la investiga-

ción por parte de las autoridades instituídas para proteger el patrimonio de los ciudadanos en el ejercicio de su vida civil. El cheque cuyo número ya está citado, debidamente cancelado por Jesús García, fue entregado al señor Aníbal Robledo, representante de Villegas Hermanos, quien lo hizo consignar a su favor en la cuenta que esa casa comercial tiene abierta en el Banco de Colombia. Y como el café no me ha sido entregado y el negocio, como ya lo dije, se verificó sobre la fe, bajo los auspicios de Villegas Hermanos, quienes se niegan a hacer el despacho correspondiente, es evidente que se ha consumado un hecho punible que excede al campo de las obligaciones puramente civiles, porque la autorización escrita que fue el móvil de la causa del negocio, viene a ser el medio eficaz, el ardid de que Villegas Hermanos se ha valido para incautarse el cheque por el valor anotado, saldando cuentas con Jesús García y con detrimento de mi patrimonio".

Abierta la investigación, que se dirigió a averiguar la conducta de Fernando Villegas, Aníbal Robledo y Jesús García y durante la cual el denunciante se constituyó en acusador particular, el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pereira, después de algunas ampliaciones y enmienda de algunas irregularidades, dictó auto de proceder y orden de detención preventiva contra Villegas y Robledo por el delito de estafa, con intervención del jurado, según la legislación vigente entonces (1937). El Tribunal Superior correspondiente, al decidir la apelación interpuesta por los enjuiciados, revocó el auto de proceder y en su lugar sobreseyó definitivamente a su favor y los libertó incondicionalmente.

Con base en estas ocurrencias, Aníbal Robledo, por medio de apoderado y ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, en libelo de 9 de marzo de 1944, demandó a Arcesio Jaramillo J. en acción ordinaria de indemnización para que se le condene a pagarle el valor de los perjuicios materiales y morales que le ha causado con el denuncio criminal temerario a que se ha hecho referencia y por la acusación particular que asumió contra él, en la cuantía que pericialmente se fije en el juicio.

La fuente de la responsabilidad se hace consistir "en el error de conducta o la ausencia de precauciones" con que procedió el denunciante, revelados y evidenciados por el hecho de haber finalizado la investigación criminal con sobreseimiento definitivo que puso a la vista la temeridad del denuncio, que sólo obedeció al ánimo doloso de arruinar la reputación comercial del denunciado para satisfacer rivalidades de negocio.

El demandado, aceptando algunos de los hechos del libelo, se opone a las pretensiones del actor y afirma que su conducta está arreglada a la ley porque al proponer el denuncio de que se trata se limitó a ejercer el derecho de someter a la consideración y análisis de la justicia penal una serie de hechos para que se calificara la conducta de la casa comercial de Villegas Hermanos, hechos que demostró plenamente, puesto que su acusación no fue declarada temeraria, de tal modo que su denuncio no puede calificarse como acto imprudente, temerario, o malicioso.

Desarrollado sobre estas bases el litigio, el Juzgado del conocimiento le dio remate al primer grado en sentencia de 27 de mayo de 1947, totalmente absolutoria. Sin costas.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira la confirmó en todas sus partes en la sentencia de 23 de febrero de 1948 que puso fin a la segunda instancia a que dio lugar la apelación interpuesta por la parte demandante.

Hecho el planteamiento del pleito con la enunciación de su objeto y de la fuente de la responsabilidad que se inculpa al demandado, el Tribunal, en veinte apartes que abarcan cinco fojas de la sentencia, enumera minuciosamente todas las pruebas de diversa índole con que el demandante procuró demostrar la culpa en la conducta del demandado, y del propio modo en once párrafos, relaciona pormenorizadamente las probanzas aportadas al juicio por la parte demandada, para concluir en vista de lo que de ellas aparece, que si bien puede aceptarse que el demandante Robledo sufrió algún detrimento o perjuicio a consecuencia de la investigación de que fue objeto por efecto del denuncio dado por Jaramillo Jaramillo, la culpa de éste, factor jurídico esencial para comprometer su responsabilidad civil, no se puede tener por establecida en los autos porque en manera alguna puede considerarse que el denunciante procediera dolosa o imprudentemente al llevar a conocimiento de las autoridades una serie de hechos y circunstancias que le causaban injuria patrimonial y que él estimó cumplidos fuera del campo de las relaciones civiles, para que la investigación jurisdiccional los examinara y dijera si en realidad eran o no constitutivos

de un ilícito. La detención preventiva y demás molestias de que se queja el demandante, fueron, a juicio del Tribunal, no consecuencias inmediatas y necesarias del acto del denuncio, sino los efectos de las decisiones de los funcionarios judiciales que hallaron mérito suficiente para proferirlas de acuerdo con las disposiciones de la ley. Las razón primordial con que la sentencia excluye la temeridad, ligereza, error de técnica y demás formas de culpa en la conducta del denunciante Jaramillo es la circunstancia, estableci da con las copias pertinentes del proceso, de que "entre las autoridades encargadas de juzgar el ilícito hubo discrepancias, ya que Fiscal hubo que dijo no haber delito de estafa, cuando otro dijo que sí lo hubo. La autoridad encargada de juzgar a los sindicados los llamó a juicio por tal delito, el Juzgado Superior; en cambio el Tribunal sobreseyó definitivamente". De esto deduce el sentenciador que los hechos que fueron objeto del denuncio eran cuando menos equívocos desde el punto de vista de su licitud. Esto en lo referente al simple denuncio. Respecto a la responsabilidad que se vincula a la acusación particular, el Tribunal, refiriéndose a las leyes vigentes a la época de las ocurrencias de este pleito y recordando doctrinas de esta Sala, niega también la reparación demandada, porque ésta no tiene cabida sino cuando el resultado del juicio criminal en que interviene el acusador le es adverso y favorable al acusado, pero subordinándola a la condición de que la acusación haya sido falsa o temeraria a juicio del Juez del crimen, cosa que en el caso de referencia no aconteció.

El recurso

Contra esta sentencia, resumida en su motivación, interpuso el actor el recurso de casación que hoy se decide al cabo de sus trámites legales.

"Invoco —dice el recurrente— la causal primera del art. 520 del C. J. y acuso la sentencia recurrida como violatoria de la ley sustantiva en los arts. 2341 y 2356 del Código Civil, porque hubo error de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas, lo que llevó al Tribunal a la no aplicación de los preceptos legales citados que requerían necesariamente su aplicación al caso del pleito. Paso a demostrar la violación".

Esta demostración de la ilegalidad que le achaca a la sentencia recurrida, anunciada en el preinserto párrafo que contiene el planteamiento de la acusación, proveniente de errada apreciación de las pruebas, la hace consistir el recurrente en una serie de consideraciones de carácter general, con citas y copias de la jurisprudencia de la Corte, especialmente sobre el fenómeno de la causalidad inmediata de los daños y con el propósito de hacer ver contradicciones conceptuales e ilogismos de razonamiento entre pasajes de la sentencia que contrapone y enfrenta, pero sin cita ni referencia concreta de ninguna de las pruebas, ni configuración y esfuerzo demostrativo de los errores de derecho en su estimación, a que vincula su único cargo de violación indirecta de la ley.

Se considera.

Carece en estas condiciones la Sala de los elementos de estudio necesarios e insustituíbles para el examen y decisión del cargo de ilegalidad del fallo por efecto de inexactitud cometida en la valoración legal de las pruebas, por la defectuosa formulación del ataque, que por ser de violación indirecta está lejos de llenar las ineludibles condiciones que la preceptiva legal exige. Esta circunstancia de exclusiva índole técnica pero de imperiosa prelación en el estudio del recurso, de machacona repetición en la jurisprudencia de esta Sala y que frecuentemente le resta magnitud doctrinaria a los fallos, cierra toda posibilidad de entrar a la consideración sustancial de las cuestiones de legalidad en el sentenciamiento del litigio relacionadas con la existencia de la responsabilidad civil extracontractual de que se inculpa al demandado Arcesio Jaramillo por haber procedido con ligereza, con inexactitud, dolosa o temerariamente o con error técnico en la escogencia de la vía judicial, circunstancias éstas que pueden constituir culpa en casos de denuncios criminales, por error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas condiciones de hecho del denunciante.

El error de derecho, en técnica de casación, resulta del contraste entre la estimación judicial de una prueba y el valor que a ésta le asigna la ley. De aquí la imposibilidad de estructurarlo sin la cita concreta de la prueba que se pretenda malamente apreciada con exceso o con defecto, y la necesidad de demostrar la equivocación, que exige el art. 520 del C. J. cuando la acusación se hace provenir de errada estimación probatoria. Este motivo de casación por quebranto indirecto de la ley sustantiva implica una operación compleja, comprensiva de condiciones parciales necesarias y articuladas: un error de hecho o de derecho cometido en el justiprecio de una prue-

ba determinada, su demostración y la cita de la disposición sustantiva cuya violación sea el efecto del error probatorio, con incidencia, naturalmente, en la resolución del negocio. En este caso, a pesar de la caudalosa y puntualizada enumeración de pruebas que trae la sentencia como base de su resolución, la demanda de casación, como ya se dijo, no contiene cita ni alusión concreta ninguna de prueba, ni referencia precisa a mérito deducido con desobediencia a la tarifa legal. Sólo existe la afirmación indeterminada de que "hubo error de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas", cosa insuficiente para dar base y temario de estudio, porque, como nadie lo ignora, la casación es inconfundible con una tercera instancia en que sería dable revisar el pleito y examinar y sopesar sin limitaciones jurisdiccionales el material probatorio de los procesos.

"'Cuando la pretendida violación de ley sustantiva —ha dicho y repetido innúmeras veces esta Sala— se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente como en este caso sucedió, para que la Sala avoque el análisis de las cuestiones de hecho del juicio con una nueva apreciación de las pruebas, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia debatida en las dos únicas instancias que concede la ley, sino a examinar si dados los hechos tales como los consideró establecidos o demostrados el Tribunal, ha habido en la aplicación del derecho violación de alguna disposición legal sustantiva. Es indispensable para la procedencia de la demanda en estos casos, como lo ordena la técnica del recurso y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponda, o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas o por haber omitido su apreciación aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidentemente del proceso".

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCIONES DE NULIDAD DE UN REMATE Y DE REIVINDICACION

Que el demandante, al instaurar la acción reivindicatorja de un inmueble que ha adquirido en un remate, pida ante todo que se declare en la sentencia que él es dueño del inmueble por ser válido el remate, para que en seguida se decrete la entrega de lo que él remató, no quiere decir que sea esa declaración la que le confiere el dominio, pues ese dominio lo tiene el demandante como rematador que exhibe en legal forma su título, y por lo tanto, dejar de reconocerle la acción reivindicatoria que de conformidad con el artículo 946 del C. C. le corresponde como a persona que demuestra ser dueño de una cosa singular en cuya posesión no está, es quebrantar la mencionada disposición legal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril veinte de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Son antecedentes de este pleito: Macario Tangarife al enviudar de Waldina Montoya, matrimonio en que nacieron Pedro Luis, Francisco Eladio y Manuel Salvador, se casó con Teresa Mejía, a cuya muerte se inició la causa mortuoria de ambas, seguida en un solo juicio, en el que se declaró herederos **ab intestato** a los tres Tangarifes Montoya y se reconoció al viudo su calidad y derecho correspondiente. Como único haber se inventarió el inmueble de que se hablará adelante, el que a solicitud de Macario se sacó a remate. Este se adjudicó el 27 de abril de 1942 a Samuel Castrillón y, aprobado, se registró el 10 de noviembre del mismo año. No obstante las gestiones y esfuerzos del rematador para obtener la entrega material de lo rematado, esto sigue ocupado aún por Macario y su familia.

Ahora éste, en su calidad de curador general de su hijo demente Pedro Luis, demanda a Castrillón y también a los otros dos Tangarife Montoya, para que, anulándose el referido juicio, se anule el remate y se cancele su registro. Siendo esa finca lo único relacionado, como activo, salta a la vista que la finalidad del pleito es la invalidación de su remate.

Los demandados Tangarifes contestaron conviniendo en cuanto demanda su padre; y Castrillón se opuso y, además, contrademandó con acción reivindicatoria para que como dueño en su calidad de rematador, el poseedor sea condenado a entregar. A esto se opuso Macario, aduciendo los mismos razonamientos en que apoya su demanda inicial, consistentes en que Pedro Luis estuvo ausente en dicha causa mortuoria, porque careció de representante legal desde que llegó a la mayor edad hasta que, declarado demente, se confirió su curatela a su padre.

El Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín, donde cursó la primera instancia, la desató el 26 de septiembre de 1947 negando lo pedido en ambas demandas. Para la inicial observó principalmente que la guarda de Macario no se había discernido, de donde dedujo ilegitimidad en su personería; y para la reconvención estimó que era necesaria la presencia de los Tangarifes restantes, Francisco Eladio y Manuel Salvador, como interesados en la causa mortuoria, por lo cual resultaba ilegítima la personería de la parte contrademandada, no habiéndose dirigido Castrillón sino contra los restantes.

Surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo apelado en el de 22 de junio de 1948, contra el cual ambas partes interpusieron casación, recurso que hoy se decide después de recibir su tramitación legal, durante la cual una y otra lo fundaron.

Aunque en el Tribunal se adujo el mencionado discernimiento, insiste aquél en la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, por la falta de interés jurídico en Pedro Luis, en razón de que, por más que se ventilen conjuntamente las mortuorias de las dos esposas de su padre, él no es heredero sino de Waldina Montoya, quien no tuvo derecho alguno en el inmueble, porque éste lo adquirió Macario después de muerta ella; y en cuanto a Macario mismo, que no sólo demanda en dicha representación de Pedro Luis, sino también en nombre propio, ha-

lla el Tribunal que lo que tiene por ausencia de Pedro Luis en la mortuoria, que es en lo que funda su demanda de nulidad, no lo cobija a él mismo, **persona sui juris** que intervino y actuó allí.

Cuanto a la ilegitimidad de la personería de los contrademandados, el Tribunal abunda en el concepto del Juez y, por tanto, estima que al no incluir la contrademanda a los otros Tangarifes, esta parte litigante quedó incompleta.

El abogado de Tangarife acusa la sentencia de violatoria de ley sustantiva por error evidente de hecho y error de derecho en la apreciación de las pruebas que al efecto señala, entre ellas estas: la de adquisición de la finca por Tangarife, en cuanto afirma que fue posterior a la muerte de Waldina Montoya, dando por sentado que la compró en escritura número 5473 el 5 de diciembre de 1927 ante el Notario 2º de Medellín, sin que este instrumento público obre en autos, tan sólo porque se cita en la diligencia de inventarios; y del propio modo conceptúa que Pedro Luis no es heredero sino de Waldina, aunque el auto de declaratoria de herederos se dictó en ambas sucesiones y no se hizo distinción al respecto, sin embargo de lo cual procede sobre la base de que en nada posterior a la muerte de esta señora tiene interés Pedro Luis como heredero y por lo mismo no le asiste en que el remate se invalide.

No hay objeto en estudiar el cargo de apreciación de esas y otras pruebas, porque el recurrente lo redondea, por decirlo así, señalando como consecuencia de tales errores el quebranto del artículo 1011 del C. Civil, única disposición sustantiva que cita en forma que todos esos errores convergen en el quebranto de esta disposición. Y acontece que ella se limita a distinguir entre las asignaciones a título universal y las a título singular y a decir que aquéllas se llaman herencias y éstas legados y sus respectivos asignatarios herederos y legatarios. Salta a la vista que, aunque lo sostenido por el recurrente sobre mala apreciación de pruebas se aceptase, de ahí no cabe deducir tal quebranto.

El abogado de Castrillón formula varios cargos. Prosperando el que se detalla en seguida, no se estudian los restantes, en obedecimiento del artículo 538 del C. J. Ese cargo es el de violación de los artículos 946 y 952, C. C.

Es verdad que Castrillón pide en primer lugar que se le declare dueño del inmueble por ser válido el remate, para que en seguida se decrete la entrega de lo que remató; pero esto no significa que sea esa declaración lo que le confiere el dominio. El lo tiene como rematador que exhibe en legal forma su título inscrito y siendo la calidad de dueño a la que corresponde la acción reivindicatoria establecida por el artículo 946, el Tribunal lo quebranta al dejar de reconocérsela a quien demuestra ser dueño de una cosa singular en cuya posesión no está.

Y quebranta el artículo 952, porque éste señala como responsable de esa acción al poseedor, y de que Macario lo es no dejan duda las múltiples piezas del proceso en que como tal aparece y se proclama, entre ellas su demanda y su contestación de la contrademanda. No sobra recordar en este sentido los artículos 953 y 954 del C. C. y el 214 del C. J. Si esas piezas y las demás aludidas, que el recurrente detalladamente señala, demuestran esa posesión y si la copia de la diligencia y auto aprobatorio del remate, debidamente registrado, acredita el dominio antedicho, es claro que al desconocerles su tenor y alcance erró el Tribunal en su apreciación y por esta senda incurrió en la violación de aquellas disposiciones sustantivas, en fuerza de las cuales, dadas esa situación y probanzas, la acción reivindicatoria debe prosperar.

No sobra hacer presente que las partes están acordes en que Macario posee y Castrillón remató y que el conflicto versa sobre invalidación del remate. No sobra tampoco advertir que no hay choque o contraposición de títulos por ser diversos los aducidos por los contrincantes, sino contienda, repítese, sobre la validez del presentado por Castrillón.

Las precedentes reflexiones, tan breves como claras, a la vez que justifican el cargo en estudio, adelantan la motivación del fallo que ha de reemplazar al recurrido. En este sentido se agregan estas consideraciones: la contrademanda formula ocho súplicas que se analizan en su orden, a saber:

1ª Declaración de que es legal el remate, y 2ª que en consecuencia el rematador es dueño del inmueble rematado. Estos pedimentos, aunque innecesarios, deben decretarse, porque nada obsta a formularlos y porque el remate se verificó legalmente, se aprobó y se registró y de ello obra en autos constancia legal.

3ª Que en consecuencia se pronuncie en favor de Castrillón y a cargo de su contraparte condena de entrega de esa finca con sus mejoras y anexidades. Esto, en que se cifra la reivindicación, debe decretarse en fuerza de lo ya dicho

con motivo del recurso y de acuerdo con los artículos 961 y 962 del C. C.

4ª Que se condene a Macario a pagarle los frutos del inmueble durante su retención indebida. Una vez aprobado y registrado el remate, la detentación de la finca por Macario, quien fue parte en la causa mortuoria en que el remate se celebró y quien, a mayor abundamiento fue quien lo pidió, no puede ser amparada por la presunción de buena fe. Por tanto, esa condena debe señalar como fecha inicial la del registro del remate. No estando fijada la cuantía, a esto debe proveerse en la ejecución de la sentencia.

5ª Pago de perjuicios causados con las gestiones indebidas de Tangarife sobre dicho inmueble. 6ª Pago de perjuicios morales por la misma causa. Estas peticiones son inadmisibles, no sólo de suyo, por no ser procedentes, en juicio de esta clase, sino también porque una indemnización de perjuicios requiere la comprobación de haberlos sufrido quien la demanda, y aquí no hay tal prueba.

7ª Que se ordene tomar copia de lo conducente para que se investiguen y castiguen los delitos que aparezcan perpetrados. Sin calificar la conducta de Tangarife, basta observar que en este proceso no aparece delictuosa, por lo cual no estima la Sala que sea el caso de ordenar la copia antedicha. Cuando lo es, el juzgador debe proceder de oficio.

8ª Pago de costas. Tratándose de juicio doble y habiendo resuelto ambas sentencias de instancia en forma negativa para uno y otro de los litigantes, no hay lugar a esa condena.

En suma: de las súplicas de la demanda de reconvención deben decretarse las cuatro primeras y denegarse las demás.

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 parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y ocho y reformando la del Juzgado 2º Civil de ese Circuito de veintiseis de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, falla este pleito así:

1º No hay lugar a decretar lo pedido en la demanda inicial de este juicio, de cuyos cargos se absuelve al demandado Samuel Castrillón.

2º Reconócese a favor de éste el dominio que le confirió el remate de veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta y dos, celebrado en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín en la causa mortuoria de Waldina Montoya y Teresa Mejía, sobre el lote de terreno con casa de tapia y tejas y demás accesorios ubicado en el paraje La Inmaculada, del Distrito de La Estrella, y alindado: por un costado, con propiedad de Angel Antonio Rojas; por otro costado, con una calle de servidumbre y el comprador (Macario Tangarife); y por el otro costado, pues tiene figura triangular, con otra calle de servidumbre.

3º Condénase a Macario Tangarife a entregar a Samuel Castrillón dicha finca con todos sus accesorios inmuebles dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

4º Condénase a Macario Tangarife como poseedor de mala fe a pagar a Samuel Castrillón los frutos naturales y civiles de esa finca desde el 10 de noviembre de 1942, hasta su entrega aquí ordenada. El valor de estos frutos se señalará de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

5º No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas en la contrademanda; de manera que de los cargos correspondientes a ellas quedan absueltos los contrademandados.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA. — REFORMATIO IN PEJUS. — NULIDADES. — NO CONSTITUYE NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION EL HECHO DE QUE EL SUPERIOR, CON DESCONOCIMIENTO DEL PRECEPTO DEL ART. 494 DEL C. J., AGRAVE LA SITUACION DEL RECURRENTE. — CAUSAL SEXTA DE CASACION. — TESTIMONIO

1.—La REFORMATIO IN PEJUS, consagrada en nuestro derecho procesal, significa que en virtud de la impugnación propuesta por el vencido parcial, éste puede, desde luego, obtener una decisión mejor o más ventajosa, pero no una peor, esto es, una resolución que elimine o atenúe el vencimiento de la contraparte. "La figura procesal de la REFORMATIO IN PEJUS —ha dicho la Corte— se halla expresamente reconocida por el artículo 494 del C. J. El superior que conoce por apelación de un auto, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar el auto objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante, con la sentencia o el auto recurridos. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como en todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes, y, por lo tanto, el asunto es visto sólo en la extensión en que ellas lo soliciten. Por lo demás, este criterio se aplica también al recurso de casación, en lo pertinente". (G. J. XLVII, pág. 418).

A pesar de todo lo cual no es posible dar acogida a la acusación de la sentencia por la causal sexta, porque en concepto de la Sala lo ocurrido no da base para el planteamiento de un problema sobre nulidad por incompetencia de jurisdicción. La reforma del fallo en perjuicio del único apelante no es cosa que afecte la validez ni estabilidad de la actuación judicial, no es irregularidad que caiga dentro de ninguno de los casos previstos por la ley como determinantes de nulidad adjetiva por el vicio anotado. Es una cuestión vinculada directamente con la aplicación de la ley, con el quebranto de un precepto sustantivo que consagra el derecho a que no se reformen las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, en perjuicio de quien apela de ellas para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercitado el derecho de impugnación procesal usando de los recursos que autoriza la ley. Este aspecto de ilegalidad no es tratable por la vía de la causal sexta.

2.—Dentro del sistema legal-moral que rige nuestro derecho probatorio, el criterio judicial para deducir el valor del testimonio no excluye la aplicación de las normas de la sana crítica, en busca de la depuración de la prueba, pero sin perder de vista las reglas y preceptos legales que imponen su aceptación dentro de determinadas condiciones, tales como las que enuncia el artículo 697 del C. J., que establece que "dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley". La condición esencial del testimonio es que debe ser fundado sobre hechos subjetivos del testigo, y para eso es necesario que exprese las circunstancias de su observación personal inmediata sobre hechos susceptibles de caer bajo la acción de sus sentidos, que su dicho sea verosímil y no contrario a las leyes de la naturaleza y que su declaración sea original y no nacida de extraña sugestión. Son éstas, en general, las condiciones de atendibilidad del testimonio en cuanto se refiere al aspecto de la correspondencia entre la declaración del testigo y las observaciones efectivamente realizadas por él. Con el objeto de que el testimonio sea, en lo posible, responsivo, exacto y completo, el Juez debe preguntar al declarante, sin detalles minuciosos sobre todo lo que

conduzca a esclarecer y completar su exposición y a investigar el fundamento en que basa el conocimiento de los hechos que afirma (artículos 687, 688 del C. J.), para lo cual, como es obvio, habrá que tratar de ubicarlos en el tiempo, expresando la época de su ocurrencia; en el espacio, determinando el sitio de su acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento. Naturalmente sin perder de vista que estas circunstancias inciden de distinta manera y tienen más o menos importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento según la naturaleza de los hechos afirmados. Así, utilizando como ejemplo el caso de autos, el tiempo o época de la ocurrencia, circunstancia de evidente importancia cuando se relaciona con hechos transitorios o pasajeros, la pierde casi totalmente cuando versa sobre hechos de naturaleza permanente e invariable como es el geográfico de que un lote de tierra esté enclavado dentro de otro mayor; pueden los testigos referirse a épocas distintas sin que por eso pierda atendibilidad su testimonio. Sobre el lugar, tratándose de inmuebles, que se individualizan y determinan por su ubicación y linderos, no hay falla ni problema, como pudiera existir si se tratara de hecho móvil o susceptible de ocurrir en sitios diversos. Y por lo que hace al modo o manera de existir, en este caso inmodificable y permanente, no condicionada por modalidades efímeras que pudieran afectar un recuerdo circunstanciado, tampoco es apreciable ninguna deficiencia en el caso de estudio y de ejemplo.

En las explicaciones que hacen los cuatro testigos de que se trata, de que conocen muy bien las tierras de Santa Ana por haberlas recorrido muchas veces y en varias direcciones, está la razón de su dicho o el fundamento en que se basa el conocimiento del hecho afirmado por ellos, de que dentro de tales terrenos, cuya cabida no mencionan, pero sí alinderan, está comprendido el globo poseído por el demandado, por límites que expresan sin determinación de cabida. En este modo de adquisición del conocimiento va implicado el uso de los sentidos, que el Tribunal desecha inexplicablemente al tratar de analizar la prueba, subordinándolo arbitrariamente al tamaño del continente y del contenido, sobre datos incidentales del proceso.

3. — La sentencia que decide favorablemente una reivindicación debe estatuir sobre lo que legalmente constituye materia de prestaciones mutuas entre las partes, aunque tal cosa no haya sido objeto de pedimento especial del demandado, pues los derechos que al poseedor de buena fe vencido otorga el C. Civil en el capítulo 4º, título 12, libro 2º, deben considerarse comprendidos dentro de los límites de la controversia, por emanación de la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veinte de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En el año de 1937, Jorge A. Bohórquez solicitó ante la Gobernación del Departamento del Magdalena la adjudicación, a título de colono, de un lote de terreno que dijo ser baldío, de 20 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción municipal de Aracataca, por linderos que expresó. Acogida la solicitud e impulsado el correspondiente trámite administrativo, dentro del cual se practicó inspección ocular con intervención de peritos para controlar la verdad de las afirmaciones del peticionario, durante el término legal correspondiente la sociedad Magdalena Fruit Company, por medio de su apoderado general, se opuso a la solicitud de adjudicación con base en que el terreno referido no es baldío y está comprendido dentro del fundo de Santa Ana, de propiedad de la compañía.

En libelo de fecha 1º de julio de 1938 la Magdalena Fruit Company, por medio de apoderado y de acuerdo con la ley, procedió a formalizar su oposición, para lo cual demandó en acción ordinaria ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ciénaga a Jorge A. Bohórquez para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: "1º Que no es baldío el globo de terreno solicitado por él en adjudicación ante la Gobernación del Departamento, globo de terreno ubicado hoy en el distrito de Aracataca, dentro de estos linderos:... En subsidio, pido que se declare que la Magdalena Fruit Company tiene derecho preferente a la adjudicación del referido globo de tie-

rra. — 2º Que en todo caso se condene al demandado a restituir o entregar a la empresa demandante el globo de terreno en cuestión y al pago de sus frutos. — 3º Que se condene en costas".

Los hechos fundamentales de esta demanda reivindicatoria se hacen consistir, en resumen, en que el terreno que el demandado ocupa como colono y que a ese título pretende le sea adjudicado, es parte integrante del fundo conocido con el nombre de Santa Ana sobre el cual ejerce el dominio y explotación económica la Magdalena Fruit Company por haberlo comprado a la United Fruit Company en 1934, tierras éstas que han sido objeto de sucesivas transferencias entre particulares desde hace más de cincuenta años, según títulos legalmente otorgados y registrados, y que han sido declaradas fuera de la propiedad nacional en resoluciones ministeriales y en sentencia de la Corte Suprema, proferida en 1917 en pleito entre la Nación y la United Fruit Company, causante de la actora.

El demandado Bohórquez no contestó la demanda que le fue notificada legalmente, y agotada la tramitación del primer grado, el Juzgado del conocimiento, en sentencia del 3 de marzo de 1947, decidió: "1º Declárase que el globo de terreno pedido en adjudicación por Jorge A. Bohórquez con los linderos especificados en la parte motiva de esta demanda no es baldío. 2º No se ordena la restitución a la empresa demandante ni el pago de frutos. 3º No hay costas".

El motivo fundamental de esta decisión consiste en que no obstante haberse probado plenamente que el terreno sobre que versa la oposición de la sociedad demandante no es baldío por haberse demostrado que hace parte de un fundo de propiedad particular, no es posible decretar su reivindicación por no haberse traído a los autos la prueba de que la compañía reivindicante es su actual dueña por haber comprado a la United Fruit Company las tierras de Santa Ana, dentro de cuyos términos está ubicado, prueba ésta producida legalmente en la segunda instancia. "Con los documentos notariales — dice el Juzgado — se acredita plenamente que el mencionado globo de Santa Ana no es baldío (art. 630 C. J.) y como el globo pedido en adjudicación se halla dentro de él, es claro que también está demostrada la propiedad privada de dicho globo".

Sentencia acusada

Por virtud del recurso de apelación interpuesto solamente por el demandante contra la sentencia del Juzgado se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta que la sentenció el 25 de junio de 1948, así:

"1º Revócase el punto 1º de la parte resolutiva del fallo apelado en cuanto dijo que no es baldío el terreno pedido en adjudicación por Jorge A. Bohórquez. Y declárase que no prospera la petición subsidiaria. 2º Confírmase el punto segundo de la misma parte resolutiva en cuanto no decretó la restitución del mismo predio a la empresa demandante ni el pago de frutos. 3º El Juzgado del conocimiento dispondrá lo conducente para que siga tramitándose la adjudicación de que se trata. 4º Sin costas".

La motivación de esta sentencia de segundo grado es coincidente con la del Juzgado del Circuito en cuanto a la conclusión de que los terrenos que integran la finca de Santa Ana tienen el carácter de propiedad privada según los títulos de dominio legalmente inscritos desde el año de 1910 en que Ramón B. Jimeno los vendió a la United Fruit Company, vendedora de la compañía demandante, conforme al artículo 3º de la ley 200 de 1936, explicado por la Corte en sentencia visible a la página 1030 del Nº 1952 de la G. J. "No hay duda, pues, de que Santa Ana es de propiedad de la Magdalena Fruit Company —dice la sentencia— porque tiene títulos inscritos creados con anterioridad a la ley 200 de 1936, que acreditan un dominio superior a veinte años". No obstante esto, el Tribunal revocó la sentencia apelada en el punto en que había estatuído que el predio pretendido por Bohórquez en adjudicación, como parte integrante del fundo de Santa Ana, no tenía la calidad de baldío, por no haberse demostrado que el lote materia de la oposición está realmente comprendido por los términos de la propiedad de Santa Ana. El disentimiento del Tribunal sobre esta cuestión esencial del litigio, que el fallador de primera instancia estimó plenamente demostrado con la prueba testimonial legalmente aducida, se funda en que, en su concepto, las afirmaciones de los testigos no son atendibles porque la circunstancia, expresada por ellos, de haber estado en las tierras cuestionadas muchas veces y haberlas recorrido, no es suficiente razón de su dicho. "Para el Tribunal, racionalmente, —se lee en la sentencia— la simple razón de haber estado allí muchas veces, que es la que expresan los testigos, no alcanza a convencer que "La Picota"

constante de 20 hectáreas, hace parte de la vasta zona de que se compone Santa Ana".

La aludida revocación la decretó el Tribunal, como está advertido en el fallo, sin perder de vista la circunstancia de que únicamente apeló del fallo del Juzgado la Magdalena Fruit Company y que por consiguiente, como lo puso de presente su apoderado, la sentencia recurrida no podía ser reformada en lo favorable al apelante, con fundamento en que "es tan íntima la vinculación existente entre las cuestinoes que se han resuelto en esta decisión, que el Tribunal se ve obligado a revocar el primer punto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, fundado en el mismo principio contenido en la disposición transcrita... No se explicaría cómo, si el demandante no ha probado ser dueño del predio que ocupa Bohórquez, se decidiera que no es baldío si precisamente los hechos de la demanda se fundan en qué el terreno perdió tal carácter. Más claro: si la Magdalena ha alegado que el predio que ocupa Bohórquez hace parte de Santa Ana y la controversia gira alrededor de que ese inmueble no es baldío, cualquiera decisión incide sobre este punto porque está íntimamente ligada con él. Si no prospera la acción reivindicatoria es porque no se ha probado que no es baldío el terreno. Es, pues, la lógica, la que impone la revocatoria aún en lo favorable al apelante".

El recurso

Contra esta sentencia, extractada en sus razones fundamentales, ha recurrido en casación el apoderado de la parte demandante quien la acusa por la primera y la sexta de las causales legales del art. 520 del C. J. Ordenando lógicamente las acusaciones corresponde preferente consideración a la de nulidad de lo actuado, formulada como último cargo en la demanda.

Causal sexta—Se acusa la sentencia por haberse incurrido en una de las causales de nulidad que taxativamente enumera el art. 520 del C. J| y se hace consistir este vicio en incompetencia de jurisdicción en que incurrió el Tribunal al quebrantar el principio de la **reformatio in pejus,** consagrado en el art. 494 del C. J., por haber modificado la sentencia del Juzgado del Circuito en el sentido de revocar la declaración de que el terreno pretendido en adjudicación por Bohórquez y a que se refiere la oposición no es baldío, sin facultad para hacerlo, puesto que el único apelante para ante el Tribunal fue la parte demandante, la Magdalena Fruit Company. "El Superior —dice el recurrente— carece de jurisdicción para entrar a modificar el fallo recurrido en todo aquello que no perjudica al recurrente, y si procede en contrario, incurre en una de las causales de nulidad señaladas en el art. 448 del C. J. (en este caso la que menciona el Nº 1º), lo cual constituye el motivo sexto de casación (art. 520), y en tal sentido y por tal concepto acuso la sentencia de que se trata en este asunto".

Se considera:

En la demanda inicial de este pleito la Magdalena Fruit Company ha propuesto dos pretensiones principales: la primera, destinada a hacer triunfar su oposición a la adjudicación del lote de La Picota como baldío a Jorge Bohórquez, a título de colono, para cuya decisión fueron enviadas las diligencias administrativas a las autoriades judiciales; y la segunda, la reinvindicatoria de ese mismo inmueble poseído por el demandado sin ningún título. Ambas con base en la afirmación de que el aludido fundo es del dominio particular de la sociedad demandante como que está comprendido dentro de su finca de Santa Ana, sobre cuya propiedad privada no hay controversia. Como se sabe, el Juzgado del Circuito, concluyó con referencia a la prueba testimonial producida en el juicio, que el lote pretendido por Bohórquez como colono "hace parte de las tierras denominadas Santa Ana", de propiedad incuestionable de la compañía actora, y que, por consiguiente, no es baldío. Quedó así decidido el problema de la oposición, y solamente pendiente la acción de dominio que no prosperó en el primer grado, como se vio, por no haberse completado la tradición de la propiedad de Santa Ana hasta la Magdalena Fruit Company, su actual dueña.

En este litigio, enmarcado dentro del art. 79 del C. F., en que se controvierten las pretensiones de un colono poseedor con un tercero que reclama dominio sobre el terreno cultivado, la cuestión de si es o no baldío el lote disputado tiene un alcance y un sentido circunscritos al interés de las partes contrincantes como acaece siempre con las sentencias que desatan acciones reivindicatorias. No siendo parte litigante la Nación, que es directamente interesada en semejante declaración como titular del dominio de las tierras baldías, tal calidad jurídica del bien litigioso afecta simplemente la propiedad privada que es mate-

ria de la acción agitada entre los dos particulares.

La condición de propiedad particular del lote de La Picota es el punto central y básico para decidir sobre la procedencia de la oposición propuesta por la Magdalena Fruit Company a su adjudicación, porque en tal calidad se ha apoyado exclusivamente la sociedad demandante y tal cuestión constituye la materia exclusiva del juicio ordinario originado en el trámite administrativo de la oposición. Bohórquez no le opone a la Magdalena ninguna pretensión de dominio; su interés jurídico en el debate judicial se vincula y reduce a sostener la calidad de baldío, que es la que le abre el camino legal hacia la propiedad por virtud de la adjudicación estatal. Negada tal calidad de baldío por la sentencia de primera instancia, perdió Bohórquez su piso jurídico ante la sociedad opositora a sus pretensiones de adjudicación como colono, y si no ejerció su derecho procesal de impugnación recurriendo contra la sentencia que tal cosa estatuyó, lo que equivale a haber consentido esa situación jurídica, no se ve cuál sea su interés legítimo de ahí en adelante en lo que respecta al dominio del fundo. Al estatuir la sentencia de grado que el globo de tierra a cuya adjudicación se opuso la Magdalena Fruit Company no es baldío creó un **status** procesal definitivo para el efecto de dejar trunco el proceso administrativo de adjudicación iniciado por Bohórquez. Sólo restaba, para la decisión total de la controversia, el pedimento restitutorio. El derecho de oposición estaba consolidado y producía todos sus efectos con la simple ejecutoria de la sentencia del Juzgado del Circuito, para lo cual le bastaba a la demandante no haber apelado o haber desistido del recurso interpuesto.

La **reformatio in pejus,** consagrada en nuestro derecho procesal, significa que en virtud de la impugnación propuesta por el vencido parcial, éste puede, desde luego, obtener una decisión mejor o más ventajosa, pero no una peor, esto es, una resolución que elimine o atenúe el vencimiento de la contraparte. "La figura procesal de **la reformatio in pejus** —ha dicho la Sala— se halla expresamente reconocida por el art. 494 del C. J. El superior que conoce por apelación de un auto, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar el auto objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurridos. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación como en todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y, por lo tanto, el asunto es visto sólo en la extensión en que ellas lo solicitan. Por lo dem,ás este criterio se aplica también al recurso de casación en lo pertinente" (G. J. XLVII, pág. 418).

Lo dicho pone muy a la vista que en el caso de consideración el Tribunal reformó ilegalmente en perjuicio de la Magdalena Fruit Company la sentencia de primer grado apelada únicamente por ella con el fin de obtener una decisión más favorable; completada con la orden de restitución del lote, pero en manera alguna para eliminar el vencimiento del demandado Bohórquez que por efecto de esa sentencia, consentida tácitamente por él, ya no podía obtener la adjudicación del lote de La Picota, enclavado dentro de su propiedad de Santa Ana. No habiendo modificado el fallo de segunda instancia la resolución negatoria del Juzgado sobre el pedimento restitutorio no se ve con qué fundamento se encaja la **reformatio in pejus** de que se trata dentro de la salvedad que establece el art. 494 **in fine**.

A pesar de todo lo cual no es posible dar acogida a la acusación por la causal sexta que se estudia, porque en concepto de la Sala lo ocurrido no da base para el planteamiento de un problema sobre nulidad por incompetencia de jurisdicción. La reforma del fallo en perjuicio del único apelante no es cosa que afecte la validez ni estabilidad de la actuación judicial, no es irregularidad que caiga dentro de ninguno de los casos previstos por la ley como determinantes de nulidad adjetiva por el vicio anotado. Es una cuestión vinculada directamente con la aplicación de la ley, con el quebranto de un precepto sustantivo que consagra el derecho a que no se reformen las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, en perjuicio de quien apela de ellas para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercitado el derecho de impugnación procesal usando de los recursos que autoriza la ley. Este aspecto de ilegalidad no es tratable por la vía de la causal sexta. Por lo tanto, se rechaza el cargo.

Causal primera—La acusación por infracción de ley sustantiva se endereza contra la conclusión de que "no se ha demostrado que el predio solicitado por el colono hace parte del globo de Santa Ana", —eje central de la sentencia recurrida— y se hace consistir en que el Tribunal violó indi-

rectamente los arts. 946, 947 y 950 del C. C., cuya aplicación eludió, como consecuencia del error de derecho en que incurrió en la apreciación de la prueba testimonial legalmente aducida al negarles a las declaraciones de Ramón Margario Nieves, Otoniel Benavides, Alfonso Padilla y Gregorio Collante, con el pretexto de que no expresan las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el mérito que legalmente les corresponde para demostrar el hecho de que el lote singularizado en la demanda y a que se refieren la solicitud de adjudicación del demandado Bohórquez y la oposición de la Magdalena Fruit Company hace parte integrante de la finca de Santa Ana, de la propiedad privada de la sociedad demandante.

Considera la Sala.

La desestimación que el Tribunal hizo de la referida prueba de testigos que afirman el mismo hecho de la comprensión de una zona territorial dentro de una de mayor extensión, medio probatorio éste admisible al efecto, se fundó en que los declarantes apenas expresaron que sabían y les constaba el hecho afirmado por haber estado muchas veces en los terrenos cuestionados "pero no explicaron en sus declaraciones cómo y cuándo ni en qué forma estuvieron en el predio de Santa Ana, ni por qué lo conocieron". "Esa afirmación no puede aceptarla esta Corporación porque la vista que es el sentido de la percepción no puede precisar si un terreno determinado consistente de 20 hectáreas se encuentra dentro de otro terreno que tenga una extensión territorial de 7.000 hectáreas, que según las escrituras constituyen el globo de Santa Ana". Acepta el sentenciador que tratándose de una casa o de un predio pequeño se puede apreciar una o cada una de sus partes, y añade: "Pero afirmar sin incertidumbre, asegurar que un determinado predio de 20 hectáreas está comprendido dentro de otro de 7.000 hectáreas, con sólo recorrerlo, es imposible si el testigo no se asesora de medios idóneos y en este caso deja de ser tal para convertirse en experto o perito".

Los cuatro testigos prenombrados, cuyas exposiciones, rendidas a solicitud de la compañía demandante, pueden verse a folios 6v. a 8v. y 17v. del único cuaderno de pruebas de primera instancia, declaran uniforme y categóricamente, en síntesis exacta, que conocen muy bien, por haber estado en ellas muchas veces y haberlas recorrido, las tierras llamadas de Santa Ana, ubicadas en el Corregimiento de El Bongo, en el Municipio de Aracataca, cuyos linderos describen, y que por ese conocimiento directo les consta que dentro de esa alinderación y como parte de Santa Ana se encuentra el globo de tierra solicitado en adjudicación como baldío por Jorge Bohórquez a la Gobernación del Departamento, lote éste que también determinan y encierran dentro de sus linderos especiales.

Dentro del sistema legal-moral que rige nuestro derecho probatorio, el criterio judicial para deducir el valor del testimonio no excluye la aplicación de las normas de la sana crítica, en busca de la depuración de la prueba, pero sin perder de vista las reglas y preceptos legales que imponen su aceptación dentro de determinadas condiciones, tales como las que enuncia el art. 697 del C. J., que establece que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley". La condición esencial del testimonio es que debe ser fundado sobre hechos subjetivos del testigo y para eso es necesario que exprese las circunstancias de su observación personal inmediata sobre hechos susceptibles de caer bajo la acción de sus sentidos, que su dicho sea verosímil y no contrario a las leyes de la naturaleza y que su declaración sea original y no nacida de extraña sugestión. Son éstas, en general, las condiciones de atendibilidad del testimonio en cuanto se refiere al aspecto de la correspondencia entre la declaración del testigo y las observaciones efectivamente realizadas por él. Con el objeto de que el testimonio sea, en lo posible, responsivo, exacto y completo, el Juez debe preguntar al declarante, sin detalles minuciosos, sobre todo lo que conduzca a esclarecer y completar su exposición y a investigar el fundamento en que basa el conocimiento de los hechos que afirma (arts. 687, 688, del C. J.), para lo cual, como es obvio, habrá que tratar de ubicarlos en el tiempo, expresando la época de su ocurrencia; en el espacio, determinando el sitio de acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento. Naturalmente sin perder de vista que estas circunstancias de tiempo, modo y lugar, singularizantes de los hechos, inciden de distinta manera y tienen más o menos importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento según la naturaleza de los hechos afirmados. Así, utilizando como ejemplo el caso de autos, el tiempo o época de ocurrencia, circunstancia de evidente importancia cuando se relaciona con hechos transitorios o pasajeros, la pierde casi total-

mente cuando versa sobre hechos de naturaleza permanente e invariable como es el geográfico de que un lote de tierra esté enclavado dentro de otro mayor; pueden los testigos referirse a épocas distintas sin que por eso pierda atendibilidad su testimonio. Sobre el lugar, tratándose de inmuebles, que se individualizan y determinan por su ubicación y linderos, no hay falla ni problema, como pudiera existir si se tratara de hecho móvil o susceptible de ocurrir en sitios diversos. Y por lo que hace al modo o manera de existir, en este caso inmodificable y permanente, no condicionada por modalidades efímeras que pudieran afectar un recuerdo circunstanciado, tampoco es apreciable ninguna deficiencia en el caso de estudio y de ejemplo.

En las explicaciones que hacen los cuatro testigos de que se trata, de que conocen muy bien las tierras de Santa Ana por haberlas recorrido muchas veces y en varias direcciones, está la razón de su dicho o el fundamento en que se basa el conocimiento del hecho afirmado por ellos de que dentro de tales terrenos, cuya cabida no mencionan pero sí alinderan, está comprendido el globo poseído por Bohórquez, por límites que expresan sin determinación de cabida. En este modo de adquisición del conocimiento va implicado el uso de los sentidos, sobre todo el de la vista, que el Tribunal desecha inexplicablemente al tratar de analizar la prueba, subordinándolo arbitrariamente al tamaño del continente y del contenido, sobre datos incidentales del proceso.

No hay en el caso de consideración ningún motivo de incapacidad física, mental ni moral respecto de ninguno de los cuatro declarantes, ni el hecho establecido por la prueba formada por sus exposiciones ha sido objeto de contradicción explícita por parte del demandado Bohórquez, que no contestó la demanda, ni ha sido tampoco materia de ninguna contraprueba. En estas condiciones procesales, y apreciadas las aludidas declaraciones testificales a la luz de los principios y reglas que han venido recordándose, no hay duda de que el Tribunal incurrió en el error de derecho que le imputa el recurrente al subestimar el valor probatorio de los testimonios por debajo del nivel que le asigna la ley y que como consecuencia de esta equivocación infringió las disposicionse legales sustantivas precitadas referentes a la acción reivindicatoria, cuyos elementos constitucionales están fehacientemente establecidos en el juicio.

La Corte, una vez quebrada la sentencia por la prosperidad del cargo que se acaba de examinar, ocupa la posición y asume las atribuciones de Tribunal de segunda instancia, profiriendo el fallo de reemplazo, para fundamentar el cual cobran toda su validez y fuerza las consideraciones que arriba se dejaron expuestas con ocasión del examen de la acusación por la causal 6ª, en torno de la figura de la **reformatio in pejus,** complementadas con las que se consignaron acerca del mérito de la prueba testimonial sobre el hecho de ser el lote de La Picota, pretendido en adjudicación por Bohórquez, parte componente del fundo de Santa Ana, al cual se subordina, estando demostrado que la soeiedad demandante es dueña de este inmueble, la solución de esta controversia.

En lo tocante a la propiedad privada de la hacienda de Santa Ana, situación jurídica aducida por la Magdalena Fruit Company para oponerse a que un lote de ella pudiera adjudicarse como baldío y para demandar la restitución de ese lote poseído sin título por el colono demandado, cuestión no debatida en el juicio pero de examen necesario en la acción de dominio, la Sala acogé las conclusiones del Tribunal que en seguida se copian:

"Con efecto: aun advirtiendo que la Magdalena Fruit Company no aportó al proceso las Resoluciones del Ministerio de Obras Públicas de 28 de diciembre de 1907 y enero 3 de 1908, en las cuales —según se dice— se declaró no ser nacionales las tierras de Santa Ana y que por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de marzo de 1917 se reconoció que las mismas tierras no eran de la Nación, según lo expone el señor doctor Lázaro Díaz Granados, como apoderado de dicha compañía en los hechos 5º y 6º de la demanda, a juicio de esta Sala las mencionadas tierras de la Compañía tienen el carácter de propiedad privada. Veámoslo: la Magdalena Fruit Company aportó a los autos la escritura número 967 de 2 de julio de 1910, de la Notaría 2ª de este Circuito, en la cual consta que Ramón B. Jimeno vendió a la United Fruit Company, quien a su vez vendió a la Magdalena Fruit Company, el globo de que se trata. Ahora bien: el artículo 3º de la ley 200 de 1936, expresa: "Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial y en consecuencia desvirtúan la presunción consagrada en el artículo anterior, fuera del título originario expedido por el Estado, què no haya perdido su eficacia legal, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley,

en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria".

"El instrumento público, citado ya, como se dijo, lleva fecha 2 de julio de 1910 y fue registrado el 30 de dicho mes y año. De consiguiente desde el año de 1910 hasta el 7 de abril de 1937, fecha en que empezó a regir la ley 200 de 1936, transcurrieron 27 años aproximadamente, que excede en mucho al término de la prescripción extraordinaria, que es de 20 años, según la siguiente doctrina de la Corte:

"Expresa el artículo 3º que los títulos inscritos han de comprender un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Importa determinar si este término es el de 30 años que se indicó en el proyecto de ley, o el de 20 a que se redujo la prescripción extraordinaria en la ley 50 de 1936. Se ha pensado, sin suficiente fundamento, que tal término es de 30 años, por considerarse que el artículo consagra una prescripción. Pero él no es, en modo alguno un estatuto de prescripción. Esta se basa en el hecho de la posesión material y el artículo 3º se refiere a la posesión inscrita. Falta un elemento constitutivo esencial de la prescripción. Y como éste no existe, no puede deducirse la consecuencia que se pretende con base en la prescripción. Al decir hoy la ley 200 que las tradiciones de dominio deben comprender un término no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, ha de entenderse que alude a la que actualmente se halla establecida y para la cual se fija el lapso de 20 años". (G. J. Nº 1952, pág. 1030).

"Además, el artículo 16 del Decreto 59 de 1938, reglamentario de la ley 200 de 1936, establece que las tradiciones de dominio que deben constar en los títulos inscritos con anterioridad al 7 de abril de 1937, fecha en que entró a regir la ley 200 de 1936, y de las cuales trata el artículo 3º de la mencionada ley, deben referirse a un lapso de 20 años por lo menos.

"No hay duda, pues, de que Santa Ana es de propiedad de la Magdalena Fruit Company porque tiene títulos inscritos creados con anterioridad a la ley 200 de 1936, que acreditan un dominio superior a 20 años".

La sentencia que decide favorablemente una reivindicación debe estatuír sobre lo que legalmente constituye materia de prestaciones mutuas entre las partes aunque tal cosa no haya sido objeto de pedimento especial del demandado, como aquí acontece, porque Jorge Bohórquez no ha afrontado el litigio, pues los derechos que al poseedor de buena fe vencido otorga el C. Civil en el capítulo 4º, título 12, libro 2º, deben considerarse comprendidos dentro de los límites de la controversia, por emanación de la ley. El proceso no ofrece ningún elemento probatorio cuya apreciación objetiva pudiera dar base para desnaturalizar la presunción que legalmente ampara al demandado como poseedor de buena fe del lote singularizado en la demanda. En el expediente hay pruebas de que el demandado Bohórquez ha hecho mejoras útiles en el predio de que se trata, aducidas ante las autoridades administrativas para fundar su solicitud de adjudicación, consistentes en casa de habitación y cultivos de pastos artificiales y árboles frutales, a cuyo abono tiene derecho y cuya cuantía, no determinada en el proceso, será fijada por los trámites que señala la ley para la ejecución de la sentencia, con la garantía del derecho de retención del inmueble. La orden restitutoria de frutos del lote reivindicado se reduce a los civiles, en consideración de que los naturales, provenientes de las mejoras de propiedad del poseedor vencido, le corresponden a él.

Con apoyo 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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, reforma la de primera instancia, dictada por el Juzgado 2º del Circuito de Ciénaga el tres de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, y en su lugar resuelve:

1º Declárase que el globo de terreno pedido en adjudicación por Jorge A. Bohórquez con los linderos especificados en la parte motiva de esta sentencia no es baldío.

2º Condénase al demandado Jorge A. Bohórquez a restituir a la Magdalena Fruit Company el globo de terreno mencionado en el anterior numeral con sus frutos civiles a partir de la contestación de la demanda.

3º La sociedad demandante debe abonar al de-

mandado Bohórquez las mejoras útiles hechas por éste en el inmueble referido. El monto de esta prestación será fijado al ejecutar la sentencia por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial. Reconócese al demandado, para garantía de su pago, el derecho de retención del terreno de que se trata.

4º Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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—Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Emilio Prieto, Oficial mayor en ppdad.

NO ES LEGALMENTE POSIBLE LA REVISION POR LA VIA ORDINARIA DE LA SENTENCIA PROFERIDA EN JUICIO DE LANZAMIENTO. — NULIDADES.—CUALES PUEDEN ALEGARSE EN JUICIO ORDINARIO DISTINTO DE AQUEL EN QUE SE INCURRIO EN ELLAS

1.—No es legalmente posible la revisión en juicio ordinario del procedimiento especial del juicio de lanzamiento, porque la sentencia de lanzamiento, una vez ejecutoriada, hace tránsito a cosa juzgada, ya que entre las disposiciones que reglamentan tal juicio, o sean las consignadas en el Título 37, Libro III del C. J., no existe precepto alguno que la autorice, a la manera que prevé el artículo 1030 del C. J. para la sentencia de excepciones y de pregón y remate en juicio ejecutivo, y los casos contemplados en los artículos 876, 1151 del C. J., y artículo 8º de la ley 28 de 1932, entre otros.

La fuerza de la cosa juzgada deja de surtir efectos mediante la prosperidad del recurso extraordinario de revisión ante la Corte (artículo 542 del C. J.,), cuando se funda en alguna de las causales señaladas en tal artículo.

La sentencia en juicio especial produce los efectos de la cosa juzgada, una vez en firme, siempre que la ley no autorice que dicho juicio puede adelantarse de nuevo por la vía ordinaria. Cuando la ley guarda silencio, se entiende que no es posible discutir en juicio ordinario lo que ha recibido solución mediante un proceso especial.

2.—La causal de incompetencia de jurisdicción del Juez para conocer de un juicio, no está señalada en la ley como motivo de nulidad susceptible de proponerse en juicio distinto, por la vía ordinaria.

En efecto, el artículo 448 del C. J. señala separadamente como causales de nulidad en todos los juicios, por una parte la incompetencia de jurisdicción, y por otra la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio, además de la de ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o en quien figura como su apoderado o representante. En nuestro derecho procesal civil, siguiendo el principio de que ninguna diligencia o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si el motivo de nulidad no está formalmente establecido en la ley, ésta somete la del juicio a determinadas causales, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido de que sólo las enumeradas en el Código, la generan.

En la práctica, los motivos de nulidad en relación con el procedimiento han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican, o el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, a la incompetencia de jurisdicción, a la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y a la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas a juicio.

El espíritu que informa el Código al respecto es que la nulidad se pronuncia dentro del mismo proceso en que se produjo. Por excepción, la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o estuvo indebidamente representada en el juicio, puede pedir en otro separado, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de aquél, o puede proponer la causal como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia.

Así, pues, sólo es permitido discutir en otro juicio distinto, al tenor del artículo 457 del C. J., la nulidad de un proceso fenecido, cuando consiste la causal alegada en la ya mencionada falta de citación o emplazamiento, o en indebida representación de la persona que la alega, o cuando se trata de la nulidad de un remate en juicio, a que alude el inciso 2º del citado precepto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Con fecha veintitrés de julio de mil novecientos treinta y nueve, en la población de Anolaima, Departamento de Cundinamarca, Salvador Duque Jiménez y Alcibíades Garavito Ovalle celebraron un contrato de arrendamiento de un predio agrícola con una cabida de veinte hectáreas, situado allí mismo, a razón de diez pesos ($ 10) por mes, con cuatro años de plazo, reconociendo el dueño del terreno las mejoras, así: el árbol de café en estado de producción, a razón de cinco centavos cada uno; las matas de plátano a quince centavos; las de papaya a cinco; el cuadro de caña de azúcar en zoca y en buen estado a razón de cinco pesos, y los demás cultivos al precio corriente comercial. Se convino también que dos meses antes de vencerse el plazo del arriendo, los contratantes se darían aviso recíproco sobre su terminación o prórroga.

Al vencimiento del plazo, el arrendador Duque propuso, por medio de apoderado, ante el Juez Municipal de Anolaima, lugar de ubicación del inmueble, juicio de lanzamiento contra su arrendatario Garavito, el cual se decretó de conformidad, no sin advertir el Juez que para llevar adelante la diligencia de entrega al arrendador, éste debía pagar las mejoras plantadas a los precios contractualmente señalados.

Como oportunamente se cumplieron tales requisitos y el arrendador depositó en una institución de crédito el valor en que pericialmente se apreciaron las mejoras, se llevó adelante el lanzamiento, haciéndose entrega al arrendador de la cosa arrendada. Y consta en el proceso que, por su parte, el arrendatario había requerido al arrendador para que recibiera la finca y estar pronto a arreglar con su contratante el valor de las mejoras.

Con base en los hechos que se dejan relatados y alegando que en la estimación de las mejoras, el arrendatario sufrió "lesión enorme", por lo exiguo de los precios acordados para el reconocimiento de aquéllas, el nombrado Garavito demanda a Duque para que se declare vencido el contrato de arrendamiento, se condene al arrendador a pagarle las mejoras puestas en el predio arrendado, por el valor que los peritos señalaron en las primeras diligencias del juicio de lanzamiento, las que se estimaron en dos mil quinientos pesos ($ 2.500); que el demandado debe indemnizarle los perjuicios materiales que le fueron causados por infracción del contrato de arrendamiento y abuso de los derechos de arrendador, y por haberle instaurado el juicio de lanzamiento y uno ejecutivo sin los requisitos legales, causándole fuertes erogaciones, intranquilidad, etc.

Por último, demanda para que se le reembolsen los gastos hechos en los juicios citados y costas.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento, que lo fue el Segundo del Circuito en lo Civil de Facatativá, decidió en primer grado la querella, con fecha veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y seis, negando todas las peticiones de la demanda y absolviendo, en consecuencia, al demandado, con costas a cargo del actor.

La providencia recurrida

Apelada la providencia anterior por el demandante, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde surtida la tramitación legal requerida, se pronunció fallo definitivo con fecha catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, en que se confirma la sentencia recurrida, excepto en cuanto a las costas, de las cuales se absuelve al actor.

Refiriéndose a la petición primera sobre invalidación de la cláusula novena del contrato de arrendamiento y pago de las mejoras puestas por el arrendatario en el inmueble arrendado, considera el Tribunal que existe sobre el particular "cosa juzgada", comoquiera que en el juicio de lanzamiento propuesto por el arrendador, se avaluaron aquéllas, se ordenó pagar su precio, a efectos de llevar adelante el lanzamiento. Que el arrendador depositó su valor y la desocupación de la finca se consumó.

Que de acuerdo con el inciso primero del artículo 473 del C. J., sobre la obligatoriedad de la cosa juzgada, hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes.

El recurso

En oportunidad, los autos fueron enviados a la Corte, donde el juicio ha tenido la tramitación necesaria hasta el estado de pronunciar sentencia, la cual se procede a dictar en los términos siguientes, mediante el estudio de los cargos aducidos, a saber:

a) Error de hecho en la apreciación del contrato de arrendamiento, por haber considerado el Juez que el término señalado era el de cuatro

años, siendo así que estaba sujeto al aviso recíproco de ambas partes, sobre su extinción o prórroga; que no habiéndose vencido el plazo y careciendo también de competencia el Juez Municipal de Anolaima para conocer del juicio de lanzamiento, por la cuantía del negocio, tal juicio es absolutamente nulo.

Que, tanto la cosa arrendada, como las plantaciones, valían más de trescientos pesos ($ 300).

b) Error de hecho en la apreciación de la cláusula novena del contrato, ya que allí se convino que otros cultivos distintos de los de café, cacao, etc., serían cubiertos al precio comercial, y, sin embargo, no lo fueron.

c) Lesión enorme en la estimación y pago de las mejoras indicadas en el contrato, que origina un enriquecimiento sin causa del arrendador.

d) Error de hecho en la interpretación de la demanda, por sostener el Tribunal que en la acción incoada por Garavito contra Duque, existe indebida acumulación de acciones, al considerar que el actor exige la indemnización de perjuicios por culpa contractual y extracontractual. A la vez, afirma que no había inconveniente legal en tal acumulación, al tenor del artículo 209 del C. J., que el rechazo de la acción por culpa extracontractual va contra la economía procesal.

Señala como violadas las siguientes disposiciones:

"Los artículos 2008 (2º y 4º) del C. C., 1103 y 1104, 473, 1030, 310, 583, 325 y 1109 del C. J., 1602, 1603, 1608, 1609, 1618, 1620, 1622, 1551, 1519, 1757, 1768, 1765, 1769, 1995, 2007, 2014, 6, 1740 y 1741 del C. C., 2º de la ley 50 de 1936 y 22 de la ley 200 de 1936, 38 de la ley 153 de 1887, 205, 313, 325, 457, 471, 472, 481, 593, 597, 603, 604, 606, 623, 637, 668, 697, 722, 723, 730 del C. J. Es decir, que acuso dicho fallo por las causales o motivos de casación de que adolece según los apartes 1º, 2º y 7º del artículo 520 del Código Judicial".

Se considera:

No hay la menor duda, como lo observa el Tribunal, que dados los términos de la demanda que ha dado origen al presente litigio, se busca la revisión en juicio ordinario del procedimiento especial seguido por el arrendador Duque, contra el arrendatario Garavito, para obtener la restitución de la cosa arrendada, lo cual no es legalmente posible, porque la sentencia de lanzamiento, una vez ejecutoriada, hace tránsito a cosa juzgada, ya que entre las disposiciones que reglamentan tal juicio, o sea las consignadas en el Título 37, Libro II del C. J., no existe precepto alguno que la autorice, a la manera que prevé el artículo 1030 del C. J. para la sentencia de excepciones y de pregón y remate en juicio ejecutivo, y los casos contemplados en los artículos 876, 1151 del C. J., y artículo 8º de la ley 28 de 1932, entre otros.

En el juicio ordinario que estudia la Corte, se pide la reconsideración del juicio de lanzamiento porque, al decir del demandante, el plazo en el contrato de arrendamiento, no estaba vencido; que carecía, por otra parte, de competencia el Juez Municipal de Anolaima para conocer de la actuación, por ser la cuantía del arriendo mayor de trescientos pesos ($ 300.00), y las mejoras que debían pagarse previamente para lanzar al arrendatario, valían dos mil quinientos pesos ($ 2.500), o más.

No es, pues, jurídico ventilar por la vía ordinaria el presente asunto, que fue decidido definitivamente en el especial correspondiente, por estar en presencia de un fallo firme en materia contenciosa, que tiene la fuerza de la cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes.

La fuerza de la cosa juzgada deja de surtir efectos, según se ha dicho, mediante la prosperidad del recurso extraordinario de revisión ante la Corte (artículo 542 del C. J.) cuando se funda en alguna de las causales señaladas en tal artículo, que no es el caso.

La sentencia en juicio especial produce los efectos de la cosa juzgada, una vez en firme (véase GACETA JUDICIAL, número 1934, pág. 250), siempre que la ley no autorice que dicho juicio puede adelantarse de nuevo por la vía ordinaria. Cuando la ley guarda silencio, y éste es el caso de autos, se entiende que no es posible discutir en juicio ordinario lo que ha recibido solución mediante un proceso especial.

No cabe, pues, revisar, o sea, volver a ver, a examinar lo que ya fue fallado, y los argumentos ahora alegados debieron ser presentados, en su tiempo, ante el Juez del conocimiento.

En cuanto a la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción en el Juez de Anolaima para conocer del juicio de lanzamiento, tal causal no está señalada como motivo de nulidad susceptible de proponerse en juicio distinto, por la vía ordinaria, como lo pretende el demandante y, por consiguiente, no le era dable al Tribunal pronunciarse sobre el particular, como juiciosamente lo observa.

En efecto, el artículo 448 del C. J. señala separadamente como causales de nulidad en todos

los juicios, por una parte, la incompetencia de jurisdicción y por otra, la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio, además de la de ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante. En nuestro derecho procesal civil, siguiendo el principio de que ninguna diligencia o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si el motivo de nulidad no está formalmente establecido en la ley, somete la del juicio a determinadas causales, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido de que sólo las enumeradas en el Código, la generan.

En la práctica, los motivos de nulidad en relación con el procedimiento, han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican, o el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, a la incompetencia de jurisdicción, a la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y a la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas a juicio.

El espíritu que informa el Código al respecto es que la nulidad se pronuncia dentro del mismo proceso en que se produjo. Por excepción, la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o estuvo indebidamente representada en el juicio, puede pedir en otro separado, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de aquél, o puede proponer la causal como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia.

Así, pues, sólo es permitido discutir en otro juicio distinto, al tenor del artículo 457 del C. J., la nulidad de un proceso fenecido, cuando consiste la causal alegada en la ya mencionada falta de citación o emplazamiento, o en indebida representación de la persona que la alega, o cuando se trata de la nulidad de un remate en juicio, a que alude el inciso 2º del citado precepto.

Lo dicho es suficiente para declarar que no se ha violado ninguna de las disposiciones en que fundamenta el recurso, no sin hacer notar que son impertinentes, por las mismas razones, los cargos por lesión enorme y los relativos a la causal 7ª.

Las demás alegaciones están fuera de lugar, si se tiene en cuenta el argumento principal del fallo, de que el juicio especial de lanzamiento, no es revisable por la vía ordinaria, por no autorizarlo la ley.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y siete.

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 Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo. Pedro León Rincón, Srio.

RECURSO DE HECHO.—CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

La verdadera cuantía de la demanda, en cuanto representa o debe representar el valor efectivo de lo demandado, estimado en dinero, es una noción abstracta en muchos casos, que en algunos llegará a concretarse mediante las pruebas del juicio, pero que en otros no se concretará nunca, como cuando se trata, por ejemplo, de acciones reivindicatorias, en que al actor no le interesa estimar el precio de la finca, sino que ésta se le restituya, o en las que versan sobre imposición o extinción de servidumbres, en que la estimación puede también ser innecesaria.

La ley deja la estimación de la cuantía al arbitrio del demandante, sin perjuicio de que sea determinada por el juez, previo dictamen de un perito, cuando el demandado la objeta (artículos 205 y 206 del C. J.).

Pero el procedimiento .señala ciertos límites para determinados efectos, y así establece, para fijar la competencia, que son acciones de mayor cuantía las que versan sobre un valor que excede de trescientos pseos, y de cuantía menor las que no pasan de esa suma (artículo 196 del C. J.), y para la casación los mínimos de tres mil y cinco mil pesos, según que se trate de juicios ordinarios o de los demás mencionados en el artículo 519.

La verdadera noción de la cuantía, es decir, el valor de lo demandado, puede no estar determinado en el juicio, por innecesario en muchos casos, desde luego que para los efectos del procedimiento es suficiente que la estimación permita aplicar los límites legales, en relación con la competencia y la casación, por ejemplo, sin que esto signifique que esa estimación, precisa o indeterminada, represente el verdadero valor de lo que se demanda, que no siempre será necesario conocer.

Según esto, el demandante cumple la exigencia del artículo 205 del C. J., señalando un valor que permita fijar la competencia, cuando ello es necesario, y no importa que esa estimación pueda estar en desacuerdo con la cuantía verdadera. Del mismo modo, cuando es el caso de que el Juez determine la cuantía, previo dictamen de un perito, a éste le basta también hacer una estimación que haga posible aplicar el límite legal para efecto de la competencia. De lo contrario, no se explicaría que esa función se confiara a perito único nombrado por el Juez, y mucho menos que la regulación que éste haga se imponga a los demás demandados, lo que está demostrando que la cuantía a que se refieren los artículos 205 y 206 del C. J., puede ser sólo la suficiente para fijar la competencia, y las que señala el artículo 519 las suficientes para admitir o no el recurso extraordinario.

Avanzando en estas ideas, que para la Sala son lógicas y fundadas en la letra y el espíritu de nuestro procedimiento, se llega fácilmente a la conclusión de que el "verdadero motivo de duda" de que habla el artículo 524 del C. J. tanto puede surgir cuando la cuantía de la demanda se señala en suma indeterminada, es decir, con indicación solamente del límite de la competencia, como cuando se fija en cantidad precisa.

Si así no fuera, si la cuantía que ha de fijar el demandante debiera representar forzosamente el verdadero valor de lo demandado, ella sería intocable y operaría para todos los efectos procesales, una vez que no fuera objetada por el opositor, o una vez regulada por el Juez, y entonces no se presentaría nunca "verdadero motivo de duda" acerca de ese punto.

Para la Sala es claro que la duda acerca de la cuantía se origina precisamente en el hecho de que tanto el actor, como el perito único, están obligados a fijar solamente el límite de la competencia, no el valor real de las prestaciones demandadas, y —cuan-

do así proceden— y se conoce después, por las probanzas, que el verdadero valor del pleito es mayor o menor que aquel límite, la duda acerca de la cuantía verdadera es racional y surge la necesidad de eliminarla para los efectos de la casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de treinta de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, decidió el juicio ordinario seguido por la señora María Belisa Hoyos viuda de Casasfranco contra el doctor José Castro Borrero.

Contra dicho fallo interpuso recurso de casación el apoderado de la demandante, que le fue negado por el Tribunal en providencia de veintisiete de septiembre del mismo año, de la cual pidió reposición oportuna, que también fue negada, disponiéndose subsidiariamente la expedición de las copias pertinentes para recurrir de hecho.

El recurso se fundó oportunamente, y la Sala entra a decidirlo, llenadas como están las formalidades del procedimiento (artículos 513, 514 y 518 del C. J.).

El Tribunal, para negar la casación, se basa en el hecho de haberse fijado en mil pesos ($ 1.000) la cuantía de la demanda, estimación que no fue objetada por el demandado, por lo cual considera que no hay motivo de duda al respecto, y respalda su tesis con la doctrina que la Corte tuvo sentada hasta diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en que esta Sala cambió su jurisprudencia, aunque con algunos salvamentos, como puede verse en la GACETA JUDICIAL, T. LXII, página 454 y T. LXVI, página 110.

La nueva doctrina de la Corte quedó fijada en los siguientes apartes del primero de los citados fallos:

"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 196 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 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 o 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 del 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 decli-

natoria de jurisdicción, exige al actor en acción de valor indeterminado que aprecie 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".

A lo dicho en la providencia transcrita pueden agregarse estas nuevas consideraciones:

La verdadera cuantía de la demanda, en cuanto representa o debe representar el valor efectivo de lo demandado, estimado en dinero, es una noción abstracta en muchos casos, que en algunos llegará a concretarse mediante las pruebas del juicio, pero que en otros no se concretará nunca, como cuando se trata, por ejemplo, de acciones reivindicatorias, en que al actor no le interesa estimar el precio de la finca sino que ésta se le restituya, o en las que versan sobre imposición o extinción de servidumbres, en que la estimación puede también ser innecesaria.

La ley deja la estimación de la cuantía al arbitrio del demandante, sin perjuicio de que sea determinada por el juez, previo dictamen de un perito, cuando el demandado la objeta (artículos 205 y 206 del C. J.).

Pero el procedimiento señala ciertos límites para determinados efectos, y así establece, para fijar la competencia, que son acciones de mayor cuantía las que versan sobre un valor que excede de trescientos pesos, y de cuantía menor las que no pasan de esa suma (artículo 196 del C. J.), y para la casación los mínimos de tres mil y cinco mil pesos, según que se trate de juicios ordinarios o de los demás mencionados en el artículo 519.

La verdadera noción de la cuantía, es decir, el valor de lo demandado, puede no estar determinado en el juicio, por innecesario en muchos casos, desde luego que para los efectos del procedimiento es suficiente que la estimación permita aplicar los límites legales, en relación con la competencia y la casación, por ejemplo, sin que esto signifique que esa estimación, precisa o indeterminada, represente el verdadero valor de lo que se demanda, que no siempre será necesario conocer.

Según esto, el demandante cumple la exigencia del artículo 205 del C. J. señalando un valor que permita fijar la competencia, cuando ello es necesario, y no importa que esta estimación pueda estar en desacuerdo con la cuantía verdadera. Del mismo modo, cuando es el caso de que el Juez determine la cuantía, previo dictamen de un perito, a éste le basta también hacer una estimación que haga posible aplicar el límite legal para efecto de la competencia. De lo contrario, no se explicaría que esa función se confiara a perito único nombrado por el Juez, y mucho menos que la regulación que éste haga se imponga a los demás demandados, lo que está demostrando que la cuantía a que se refieren los artículos 205 y 206 del C. J. puede ser sólo la suficiente para fijar la competencia, y las que señala el artículo 519 las suficientes para admitir o no el recurso extraordinario.

Avanzando en estas ideas, que para la Sala son lógicas y fundadas en la letra y el espíritu de nuestro procedimiento, se llega fácilmente a la conclusión de que el "verdadero motivo de duda" de que habla el artículo 524 del C. J. tanto puede surgir cuando la cuantía de la demanda se señala en suma indeterminada, es decir, con indicación solamente del límite de la competencia, como cuando se fija en cantidad precisa.

Si así no fuera, si la cuantía que ha de fijar el demandante debiera representar forzosamente el verdadero valor de lo demandado, ella sería intocable y operaría para todos los efectos procesales, una vez que no fuera objetada por el opositor, o una vez regulada por el Juez, y entonces no se presentaría nunca "verdadero motivo de duda" acerca de ese punto.

Para la Sala es claro que la duda acerca de la cuantía se origina precisamente en el hecho de

que tanto el actor como el perito único están obligados a fijar solamente el límite de la competencia, no el valor real de las prestaciones demandadas, y cuando así proceden —y se conoce después, por las probanzas— que el verdadero valor del pleito es mayor o menor que aquel límite, la duda acerca de la cuantía verdadera es racional y surge la necesidad de eliminarla para los efectos de la casación.

En el caso de autos, el demandante, bajo el epígrafe **"competencia"**, estimó en mil pesos la cuantía de su demanda, agregando que "tanto por esto como por la vecindad de las partes y ser Cali la ciudad donde se celebró el contrato, es usted Juez competente para conocer de este asunto".

Pero de las pruebas del proceso aparece que la verdadera cuantía de lo demandado puede exceder no sólo de aquella suma sino también del límite necesario para que la sentencia sea susceptible del recurso extraordinario de casación, y de esta duda fundada debe salirse mediante el sistema que establece el artículo 524 del C. J.

En mérito de estas razones, se resuelve:

ADMITESE el recurso de hecho interpuesto contra el auto de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali; previo el dictamen pericial de que trata el artículo 524 del C. J., deberá resolver si es el caso de conceder o negar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

Envíese al Tribunal copia de esta providencia, una vez ejecutoriada.

Notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—El Conjuez, **Manuel F. Caamaño,** con salvamento de voto.—**Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DOCTOR CAAMAÑO

Las razones que he tenido para salvar mi voto en la anterior resolución de la Corte son las siguientes:

La nueva doctrina de la Corte asienta que la cuantía que el demandante debe fijar en su libelo "no tiene, según los términos del artículo 205 del C. J. otro objeto ni otro alcance que fijar la competencia del juez... darle al juicio la categoría procedimental de mayor o menor cuantía" y que esto explica su irrevocabilidad desde el punto de vista de la nulidad por incompetencia de jurisdicción. Que esta cuantía no es la del pleito; que no hay base en la ley de procedimiento para decir que la cuantía sea un valor único e inalterable para todos los efectos legales; que, por el contrario, el código señala cuantías distintas para efectos diversos. (Se citan los artículos 205, 610, 284 y 519 del Código de procedimiento).

Considerando este primer aspecto contemplado en la sentencia, anoto que si, como ella dice, la cuantía fijada en la demanda no tiene otro alcance que **fijar la competencia,** puede no ser, ciertamente, esa cuantía, **la del pleito.** Pero como lo observé en la discusión del negocio, "el acuerdo sobre la competencia... es un acuerdo para la **regulación del proceso** sobre un litigio....", como expone F. Carnelutti (Derecho Procesal Civil, T. II, pág. 325), lo que quiere decir, a mi modesto entender, que por razón de haber quedado fijada la cuantía en $ 1.000.00, por acuerdo de demandante y demandado, **para los efectos de la competencia,** quedó determinado por las partes que del negocio conocerían en primera instancia el juez de circuito, y en segunda el Tribunal, pero que no habría de venir a la Corte .

Ahora, lo que explica su irrevocabilidad, desde el punto de vista de la nulidad, es la circunstancia de que la ley procesal le da al acuerdo de las partes en materia de determinación de la competencia, **por razón de la cuantía,** un valor absoluto. ¿Por qué esto? Por la sencilla razón, de que nada puede revelar mejor cómo es más conveniente regular el proceso, que el acuerdo de las partes; tienen ellas un interés idéntico en que del negocio conozca o no en segunda instancia un Tribunal y en traerlo o no a la Corte.

La voluntad de las partes es, pues, la fuente de la competencia en este caso. Para nada juega aquí el orden público. Por esto el artículo 206 del C. de O. J. y P. C. saca de la disposición general del 331, que gobierna la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción por incompetencia, este caso referente a la cuantía. Cuando el demandado objeta la señalada por el actor en la demanda, la cuestión se resuelve por el juez rápidamente, previo dictamen de un perito que él mismo nombra. Y si el demandado no hace la objeción, no hay lugar a nulidad, como cuando la incompetencia existe por otra causa. De conformidad con lo que viene expuesto, no encuentro justificada la exigencia de una "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" y me parece que en la aserción de que el código **señala cuantías** DISTINTAS para efectos diversos en los artículos que se citan, no se ha tenido en cuenta que éstos no hacen sino **exigir** al demandante la fijación de la cuantía en varias oportundades, precisamente, para efectos de la competencia, con excepción del que le pone un **límite** a la cuantía de los negocios acusables por medio del recurso de casación. La cuantía de un negocio, para los efectos de la competencia, no es más que **una;** cuando alcance a $ 3.000.00 en los juicios ordinarios, el negocio vendrá a la Corte; no vendrá en el caso contrario.

El diferente **límite** que a la cuantía del negocio judicial le pone la ley para que conozca el juez municipal o el de circuito, o para que el asunto dé lugar al recurso de casación, no obedece a criterios diferentes; es el mismo: si jueces municipales y de circuito conociesen de todos los negocios, cualquiera que fuese su cuantía, se tornaría la administración de justicia completamente ilusoria por aglomeración de los procesos en este o el otro Despacho; si para que los negocios sean susceptibles del recurso de casación no se pone **límite** a la cuantía, la Corte no podría dar evasión oportuna a los asuntos, por su ingente cantidad. La competencia por razón de la cuantía no es más que el resultado de la distribución

de los procesos entre los funcionarios atendiendo a este criterio, en los casos contemplados.

La solución adoptada en la providencia de la mayoría de la Sala distingue entre "límites legales en relación con la **competencia y la casación**", como si la cuantía de la demanda no fuera la que le diera **la competencia** al supremo tribunal, para conocer de ella en casación.

Y en la sentencia de 28 de marzo antepasado, en el caso Contreras-Narváez, se consideró que "la competencia de la Corte Suprema, como Tribunal de casación, colocada en el vértice de la organización judicial con su finalidad primordial de adoctrinar sobre la aplicación de la ley para uniformar la jurisprudencia nacional no corresponde a esa clasificación legal (la de los negocios en de mayor o menor cuantía) fundada en el objeto, el sujeto, el territorio y la cuantía. Pertenece a lo que todos los tratadistas de derecho procesal denominan competencia funcional, que aunque no catalogada en el código opera dentro de nuestra organización judicial".

Está bien. La **función** de la Corte no es la de fallar de nuevo el litigio, sino corregir los errores de interpretación y aplicación de la ley sustantiva que hayan podido cometer los tribunales, lo que, en principio, no tiene que ver con el objeto del proceso y su cuantía; pero queda difícil negar que nuestra ley procesal, a la que debemos fidelidad, subordina expresamente la competencia **funcional** de la Corte a la **cuantía** de la demanda, cuando fija el mínimo de los $ 3.000 en los juicios ordinarios, para que pueda acusarse la sentencia del tribunal, por medio del recurso de casación.

Que "la Corte no puede declarar inadmisible el recurso (de casación) por razón de la cuantía de la demanda", es natural consecuencia de su misión, que le veda preocuparse por las cuestiones de hecho, reservadas a los jueces de las instancias y, más aún, cuando la cuestión de hecho, como ésta de la cuantía de la demanda no lleva, ni puede llevar, a infracción de ley sustantiva.

Fluye rectamente de esta exposición, que razones obvias me obligan a abreviar, que si en la oportunidad legal, la cuantía de la demanda quedó fijada por el demandante en la cantidad precisa de $ 1.000.00, fijación que cuenta con la adhesión tácita del demandado que no la objetó, en circunstancias en que la ley procesal se atiene a este acuerdo de las partes, ¿de dónde entonces puede provenir el "verdadero motivo de duda" acerca de la cuantía de la demanda para la cuestión de competencia? ¿De las alegaciones y demostraciones del demandado que viene comprometido por un pacto, no por tácito menos obligatorio para él, que estableció en tales términos la relación procesal?

La decisión que en mi humilde parecer correspondía en el presente negociado, ha debido ser la de que el recurso de casación interpuesto estuvo bien denegado por el Tribunal de Cali.

Bogotá, mayo de 1950.

(Fdo.) **Manuel F. Caamaño**

REQUISITOS PARA QUE SEA ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION CONTRA UNA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

1.—El recurso de casación procede contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, que aprueban particiones hechas en juicios de liquidación de comunidades, según el artículo 519 del C. J. Si se atendiera exclusivamente a la letra de tal precepto, parecería indiscutible la admisibilidad del recurso; pero esa disposición no mira exclusivamente a la clase de sentencia, ni dentro de ella a su simple forma; es necesario considerar su fondo y en relación con él, si por quien interpuso el recurso se agotaron los medios que da la ley para el ejercicio del respectivo derecho.

No habiendo el recurrente presentado en la oportunidad debida objeciones a la partición, no agotó los recursos legales que concede la ley para la guarda de su derecho y, por consiguiente, no puede hacer uso del recurso extraordinario, que compete exclusivamente a quienes se hallan en tal posición.

En la misma situación se encontraría el litigante que no apeló de la sentencia desfavorable de primera instancia y luego quisiera recurrir en casación de la decisión del Tribunal, confirmadora de aquélla, que se dictara a virtud de apelación interpuesta por otro de los interesados en el juicio.

2.—Dentro del juicio de sucesión o división de bienes comunes—ha dicho la Sala—la Corte no tiene más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes partibles, que la articulación de las objeciones oportunamente propuestas ante el Juez.

3.—La facultad oficiosa judicial, para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, sólo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero, en manera alguna cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar unánime y legítimamente lo que quieran al margen de las reglas legales sobre partición de la herencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil — Bogotá, mayo doce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Con ocasión de decidir sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia definitiva del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que aprobó la partición de bienes en el juicio divisorio de un bien común, instaurado por Teresa Hincapié viuda de García contra Juan Pablo Díaz, se observa lo siguiente:

I. — Por libelo de demanda presentado ante el Juez Promiscuo de la población de Apía, la señora Teresa Hincapié viuda de García demandó a su condueño, el señor Juan Pablo Díaz, para que por los trámites señalados en el artículo 1134 y siguientes del C. J., se decrete la división material del inmueble conocido con el nombre de "La Oculta", de la misma jurisdicción.

II. — —Díaz contestó oponiéndose y propuso algunas excepciones; cumplida la tramitación del caso, se pronunció sentencia, la que apelada, confirmó el superior. Allí se ordenó, luego de desechar las excepciones, la división material del inmueble, la que debía efectuarse por partes iguales con relación al valor de la finca, que se fijaría por peritos nombrados en la forma legal.

Se dispuso la contribución de los interesados en el pleito a las expensas del juicio, debiéndose señalar en la partición un lote para el pago de gastos, en caso contrario.

III. — Nombrado partidor el señor Jorge Preciado, formó del bien por dividir tres lotes, uno para cada copartícipe y el tercero para cubrir los gastos del juicio y como éstos fueron sufragados por la señora Hincapié, a ella le hizo adjudicación.

IV. — Corrido el traslado respectivo del trabajo de partición efectuada, la objetó únicamente la señora Hincapié, porque en su sentir, existía gran desproporción en el valor de lo adjudicado a Díaz y lo que se le señaló en pago de sus derechos, alegando, pues, error grave en la distri-

bución. Tramitadas las objeciones, fueron decididas, en parte favorablemente a la proponente, ordenándose en consecuencia, rehacer la partición. Tal providencia fue apelada y confirmada por el superior.

V. — Vueltos los autos al Juzgado de origen, el expediente pasó al partidor en cumplimiento de lo sentenciado. Presentada la partición por segunda vez, el Juez de instancia encontró que no estaba ajustada a lo sentenciado, por lo cual la improbó y apelada su providencia, la confirmó el superior.

VI. — Ya el expediente de retorno ante el Juez de la causa, por renuncia del partidor que venía actuando, se nombró al doctor Miguel Angel Marín, quien con fecha 21 de enero de 1949, presentó la nueva distribución de bienes en obedecimiento a las providencias ejecutoriadas, contra la cual, el copartícipe Díaz presentó objeciones fundadas en que se le había adjudicado a su contraparte el lote destinado para cubrir los gastos debiendo haberse adjudicado al mejor postor, también porque esos mismos gastos no fueron hechos exclusivamente por la señora Hincapié y, por último, alega que las mejoras son de Díaz y no de la comunidad.

VII. — El Juez del conocimiento, si bien no sustanció como objeciones las propuestas, ya que en el estado en que el juicio se encontraba, no cabía otra cosa que aprobar la partición, si se había ceñido a los mandatos del Tribunal, o improbarla en caso contrario, al tenor del artículo 965 del C. J., la rechazó por este último motivo, providencia que ejecutoriada, dio motivo a que el expediente pasara por cuarta vez al partidor para reajustar la presentada. Hecho el trabajo, lo aprobó el Juez, por considerar que estaba concebido en los términos decretados, providencia que recurrida, confirmó el Tribunal, aprobando la partición.

VIII. — Considera el Tribunal que el memorial de objeciones propuestas por Díaz al tercer trabajo de partición, no es admisible por extemporáneo, y que al destinar un lote para gastos, no se hizo sino reproducir el primitivo trabajo, que no fue objetado por Díaz, lo mismo que lo concerniente a la adjudicación de mejoras que alega le pertenecen.

IX. — De la sentencia del Tribunal recurrió en casación el copartícipe demandado, señor Díaz, el que concedido, se halla actualmente al estudio de la Sala para proveer sobre su admisibilidad o no, al tenor del artículo 529 del C. J., y al respecto,

Se considera:

Dentro del juicio de sucesión o división de bienes comunes, la Corte no tiene más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes partibles, ha dicho esta Sala, que la articulación de las objeciones oportunamente propuestas ante el Juez, y la facultad oficiosa judicial, para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, sólo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero en manera alguna cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar unánime y legítimamente lo que quieran al margen de las reglas legales sobre partición de la herencia.

Al estudiar lo concerniente a la admisibilidad del recurso de casación, es la oportunidad de indagar si la sentencia respectiva puede- ser susceptible de tal recurso. Ese medio extraordinario procede contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, que aprueben particiones hechas en juicios de liquidación de comunidades, según el artículo 519 del C. J. Si se atendiera exclusivamente a la letra de tal precepto, parecería indiscutible la admisibilidad del recurso; pero esa disposición no mira exclusivamente a la clase de sentencia, ni dentro de ella a su simple forma, es necesario considerar su fondo y en relación con él, si por quien interpuso el recurso se agotaron los medios que da la ley para el ejercicio del respectivo derecho.

No habiendo presentado en la oportunidad debida el señor Díaz objeciones a la partición, no agotó los recursos legales que concede la ley para la guarda de su derecho y, por consiguiente, no puede hacer uso del recurso extraordinario, que compete exclusivamente a quienes se hallan en tal posición.

En la misma situación se encontraría el litigante que no apeló de la sentencia desfavorable de primera instancia y luego quisiera recurrir en casación de la decisión del Tribunal, confirmadora de aquélla que se dictara en virtud de apelación interpuesta por otro de los interesados en el juicio.

Una partición ha de aprobarse de plano, si los interesados unánimemente lo solicitan, o si a falta de tal petición, se da traslado y éste transcurre sin que aquélla haya recibido objeciones, o si, habiéndolas, el incidente ocasionado por ellas,

se decide declarándolas infundadas. (Artículo 964 C. J.).

En el caso en estudio el recurrente no presentó objeciones; las propuestas por su contraparte fueron declaradas probadas en parte y se ordenó rehacer la partición, que luego de algunos incidentes, se presentó de acuerdo con lo ordenado por el Tribunal, quien la aprobó. En tales circunstancias, no cabe casación por parte de quien no hizo a tiempo uso de su derecho de objetar. (Véase G. J. Tomo 41, número 1894, pág. 372 y G. J. Tomo 63, pág. 674).

Por lo expuesto, se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto por el señor Juan Pablo Díaz contra la sentencia de seis de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sin costas.

Notifíquese.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo E. Manotas. Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas. Alberto Holguín Lloreda — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio.

ACCION REIVINDICATORIA—CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS. — SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS.—VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES DE EDIFICACION

1.—Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte que la índole y fin propios de la casación, la despojan radicalmente de todo carácter de instancia, ya que este recurso constituye apenas un procedimiento legal extraordinario, mediante el cual se confronta la sentencia recurrida con la ley, para considerar no la totalidad de las cuestiones debatidas en el pleito y decididas en aquélla, sino las que contienen las acusaciones y cargos que con arreglo o sometimiento a las normas que gobiernan la técnica del recurso, plantea concretamente contra la sentencia el actor en su demanda.

Y también según doctrina constante de la Corte, no basta alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas, sin especificar cuáles, pues, como el recurso de casación no es una tercera instancia, no puede la Corte entrar a estudiar todo el proceso para efectuar una nueva valoración probatoria. Es necesario que el recurrente precise las pruebas en cuya estimación juzgue que el Tribunal incurrió en error de derecho o en error evidente al apreciarlas.

2.—Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la situación de tal índole entre los concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que ha sido la común actividad de los tales en una determinada empresa, creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro, o de ambos.

3.—Las declaraciones recibidas extrajuicio son la forma acostumbrada para demostrar la propiedad de una edificación levantada sobre un lote que se poseía con anterioridad, mas tal justificativo no puede tener otro valor que el que corresponde a una prueba sumaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil — Bogotá, mayo diecinueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por Clemente Hernández, en el ordinario seguido por éste ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, contra la señora Carlina Pérez viuda de González.

Desde mediados del año de mil novecientos veintidós, hasta fines de mil novecientos cuarenta y seis —dice el recurrente— el señor Clemente Hernández y la señora Carlina Pérez v. de González, llevaron vida marital, sin interrupción, presentándose ante sus parientes y relacionados como marido y mujer y siendo recibidos por los mismos en tal carácter. Durante todo ese tiempo, unieron sus esfuerzos en el trabajo y en la economía, hasta formar un pequeño capital, fruto de actividades en común, en diversos negocios, a los que ambos aportaron su trabajo y sus economías. Por los años de 1931 a 1932, con los ahorros, producto del trabajo conjunto, compraron un lote de terreno a la "Urbana", compañía como su nombre lo señala, dedicada a urbanizar y en él edificaron una casa, que es la marcada con los números 1-95 a 1-97 de la carrera 12-A de la ciudad de Bogotá.

No obstante ser la propiedad referida fruto del trabajo de ambos, dada la confianza de Hernández en la estabilidad de sus relaciones irregulares con la Pérez, la compañía urbanizadora hizo a ésta exclusivamente la escritura del bien común en el año de mil novecientos treinta y siete; además, la mujer tomó y registró en la Oficina correspondiente dos declaraciones de testigos, tendientes a establecer que la construcción se hizo a sus propias expensas, no obstante que fue Hernández quien contrató los obreros, los pagó, lo mismo que los materiales empleados, y quien dirigió la obra, que se repite, correspondía en común.

Para 1945 y 1946, se presentaron desavenen-

cias domésticas y de manejo de los negocios de todo orden, que culminaron en la necesaria y definitiva separación de aquellas dos personas, que si bien fenecieron las relaciones de orden sentimental, no llegaron a liquidar sus cuestiones económicas, quedando indiviso el pequeño patrimonio acumulado con el trabajo y ahorro de tantos años.

Como la Pérez de González no quisiera acceder a la liquidación amistosa de tal fondo común, Hernández se vio precisado a demandarla, lo que realizó ante el Juez nombrado con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, en que solicita lo siguiente:

a) Que es de su exclusiva propiedad el referido lote de terreno, adquirido por compra a la compañía urbanizadora, y la casa allí construída, todo lo cual la demandada está obligada a restituírle dentro del término que se le señale.

b) En subsidio, pide se declare que son de su pertenencia única, las edificaciones levantadas en el lote y que si la señora las desea adquirir, debe pagar su valor.

c) Como nueva petición subsidiaria, para el caso de no progresar las primeramente transcritas, pide que se declare que entre el demandante y la señora Pérez de González, existió una **sociedad de hecho**, desde el 16 de julio de 1922 hasta enero de 1946 y que, por consiguiente, "todos los bienes adquiridos por cualquiera de ellos, demandante o demandada, durante ese lapso, pertenecen a esa sociedad". Que como consecuencia de ello, es de su propiedad, la mitad del lote y casa en cuestión, o lo que es lo mismo, que el bien en referencia es un bien común, y para terminar, como corolario de todo lo demandado, pide que se le conceda en la misma sentencia el derecho de retención del inmueble.

A las circunstancias que se dejan consignadas, agrega que la "Urbana" hizo escritura del lote en litigio a la Pérez de González, por medio del instrumento público número 1703 de 24 de junio de 1937, en la Notaría Primera de Bogotá. Que él cubrió varias cuotas a la empresa urbanizadora y pagó la construcción.

La demanda se funda en los artículos 738, 739 y 950 del Código Civil.

La señora Pérez de González dio contestación a la acción propuesta negando todos los hechos, con la aclaración de que el inmueble que se le demanda lo adquirió por escritura pública y la edificación por haberla realizado a sus propias expensas.

Por su parte, propuso demanda de reconvención para que se reconozca su derecho de propiedad sobre lo que se le demanda y se ordene cancelar la escritura en que se protocolizaron las declaraciones de testigos sobre construcción de la casa, a expensas de Hernández.

La sentencia

Fenecida la primera instancia con la absolución de la demandada, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde al término de la actuación de segundo grado se definió la cuestión, confirmando la sentencia absolutoria apelada.

Estudia el Tribunal la primera de las peticiones de la demanda y encuentra que ella entraña una acción de dominio que no halla demostrada en forma alguna, ya que el lote sobre que aparece construída la casa que se reivindica, es de la exclusiva propiedad de la demandada, por haberlo adquirido por compra a la Compañía Urbanizadora. En el instrumento respectivo, se consigna también que sobre el lote hay una edificación que también pertenece a la misma por construcción a sus propias expensas. Observa que el actor no demostró ninguno de los extremos que configuran la acción de dominio, pues no probó su carácter de dueño alegado, ni que la demandada fuera la poseedora, ya que el propio demandante afirma estar en posesión. En el hecho séptimo del libelo respectivo, se lee: "7.—La demandada, señora Carlina Pérez de González, con engaños, y aún haciendo uso de medios violentos, ha pretendido despojar a mi mandante de la quieta y pacífica posesión del inmueble, materia de esta demanda'.

En cuanto a la primera petición subsidiaria, en que el actor se coloca en la situación de quien ha construído en terreno ajeno con materiales propios, anota el juzgador que para que ella pudiera ser viable, se requiere que se demuestre la propiedad del suelo por parte de la señora demandada, cosa que no se hizo, ya que la escritura pública por la cual la "Urbana" vendió a la Pérez de González el lote, no aparece inscrita en la oficina de registro y tampoco se demostró que la edificación se hubiera realizado a expensas de Hernández; por el contrario, en el expediente existen pruebas, como el permsio dado por el Municipio a la señora Pérez, los planos confeccionados en su nombre y aprobados por la misma entidad política y otros documentos, de los

cuales se desprende que se construyó por cuenta de la señora Pérez de González.

Con respecto a la segunda petición subsidiaria, es decir, la relativa a la existencia de una sociedad de hecho entre Hernández y la demandada y que como consecuencia le pertenece la mitad del inmueble en disputa, con la mitad del lote en que está construído, halla el Tribunal, luego de acoger la tesis del Juzgado sobre el particular, que para que tal sociedad exista o se forme, se requiere consentimiento, aporte de los socios, objeto lícito y participación de utilidades. "Por lo tanto —dice el fallo— las relaciones de orden afectivo o sentimental que puedan existir o hayan existido entre los presuntos socios, carecen completamente de interés, como muy bien lo expresa la sentencia de primer grado". Que el demandante plantea claramente la tesis de la existencia de una sociedad de hecho, "cuyo origen hace depender exclusivamente de un pretendido concubinato entre las partes litigantes". Que para que pudiera admitirse la existencia de una sociedad en tales condiciones, hubiera sido necesario acreditar que "independientemente o conjuntamente, en el concubinato, las partes celebraron el contrato de sociedad, o que entre ellas se formó una sociedad de hecho en que se reunieron los elementos esenciales a su constitución, como son el consentimiento, el aporte de los socios, un fin lícito y participación de beneficios patrimoniales".

Que por el demandante no se demostró la existencia de una sociedad constituída en debida forma, o que en el hecho existiera tal contrato.

No satisfecho con la resolución adversa del Tribunal a las tesis planteadas, el demandante recurrió en casación.

El recurso

Con apoyo en el artículo 520 del C. J., aduce el demandante contra la sentencia, tres cargos que a continuación se estudian.

a) Violación indirecta del artículo 2083 del C. C., como consecuencia de "errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas aducidas por el demandante".

Dice que es indudable que en los cuadernos de prueba del actor, están acreditados los siguientes hechos: que la sociedad que formaron demandante y demandada, no tuvo por objeto crear, o fomentar las relaciones ilícitas de un concubinato, lo que se corrobora con las declaraciones enfáticas en la absolución de los diversos pliegos de posiciones por la demandada; que los litigantes establecieron varios negocios de compra y venta de cerdos y expendios de carnes y que está demostrada una serie coordenada y permanente de hechos de explotación de negocios en común, con el ánimo de obtener beneficios; que en todos los negocios, los mismos litigantes estuvieron siempre en un pie de igualdad, que en ningún momento, durante las relaciones sociales, ni uno, ni otro de los asociados estuvo real o aparentemente en condiciones de inferioridad o subordinación con respecto a su compañero; que no se trata de administración o conservación de bienes comunes, pues cuando se inició la sociedad, no se aportó capital por los litigantes, sino su trabajo y esfuerzo personal, que también constituyen aporte, con el ánimo de obtener beneficios. El Tribunal —dice— al no reconocer estos factores que están debidamente acreditados, incurrió en error de derecho en la apreciación de esas pruebas y violó indirectamente, como consecuencia, el artículo 2083 del C. C.

Sostiene que el juzgador, al concluir que el demandante no acreditó la existencia de una sociedad constituída en debida forma, "ni acreditó que en el hecho existió el asocio",, no hizo otra cosa que desechar de plano todas las probanzas del demandante.

Que violó directamente el juzgador el artículo 2082 del C. C., al sostener que si se había de reconocer en lo demandado una sociedad de hecho, sería tanto como admitir que por las circunstancias del concubinato, se crea una sociedad universal de bienes y ganancias, que sólo es factible en el matrimonio. Afirma que tal cosa no se ha sostenido; que el derecho del actor nació del trabajo en común, permanentemente, con ánimo de lucro, con la señora Pérez.

Que al no admitir la providencia recurrida la existencia de bienes comunes, como se demostró con la escritura pública número 1073 de 24 de julio de 1937, de la Notaría Primera de Bogotá, violó, "por aplicación indebida el artículo 636 del C. J. y de consiguiente —dice— el artículo 2673 del C. C. por argumento **a contrario sensu,** por no haberlo aplicado".

Se considera:

Como puede observarse con la simple lectura del cargo, el recurrente se limita a hacer algunas consideraciones de orden general, referentes a los hechos que él considera probados, afirmando "que en los dos cuadernos de prueba del demandante"

está acreditado que la sociedad de hecho que formaron la Pérez de González y su cliente, no tuvo únicamente por objeto fomentar la vida en común de los nombrados, sino la explotación de pequeños negocios, como el expendio de carnes; que los dos asociados estuvieron en un pie de igualdad en sus actividades, no existiendo interdependencia o subordinación del uno al otro, y que no se trató de simple administración de bienes, sino de negocios en común.

No señala el recurrente, como se ve, qué pruebas dejaron de apreciarse, o de qué manera o forma se demostraron los hechos que no fueron tenidos en cuenta por el juzgador, dejándose de estimar las pruebas que los establecen, o el concepto en que fueron mal apreciadas dichas pruebas.

Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte que la índole y fin propios del recurso de casación, lo despojan radicalmente de todo carácter de instancia, ya que él constituye apenas un procedimiento legal extraordinario, mediante el cual se confronta la sentencia recurrida con la ley para considerar, no la totalidad de las cuestiones debatidas en el pleito y decididas en aquélla, sino las que contienen las acusaciones y cargos que con arreglo o sometimiento a las normas que gobiernan la técnica del recurso, plantea concretamente contra la sentencia el actor en su demanda.

"No basta, según doctrina constante de la Corte, alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas, sin especificar cuáles, pues como el recurso de casación no es una tercera instancia, no puede la Corte entrar a estudiar todo el proceso para efectuar una valoración probatoria. Es necesario que el recurrente precise las pruebas en cuya estimación juzgue que el Tribunal incurrió en error de derecho, o en error de hecho evidente al apreciarlas". "Cuando la pretendida violación de ley sustantiva se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente como en este caso sucedió, para que la Sala avoque el análisis de las cuestiones de hecho del juicio con una nueva apreciación de las pruebas, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia debatida en las dos únicas instancias que concede la ley, sino a examinar si dados los hechos, tales como los consideró establecidos el Tribunal, ha habido en la aplicación del derecho violación de alguna disposición legal sustantiva. Es indispensable para la procedencia de la demanda de casación en estos casos, como lo ordena la técnica del recurso, y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, **con la cita y determinación de la prueba correspondiente,** que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde, o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidentemente del proceso" (Gaceta Judicial, Nº 1955 y 1956, pág. 299).

Sostiene el recurrente que violó el Tribunal también, directamente, los arts. 2082 y 2083 del C. C., al no reconocer la existencia de una sociedad de hecho, que no nació simplemente del concubinato, sino del "trabajo en común, permanente, con ánimo de lucrar, y le es reconocido por la ley y la jurisprudencia cuando concede acción hasta al concubino para compensarse simplemente de los cuidados o desembolsos o para participar de los beneficios obtenidos en común".

Con cita de algunos fallos de la Corte, afirma que la jurisprudencia ha llegado a conceder al concubino, para compensarse de los cuidados y desembolsos, o para participar de los beneficios obtenidos durante la vida en común, la acción de **in rem verso,** que es la legalmente adecuada o conducente para impedir el enriquecimiento sin causa, y la acción **pro socio** para los casos en que haya existido una sociedad de hecho entre los concubinos.

Observa la Sala, que en el presente caso, el Tribunal no encontró establecida ninguna de las circunstancias que pudieran dar lugar a considerar demostrada la sociedad de hecho entre los concubinos. Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la situación de tal índole entre los concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que ha sido la común actividad de los tales en una determinada empresa, creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro, o de ambos.

El recurrente expresa que "de los dos cuadernos de prueba" aparece tal demostración, pero ya se vió que no siendo la casación una nueva instancia, no es posible entrar a un nuevo examen

del proceso, era necesario la cita y determinación de la prueba o pruebas mal apreciadas y expresar el concepto en que lo hayan sido, con la cita de la disposición o disposiciones violadas.

Para demostrar la existencia de bienes en común, menciona el demandante la escritura pública número 1703 de 24 de julio de 1937, pero basta su lectura para darse cuenta de que por tal instrumento sólo se establece que la señora Pérez de González adquirió de la compañía la "Urbana", un lote de terreno en el cual, según declara el propio vendedor, la mentada señora tiene una construcción hecha a sus propias expensas. En las posiciones que se citan, la demandada sistemáticamente negó los puntos relativos a la existencia de tal comunidad o de negocios en común. Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo B—Lo hace depender de la falta de apreciación de la escritura número 1703 mencionada y de las declaraciones de los testigos Benjamín Pulido y Abraham Díaz. Señala como violados los arts. 739 y 2673 del C. C.

La escritura número 1703 aparece en doble copia en el expediente: la primera aducida en el término de prueba, sin la correspondiente nota de registro; y la segunda acompañada a la contrademanda propuesta por la señora Pérez de González contra Hernández, pero de tal instrumento no se desprende, como ya se dijo, la existencia de un bien común, de propiedad de las partes en el juicio; de él sólo consta la adquisición de la señora de González para ella y la declaración de que ya se hizo mértio, hecha por el vendedor, de que, dentro de tal predio existe una casa construída por la misma a sus expensas.

Con las declaraciones que se mencionan, recibidas extrajuicio, que luégo fueron protocolizadas en la Notaría y presentadas en copia al proceso, se intentó demostrar que la edificación existente en el lote adquirido por la señora de González fue realizada por Hernández a sus expensas. Tal es la forma acostumbrada para establecer la propiedad de una edificación levantada sobre un lote que se poseía con anterioridad, mas tal justificativo no puede tener otro valor que el que corresponde a una prueba sumaria, pero ya en juicio en que se discute la propiedad de las referidas construcciones y en que se sostiene que éstas fueron hechas en suelo ajeno, a ciencia y paciencia del propietario de éste, era necesario ratificar las deposiciones durante el juicio, en el respectivo término de prueba.

Además, como lo observó el Tribunal, en el expediente aparecen otros elementos de convicción aportados por la demandada, no acusados en casación, como recibos de materiales, el permiso concedido por el Municipio a la señora de González para edificar, los planos de las construcciones elaborados para ella, debidamente aprobados por la entidad municipal, la declaración de la compañía vendedora del lote sobre que allí tenía una casa edificada la demandada en el momento de recibir la escritura del inmueble que había venido adquiriendo por cuotas y, además, copia de la escritura pública por la cual la señora Pérez de González hizo protocolizar otras declaraciones sumarias sobre la propiedad a su favor de las edificaciones, siendo de notar que éstas se recibieron y protocolizaron, pocos días después de adquirido el lote, y las de Hernández, años después.

No habiéndose acreditado la circunstancia exigida por el inciso 2º del art. 739 del C. C., no era posible que el Tribunal le diera aplicación a dicho precepto. El juzgador, si bien echa de menos en la apreciación de la escritura número 1703, la nota de registro, no dejó de hacer constar que tal instrumento entrañaba la prueba de la adquisición del lote por la demandada, y de otros elementos del proceso no atacados en casación, como ya se vio, dedujo que no estaba demostrado derecho alguno en el demandante, con respecto al aludido bien.

Por lo expuesto, se declara que no hubo directa violación de los mencionados preceptos, por falta de apreciación de pruebas.

Cargo C—Se hace depender de "errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, al no apreciar o estimar debidamente las pruebas aducidas por el demandante en la primera y en la segunda instancia". Señala como violado el art. 1524 del C. C., contrariando con ello —dice— "uno de los principios básicos de todas las legislaciones, cual es el desconocimiento absoluto y el rechazo de la tutela jurídica al enriquecimiento sin causa".

Bastaría para rechazar el cargo, la sola consideración ya anotada al estudiar el designado con el numerl a) en este fallo, pues de nuevo el recurrente incurre en el defecto formal, que hace inadmisible su cargo, de querrellarse por error en la interpretación de las pruebas, olvidando mencionar las mal interpretadas o no apreciadas, y el concepto en que lo han sido. Pero, no es éste sólo el error de técnica en el planteamiento del caso.

Los hechos o motiyos en que se apoyan las alegaciones ante la Corte, han de haber sido ya pro-

puestos a los jueces de fondo. Si son de aquéllos que no han sido materia de controversia en el juicio, se llaman medios nuevos, que no pueden ser admitidos en el recurso de casación. (G. J. Nos. 2070/71, pág. 695).

En ninguno de los apartes de la demanda, fundamento de la acción propuesta, ni en la sentencia, se trató nada relacionado con la posible acción de **in rem verso,** ni de enriquecimiento sin causa. Las peticiones se dirigen, la principal a la reivindicación de un inmueble; la primera subsidiaria, a que se declare que a ciencia y paciencia de la demandada, el actor construyó en un lote de la propiedad de ésta y reclama el pago de su valor, y la última petición en subsidio de las anteriores, va encaminada a obtener se decida que entre el demandante y su contraparte, existió una sociedad de hecho, la cual es dueña del lote y casa construída en él. Y como si lo dicho no fuera suficiente, sería el caso de declarar la inoportunidad de señalar como precepto violado el art. 1524 del C. C., que establece que no puede haber obligación sin causa real y lícita y que no es necesario expresarla, etc., que no configura ningún derecho del recurrente que hubiera podido ser violado y se refiere a los actos y declaraciones de la voluntad, por demás extraño al problema o problemas que confronta el fallo.

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 Bogotá, de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Con costas a cargo del recurrente.

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

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Emilio Prieto, Srio. Encgdo.



SALA DE CASACION PENAL

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES—PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIRSE CUANDO SE TRATA DE DECIDIR DEL IMPEDIMENTO O DE LA RECUSACION DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL

Para evitar dudas sobre la interpretación del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala, siguiendo la norma del artículo 7º ibídem, en la calificación de un impedimento o recusación siempre ha aplicado el artículo 442 del Código Judicial, pues, en lo relativo a impedimentos y recusaciones, la reglamentación de la ley adjetiva penal no excluye, de manera absoluta, la referencia al Código Procesal Civil, en cuanto existan vacíos que haya necesidad de colmar, según la norma del artículo 7º citado, vacíos que en este caso existen, porque lo referente a la organización de las Salas de los Tribunales no se halla reglamentado.

Por consiguiente, la recusación de un Magistrado de Tribunal se subordina, en cuanto al procedimiento para proponerla y para resolverla, a las siguientes normas:

a) La proposición, mediante memorial en que se expongan los motivos que la funden, acompañada de las pruebas, se dirige al Magistrado que está conociendo del negocio, quien, si es el recusado, se pronuncia sobre la legalidad del motivo, o contrariamente lo pasa, para el mismo objeto, al recusado;

b) Si éste acepta los fundamentos de la recusación, pasa el negocio al Magistrado que lo sigue en turno, quien —en auto firmado por los Magistrados restantes de la Sala— califica la recusación, y si está conforme con sus motivos, declara separado al recusado y provee a su reemplazo mediante sorteo y designación de conjuez;

c) Si el recusado no acepta, pasa igualmente el negocio al que le sigue en turno, quien, en auto también suscrito por los miembros restantes de la Sala, califica la recusación, y si la calificación discrepa de las razones del recusado o recusante, se enviará el negocio al Superior que —de acuerdo con el Código de Organización Judicial— es la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, julio cinco de mil novecientos cuarenta y nueve.

El doctor Aquileo Roa Bulla, sindicado en las presentes diligencias por delitos contra el sufragio, ha recusado al Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, doctor José Antonio Reyes, para conocer de ellas en el recurso de apelación al estudio de aquella Corporación.

El Magistrado recusado no aceptó los motivos expuestos por el recusante doctor Roa, y ordenó remitir el negocio a la Corte para la decisión del incidente.

Se considera:

Para evitar dudas sobre la interpretación del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala siguiendo la norma del artículo 7º ibídem, en la calificación de un impedimento o recusación siempre ha aplicado el artículo 442 del Código Judicial, pues, en lo relativo a impedimentos y recusaciones, la reglamentación de la ley adjetiva penal no excluye, de manera absoluta, la referencia al Código Procesal Civil, en cuanto existan vacíos que haya necesidad de colmar, según la norma del artículo 7º citado, vacíos que en este caso existen, porque lo referente a la organización de las Salas de los Tribunales no se halla reglamentado.

Por consiguiente, la recusación de un Magistrado de Tribunal se subordina, en cuanto al procedimiento para proponerla y para resolver, a las siguientes normas:

a) La proposición, mediante memorial en que se expongan los motivos que la funden, acompañada de las pruebas, se dirige al Magistrado que está conociendo del negocio, quien, si es el recusado, se pronuncia sobre la legalidad del motivo, o contrariamente lo pasa, para el mismo objeto, al recusado;

b) Si éste acepta los fundamentos de la recusación, pasa el negocio al Magistrado que lo sigue en turno, quien —en auto firmado por los Magistrados restantes de la Sala— califica la recusación, y si está conforme con sus motivos, declara separado al recusado y provee a su reemplazo mediante sorteo y designación de conjuez;

c) Si el recusado no acepta, pasa igualmente el negocio al que le sigue en turno, quien, en auto también suscrito por los miembros restantes de la Sala, califica la recusación, y si la calificación discrepa de las razones del recusado o recusante, se enviará el negocio al superior, que —de acuerdo con el Código de Organización Judicial— es la Corte.

"Es evidente —ha dicho la Corte— que la redacción del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal ofrece duda en cuanto a la calificación del impedimento. Puede pensarse que esta disposición sólo es aplicable para determinar con certeza el Magistrado que debe conocer del negocio, después de fallado el incidente, pero esta interpretación se opone a aquella de que el mismo incidente debe ser resuelto por los dos Magistrados que le siguen en turno al ponente.

"Si el Código de Procedimiento hubiera determinado en forma clara el funcionario que debe calificar el impedimento o recusación, no habría problema sobre el particular, pero, no habiéndolo hecho, para evitar dudas sobre la interpretación del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, la Sala, siguiendo la norma del artículo 7º del mismo Código, en la calificación de un impedimento o recusación, siempre ha aplicado el artículo 442 del Código Judicial". (Auto de 27 de enero de 1949).

En el presente caso, no se han seguido las normas procedimentales antes señaladas, por lo menos la expresada en el punto c) y, mientras ello no se cumpla, la Corte no puede entrar a decidir la recusación.

Por tanto, vuelva el presente negocio a la oficina de su origen para que el incidente de recusación sea resuelto de conformidad con las disposiciones legales.

Notifíquese.

Angel Martín Vásquez

Julio E. Argüello R., Srio.

IRA O INTENSO DOLOR—DIFERENCIA ENTRE LA CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA REGULADA POR EL ART. 28 DEL C. P. Y LA DE MENOR PELIGROSIDAD. INTERPRETACION DEL VEREDICTO DEL JURADO

1—El estatuto penal —según la doctrina— considera los estados emocionales en dos contingencias: o subordinados a la existencia de una provocación grave e injusta, en cuyo caso tales estados constituyen circunstancias modificadoras de la responsabilidad, y cuya calificación compete exclusivamente al Jurado, o sin esa subordinación, y entonces, constituyen circunstancias de menor peligrosidad que compete calificar a los Jueces, y en ambas contingencias con determinada repercusión en la pena, aunque en grados diferentes.

2—Si al Jurado se le expusieron en forma concreta y en toda su amplitud y al alcance de sus miembros, la consecuencia jurídica de reconocer el simple estado de ira e intenso dolor sin referencia a la provocación, o subordinado a una provocación grave e injusta, como también las consecuencias jurídicas de rechazar expresamente o callar la circunstancia de asesinato, y a pesar de ello, el Jurado se limitó a reconocer y aceptar un simple estado emocional o pasional, no podía el Tribunal, ni aún aplicando un criterio de interpretación extensiva, escoger la decisión que, claramente planteada, el Jurado no acogió. Lo contrario habría sido darle a los estados emocionales o pasionales señalados en el art. 38 (3º) el contenido de los determinados y condicionados en el art. 28, y en los cuales la provacación, igual y conjuntamente grave e injusta, constituye el elemento de diferenciación jurídica.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo primero de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Benjamín Sierra** (46 años en 1946) y de su hijo **Desiderio Sierra** (20 años en la misma época) interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del diez y seis de marzo del año pasado, por la cual —con aplicación del art. 363 (5º) del estatuto penal— fueron condenados a la pena de quince años de presidio cada uno, por el homicidio en Roberto Londoño, cometido la noche del dos de junio de mil novecientos cuarenta y seis, en el sitio "El Cabildo", Municipio de Girardota.

A título de premisas del estudio, se resumen en seguida la versión relativa a los orígenes y modalides del delito, los razonamientos del recurrente expuestos en la demanda, el concepto del Procurador y los actos y providencias objetados en el recurso ante la Corte.

I—Causa y modalidades del delito

La muerte de Roberto Londoño, el dos de junio de mil novecientos cuarenta y seis, fue el último de los dos dramáticos episodios entre Desiderio Sierra y Londoño el primero, y entre éste y Benjamín Sierra y sus hijos Manuel y Desiderio el otro. De ello hay un antecedente un poco incierto y remoto, sólo recordado por Londoño a Desiderio aquel día —en las horas de la tarde— cuando aquél en estado de embriaguez, puñaleta en mano, aprehendió a su compañero por el cuello, en un acto de amenaza, sin resultado grave alguno merced a la intervención de las autoridades, y que fue el primer choque o episodio.

El otro se realizó más tarde, después de las ocho de la noche, no ya en Girardota, sino en el sitio "El Cabildo", en la vía que une aquella población con "El Chispero" donde —parece —vivían los Sierras y Londoño. Informado Benjamín de la tentativa de agresión contra su hijo Desiderio, se dirigió a la población en su busca y con él regresó más tarde a la cantina de "El Cabildo", donde, reunidos con Manuel Sierra, el hijo menor de Benjamín, atacaron a Londoño, quien —en estado de completa embriaguez— yacía bocabajo acostado en un escaño. Desiderio lo hirió

con una puñaleta, Benjamín con un calabozo y Manuel con su machete pequeño. Londoño murió a consecuencia de la hemorragia que le sobrevino de una de las heridas que recibió en la pierna izquierda.

III—El proceso contra los Sierras

Iniciada la investigación por el Alcalde Municipal de Girardota y calificada por el Juez 3º Superior de Medellín, se dictaron las providencias y se ejecutaron los actos que se enuncian en seguida:

a) El auto del veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y siete por medio del cual el mencionado Juez Superior llamó a Benjamín y Desiderio Sierra a juicio criminal como autores responsables, en concurso recíproco, del homicidio con circunstancias de agravado (asesinato), auto que el Tribunal confirmó el tres de septiembre del mismo año;

b) El cuestionario propuesto al Jurado (igual para cada uno) sobre si Benjamín y Desiderio Sierra, el uno en concurso recíproco con el otro, son responsables de haber herido con arma cortante y de peso (calabozo) Benjamín, y con arma cortante y punzante (puñaleta) Desiderio, con intención o propósito de matar, a Roberto Londoño y abusando de las condiciones de indefensión o inferioridad en que se encontraba éste, a consecuencia de lo cual murió.

c) El acta de la audiencia, en la cual se dice que el Fiscal defendió la tesis de la responsabilidad de los Sierras "pero movidos —se transcribe textualmente— por el estado de ira o de intenso dolor provocados por la grave e injusta ofensa que les causó o irrogó el ofendido horas antes de la tragedia que culminó con la muerte de éste", tesis que coadyuvó el defensor, con la modificación de que se negara la circunstancia de asesinato;

d) La respuesta del Jurado: ("Sí, en estado de ira o intenso dolor" simplemente) sin referencia a la provocación grave e injusta y sin el rechazo de la mencionada circunstancia;

e) La sentencia del Juez 2º Superior, del primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual —con aplicación de los arts. 28, 37 y 363—condenó a Benjamín Sierra a la pena de siete años de presidio y a seis años y medio a Desiderio Sierra;

f) La sentencia del Tribunal, del diez y seis de marzo del año pasado, por la cual —sin aplicar los arts. 28 y 37— aumentó a quince años la pena que cada uno de los procesados debe cumplir, y

g) Los autos del veintidós de abril y ocho de junio del mismo año por los cuales el Tribunal concedió y la Corte admitió —respectivamente— el recurso de casación que interpuso el defensor.

III—La demanda

Después de hacer una reconstrucción del encuentro entre Londoño y Sierra (Desiderio) en las horas de la tarde, y de destacar el comportamiento inusitado del primero, el recurrente señala —como objeto de la impugnación— la interpretación que del veredicto hizo el Tribunal, es decir, el rechazo de la provocación grave e injusta creadora del estado de ira y dolor, y sobre tal motivo funda las causales primera, segunda y tercera invocadas, mediante los razonamientos que a continuación se resumen.

a) **Primera causal.**

"Sobre la base de que en el juicio está demostrada hasta la saciedad la causal atenuante del art. 28 del Código Penal— supone el recurrente— y de que el Jurado así la proclamó para que se produjera la plenitud de los efectos procesales consiguientes, resulta manifiesto —deduce— que el fallo del Tribunal viola la ley sustantiva al aplicar una sanción superior a la responsabilidad definida a sus mandantes".

b) **Segunda causal.**

De la afirmación de que antes de la audiencia no se había sugerido la tesis de la provocación y de que, en consecuencia, el veredicto, (estado de ira e intenso dolor) es el resultado de la petición del Fiscal y el defensor (provocación grave e injusta) el recurrente deduce —como base de la segunda causal— que "en la sentencia de segundo grado se dio, voluntariamente, una interpretación errada a los hechos procesales, negándoles el valor probatorio que sin duda tienen respecto a la concurrencia de una grave e injusta provocación del occiso contra sus mandantes, como causa determinante del delito, o se dejó de tomarlos en cuenta a pesar de hallarse plenamente acreditados en el expediente".

c) **Tercera causal.**

La sentencia —se afirma en la demanda— no está en consonancia con el veredicto del jurado ni con el auto de proceder. Lo primero, porque si el Jurado reconoció la circunstancia de la provocación y el Tribunal la desechó, incurrió en violación del art. 480 del estauto procesal penal, y lo segundo, porque se interrogó al Jurado sobre el propósito de matar sin que se hubiera hecho referencia en la parte resolutiva del auto de proceder.

IV—El concepto del Procurador Delegado

El Procurador Delegado, después de reafirmar la imposibilidad doctrinaria de examinar la causal segunda, y de deducir del análisis del veredicto que el Jurado no pensó en reconocer la provocación ni los términos de aquél llevan a la aplicación del art. 28 del Código Penal, recuerda la tesis de la Corte según la cual la provocación exige, para que pueda modificar la responsabilidad y la sanción, dos condiciones: la ofensa grave e injusta y la consiguiente producción de un arrebato de cólera o de un intenso dolor moral; no toda provocación —dice— es suficiente para atenuar la responsabilidad y la pena, pues si así no fuera, el más leve agravio disminuiría la culpabilidad del hecho punible, lo que sería peligroso para la sociedad en su función de represión del delito.

De la interpretación de la voluntad del jurado hecha por el Tribunal —que el Procurador tiene como acertada— deduce: primero, que el fallo no está en desacuerdo con el veredicto, y que, al omitir la aplicación del art. 28, no se violó la ley penal.

V—Estudio del recurso

El demandante plantea —como fundamento de las tres causales invocadas— la hipótesis, en repetidas oportunidades analizada y rechazada, según la cual el reconocimiento del simple estado de ira o intenso dolor, sin referencia expresa a la provocación grave e injusta, configura la circunstancia modificadora del art. 28 del estatuto penal. Basta, pues, sintetizar la doctrina adoptada y aplicarla luégo al caso **sub judice.**

El estatuto penal —según la doctrina— considera los estados emocionales en dos contingencias: o subordinados a la existencia de una provocación grave e injusta, en cuyo caso tales estados constituyen circunstancias modificadoras de la responsabilidad, y cuya calificación compete, exclusivamente al Jurado, o sin esa subordinación, y entonces constituyen circunstancias de menor peligrosidad que compete calificar a los Jueces, y en ambas contingencias con determinada repercusión en la pena, aunque en grados diferentes.

En este proceso —lo que es muy sugestivo— no se suscitó jamás, antes de la audiencia, la posibilidad de que los Sierras hubieran ultimado a Londoño en virtud de una ofensa grave e injusta; sólo en aquel acto público, el Fiscal, anticipándose al defensor, pidió al Jurado respondiera "sí, en estado de ira o de intenso dolor motivado por grave e injusta provocación", y que aquél coadyuvó no sin solicitar, a su vez, se negara la circunstancia de asesinato.

Al Jurado se le expusieron, pues, en forma concreta, y de seguro en toda su amplitud y al alcance de sus miembros, la consecuencia jurídica de reconocer el simple estado de ira e intenso dolor sin referencia a la provocación, o subordinado a una provocación grave e injusta, como también las consecuencias jurídicas de rechazar expresamente o callar la circunstancia de asesinato; si, pues, a pesar de que ello debió haber así sucedido, dada la experiencia de Fiscal y defensor, el Jurado se limitó a reconocer y aceptar un simple estado emocional o pasional, no podía el Tribunal, ni aún aplicando un criterio de interpretación extensiva escoger la decisión que, claramente planteada el Jurado no acogió. Lo contrario habría sido darle a los estados emocionales o pasionales señalados en el art. 38 (3º) el contenido de los determinados y condicionados en el art. 28, y en los cuales la provocación, igual y conjuntamente grave e injusta, constituye el elemento de diferenciación jurídica.

VI—Fallo de la Corte

Jurídica como ha sido la interpretación que al veredicto dio el Tribunal, no hay razón para deducir —como lo ha deducido el recurrente— que se violó la ley penal, o que el fallo es opuesto al auto de proceder o al veredicto.

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 la solicitud del Procurador Delegado en lo Penal, **no casa** la

sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del diez y seis de marzo del año pasado, por la cual condenó a Benjamín y Desiderio Sierra (cada uno) a la pena de quince años de presidio, por el delito de homicidio (asesinato) en Roberto Londoño, cometido la noche del dos de junio de mil novecientos cuarenta y seis, en el sitio "El Cabildo" (Girardota), Departamento de Antioquia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R. Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DE MORAS)—EL JUEZ NO ES RESPONSABLE POR LA PARALIZACION DE LOS TRAMITES PROCESALES POR OMISIONES CAUSADAS POR LA SECRETARIA

Para dictar el auto de proceder no es necesaria petición de parte, porque ésta es una actuación que, de oficio y por mandato de la ley, debe cumplir el Juez, pero, naturalmente, la oportunidad en que debe dictarse ese auto, se halla en cierto modo condicionada en el proceso penal al informe que de la actuación realizada debe dar el respectivo secretario.

Sin informe previo, sin noticia alguna, sin el cumplimiento de una función impuesta por la ley al secretario en relación con la actuación procesal, el Juez, prácticamente, no puede impulsar la marcha del proceso penal en orden a su actuación previa o culminación definitiva, por la dificultad de orden material para informarse de si los términos están o no vencidos y de si las respectivas notificaciones se han o no cumplido.

La falta de ese informe y la paralización de los trámites procesales por omisiones causadas por la Secretaría, no acarrean, en sentir de la Corte, responsabilidad al Juez por demoras.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo tres de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, consulta la providencia de dos de julio de mil novecientos cuarenta y nueve por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Gerardo Aguirre Calle por los cargos materia de la presente investigación.

Antecedentes

Se imputa al doctor Aguirre Calle la comisión de un delito de abuso de autoridad, porque en el proceso por lesiones personales contra Heliodoro García Fernández y Pedro Pablo Mápura no se dictó el correspondiente auto de proceder dentro de los términos establecidos por la ley, pues aparece plenamente demostrado que la investigación fue declarada cerrada el doce de diciembre de 1942 y el auto de llamamiento a juicio se dictó el 28 de mayo de 1946, es decir, después de tres años y cinco meses.

El Tribunal sobreseyó definitivamente en favor del sindicado, y esa providencia fue revocada por la Corte con fecha veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, a fin de que se practicaran las pruebas solicitadas por el Agente del Ministerio Público, tendientes al esclarecimiento de los hechos investigados.

Reabierta la investigación se practicaron las pruebas pedidas, pero ellas no han modificado la situación inicial del procesado. Por eso dice el Tribunal:

"Como se ve, la reapertura de la investigación ha venido a dejar las cosas en el mismo estado anterior sin que se haya modificado favorablemente para la tarea investigadora el hecho necesario de obtener una prueba más eficiente para darle consistencia a la acusada demora en el procedimiento judicial".

Para la demostración de los hechos —demoras—se practicó una diligencia de inspección ocular, y en ella los peritos afirmaron:

"En seguida teniendo presente el negocio o causa criminal, por el delito "de las lesiones personales", contra Heliodoro García Fernández y otros, dichos peritos, de común acuerdo, expusieron: tenemos a la vista la causa por el delito de lesiones personales contra Heliodoro García y Pedro Pablo Mápura. Tal causa entró a despacho el once de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos y el doce, del mismo mes y año, el señor Juez dictó el siguiente auto: "Juzgado Promiscuo del Circuito—Santuario de Caldas, diciembre doce de mil novecientos cuarenta y dos. Se declara cerrada la investigación. Notifíquese. El Juez, Ge-

rardo Aguirre Calle. El Secretario, Emilio García García". En dicho proceso existen después de tal auto estas diligencias: "Notificación: Hoy doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, les notifico el auto anterior al señor Personero Municipal y al apoderado señor Luis Angelo Escobar. Impuestos firman, L. Carlos Styles V., Personero; Luis Angelo Escobar, apoderado; E. García G., Srio. "Certifico: Que el auto anterior se notificó por medio del estado 71 fijado hoy a las 8 de la mañana y desfijado a las 5 de la tarde. Diciembre 17 de 1942. Emilio García G., Srio". Luégo de esta notificación y sin que aparezca ninguna constancia de que el proceso referido hubiera sido puesto al despacho del señor Juez por el Secretario del Juzgado, se dictó el auto de veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, por medio del cual se llamó a responder en juicio criminal por el delito de "las lesiones personales" a los señores Heliodoro García y Pedro Pablo Mápura".

La calidad de funcionario público del sindicado se halla demostrada con el acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión.

Se considera:

Es evidente que la investigación en su nuevo período —reapertura— no tuvo éxito definitivo para esclarecer el punto fundamental del negocio, o sea, el de saber cuándo pasó el proceso al despacho del Juez acusado, y que en tal sentido —como lo afirma la Procuraduría— puede plantearse una posible duda en relación con ese hecho.

Pero el artículo 121 del C. J. dispone que entre los deberes que deben cumplir los secretarios está el de pasar al despacho del respectivo superior los asuntos en que debe dictarse alguna resolución sin necesidad de petición de parte".

Este precepto, norma procedimental, fue omitido por el Secretario del Juzgado, y en estas condiciones el Superior no podía dictar ninguna providencia en relación con la marcha normal de la actuación procesal, bien sea en orden a impulsar la actuación, ya también en relación con la calificación del mérito del sumario.

Para dictar el auto de proceder no era necesaria petición de parte, porque ésta es una actuación que, de oficio y por mandato de la ley, debe cumplir el Juez, pero naturalmente, la oportunidad en que debe dictarse el auto de proceder en cierto modo se halla condicionada en el proceso penal al informe que de la actuación realizada debe dar el respectivo secretario.

Sin informe previo, sin noticia alguna, sin el cumplimiento de una función impuesta por la ley al secretario en relación con la actuación procesal, el Juez, prácticamente, no podía impulsar la marcha del proceso penal en orden a su actuación previa o culminación definitiva, por la dificultad de orden material para informarse de si los términos estaban o no vencidos y de si las respectivas notificaciones se habían cumplido o no.

La falta de ese informe y la paralización de los trámites procesales por omisiones causadas por la Secretaría —en sentir de la Corte— no le acarrean responsabilidad al superior, por demoras, máxime cuando por la diligencia de inspección ocular se llega al convencimiento de que esa omisión y las demoras no dependen del Juez, pues el Secretario en la debida oportunidad no dio cuenta de que las notificaciones estaban cumplidas, para que el Juez procediera a dictar el correspondiente auto de proceder.

En tales condiciones, y si después de reabierta la investigación se llega a las mismas conclusiones, lógicamente hay que presumir la buena fe del Juez respecto a su actuación. Si no se dictó el auto de proceder no fue por culpa suya, sino por la falta del informe que el Secretario del Juzgado estaba en la obligación legal de rendir, circunstancia ésta que abona la conducta del Juez acusado frente al posible delito que por abuso de autoridad se investiga.

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, confirma la providencia consultada proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Gerardo Aguirre Calle 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.—Julio E. Argüello R. Secretario.

RECURSO DE CASACION EN PROCESOS DE LOS CUALES HAYAN CONOCIDO EN PRIMERA INSTANCIA LOS JUECES DE CIRCUITO—CUAL ES LA PENA QUE DEBE TOMARSE EN CUENTA EN ESTOS CASOS PARA DECIDIR DE LA PROCEDENCIA Y ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

El señor Procurador sostiene en relación con la procedencia del recurso de casación en procesos de los cuales hayan conocido en primera instancia los Jueces de Circuito, que: "para conceder o admitir el recurso de casación es necesario apreciar el delito sub judice con todas las modalidades específicas tenidas en cuenta en la sentencia demandada, trayendo a colación los preceptos sustantivos que caracterizan o modifican sustancialmente el hecho punible, ya estén ellos colocados en la parte especial del Código, o ya en la parte general del mismo, como ocurre, por ejemplo, con los arts. 27, 28 y 385, cuando se trata de los delitos de homicidio y lesiones personales".

Y concluye: "La tesis expuesta es la más razonable e impide que la H. Corte conozca de procesos por delitos leves, que sólo deben culminar con la segunda instancia, y no con el recurso de casación".

La tesis del señor Procurador es lógica, y debería acogerse si ese hubiera sido el pensamiento definitivo de la Comisión que redactó el proyecto del Código de Procedimiento Penal; más la transcripción de la parte conducente del acta de la sesión en que se debatió tal tema —acta aún no publicada— comprueba, en efecto, que la tesis de la Corte coincide con la de la Comisión.

El proyecto primitivo del art. 557 decía así: "Igualmente habrá recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito por el delito mencionado en el artículo...".

"Mejor que hablar en concreto de un artículo del Código Penal —objetó el vocal doctor Gaitán— en este caso me parece que debemos determinar las sentencias por la sanción que hayan impuesto. Es cierto que el procedimiento es empírico —añadió— pero no hay más remedio en este caso".

Esto fue, en principio, aceptado y, por lo tanto, el artículo se aprobó así: "Igualmente habrá lugar a recurso de casación, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales de Distrito Judicial, en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito y en que se haya impuesto una sanción privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años".

Mas, posteriormente, en una de las sesiones subsiguientes, se reconsideró este proyecto de artículo así aprobado y se volvió al primitivo.

"Finalmente —dice el acta— el artículo fue adoptado suprimiéndole las palabras "por delito mencionado en el artículo..." y cambiándolas por éstas: "por delito que tenga señalada una sanción cuyo máximo sea o exceda de cinco años". En consecuencia el artículo queda así: "Igualmente habrá lugar a recurso de casación, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años".

Si, pues, la Comisión aprobó en un principio la fórmula de la pena impuesta en la sentencia, es decir, la infracción individualizada en aquélla con sus elementos constitutivos y sus circunstancias modificadoras —según el Procurador— o mejor, la sanción adaptada a la infracción y al infractor (añade la Corte), y si después, como sustitutiva de ésta, aprobó la de los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años, es lógico concluir que el criterio que debe re-

gir la admisibilidad de la casación en los procesos de competencia de los Jueces de Circuito, es el máximo de la pena que al delito se haya fijado en la ley penal, sin consideración a las circunstancias modificadoras o de peligrosidad, cuya calificación se hace, precisamente, en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Pablo Rodríguez interpuso por medio de su defensor recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual —con aplicación de los arts. 374 (2º) y 384 del Código Penal— fue condenado a un año de presidio, por el delito de lesiones personales en Antonio Beltrán, cometido el diez y nueve de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en la vereda "San Rafael", Municipio de Junín.

Dos cuestiones debe resolver la Corte: una previa, la relativa a la inadmisibilidad de este recurso planteada por el Procurador, y la sugerida en la demanda.

I—La inadmisibilidad del recurso

El señor Procurador Delegado en lo Penal se ha abstenido de contestar la demanda de casación contra la sentencia en que, por el delito de lesiones en riña, se condenó a Pablo Rodríguez a la pena de un año de presidio, y, en cambio, solicita se inhiba la Corte de resolver aquel recurso por cuanto no es admisible en este proceso.

"Los juzgadores de primera y segunda instancia —dice el Procurador— situaron la infracción cometida por el procesado en el caso del inciso 2º del art. 374 del Código Penal, pero con la modalidad de la riña imprevista. Entonces tal delito de lesiones, haciendo la reducción de que trata el art. 384 de la misma obra, queda con las siguientes mínima y máxima: de diez y ocho meses a cuatro años y seis meses de presidio, máximo éste que no cumple las condiciones del art. 557 del Código de Procedimiento Penal para otorgar el recurso extraordinario".

"Como lo ha expuesto ya la Procuraduría —continúa— cuando dicho art. 557 exige, para conceder el recurso de casación, que 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 aquélla que la sentencia recurrida ha calificado o individualizado en sus elementos constitutivos y en sus circunstancias modificadoras. Y eso es así —deduce— porque, de lo contrario, habría imposibilidad para fijar los cinco años o más que exige 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".

"En resumen —añade más adelante— para conceder o admitir el recurso de casación es necesario apreciar el delito **sub judice** con todas las modalidades específicas tenidas en cuenta en la sentencia demandada, trayendo a colación los preceptos sustantivos que caracterizan **o** modifican sustancialmente el hecho punible, ya estén ellos colocados en la parte especial del Código, o ya en la parte general del mismo como ocurre, por ejemplo, con los arts. 27, 28 y 385, cuando se trata de los delitos de homicidio y lesiones personales".

"La tesis expuesta —concluye— es la más razonable e impide que la H. Corte conozca de procesos por delitos leves, que sólo deben culminar con la segunda instancia, y no con el recurso de casación".

La tesis del señor Procurador es lógica, y debería acogerse si ése hubiera sido el pensamiento definitivo de la Comisión que redactó el proyecto del Código de Procedimiento Penal; más la transcripción de la parte conducente del acta de la sesión en que se debatió tal tema —acta aún no publicada— comprueba, en efecto, que la tesis de la Corte coincide con la de la Comisión.

El proyecto primitivo del art. 557 decía así: "Igualmente habrá recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito por el delito mencionado en el artículo...".

"Mejor que hablar en concreto de un artículo del Código Penal —objetó el Vocal doctor Gaitán— en este caso me parece que debemos **determinar las sentencias por la sanción que hayan impuesto.** Es cierto que el procedimiento es em-

pírico —añadió— pero no hay más remedio en este caso".

Esto fue en principio aceptado y, por lo tanto, el artículo se aprobó así: "Igualmente habrá lugar a recurso de casación, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales de Distrito Judicial, en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito y **en que se haya impuesto una sanción** privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años".

Mas, posteriormente, en una de las sesiones subsiguientes, se reconsideró este proyecto de artículo así aprobado y se volvió al primitivo.

"Finalmente —dice el Acta— el artículo fue adoptado suprimiéndole las palabras "por delito mencionado en el artículo..." y cambiándolas por éstas: "por delito que tenga señalada una sanción cuyo máximo sea o exceda de cinco años". En consecuencia el artículo queda así: "Igualmente habrá lugar a recurso de casación, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años".

Si, pues, la Comisión aprobó en un principio la fórmula de la pena impuesta en la sentencia, es decir, la infracción individualizada en aquélla con sus elementos constitutivos y sus circunstancias modificadoras —según el Procurador— o mejor, la sanción adaptada a la infracción y al infractor (añade la Corte), y si después, como sustitutiva de ésta, aprobó y adoptó la de "los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años", es lógico concluir que el criterio que debe regir la admisibilidad de la casación en los procesos de competencia de los Jueces de Circuito, es el máximo de la pena que al delito se haya fijado en la ley penal, sin consideración a las circunstancias modificadoras o de peligrosidad, cuya calificación se hace, precisamente, en la sentencia.

Con toda claridad se deduce: a) Que la Comisión modificó el sistema de la Ley 78 de 1923 según el cual toda sentencia de segundo grado de los Tribunales podía impugnarse en casación siempre que la pena en ella impuesta fuera o excediera de seis años de presidio, reclusión o prisión; b) Que extendió el recurso, sin consideración a la pena, a todas las sentencias del mismo grado dictadas en procesos de competencia de los Jueces Superiores, y c) En cuanto a las dictadas en juicios fallados por los Jueces de Circuito, lo limitó a sentencias por delitos cuya pena básica, la fijada en el Código sea —en su máximo— de cinco años o más, independiente de la que puedan tener en virtud de circunstancias modificadoras de la responsabilidad o del delito o de circunstancias de peligrosidad, y d) Que estas modificaciones, como es lógico, no incluyen delitos **per se** como las lesiones culposas, por ejemplo.

No sin que la Sala deje de reconocer las repercusiones anotadas por el Procurador, que esta tesis pueda tener en la técnica de la casación, su revisión implica una reforma de la ley procesal, que es función propia del órgano legislativo.

Explicadas las razones que fundaron la admisión de este recurso, se procede a resolverlo, previa referencia al proceso que culminó en la sentencia impugnada.

III—El proceso penal

Siendo este uno de los procesos destruídos en el incendio del nueve de abril del año antepasado, la Corte sólo tiene —como elemento de juicio— copias del auto de proceder y de las sentencias de primero y segundo grado, sobre las cuales —a pesar de la falta de un análisis concreto de la prueba testimonial— debe sustentarse el recurso, de conformidad con los preceptos del Decreto 4134 de 1948.

Antonio Beltrán —según las mencionadas providencias— fue a casa de Rodríguez a reclamarle por qué había arrancado algunas sementeras del terreno vendido a Elpidio Urrego, sementeras excluídas de la venta; el reclamo —acompañado de agresiones de palabra y de hecho, según algunos testigos, y sin ellas, según otros— originó la reacción violenta de Rodríguez, quien, con el machete que tenía en la mano, causó a Beltrán lesiones que le trajeron, como consecuencias, cuarenta y cinco días de incapacidad para el trabajo y una perturbación funcional permanente.

Sin que en el auto de proceder se registraran circunstancias modificadoras, en la sentencia de primera instancia le fue reconocida la modalidad de la riña, y así, aplicando los arts. 374 (2º) y 384,, el Juez le impuso, como mínima, la pena de dieciocho meses de presidio, que el Tribunal Superior, redujo a un año.

Es esta la sentencia que impugna el procesado en este recurso, y cuyos fundamentos se resumen en el aparte siguiente.

III. — La demanda

Tres cargos hace el recurrente, todos concretados en violación —por indebida aplicación— de la ley penal, violación que —según la demanda— tuvo como resultado el rechazo de la legítima defensa alegada en la confesión y no desvirtuada en el proceso.

El primero se refiere a la violación del art. 203 del Código de Procedimiento Penal, según el cual no se puede dictar sentencia sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción y de la responsabilidad. Tratándose de proceso reconstruído —dice el recurrente— esa prueba "podía ser una simple copia de tal prueba", pero en las piezas traídas —auto de proceder y sentencia— sólo aparece la confesión del procesado corroborada por las declaraciones, sobre la cual sólo cabe la absolución, y el Tribunal para rechazar la legítima defensa se limita a acoger la tesis del Juez por no tener elementos distintos a las propias afirmaciones de aquél.

El segundo se dirige a la violación del art. 204 del mismo Código, ya que, en vez de apreciar legalmente la confesión del procesado, el Tribunal acogió sin análisis alguno lo dicho por el Juez.

El tercero mira a la violación del art. 255 del mismo Código, porque siendo la confesión una presunción de veracidad de lo afirmado en ella, y —según el Juez— habiendo sido confirmada mediante declaraciones, el Tribunal, con sujeción a la tesis del Juez, lo condenó por lesiones causadas en riña.

Este cargo también lo presenta como razón de la causal segunda: se atribuyó a la confesión de Rodríguez un valor probatorio que no tiene, "ya que en ella —explica— se expresaron en forma clara por este infeliz labriego los elementos clásicos que configuran la legítima defensa de acuerdo con el art. 25 del Código Penal (inciso 2º)".

El Procurador, en su vista de fondo, se limitó —como ya se expuso— a tachar la admisión del recurso, tema que ya fue dilucidado.

IV—Decisión del recurso

La Corte sólo estudia este recurso en relación con la causal segunda, ya que la primera se dirige a subsanar el error en la interpretación o aplicación de la ley penal material y no de la ley penal formal como equivocadamente lo ha supuesto el recurrente.

Como método, tratándose de proceso reconstruído, se adoptará el prescrito en el art. 18 del Decreto Legislativo Nº 04134, según el cual "la copia de la sentencia de segunda instancia es suficiente para ventilar el recurso de casación a que hubiere lugar".

El motivo de impugnación se concreta a que, por haber dado a la confesión de Rodríguez un valor probatorio que no tiene, se desechó la legítima defensa, que implica la absolución y, se condenó —en cambio— por lesiones cometidas dentro de la circunstancia de una riña imprevista.

Este estudio implica, a título de premisas del fallo, las deducciones del análisis de las providencias —auto de proceder y sentencias— que integran el expediente, ya que ello llevará a adoptar una tesis precisa sobre si hubo o no equivocada valoración de la confesión.

"Revela el denunciante —dice el auto de proceder— que, el día de autos, habiendo sido informado de que Pablo Rodríguez se encontraba estropeando unas sementeras de su propiedad, se dirigió a casa de éste y comprobado que hubo el perjuicio sufrido en sus intereses, formuló a Rodríguez el correspondiente reclamo, el que respondió injuriándolo primero y, luégo, hiriéndolo con una peinilla, arma con la cual le propinó varios golpes. La anterior versión se halla corroborada con los testimonios de Alejandrina Beltrán de Moreno, Avelino Rodríguez, Eugenio y Miguel Beltrán, Lulián López y Eliécer Tocasuche; disienten apenas los dos últimos de los cuatro primeros, cuando afirman que fue Antonio Beltrán quien tomó la iniciativa en la agresión verbal y en el ataque de hecho, pero coinciden todos al declarar que Pablo Rodríguez tras un breve intercambio de insultos, descargó su peinilla varias veces sobre la persona de Beltrán, ocasionándole las heridas que presenta en el primer reconocimiento que le fue practicado. El sindicado, en la diligencia de indagatoria, visible a folios 17, 17 v. 18, 18 v. y 19, confiesa su responsabilidad, asegurando que atacó a Beltrán, valiéndose de una peinilla, al ser atacado por éste, en efecto, que Beltrán a más de injuriarlo lo golpeó con un garrote, coligándolo (sic) a defenderse".

"El procesado en su declaración indagatoria de los folios 17 a 19, —dice la sentencia de primer grado, en el Resultando 2º— confesó haber lesionado a Antonio Beltrán, en los términos que se

copia en lo esencial: 'Ese individuo por que se me pregunta fui yo mismo, pero yo levanté un pedazo de peinilla que tenía en ese momento componiendo unas semillas de arracacha y como Antonio Beltrán me trató de que era un metido empelotado, un gediondo hijo de puta, y después de haberme dicho todas esas infamias y demás groserías me tiró garrotazos y yo se los escapé al lado de una columna y yo para defenderme tanto el honor de mi madre como mi honor y de los garrotazos que me tiraba, le di dos planazos con el pedazo de peinilla". Esta confesión —añade el Juez— se encuentra ampliamente respaldada con las declaraciones de los señores Alejandrina Beltrán, fl. 3 vto., Avelino Rodríguez, fl. 4, Eliécer Tocasuche, fl. 10, Pablo Beltrán, fl. 15, Eugenio Beltrán, fl. 15 vto., Miguel Beltrán, fl. 16, y algunas otras.

"El señor Juez del conocimiento —dice la sentencia de 2º grado— que tuvo a la vista, a su apreciación directa y completa las pruebas militantes en los autos, no encontró viable (y ello se desprende de la decisión final que tomó, al condenar al enjuiciado), la tesis de la legítima defensa, pero sí halló que el procesado había obrado dentro de una riña imprevista. El Tribunal no puede, en tales condiciones, por no tener elementos de juicio distintos a las propias afirmaciones y conclusiones del señor funcionario de la primera instancia, entrar a desconocer las apreciaciones y conclusiones de éste, que son sin duda fruto del estudio y análisis que hizo de las probanzas militantes en el proceso. De aquí que se vea en el caso de rechazar la tesis planteada por la defensa y en su lugar acepte la apreciación probatoria que hizo el Juez **a quo** sobre el asunto y afirme, con él, que el acusado es responsable de su acto, pero dentro de las circunstancias previstas en el artículo 384 del C. P., pues obró dentro de una riña imprevista para él".

La lectura de las anteriores transcripciones crea una fuerte duda en relación con la excusa de la legítima defensa alegada por el procesado en su indagatoria; en el auto de proceder, en efecto, advierte el Juez que unos testigos afirman que en verdad fue Beltrán quien inició el ataque conjunto verbal y de hecho, y otros, en cambio, que Rodríguez respondió al reclamo de Beltrán con injurias primero y a machete luégo, pero ya en la sentencia de primer grado, un Juez distinto al que suscribió el auto de proceder, después de transcribir textualmente la confesión del procseado, añade: "Esta confesión se encuentra ampliamente respaldada con las declaraciones de los señores Alejandrina Beltrán, Avelino Rodríguez, Eliécer Tocasuche, Pablo Beltrán, Eugenio Beltrán, Miguel Beltrán y algunas otras". Sin embargo —anota la Sala— el Juez se abstuvo de reconocer la legítima defensa alegada en el sumario, abstención que el Tribunal respetó y acogió en el fallo de segunda instancia.

Los datos que contiene la sentencia recurrida —suficientes para decidir la casación de conformidad con el artículo 18 del Decreto 04134 de 1948— no bastan para configurar la excusa. La legítima defensa —según la doctrina y la ley— requiere condiciones extraordinarias que no se destacan con firmeza y precisión en las providencias referidas; así, la agresión violenta, injusta y actual, que haga necesario e indispensable el contraataque para defender la integridad y la vida, y la proporción entre la defensa y la agresión, no alcanzan a adquirir, en este proceso, el grado que la ley exige para dar vida legal a la excusa.

Ciertamente hay una contradicción entre el auto de proceder y el fallo de primer grado, en cuanto a la prueba de la excusa, pero es apenas aparente: si el Juez hubiera adquirido la certeza de que los testimonios referidos comprobaban la excusa en toda su plenitud, no habría optado por la circunstancia de la riña, o si, en caso extremo, por la de la provocación, aquí de mayores posibilidades que la excusa.

Ciertamente que la confesión, hecha con los requisitos que fija el artículo 255, constituye una presunción de su veracidad, pero ella se subordina a la inexistencia de prueba contraria, prueba que —por faltar— no pudo ser examinada ni apreciada. No hubo, pues, una valoración equivocada de la confesión.

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, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual condenó a Pablo Rodríguez a la pena de un año de presidio por el delito de lesiones personales en Antonio Beltrán, y que ha sido materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

La Corte ha tenido cierta amplitud en la apreciación de las causales que pueden dar oportunidad al cambio de radicación de un proceso penal, sobre todo cuando son los factores políticos los que intervienen en la presumible falta de independencia de los funcionarios, porque indiscutiblemente estos factores resultan gravemente perturbadores para la rectitud de la justicia. Pero de aquí a considerar que cualquier fenómeno político o la sola calidad del ofendido o del ofensor, por pertenecer éstos a distintos partidos políticos, o por ser uno de ellos miembro de una institución o cuerpo ,v. gr., de la Policía, cuyas actuaciones hayan sido apreciadas de manera opuesta por los que pertenecen a cada uno de los partidos en el lugar donde deba adelantarse el proceso, sean motivo bastante para conceptuar en estos casos de manera favorable al cambio de radicación del proceso, existe notoria diferencia, porque no se ve entonces el elemento que regula y gobierna esta atribución excepcional: la conveniencia para la administración de justicia de que se cambie la radicación del mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El doctor Jaime Ruiz Ojeda, apoderado de Rafael Sánchez Prado, sindicado del delito de homicidio y cuyo sumario se encontraba, hasta el tres de febrero próximo pasado, bajo la jurisdicción del Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja, ha pedido al Ministerio de Justicia el cambio de radicación del citado proceso, y debe la Corte emitir el concepto correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

El peticionario apoya su solicitud en las siguientes razones:

a) En el hecho de que el homicidio de que se sindica al procesado Rafael Sánchez Prado, fue cometido en la persona de un Agente de la Policía Nacional, División Boyacá, y en el de que a la Policía de Boyacá se le han formulado graves cargos por un sector de la opinión política, que alega que "ni su integración, ni sus métodos, constituyen garantía para todos los miembros de la colectividad", al tiempo que otro sector de la opinión contraria ha asumido, pública y notoriamente, la defensa del citado cuerpo armado, relievando lo difícil de su misión en aquel Departamento, por los ataques que recibe cuando trata de restablecer el principio de autoridad.

b) En la circunstancia de que, cuando se trata de una investigación penal en la que figuran unidades de la Policía de Boyacá, bien como sindicados o como víctimas, "se desatan todas las influencias y actividades políticas, para que esa investigación transite por determinados caminos y alcance determinados resultados. Y dentro de ese ambiente de intereses opuestos, quedan ahogadas la eficacia y la imparcialidad de los funcionarios, y de contera la sinceridad, y aun la seguridad personal de los testigos".

Con la petición, acompaña los siguientes documentos:

1º Certificación del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, de fecha tres de febrero del corriente año, en la cual consta:

a) Que el sumario contra Rafael Sánchez Prado por el delito de homicidio cometido en la persona de Rafael Zorro, Agente de Policía, hecho que sucedió en la población de Tuta el 31 de julio de 1949, se encuentra en ese Juzgado.

b) Que el doctor Jaime Ruiz Ojeda, peticionario, es apoderado del sindicado.

c) Que, por tratarse de un homicidio, el conocimiento del proceso corresponde a los Juzgados Superiores, a cuyo reparto será remitido el expediente, una vez evacuadas algunas diligencias pendientes.

2º Declaraciones rendidas por los doctores José del Carmen Mesa, Gonzalo Vargas Rubiano y

Oliverio Perry, ante el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Bogotá, y certificado del funcionario sobre la idoneidad de los declarantes.

El primero de los testigos nombrados, o sea el doctor José del Carmen Mesa, afirma que por percepción propia sabe que la administración de justicia en Boyacá es interferida frecuentemente por las luchas políticas y que cree que en aquel Departamento es muy difícil que la justicia actúe en forma severa e imparcial, cuando la política es el móvil atribuído a un delincuente y termina así: "De acuerdo con lo anteriormente expuesto, si el señor Rafael Sánchez aparece procesado por haber dado muerte a un Agente de Policía, y la causa de esa muerte no registra antecedentes distintos o circunstancias concomitantes a los de la política, estimo no solamente conveniente, sino justo, el que se le juzgue en un ambiente distinto al de Boyacá, para que la imparcialidad sea la norma reguladora de la actividad jurisdiccional".

Por otra parte, el doctor Vargas Rubiano, dice: "Estoy perfectamente al tanto de la situación actual de mi Departamento, y por este conocimiento puedo afirmar que las enconadas luchas de partido han creado un ambiente de exaltación y de belicosidad, muy poco favorable para las altas y serenas decisiones de la justicia penal. Cuando un proceso tiene algo que ver, directa o indirectamente con las pasiones políticas en juego constante, es casi imposible que los funcionarios se desliguen de ese ambiente, y entonces, como lo capta la pregunta que estoy respondiendo, la administración de justicia sufre graves mermas en su eficacia y en su imparcialidad". Luego agrega el mismo declarante: "El hecho de que la víctima del delito imputado al señor Sánchez tenga la investidura de Agente de Policía, y habiendo ocurrido la tragedia por móviles políticos, le dan al proceso penal correspondiente un marcado tinte político, y entonces las consideraciones generales que hice al absolver la pregunta anterior, cobran plena vigencia para este caso particular".

Por último, el doctor Oliverio Perry expresa la misma opinión general de los anteriores declarantes; considera que el clima político existente en Boyacá, dificulta la administración de justicia en forma recta y adecuada, "si en la índole de la cuestión judicial debatida, se asoma el interés o la pasión política"; y concluye: "Si la víctima es una unidad de la Policía, seguramente el proceso está catalogado ya como de índole política, y de parte y parte se procurará explotar esta circunstancia. Por eso creo una medida muy acertada el cambio de sede para el proceso".

Se considera:

Tanto las afirmaciones del doctor Jaime Ruiz Ojeda para solicitar el cambio de radicación del proceso seguido contra Rafael Sánchez Prado, como los testimonios de los doctores Mesa, Vargas Rubiano y Perry, se fundamentan en un principio teórico y abstracto, consistente en que dada la exacerbación y violencia como se libran las controversias políticas en el Departamento de Boyacá, la administración de justicia está interferida por este fenómeno, y, por consiguiente, fácil es colegir la parcialidad de los Jueces de uno y otro sector de la opinión pública para cumplir su trascendental misión de administrar justicia con la más absoluta rectitud y ecuanimidad. De ser ciertos estos factores, o estar ellos debidamente comprobados, es indudable que la facultad concedida en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal tendría adecuada oportunidad para realizar los fines con que medida tan importante debe tomarse. Y comoquiera que la disposición citada apenas exige que se busque para su adopción únicamente la conveniencia para la recta administración de justicia, resulta indicado que se produzcan determinados motivos para que medida de tanta importancia sea favorablemente resuelta.

Sería en extremo peligroso que cuantas veces surgiera en determinada región una exaltación de las pasiones políticas, se vinculara tan estrechamente a ese hecho el órgano jurisdiccional del poder público, que los ciudadanos consideraran factible o posible la vulneración de sus derechos por el conocimiento que de los casos de delincuencia por ellos cometidos tuvieran aquellos funcionarios.

Es indudable que factores de índole política, especialmente cuando las pasiones partidistas se exaltan, en períodos preelectorales o de conmoción interna provocada por aquella causa, implican en muchos casos el peligro de que no se administre rectamente justicia o de que, por lo menos, los encargados de ello puedan ser víctimas de la sugestión del ambiente y obren con parcialidad inadecuada a la fundamental función que les está encomendada.

Mas estos factores abstractos, que en el caso están admirablemente bien discriminados en los testimonios aducidos para establecer los hechos en que se funda la solicitud del cambio de radicación del proceso de que se trata, precisan otros

elementos de juicio que corrsepondan no ya al criterio subjetivo de quienes analizan los fenómenos sociales de una determinada región con un criterio general, sino en relación directa con los casos en donde efectivamente se cumplan aquellos pronósticos de evidente peligro para la administración de justicia.

Afirmar que en todos los casos en que la víctima o el victimario sea un Agente de Policía existe interés político porque en determinada región se presenta disparidad de criterios en la forma como esos servidores públicos hayan cumplido su misión, y que por tal motivo no se administra justicia imparcial, resulta un concepto tan extenso y tan íntimamente vinculado al criterio subjetivo de quienes tal afirmación hacen, que sería excesivamente peligroso convertir ese ilimitado modo de pensar en una razón justa para conceptuar favorablemente al cambio de radicación de un determinado proceso criminal.

Otra cosa es que en realidad de verdad se compruebe que en la administración de justicia del territorio en que tuvo lugar un delito, aparezca una interferencia criminal y perturbadora entre los menesteres de los encargados de tan elevada misión y los de la agitación partidista. Entonces sí es absolutamente indispensable que esta facultad de cambiar la jurisdicción de un proceso, para buscar cauces más honestos y puros a la justicia, tenga cumplido efecto.

Las pruebas aducidas y los argumentos con que el peticionario sustenta su pretensión, no tienen, hoy por hoy, un carácter que implique verdadera conveniencia para la justicia sustraer a sus jueces naturales el conocimiento del negocio contra Sánchez Prado, porque la única razón valedera para ello no es otra que ser la víctima un agente de Policía, y no es posible presumir, en modo alguno, que esa sola calidad o circunstancia constituya de por sí una razón para que todos los funcionarios, o por lo menos los competentes para conocer de ese proceso, puedan ser considerados como vinculados a los opuestos pareceres que las actividades de la Policía de Boyacá hayan podido producir entre los distintos grupos políticos.

Si logra establecerse que efectivamente en la tramitación del proceso de que se trata ocurren hechos que con evidencia demuestran parcialidad en los funcionarios, podrá variarse el concepto. Mientras ello no ocurra, no es posible cubrir con la sospecha y la duda la rectitud, la honorabilidad y la imparcialidad de los funcionarios a quienes corresponda intervenir en el proceso contra Sánchez Prado, porque de otra manera esta medida precautelativa que tiene su fundamento en motivos de orden público e interés social y que solamente cuando ellos aparezcan comprobados puede legalmente tomarse, se convertiría en causa de vituperio para los funcionarios encargados de administrar justicia y tal propósito no fue, sin duda alguna, el que tuvo en mientes el legislador al establecer la excepción de competencia que traduce el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo demás, la Corte ha tenido cierta amplitud en la apreciación de las causales que pueden dar oportunidad al cambio de radicación de un proceso penal, sobre todo cuando son los factores políticos los que intervienen en la presumible falta de independencia de los funcionarios, porque indiscutiblemente estos factores resultan gravemente perturbadores para la rectitud de la justicia. Pero de aquí a considerar que cualquier fenómeno político o tan sólo la calidad misma del ofendido o del ofensor, por pertenecer éstos a distintos partidos políticos, sean factor bastante para conceptuar favorablemente en estos casos, existe notoria diferencia, porque no se ve entonces el elemento que regula y gobierna esta atribución excepcional: la conveniencia para la administración de justicia.

Cuando ocurrencias como éstas se presentan, la doctrina que la Corte ha mantenido, es la siguiente:

"Considera la Sala que los cambios de radicación no se justifican sino cuando verdaderamente resultan con toda claridad los motivos que imponen tal medida, de acuerdo con lo expresado al respecto por la ley. Si por un simple capricho o por cualesquiera temores de los sindicados o procesados, se va optando por realizar tales cambios, indudablemente la recta administración de justicia y los fueros de imparcialidad y pulcritud ética de que debe suponerse revestidos a todos los juzgadores, se afectan grandemente". (GACETA JUDICIAL, Tomo XL, número 1886, página 105).

Por tanto, la Corte, en el actual estado de las diligencias que se han enviado para solicitar el cambio de radicación del proceso contra Rafael Sánchez Prado por el delito de homicidio, EMITE CONCEPTO DESFAVORABLE a que se tome la medida en referencia.

Devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — NO ES CAUSAL DE IMPEDIMENTO LA AMISTAD INTIMA O LA ENEMISTAD GRAVE DEL JUZGADOR CON EL DENUNCIANTE, SI ESTE NO SE HA CONSTITUDO PARTE CIVIL

1. — La ley no incluyó entre las causales de impedimento las relaciones de amistad íntima o de grave enemistad entre el Juez o Magistrado y el denunciante, a menos que éste —si es el caso— se constituya en PARTE PROCESAL.

2. — El hecho de que en un Magistrado concurra o pueda concurrir una causal de impedimento para conocer de un proceso determinado, no es suficiente para que ese Magistrado, en un asunto que no corresponde conocer al Tribunal, se halle también impedido para firmar el auto por medio del cual dicha entidad ordene remitir el denuncio con los documentos del caso al Juez a quien corresponde su conocimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Magistrado doctor José Luis Alandete—por causa de grave enemistad con el denunciante— se declaró impedido para conocer del denuncio que ante el Tribunal Superior de Barranquilla presentó el doctor Santiago Rozo contra el señor Reinaldo Acosta Polo, declaración que los Magistrados restantes de la Sala consideraron infundada.

No obstante que la ley no incluyó entre las causales de impedimento las relaciones de amistad íntima o grave enemistad entre el Juez o Magistrado y el denunciante, a menos que éste —si es el caso— se constituya en **parte procesal**, la Sala considera que es inoportuna e infundada la manifestación del Magistrado doctor Alandete, por las siguientes razones:

a) Al Tribunal se presentó un denuncio contra un empleado judicial que, según los documentos del expediente en formación, no goza de fuero alguno, esto es, no se halla entre los que —de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal— deben ser juzgados por los Tribunales en primera instancia;

b) Repartido el negocio le correspondió al Magistrado doctor Angulo, el que fue pasado con proyecto —según nota del Secretario— primero al Magistrado doctor Amado y luégo al Magistrado doctor Alandete, quien manifestó su impedimento, fundado en que con el denunciante doctor Santiago Rozo hay grave enemistad, y

c) Esta manifestación es extemporánea por dos razones: primera, porque al Tribunal sólo le obligaba, de acuerdo con el artículo 10 del mencionado Código, enviar el denuncio con sus documentos al Juez competente; y segunda, porque, como se dijo, el denunciante, mientras no asuma la calidad de parte civil, es persona extraña al proceso.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es oportuno ni legal el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Alandete.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

LA PRUEBA PERICIAL NO ES LA UNICA EFICAZ PARA COMPROBAR LA VIOLENCIA CUANDO ELLA ES ELEMENTO DEL DELITO. — LAS CONDENACIONES ANTERIORES EN QUE HAYA INCURRIDO EL PROCESADO SOLO PUEDEN DEMOSTRARSE CON LAS COPIAS DE LAS SENTENCIAS

1.—La ley procesal (artículo 311) establece la prueba pericial para comprobar la violencia cuando ella constituye elemento del delito (el robo y la extorsión, por ejemplo), mas ello no significa que esa prueba sea la única eficaz, ya que tratándose de huellas o señales accesibles a los sentidos, la prueba testimonial puede sustituir a la pericial, lo mismo que a la inspección ocular o al reconocimiento judicial, sin mengua alguna de los intereses del procesado y del proceso.

2.—Cuando se trata de probar la circunstancia de mayor peligrosidad, representada en una condena judicial o de policía, anterior al delito que se juzga, es inadmisible la prueba testimonial, porque la sentencia que decreta la condena es un acto procesal de contenido y forma especiales, cuya existencia sólo está garantizada por su incorporación en el proceso en que ella es el último y definitivo episodio y también por su incorporación en los libros copiadores que la ley ordena llevar en los Juzgados, precisamente para que, en caso necesario, sirvan de prueba de su expedición. Los informes oficiales —sean de detectives, secretarios judiciales o de otros funcionarios como los del Gabinete de Identificación— tampoco pueden sustituir a las copias auténticas de los fallos para probar que un procesado ha sido anteriormente condenado.

3.—La REFORMATIO IN PEJUS no juega en casación cuando el recurrente es el procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Ricardo o Ricaurte Rozo Bernal (22 años en 1948, nacido en Bogotá), por medio de apoderado especial impugnó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del siete de mayo del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 2º, Ley 4ª de 1943, y 37 (2º), 398 (4º) y 403 del Código Penal— condenó a Rozo a la pena de dos años y medio de prisión por el delito de robo en perjuicio del patrimonio del señor Jorge Echeverri, cometido en esta ciudad (carrera 12 número 23-86) el cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Con vista en la demanda y en el concepto del Procurador, la Corte decide el recurso en este fallo, ya que se han cumplido todas las condiciones que la ley exige. Como puntos de referencia, eso sí, se resumen en seguida la versión de los hechos y los actos y providencias que afectan el recurso.

I. — El proceso contra Rozo

El día cinco de diciembre mencionado mientras los habitantes estaban ausentes, le fueron sustraídos de su casa, al señor Jorge Echeverri, un radio marca "Zenit", algunos objetos de plata (un plato, una jarra y seis copas), un estilográfico con tapa de oro, una cigarrillera de oro, un prendedor de corbata, y otras cosas.

Iniciada la investigación se comprobaron los siguientes hechos: que—según la inspección practicada por funcionarios del Gabinete Central de Investigación— el autor o autores violentaron la cerradura del portón de la casa, que Ricardo Rozo Bernal dio a Alfonso Patiño el radio y una máquina de escribir para que, con prenda de ellos, le consiguiera una suma de dinero, que la señora Paulina Santander de Buitrago dio a Patiño, con aquella garantía trescientos pesos, y que Rozo había sido condenado por el Juez 3º de Policía a dos años y medio de relegación por el

delito de atraco y varias veces detenido o sumariado sin que se supiera el fallo.

Juzgado Rozo de acuerdo con el Decreto número 4137 de 1948, que ordena adoptar —cuando se trate de delitos contra la propiedad— el procedimiento de la Ley 48 de 1936 sobre vagancia y ratería, el Juez 5º del Circuito Penal de Bogotá condenó a Rozo a dos años y medio de prisión y que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó —sin modificación alguna— el siete de mayo del año pasado.

III. — La demanda

El abogado de Rozo —especialmente acreditado para sustentar la casación— invocó las causales primera, segunda y quinta del artículo 567 del estatuto procesal penal, es decir, la violación de la ley penal, la apreciación errada de las pruebas y la expresión — oscura y confusa — de los hechos que se consideraron probados.

La primera, la funda en que el Tribunal violó los artículos 37 (numeral 2º) del Código Penal, 1º y 2º de la Ley 4ª de 1943, y 147, 223, 224, 261, 266, 298 y 311 del Código de Procedimiento Penal. Las razones que expone, en cuanto a la violación de las normas referidas, son más o menos las siguientes: se aceptó, como prueba de la violencia (elemento del robo), el informe de los funcionarios (dactilóscopo y fotógrafo) del Gabinete Central de Identificación opuestamente a las normas que ordenan prueba especial (inspección y pericia); se sancionó, sin estar legalmente acreditado su elemento esencial, el delito de robo; se tuvieron como antecedentes de mala conducta y de condenas anteriores el informe de los detectives y de los Juzgados sobre detenciones y condena del procesado, y se dio al testimonio de Patiño una credibilidad que no tiene por su interés en la inculpación a Rozo.

La segunda causal la funda en lo siguiente: se le dio al informe del dactilóscopo y fotógrafo del Gabinete Central de Identificación el carácter de dictamen pericial; se dio a simples informes de secretarios judiciales y a prontuarios policivos el valor de sentencias; se dio valor de indicio al testimonio de Alfonso Patiño y crédito al de Fabio Velásquez, y se acogió, como indicio de responsabilidad de Rozo, un pasado judicial tal como se acredita en los informes referidos.

La quinta, finalmente, la funda en que, con violación del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal —sin expresar cuáles son los hechos que tuvo como probados— se limitó a decir que, estudiadas y pesadas todas las pruebas, existen los requisitos que fija el artículo 203 para dictar sentencia condenatoria.

El Procurador, en su respuesta a la demanda, al estudiar las causales primera y segunda, acepta —de conformidad con la doctrina de la Corte— que no se puede agravar la pena con base en una condena sino cuando ella se acredita mediante la copia de la sentencia respectiva, así como tampoco es posible tener como circunstancias de mayor peligrosidad aquellas que se acogieron como indicios de responsabilidad, y rechaza los argumentos del recurrente contra la aceptación del sistema de prueba de la violencia adoptado por el funcionario instructor; solicita, en consecuencia, se invalide parcialmente el fallo recurrido y se reduzca a un año y medio la pena de prisión que se le impuso.

IIII. — Estudio del recurso

Como las razones aducidas para sostener la causal segunda pueden influir, si están fundadas, en la primera, la Sala inicia su estudio en orden inverso, que es —por aquel motivo— el lógico.

a)—Errada apreciación de las pruebas

La tesis del recurrente de que se apreciaron erradamente (por haberles dado un valor de que carecen) los informes de los funcionarios del Gabinete de Identificación sobre la violencia, los de los detectives, secretarios de Juzgados y el mencionado Gabinete sobre antecedentes y condenas y, finalmente, los testimonios de Patiño y Velásquez sobre la responsabilidad de Rozo, y de que, por causa de la errada apreciación de tales pruebas, se le condenó por robo en vez de hurto y se le imputaron circunstancias de mayor peligrosidad inexistentes, esa tesis —se repite— en su generalidad no está conforme ni con la doctrina ni con la ley, como en seguida se explica.

La ley procesal (artículo 311), en efecto, establece la prueba pericial para comprobar la violencia cuando ella constituye elemento del delito, —el robo y la extorsión por ejemplo— mas ello no significa que esa prueba sea la única eficaz, ya que tratándose de huellas o señales accesibles a los sentidos como es el caso, la prueba testimonial puede sustituír a la pericial lo mismo que a la inspección ocular o al reconocimiento judicial, sin mengua alguna de los intereses del pro-

cesado y del proceso. El informe de los funcionarios del Gabinete de Identificación, entidad auxiliar de la justicia, garantiza — de conformidad con el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal — la certeza de que el que substrajo de la casa de Echeverri los objetos mencionados, hizo violencia en la cerradura del portón, es decir, cometió un delito de robo.

No puede aplicarse la misma tesis, cuando se trata de probar la circunstancia de mayor peligrosidad, representada en una condena judicial o de policía, anterior al delito que se juzga, porque la sentencia que decreta la condena es un acto procesal de contenido y forma especiales, cuya existencia sólo está garantizada por su incorporación en el proceso en que ella es el último y definitivo episodio y también por su incorporación en los libros copiadores que la ley ordena llevar en los Juzgados, precisamente para que, en caso necesario, sirvan de prueba de su expedición. Los informes oficiales —sean de detectives, secretarios judiciales o de otros funcionarios como los del Gabinete de Identificación— tampoco pueden sustituir a las copias auténticas de los fallos para probar que un procesado ha sido anteriormente condenado.

No incurrieron en equivocación el Juez ni el Tribunal al dar valor de indicios de la responsabilidad de Rozo a los testimonios de Patiño y Velásquez, ya que ellos no pueden considerarse independientemente del conjunto probatorio del proceso. Rozo, según afirmación de Patiño, dio a éste el radio y la máquina portátil para que, con prenda sobre ellos le consiguiera dinero, Paulina de Buitrago, dio trescientos pesos a Patiño con tal garantía, y Velásquez oyó, en la cárcel, una conversación entre Rozo y Patiño, durante la cual se habló del convenio en relación con el radio y la máquina. Patiño y Velásquez sostuvieron a Rozo, con entereza que sugiere veracidad, sus afirmaciones primitivas, sin que del proceso resulte interés en faltar a la verdad, ya de parte de Patiño cuya posición fue clara desde el principio, ya de parte de Velásquez, a quien ningún vínculo lo ligaba con Rozo ni Patiño.

La Corte, por lo tanto, debe declarar infundada la causal segunda en cuanto a la valoración de la prueba testimonial y al documento de los funcionarios del Gabinete de Identificación en que se certificó sobre la violencia, y fundada en cuanto se le imputó, como circunstancia de mayor peligrosidad, una condena no comprobada mediante la copia auténtica del fallo.

b) Causal primera

Desvirtuadas las objeciones relativas a la prueba pericial como sistema de acreditar la violencia, no hay utilidad, ni aun doctrinaria, en estudiar si el Tribunal violó o no la ley penal (artículos 1º y 2º de la Ley 4ª de 1943), ya que si sancionó el delito de robo en vez del de hurto, y hubiera prueba legal sobre la inexistencia del robo, la causal alegada habría sido la cuarta (nulidad por equivocación en la denominación jurídica de la infracción) y no la primera.

La otra objeción—violación del artículo 37 (2º) del Código Penal por causa de imputación de condena anterior no comprobada legalmente— prospera por las razones expuestas en el estudio de la segunda causal.

c) Causal quinta

El demandante funda esta causal en el pasaje del fallo, en que el Tribunal dice que "la Sala ha examinado y estudiado con la debida atención todas las pruebas y las ha pesado en lo que ellas representan", y que "después de ese examen ha llegado a la certidumbre de que contra Rozo Bernal existen los requisitos exigidos por el artículo 203 para dictar sentencia condenatoria".

Tomada esta afirmación sin relación con los "Resultandos" y "Considerandos" del fallo, la objeción de que no se expresaron clara y terminantemente los hechos que se consideran probados sería fundada; pero aquella afirmación es la conclusión o síntesis del estudio del delito y de la responsabilidad, muy completo en verdad, frente a los datos del proceso; en la sentencia, en efecto, se enumeraron los hechos relativos a la infracción y a la responsabilidad, con la referencia de haber sido probados; se expresaron los fundamentos jurídicos de la calificación de esos hechos, de su imputación a Rozo y de las circunstancias de peligrosidad, y se citaron las disposiciones legales aplicables a la infracción.

El fallo se dictó como lo ordena el artículo 159 invocado en la demanda; la causal quinta no prospera —se deduce— por falta de fundamento legal.

IV. — Decisión del recurso

En consideración a que la objeción, por causa de la imputación de la circunstancia de mayor peligrosidad, es fundada, y de que ello influye

en la sanción, el fallo debe casarse por ese único motivo. La Sala, de acuerdo con el Procurador en cuanto a la pena aplicable, transcribe en seguida las razones por él expuestas para su reducción a año y medio de prisión. Dice así aquel alto funcionario:

"La disposición base es la del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, que señala para el robo pena de uno a ocho años de prisión. Como la circunstancia de mayor peligrosidad que tuvo en cuenta el Tribunal fue la señalada en el numeral 2º del artículo 37 —condenas anteriores—, y ella debe suprimirse, por estar mal apreciada, la sanción hay que aplicarla entonces en su mínimo, ya que no concurren otros factores de los contemplados por el artículo 36 ibídem. Total: un año de prisión. Y como el delito se consumó en un lugar habitado, opera la circunstancia modificadora o específica prevista por el artículo 398, numeral 4º, de la misma obra. Esta modalidad no ha sido combatida en casación, y, por lo tanto, debe quedar en pie. El aumento, por tal agravante, lo hizo el Tribunal en seis meses. En consecuencia, la sanción principal que merece el procesado es la de año y medio de prisión, que se cumplirá en la colonia que determine el Gobierno. (Artículo 3º, Ley 4ª de 1943)".

Anota la Sala que tanto el Juez como el Tribunal sancionaron el delito con base en los artículos 2º de la Ley 4ª y 398 (4º) y 403 del Código Penal, y no en el artículo 404 (3º) del mismo, que es el aplicable; mas como la Corte no puede pronunciarse sobre cuestiones ajenas al recurso, ni la reformatio in pejus juega en casación cuando el recurrente es el procesado, se limita a registrar la equivocada aplicación de la ley penal, sólo subsanable en las instancias.

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, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, materia del presente recurso, en el sentido de reducir a año y medio de prisión la pena impuesta a Ricardo Rozo Bernal por el delito de robo en perjuicio de los intereses del señor Jorge Echeverri.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.



REQUISITOS PARA QUE UN ACTO SEA DELITO.—PRUEBA DEL DOLO

1.—Para que un acto humano se pueda configurar como delito, es necesario que ese hecho conlleve la violación de una norma positiva de la ley penal, presupuesto que entraña la estructuración de los diversos elementos del delito en sus dos aspectos material y subjetivo. En ausencia de cualesquiera de los factores que integran el delito en sus aspectos material, subjetivo y jurídico, el hecho, aunque intrínsecamente sea reprobable, no constituye delito, pues falta uno de los elementos indispensables para que se tipifique como infracción de la ley penal.

La sola estructuración del hecho material no entraña violación de la norma positiva, cuando el elemento subjetivo o intencional en orden a la violación de una norma jurídica tutelada por el estado no se halla demostrado. Dentro de los elementos subjetivos que informan el contenido espiritual del delito, necesariamente debe determinarse el dolo con la concurrencia de sus componentes "voluntad, intención y fin", como lo quiere Ferri. Voluntad en el sentido de que el acto sea aceptado por el agente activo del delito, intención en relación con la ejecución del mismo con el propósito de lesionar un bien protegido por el Estado dentro de las normas positivas; y el fin, en cuanto con él se causa un quebrantamiento del orden jurídico-social existente.

Es evidente que el factor intencional que concurre a la configuración del delito no puede ser conocido —salvo casos excepcionales— mientras no se traduzca en actos externos, pues sólo mediante esas manifestaciones se puede desentrañar el propósito o intención que anima al agente activo del delito, ya que los actos del hombre, en sus diversos aspectos tienen una relación directa con su modo de pensar y de obrar en la ejecución de un hecho determinado.

La intención —se puede decir— es el camino que la voluntad puede seguir hacia la realización de un fin determinado, que en la esfera del derecho penal puede constituir un daño para la sociedad. En estos casos existe una correspondencia absoluta entre el propósito o intención criminal —elemento subjetivo del delito— y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de la norma penal, constituye el delito en su acepción general.

2.—Para que determinado hecho del hombre sea delito, debe llevar en sí mismo la capacidad intrínseca de violar la ley penal, esto es, que se configure como delito. Si el acto del hombre no tiene esa capacidad, el hecho no puede ser delictuoso, aunque se produzca en circunstancias de CONMOCION POLITICA. Las condiciones en que se comete la infracción servirían para determinar la pena según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, pero en ningún caso sirven para tipificar el hecho como violación de la ley penal. Porque esos motivos, esas circunstancias y demás modalidades presuponen un hecho inicial, un hecho base, cual es el delito. Si éste no existe, los factores que lo rodean no tienen valor suficiente para configurarlo como delito.

En todo delito —como antes se expresó— debe existir el elemento intencional o doloso, y, en ausencia de éste, el hecho tampoco es constitutivo de infracción penal.

Es claro que el proceso volitivo de la intención criminal no puede ser conocido sino por la manifestación de actos externos del agente activo del delito, o bien, por el reconocimiento expreso que el mismo acusado haga de sus propias actuaciones; y cuando no hay declaración expresa del autor o autores, ese elemento subjetivo debe demostrarse por las constancias procesales que lleven al juzgador a hacer una afirmación de esa naturaleza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Procurador General de la Nación, con fecha 16 de marzo de 1944, presentó denuncio —ante la Corte— para que se averigüe la responsabilidad en que hubieran incurrido los señores Miguel Roa Medina y Miguel de J. Niño Leal, Magistrados del Tribunal de Tunja; Virgilio J. Suárez, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo; y Baudilio Galán Rodríguez, Magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, por haber suscrito la protesta de febrero 23 de 1944.

Antecedentes

En el proceso adelantado contra los Directores del diario "El Siglo" por los delitos de calumnia e injuria, el doctor Laureano Gómez fue privado de su libertad por orden del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad de Bogotá.

"La decisión del Juez —dice el denunciante— dio motivo para que el mismo diario prenombrado concitara, en vehementes y violentos términos, a los asociados para que desconocieran las autoridades y para que señalaran como tiznados por muchos delitos a varios funcionarios que ocupan preeminentes posiciones en la administración pública".

"Conjuntamente con esas incitaciones, el Directorio Nacional Conservador particularizó la concitación a los Magistrados, Jueces y Fiscales de filiación conservadora para que cometieran el delito de abandonar sus puestos y para que incurrieran en la infracción penal de rehusar la ejecución de los actos adscritos por la ley a sus respectivos cargos".

La protesta de los funcionarios acusados dice:

"Los suscritos Magistrados, Jueces, Fiscales y funcionarios judiciales de Boyacá, declaramos: La República que mancha sus tradiciones, su escudo y su bandera con la libertad de los criminales y la prisión de los paladines de la virtud, el patriotismo y el decoro, como el doctor Laureano Gómez, no es la patria en cuyo nombre **venimos sirviendo la justicia.** Mientras el imperio de ésta no se restablezca con la detención de los delincuentes y la libertad de los hombres honrados, mantendremos viva la protesta airada que enfáticamente hacemos ante la nación por los atropellos cometidos, y seguiremos gustosos a los restauradores de la dignidad nacional. — Tunja, febrero 10 de 1944.—Miguel A. Roa Medina, Miguel de J. Niño Leal, Virgilio J. Suárez, Baudilio Galán Rodríguez."

"A nadie puede ocultarse la gravedad de los hechos que se denuncian —dice la Procuraduría— que tan justamente tienen alarmado al país, porque si los **Magistrados y los Jueces resuelven que no ejercen su ministerio de la ley, sino como personas de un partido político, dispuestos a atender las insinuaciones de los Directorios políticos,** y a secundar en alguna forma los planes que tales entidades se propongan llevar adelante, entonces vendría a quebrantarse y a ponerse seriamente en peligro una de las condiciones fundamentales de existencia en cualquier país medianamente organizado". Y más adelante expresa:

"En vista de las consideraciones anteriores me creo en el deber ineludible de promover, como en efecto promuevo, ante vosotros acción penal contra los Magistrados del Tribunal Superior de Tunja, Miguel Roa Medina y Miguel de J. Niño Leal, contra el Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, Virgilio J. Suárez y contra el Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Tunja Baudilio Galán Rodríguez, por alguno de los delitos de que trata el Capítulo VI del Título III, Libro II del Código Penal".

Auto de proceder

Perfeccionada la investigación, la Corte, en providencia de catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, por mayoría de sus miembros, llamó a responder en juicio criminal a los doctores Miguel Roa Medina, Miguel de J. Niño Leal, Virgilio J. Suárez y Baudilio Galán Rodríguez, "como infractores de alguna o algunas de las disposiciones contenidas en el capítulo VI del Título III, Libro II del Código Penal, que trata de los abusos de autoridad y otras infracciones".

La Sala hizo la imputación de que los funcionarios acusados habían cometido un delito de abuso de autoridad por haber intervenido en un debate político, pues la protesta, producida en un ambiente de agitación, causado por la detención del doctor Laureano Gómez, no implica otra cosa que una intervención en un debate de este género.

De allí que en el auto de proceder se consignaran estos conceptos:

"Tomando esa protesta como separada del am-

biente en que se produjo, quizás pudiera aceptarse la razón de los Magistrados firmantes, de que no estaban obligados a prescindir de sus opiniones políticas ni, por consiguiente, les estaba vedado protestar por un hecho escandaloso, que violaba, en su concepto, las bases fundamentales de la organización política nacional. **Pero dejándola en el medio que la determinó,** no hay duda de que los funcionarios acusados intervinieron en un debate de carácter eminentemente político".

"...Ahora, que la declaración de los acusados se hizo con móviles partidistas, lo demuestran dos hechos irrecusables: el primero, que fue **"autorizada por todos los Magistrados, Jueces y empleados subalternos conservadores** de este Distrito, como lo dice el Fiscal del Tribunal de Tunja; y el segundo, que la **declaración-protesta fue llevada** a "El Siglo", periódico oficial del partido conservador, por uno de los Magistrados firmantes con el objeto de que se diera a la publicidad, de acuerdo con el deseo de sus autores".

La mayoría de la Corte tuvo en cuenta la prueba indiciaria para dictar auto de proceder en contra de los Magistrados, cuando expresa:

"Se explica la mayoría de los Magistrados que dos de ellos salvaran el voto, porque esa convicción no se forma por prueba directa, sino por prueba indiciaria, dado que los propósitos e intenciones no se conocen ni se pueden conocer sino por circunstancias exteriores del agente o del acto".

Los indicios se reducen a tres, así:

a) "El primer indicio de que la protesta fue política es el conocimiento que los Magistrados tuvieron de lo sucedido y, sobre todo, de los encendidos escritos del periódico del partido conservador, en que se relataba lo ocurrido con el jefe de aquel partido, se ordenaba **decretar la huelga judicial y se mantenía a los afiliados alerta** para llegar hasta las medidas de fuerza, hasta la guerra civil si fuere necesario.

b) "Otro indicio manifiesto de que la protesta se produjo al calor de la exacerbación que el hecho de la detención del doctor Laureano Gómez produjo en los firmantes y por las insinuaciones del Directorio y del periódico, **es la coincidencia de los términos de la proclama —de todos ellos— y los que trae el periódico.**

c) "Un tercer indicio es el hecho de que el mentado periódico habla del conservatismo y de los conservadores, incita a los Jueces y Magistrados conservadores a **decretar la huelga,** habla de saboteadores liberales, y ataca al partido liberal fuertemente. Ahora bien, la protesta fue concebida y autorizada por "los Magistrados, los Jueces y empleados subalternos conservadores" del Distrito de Tunja".

Salvamento de voto

Esta providencia—auto de proceder—fue adoptada por mayoría de la Sala, y dos de sus magistrados, por no estar de acuerdo con esta determinación salvaron su voto, porque "la declaración de los funcionarios acusados, por su redacción y por las finalidades que con ella se perseguían—clamar contra la injusticia que en concepto de ellos se había cometido por un juez de Circuito de Bogotá— no puede considerarse como una intervención de estricto sentido político".

Terminadas las diligencias referentes al juicio, el Magistrado ponente llevó a la consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, y como la mayoría de los Magistrados no estuvieran de acuerdo con la ponencia, pasó el negocio al Magistrado que le sigue en turno para redactar el fallo correspondiente.

Se considera:

Para que un acto humano se pueda configurar como delito, es necesario que ese hecho conlleve la violación de una norma positiva de la ley penal. Presupuesto que entraña la estructuración de los diversos elementos del delito en sus dos aspectos material y subjetivo. En ausencia de cualesquiera de los factores que integran el delito en sus aspectos material, subjetivo y jurídico, el hecho, aunque intrínsecamente sea reprobable, no constituye delito, pues falta uno de los elementos indispensables para que se tipifique como infracción de la ley penal.

La sola estructuración del hecho material no entraña violación de la norma positiva, cuando el elemento subjetivo o intencional, en orden a la violación de una norma jurídica tutelada por el estado, no se halla demostrado. Dentro de los elementos subjetivos que informan el contenido espiritual del delito, necesariamente debe determinarse el dolo con la concurrencia de sus componentes "voluntad, intención y fin" como lo quiere Ferri. Voluntad en el sentido de que el acto sea aceptado por el agente activo del delito; intención en relación con la ejecución del mismo con el propósito de lesionar un bien protegido por el Estado dentro de las normas positivas; y el fin, en cuanto con él se causa un quebrantamiento del orden jurídico-social existente.

Es evidente que el factor intencional que concurre a la configuración del delito —salvo casos excepcionales— no puede ser conocido mientras no se traduzca en actos externos, pues sólo mediante esas manifestaciones se puede desentrañar el propósito o intención que anima al agente activo del delito, ya que los actos del hombre en sus diversos aspectos tienen una relación directa con su modo de pensar y obrar en la ejecución de un hecho determinado.

La intención — se puede decir — es el camino que la voluntad puede seguir hacia la realización de un fin determinado, que en la esfera del derecho penal puede constituir un daño para la sociedad. En estos casos existe una correspondencia absoluta entre el propósito o intención criminal —elemento subjetivo del delito— y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de la norma penal, constituyen el delito en su acepción general.

Frente a estos conceptos debe examinarse el acto de los Magistrados acusados para saber si el hecho a ellos imputado es o no constitutivo de un delito. Dice la constancia:

"Los suscritos Magistrados, Jueces, Fiscales y funcionarios judiciales de Boyacá, **Declaramos:**

La República que mancha sus tradiciones, su escudo y su bandera con la libertad de los criminales y la prisión de los paladines de la virtud, el patriotismo y el decoro, como el doctor Laureano Gómez, no es la patria en cuyo nombre venimos sirviendo a la justicia. Mientras el imperio de ésta no se restablezca con la detención de los delincuentes y la libertad de los hombres honrados mantendremos viva la protesta airada que enfáticamente hacemos ante la nación por los atropellos cometidos y seguiremos gustosos a los restauradores de la dignidad nacional. — Tunja, febrero 10 de 1944".

Esta declaración fue hecha por los firmantes a raíz de la detención dictada por uno de los jueces de Circuito de Bogotá en contra del doctor Laureano Gómez. Constancia — en sentir de la mayoría de los magistrados de la Sala — que no contiene ninguna declaración de carácter político, ni constituye un hecho de aquellos que están sancionados por la disposición del artículo 180 del Código Penal como intervención en un debate político.

Ella sólo implica una protesta. Porque la detención constituía para ellos un error de la justicia, cometido en contra de una persona, que en su concepto no debía ser detenida. Por eso dicen: "mientras el imperio de ésta (la justicia) no se restablezca con la detención de los delincuentes y la libertad de los hombres honrados, mantendremos viva la protesta airada que enfáticamente hacemos ante la nación por los atropellos cometidos". Y tan no tiene el carácter de política, ni constituye intervención en debate político, cuanto que la Corte en el auto de llamamiento a juicio dice:

"Tomando esta protesta como separada del ambiente en que se produjo, quizá pudiera aceptarse la razón de los Magistrados firmantes, de que no estaban obligados a prescindir de sus opiniones políticas ni, por consiguiente, les estaba vedado protestar por un hecho escandaloso que violaba, en su concepto, las bases fundamentales de la organización política nacional. Pero dejándola en el medio que la determinó, no hay duda de que los funcionarios intervinieron en un debate, de carácter eminentemente político".

Precisamente ésta fue la tesis de los Magistrados que salvaron su voto. La protesta en sí—como lo dice la mayoría— no constituye un acto de intervención en política, y la circunstancia de que ella se hubiera producido en un ambiente de "conmoción política" tampoco le da al hecho carácter de delictuoso, porque no son las circunstancias ambientales las que configuran el hecho como infracción de la ley penal, sino el hecho en sí mismo o el acto del hombre independiente de toda consideración que lo rodee.

Para que determinado hecho del hombre sea delito, debe llevar en sí mismo la capacidad intrínseca de violar la ley penal, esto es, que se configure como delito. Si el acto del hombre no tiene esa capacidad, el hecho no puede ser delictuoso, aunque se produzca en circunstancias de **conmoción política.** Las condiciones en que se comete la infracción servirían para determinar la pena según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, pero en ningún caso sirven para tipificar el hecho como violación de la ley penal. Porque esos motivos, esas circunstancias y demás modalidades presuponen un hecho inicial, un hecho base, cual es el delito. Si éste no existe, los factores que lo rodean no tienen valor suficiente para configurarlo como delito.

En todo delito —como antes se expresó— debe existir el elemento intencional o doloso, y, en ausencia de éste, el hecho tampoco es constitutivo de infracción penal. Es necesario, pues, examinar

este factor subjetivo para hacer la afirmación de que la declaración protesta constituye un delito. Es claro que el proceso volitivo de la intención criminal no puede ser conocido sino por la manifestación de actos externos del agente activo del delito, o bien, por el reconocimiento expreso que el mismo acusado haga de sus propias actuaciones; y cuando no hay declaración expresa del autor o autores, ese elemento subjetivo debe demostrarse por las constancias procesales que lleven al juzgador a hacer una afirmación de esa naturaleza.

En relación con el factor intencional dicen los funcionarios acusados:

Baudilio Galán Rodríguez:

"La única y exclusiva intención de mi protesta fue la de hacer una reparación pública ante la majestad de la Patria **por la violación flagrante de la Ley** consumada por el Juez Caicedo Lozano. Con posterioridad a la declaración que suscribí, tuve noticia de la orden emanada del Directorio Nacional Conservador. Es obvio que mi protesta no tuvo origen en ninguna orden de directorios políticos, pues bien comprendo que los funcionarios públicos no pueden ni deben acatar órdenes salidas de tales directorios y que los que administramos justicia solamente debemos acatar la constitución y las leyes de la República. (Página 36, cuaderno 1º)".

Y más adelante expresa: "Mi declaración no tuvo ni tiene carácter político. Dicha declaración tuvo origen, como ya he dicho atrás, en la violación de la ley cometida por el Juez Caicedo Lozano. Mi declaración fue una declaración jurídica y nada más que jurídica".

Miguel de J. Niño Leal dice:

"Claro que nuestra intención, al menos la mía, fue darla a la publicidad con la finalidad de que el país se diera cuenta de que había jueces en Colombia que sabían hacer pública fe del cumplimiento de la constitución y leyes de la República; y para hacer presente que la justicia, por más que en una hora desgraciada hubiera sufrido eclipse, no se derrumba en nuestras manos".

Y posteriormente afirma: "'Amigo como soy de las disciplinas jurídicas juzgué el acto judicial del Juez así como el señor Procurador General de la Nación dijo con motivo de este mismo acto (arresto del doctor Laureano Gómez) que la justicia se derrumba, yo juzgué con mis compañeros que este acto no era justo, no era legal, ocasionando por lo mismo alarma social. Con actos de esta naturaleza, todos los ciudadanos sienten su propia seguridad amenazada, y naturalmente nosotros que formamos parte del Poder Judicial teníamos que decirle a esa ciudadanía que sus fueros, que sus libertades en nuestras manos no se violarían por cuanto obrábamos con sujeción a la Constitución y a la Ley".

Virgilio J. Suárez:

Al ser preguntado por el motivo que lo indujo a firmar la protesta dice que fue "el movimiento general que produjo la detención que en mi sentir **fue arbitraria"**, y más adelante expresa: "creo que una persona en su calidad pura de Magistrado no puede hacer declaración alguna de carácter político, por cuanto con ésta traicionaría precisamente el deber que tiene de estar al margen de la política cuando en sus manos se encomienda la administración de justicia. Pero sí creo que se pueden criticar ciertos actos judiciales cuando ellos entrañan errores".

Miguel A. Roa Medina dice:

"La declaración denunciada no la hicimos como conservadores, ni como políticos; al contrario como ciudadanos y no cualesquiera, sino como funcionarios del Organo Judicial, para darle mayor autoridad a lo dicho y tranquilidad a los espíritus agitados. No nos dirigimos a directorio político alguno, ni a personaje o funcionario determinado, sino a la nación, sentando un principio que deben seguir los funcionarios judiciales de todo el mundo: "libertad para los hombres de bien, los criminales a la cárcel". No nos propusimos, yo al menos, ningún otro fin distinto de salvar a la justicia de sus errores y a la patria de la inversión de valores, que llevan al desorden y al caos".

Esta es en síntesis la intención de la protesta. Este fue el pensamiento de los Magistrados y a ese elemento subjetivo debe dársele preponderancia principal, cuando de las constancias procesales no es posible llegar a una conclusión distinta. Protestaron por un acto de un funcionario de la rama jurisdiccional que en su sentir constituía una detención arbitraria, pero no por un hecho de carácter político. La protesta fue un acto propio y expontáneo de los Magistrados, causado por la orden de detención, pero no sugerido ni formulado por ninguna directiva política.

"La declaración de los funcionarios acusados —dice el salvamento de voto— por su redacción y por las finalidades que con ella se perseguía —clamar contra una injusticia que en concepto de ellos se había cometido por un juez del Circuito de Bogotá— no puede considerarse como

una intervención de estricto sentido político. Juzgada por su contenido como un simple concepto personal de los firmantes, indebido desde luego, pero no formulada como actividad propia de miembros de una determinada fracción política, lo cual no está establecido, resultaría excesivo considerarlos responsables de actos ajenos a sus actividades, realizados por quienes eran libres para hacerlo. Es verdad que aquella manifestación fue alabada por el Directorio Nacional Conservador y publicada en el periódico "El Siglo", pero estas dos circunstancias no constituyen plena prueba de que la protesta en sí pueda considerarse como un acto delictuoso de los que contempla el artículo 180 del Código Penal. Otra sería en nuestro concepto la situación si aquellos empleados hubieran ejecutado su protesta en su carácter de miembros de un partido político, pero esta actividad así realizada no se ha establecido por medio de la prueba en el proceso y podría resultar desmesurado darle ese alcance".

Es claro que los Magistrados acusados criticaron una actuación judicial, pero esta crítica no es constitutiva de delito. Indudablemente que éste no era el medio más apropiado para censurar los actos de un funcionario: lo más correcto es formular el respectivo denuncio para que se sancione al Juez que infringe la ley penal con menoscabo de las garantías individuales. De aceptar que toda protesta o crítica de un funcionario de la rama jurisdiccional o de una corporación de esta naturaleza constituye delito de intervención en política, indudablemente muchos serían los funcionarios o corporaciones acusados por estos delitos. La crítica o censura, independiente de toda consideración política, no tiene el poder suficiente para convertir ese hecho en una infracción de la ley penal.

El hecho de que la protesta se hubiera producido después de que los Magistrados tuvieron conocimiento de la detención del doctor Laureano Gómez, no le da al acto el carácter de intervención en política. Porque era natural que no hubiera existido protesta si la providencia del Juez no se hubiese conocido. Lo que ocurre es que la protesta no tiene sentido político sino que ella envuelve una crítica a la providencia del Juez por ser en concepto de quienes la suscribieron arbitraria la detención, y esta crítica jurídica no contiene en sí los elementos que configuran un delito de abuso de autoridad por intervención en política.

La circunstancia de que los periódicos dieran publicidad notoria al hecho de la detención, y el de que la protesta se hubiera escrito dentro de ese ambiente, tampoco le dan al acto el carácter de delito, porque esos hechos son independientes en sí mismos de la infracción. El delito —se repite— no se configura por factores ambientales o extraños al acto inicial, pues para que exista con tal carácter es indispensable que el hecho, como acto humano por ser violatorio de una norma penal, se configure como delito.

En estas condiciones la protesta no constituye delito.

En relación con los indicios se hacen estas observaciones:

a) En cuanto al primero era natural que la protesta de los funcionarios se produjera, cuando tuvieron conocimiento de la detención del doctor Gómez, pero esa protesta no constituye intervención en debate político. Protestaron sí, porque —en su concepto— el auto de detención era injurídico y constituía un baldón para la justicia que también administraban como funcionarios de la rama jurisdiccional.

b) Que la protesta se produjo "al calor de la exacerbación que el hecho de la detención del doctor Laureano Gómez produjo en los firmantes y por las insinuaciones del Directorio Nacional Conservador y del periódico "El Siglo" es un hecho que no está plenamente demostrado para proferir un fallo en contra de los acusados. Porque el Directorio Nacional Conservador insinuó la "huelga judicial", pero ese hecho no fue acatado por ningún funcionario de la rama jurisdiccional. No hubo huelga, por tanto, la insinuación no tuvo valor alguno como móvil de la protesta.

c) La circunstancia de que el periódico hablara del conservatismo y de los conservadores, y de que las personas que suscribieron la protesta sean funcionarios conservadores, no es indicio en concepto de la mayoría de la Sala, para deducir responsabilidad. Esos hechos son factores extraños al acto de los funcionarios acusados, pues la intención de las personas que firmaron la protesta no fue la de violar la ley penal como se deduce del examen de las respectivas indagatorias.

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 absuelve a los doctores Miguel Roa Medina, Miguel de J. Niño Leal, Virgilio J. Suárez y Baudilio Galán Rodríguez de los cargos que se les formularon en el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Angel Martín Vásquez — Con salvamento de voto, **Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre**—Con salvamento de voto, **Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES GOMEZ PRADA Y BRUNO

Con el mayor respeto por la opinión de la mayoría de la Sala Penal salvamos nuestro voto en el anterior fallo, porque opinamos que sí hubo delito en la actuación de los funcionarios acusados.

Pero como el objeto de un salvamento de voto es apenas el de señalar las razones que sirven de base a la discrepancia de una decisión, no consideramos oportuno reproducir el proyecto rechazado, sino condensar y eso brevemente aquellas razones, y pretermitiendo todos los puntos de doctrina que hubieron de estudiarse por los alegatos de los interesados.

El código penal considera como abuso de autoridad el hecho de que un funcionario o empleado público forme parte de un directorio político o intervenga en debates de ese carácter.

Los elementos de la infracción se dejaron analizados en el auto de proceder, por el aspecto legal, y aquí sólo haremos algunas anotaciones sobre el de la responsabilidad, que descansa en dos bases: en que sí hubo un debate político y en que los funcionarios tomaron parte en él.

Hubo un debate político, porque con motivo de la detención del jefe reconocido de un partido político, su Directorio incitó a los funcionarios a cometer el acto ilícito de declarar la huelga judicial; el periódico considerado como vocero del mismo invitó a libertar por la fuerza al detenido; declaró que el país estaba al borde de la guerra civil; ordenó esperar órdenes del Directorio de aquel partido; y relató cómo se habían producido manifestaciones públicas numerosas y cómo en ellas se habían pronunciado encendidos discursos, en suma, cómo se había conmovido la opinión pública a causa de la detención del jefe del partido.

Y fue dentro de ese ambiente y dentro de ese debate cómo y cuándo escribieron los funcionarios su airada protesta, como no es necesario repetirlo ni demostrarlo.

Ahora, que tal declaración la hicieron, no como particulares, sino como funcionarios y con carácter político de intervención en el debate candente que se había suscitado, lo prueban varias circunstancias, tales como el conocimiento de lo sucedido en Bogotá con motivo de la detención del doctor Laureano Gómez; la coincidencia de los términos de la protesta con los términos empleados en el periódico atrás citado; la de que la causa de la agitación pública encendida de que se trata fue enteramente política, ocasionada por la detención del jefe de un partido político; y, en fin, lo que al respecto afirma el señor Fiscal del Tribunal de Tunja

"Con motivo de la detención del doctor Laureano Gómez —dice— que tan profundamente conmovió al país, la prensa y la radio lanzaron entre otras noticias sensacionalistas la de que habría una huelga de los miembros conservadores del Organo Judicial y aun llegó a informarse que los Magistrados de la Corte la habían iniciado y la estaban propiciando, lo que dio margen para que, dentro del natural revuelo y agitación del momento, los funcionarios de aquí acordaran reunirse para adoptar una determinación al respecto".

Cabe agregar, se dijo en el auto de 28 de abril del año antepasado, que si no hubiera sido política la protesta, no se explicaría que se hubiera llevado al periódico oficial del partido, que agitaba la opinión pública con motivo del suceso que la originó; ni que hubiera recibido las alabanzas del periódico y del Directorio del partido, como que habían cumplido las órdenes o deseos manifestados por ellos, en la forma que creyeron más oportuna y conveniente. De esa suerte, aunque esas alabanzas fueron posteriores y no constituyen un indicio distinto, se enlazan y refuerzan el hecho principal que ahora se destaca, de que una manifestación política se lleve al diario del partido para que se conozca profusamente, como aporte obediente a los mandatos de un Directorio político.

Así, pues, resulta plenamente demostrado que los sindicados, siendo funcionarios públicos, carácter que está debidamente acreditado, intervinieron en un debate político. En consecuencia, el fallo debía ser condenatorio.

Los puntos de que la protesta se hizo como he-

cho jurídico y no político, que no la hicieron como miembros de un partido y que no está acreditado el dolo, fueron analizados debidamente en las providencias enjuiciatorias. Sólo resta añadir, sobre este último punto del dolo, que él se conoce por las manifestaciones exteriores y que, dado el hombre tal cual es, hay que suponer que obra sabiendo lo que hace, que cuando consiste en un hecho vedado por la ley, constituye el dolo, según comentarios de Carrara y Alimena. Sobre el particular se copió en aquellas providencias el siguiente aparte del concepto fiscal:

"La elevada posición judicial que ocupaban.... los Dres. Miguel A. Roa Medina, Miguel de J. Niño Leal, Virgilio J. Suárez y Baudilio Galán Rodríguez como magistrados de un tribunal de justicia; la presunción de que esa dignidad supone sobresalientes condiciones en las disciplinas jurídicas; el estar prohibido a los empleados públicos ejecutar actos para los cuales no los autoriza la ley; el no poder ellos intervenir en debates políticos, fuera del ejercicio del sufragio; el congregarse especialmente para redactar una declaración de carácter partidista, en momentos en que estaba encendido en el país un trascendental debate de esta naturaleza; el llevar personalmente uno de aquellos magistrados ese documento a las oficinas del órgano más autorizado de un partido beligerante con el fin de darlo a conocer de toda la nación; el daño social que ese proceder de los magistrados ocasionó, todo esto significa que tales funcionarios infringieron la ley penal con pleno conocimiento de la ilicitud del hecho".

Dejamos así expresado nuestro pensamiento. Bogotá, 27 de marzo de 1950.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada.

REINCIDENCIA

No se puede, de conformidad con la norma del artículo 35 del C. P., tomar como base de reincidencia la condena por homicidio o heridas cuando su ejecución fue provocada; pero ello no excluye —como la jurisprudencia lo ha aceptado— el que esa condena sea imputable con el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Rafael A. Loaiza Giraldo (21 años en 1947), impugna ante la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del veintiseis de marzo del año pasado, por la cual —con fundamento en los artículos 28, 35 y 373 (2º) del Código Penal— le impuso ocho meses de prisión, como responsable de las lesiones que causó a Antonio Lazo, la noche del veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta y siete, en la población del Corregimiento de Samaria, Municipio de Filadelfia.

Como la demanda se presentó dentro del término legal, la Corte decide el recurso en el presente fallo, previa referencia a las tesis expuestas por el Procurador y el demandante y a los actos y providencias que con él se relacionan.

I. — El proceso contra Loaiza

El delito —según la versión del Tribunal— se cometió por las causas y con las circunstancias que se resumen en seguida:

"En las primeras horas de la noche del día veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta y siete, subía el señor Salomón Loaiza del camino que conduce al paraje de "La Vasconia", en el Corregimiento de Samaria, comprensión del Municipio de Filadelfia, hacia el centro de dicho caserío, acompañado de algunos amigos y de su padre, señor Eleázar Loaiza. El citado Salomón venía herido y se comentaba que se debía esto a un encuentro a mano armada sostenido con el señor Héctor López. Un poco menos de media cuadra le faltaba al mencionado Salomón para llegar a la plaza del caserío cuando de una tienda o cantina, salió armado de una peinilla y en su busca, el señor Antonio Lazo, quien se dice es tío o hermano del anterior contrincante de Loaiza, señor Héctor López. Lazo no le tiró al mentado Salomón, pero sí le decía frases como esta: "Salomoncito, dé un peinillazo", sin duda reclamándole por el anterior encuentro con su familiar, López. Salomón no dio, o no se le permitió que diera importancia a tales desafíos, pero en ese preciso momento, el señor Rafael Loaiza Giraldo, su hermano legítimo que estaba en tienda o cantina de su propiedad, situada a pocos pasos de donde iba desafiando el citado Lazo, salió con una peinilla y le propinó un golpe a éste, quien volteó a entenderse con su contrario, pero viendo sin duda la situación un poco difícil que se le presentaba optó por huír siendo perseguido un corto trayecto por su heridor Rafael Loaiza".

Iniciado el proceso por el Inspector de Samaria y desarrollado por el Juez Promiscuo del Circuito de Neira, se dictaron las siguientes providencias:

a) El auto de calificación del sumario, del veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, en el que se reconoció que la agresión de Loaiza a Lazo tuvo su origen en el estado de ira o intenso dolor que en Loaiza produjo el ataque de Héctor López, pariente cercano de Lazo, en su hermano Salomón Loaiza, y quien en aquel momento llegaba herido al poblado;

b) La sentencia de primer grado, del veintiuno de julio del año antepasado (1948), por la cual se condenó a Loaiza, con aplicación de los artículos 28, 36 (gravedad del delito) y 373 (2º) a la pena de seis meses de prisión.

c) La sentencia de segundo grado, del veintiseis de mayo del año pasado, por la cual —en consideración a que el Juez de Salamina y el Tribunal de Manizales lo habían condenado an-

teriormente (mayo y agosto de 1944) por el mismo delito de lesiones pero en riña— aumentó a ocho meses el tiempo de la pena, y

d) Los autos del Tribunal y de la Corte, del cinco de mayo y cinco de julio del año pasado, por los cuales el primero concedió y la segunda admitió el recurso de casación contra el fallo de segundo grado.

III. — La demanda

La demanda —con base en la causal primera— persigue la reducción de la pena a cuatro meses y la concesión de la condena condicional, fundadas ésta y aquélla en las razones que a continuación se transcriben:

"El Tribunal Superior —dice el demandante— violó el artículo 35 del Código Penal, porque en su sentencia — que reformó la del Juzgado — le aumentó a mi defendido, señor Rafael Loaiza, cuatro meses de prisión, apreciando **también erradamente** el valor que contra él pudiera tener para el caso especial, la sentencia que antes había proferido el Juez de Salamina ,condenándolo a **tres meses de prisión,** habida consideración a la riña, que fue probada en esta causa, y naturalmente sirvió como atenuante. Lo cual quiere decir que para la calificación de la pena que debiera imponerse a Loaiza, la sentencia tantas veces citada, no podía tenerse en cuenta.

"Además —añade— se violó el artículo 28 del Código Penal, porque la pena que le correspondía al acusado no podría exceder de la tercera parte, de la mínima, es decir cuatro meses, deducidos del año señalado. Y digo que apenas cuatro meses, pues no había razón para el aumento, invocándose lo dispuesto por el artículo 34 de la obra citada".

El Procurador, en consideración a que el delito sancionado en agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro fue cometido en riña imprevista, y a que, además, el juzgado en este proceso lo cometió en virtud de una provococión grave e injusta, acepta que el Tribunal no podía—por mandato expreso del art. 35— tener a Loaiza como reincidente, y pide se reduzca a seis meses la pena, ya que —dada la gravedad del delito— no puede fijarse el mínimo.

IIII. — Decisión del recurso

La principal objeción dirigida a la sentencia es la de que el Tribunal violó la ley penal (artículo 35) al agravar la pena imputando a Loaiza una primera reincidencia deducida de las ya mencionadas sentencias del Juez de Salamina y del Tribunal de Manizales. La objeción, según lo que va a exponerse, es justa.

El Juez, en su sentencia del diez de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro confirmada por el Tribunal, individualiza así la pena entonces impuesta a Loaiza por las lesiones causadas a Jesús María Orozco:

"Conforme a los artículos 384 y 385 del Código Penal existen dos modalidades atenuantes del ilícito aquí estudiado, pues se realizó en los eventos de una riña imprevista y no fue posible determinar individualmente al autor. De acuerdo con las disposiciones legales citadas, la pena principal deberá sufrir dos rebajas sucesivas de mitad y mitad, quedando automáticamente reducida a la cuarta parte, de lo que era. Y como el delito está especificado por el artículo 373, inciso 2º del mismo Código, la sanción mínima para Loaiza en atención a su buena conducta, es de un año de prisión y multa de cien pesos, que reducida conforme a las normas anteriores queda **en tres meses de prisión,** o sean cuatro meses y medio de arresto hecha la conversión legal, y multa de veinticinco pesos. Pero habida consideración de su personalidad no peligrosa resulta oportuno concederle la gracia de la condena condicional".

"El artículo 35 del Código Penal violado dice: 'Al aplicar las disposiciones de los incisos 1º y 2º del artículo anterior, no se tendrán en cuenta las contravenciones, los delitos culposos, los delitos contra la disciplina militar, los delitos políticos cometidos sin homicidio, incendio, saqueo o robo, el homicidio y las heridas cuando haya mediado provocación o haya habido exceso en la defensa o en el estado de necesidad, y los delitos cometidos por menores de diez y ocho años'.

No se puede, pues, de conformidad con la norma transcrita, tomar como base de reincidencia la condena por homicidio o heridas cuando su ejecución fue provocada; pero ello no excluye —como la Jurisprudencia lo ha aceptado— el que esa condena sea imputable con el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad. Si al Tribunal, por lo expuesto, no era dable aplicar el artículo 35, so pena de incurrir —como incurrió— en violación de la ley penal, sí podía —en cambio— imponer una sanción superior al mínimo, no sólo en atención a la condena anterior, sino también a la gravedad y modalidades del delito,

hecho que —por otra parte— impide la concesión de la condena condicional.

Fundada como ha sido, en cuanto a la agravación de la pena por causa de la reincidencia, la causal invocada, debe reducirse el tiempo de pena que por esa causa se impuso.

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, **casa parcialmente** la sentencia recurrida, en el sentido de disminuír a seis meses de prisión la pena impuesta, así como el tiempo de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

PARA QUE EN JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO PUEDA HABER LUGAR A LA APLICACION DE LA CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA REGULADA POR EL ARTICULO 28 DEL C. P., ES NECESARIO QUE EN EL VEREDICTO SE HAYA RECONOCIDO EXPRESAMENTE QUE LA PROVOCACION FUE GRAVE E INJUSTA, Y NO BASTA QUE SE HAYA RECONOCIDO SOLAMENTE SU GRAVEDAD O SU INJUSTICIA. — COPARTICIPACION PRINCIPAL.—CUANDO VARIAS PERSONAS PARTICIPAN EN LA EJECUCION DE UN DELITO, CON LA ACTIVIDAD ADECUADA AL PROPOSITO PERSEGUIDO, TODAS SON SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES, CUALQUIERA QUE SEA EL RESULTADO DE SU ACTIVIDAD

1—El jurado en la respuesta al cuestionario propuesto admitió la responsabilidad de los procesados, agregando uno de los términos del artículo 28 del C. P. (la gravedad de la provocación). El silencio respecto del otro término (la injusticia de la misma provocación excluye la atenuante?

Se responde:

La injusticia en la provocación no es una modalidad extraña a los estados emocionales-pasionales de la ira o el intenso dolor, porque la existencia de aquella circunstancia es precisamente la que determina si la provocación en realidad tiene característica de resultar contraria a todo derecho.

El término gravedad en la provocación se condiciona a la índole de la ofensa, para que sea capaz de producir la ira o el intenso dolor, que como reacciones psíquicas surgen de aquella determinante.

La injusticia dice relación no ya a la propia ofensa, sino a la índole de los factores personales o afectivos que proceden del mismo agresor y que motivan su acción.

De modo que podría decirse, en este orden de ideas, que la gravedad es noción condicionada a la forma como el agredido responde al estímulo que lo determina a obrar, reaccionando contra la agresión. La injusticia proviene por lo general del mismo provocador, que sin derecho alguno, sin razón, estimula e impulsa con su acto la reacción que produce la ira o el dolor, en las dos circunstancias que implica la atenuante.

No es posible, en consecuencia, reconocer ésta si los dos conceptos no operan simultáneamente, y no en forma separada, esto es, cuando sólo se trata de la gravedad de la ofensa, pero no se reconoce su injusticia.

Pueden pretenderse distintas actuaciones, en las cuales la sola existencia de la gravedad de la ofensa incluya en su mismo concepto la injusticia, porque sugiera que donde hay aquélla, la última implícitamente resulta reconocida.

Mas no es esto lo que el texto legal consagra en la atenuante del artículo 28. Si así fuese, no habría empleado el Código locuciones conjuntivas, sino alternativas, diciendo, por ejemplo, gravedad o injusticia, es decir, aquella modalidad sola, y esta última en idéntica circunstancia, bastando en tal supuesto la existencia de cualquiera de ellas para la aplicabilidad del artículo citado.

Al emplear el estatuto una forma gramatical conjuntiva, indudablemente quiso exigir que las dos circunstancias condicionadas a esa atenuación resultaran conjunta y simultáneamente establecidas, so pena de no operar legalmente el precepto.

Ello debe ser así, porque la ofensa puede ser grave sin ser injusta, como también injusta sin ser grave. Los dos caracteres, pues, no están contenidos en idénticas circunstancias. La injusticia debe provenir de que quien causa la provocación no tiene motivo alguno para producir agravio y, a pesar de ello, lo produce, trayendo como consecuencia de su acto la reacción consiguiente del ofendido. La gravedad, en cambio, se contiene en el mismo significado intrínseco de la ofensa y puede ser apreciada por quien la recibe. Este puede juzgar ese significado y reaccionar consecuencialmente; pero la ley penal no puede estar condicionada al propio imperio del delincuente, para excusar o aminorar todas sus reacciones con sen-

tido exculpativo o atenuante. Si así fuera, la justicia penal estaría supeditada a declarar menos peligrosos y, por ende, menos responsables a los impulsivos y a los violentos, a quienes al menor estímulo reaccionan y causan grave daño, aunque tal estímulo sea grandemente desproporcionado a la causa o motivo que lo produjo.

Deben coordinarse los términos de la ley a fin de que las circunstancias o presupuestos que exige se cumplan, pues de otra manera el libre arbitrio del fallador para condicionar todos los estados pasionales y sujetarlos a un común denominador, dejaría la justicia penal a merced de la arbitrariedad.

Según lo dicho, constituye evidentemente una equivocada apreciación jurídica considerar que los dos términos de la ecuación a que condiciona el Código la atenuante prevista en el artículo 28, deben tomarse separadamente para efecto de encontrar en uno cualquiera de ellos, ora en la gravedad, ora en la injusticia, el pretexto para aplicar aquella norma, cuando el veredicto conjuga uno solo de los mismos términos y guarda silencio sobre el otro, dejando de esta suerte incompleta la explicación permitida en la ley, y trunco, por ende, el veredicto.

Precisamente para evitar el casuismo que resultaría de permitir esa interpretación del texto legal, no pueden separarse aquellos términos, sino que, por el contrario, deben ser considerados en su misma forma conjunta, como fueron previstos por el legislador al usar la forma gramatical que emplea en la redacción del artículo 28.

De ser de otra manera, querría decir que en todo caso de delito cometido en esa circunstancia, el fallador tendría que ponerse a hacer una perfecta dosimetría penal, para buscar en las frases o palabras pronunciadas por los protagonistas del hecho, cualquier indicio o sospecha de expresión con naturaleza de grave; luégo determinar hasta dónde esa misma frase o palabra contiene injusticia o si solamente tiene este último carácter, y continuar así indefinidamente una serie de consideraciones necesarias para determinar si uno de los dos términos está presente en el hecho, hasta dónde fue injusto, cuándo fue grave, y, en fin, si en realidad provocó esto la reacción determinante del delito.

Para evitar este casuismo inconveniente, contrario al espíritu del estatuto vigente, la norma del artículo 28 es general. Establece un presupuesto legal con sus características peculiares, y las locuciones que emplea indican el contenido preciso de los elementos indispensables para que opere en un caso dado como atenuante de la responsabilidad y consiguientemente de la pena.

2.—No puede confundirse la circunstancia atenuante con la de menor peligrosidad. Cuando el Código las consagra de manera distinta y exige procedimientos diferentes para valorarlas y apreciarlas, señalando al mismo tiempo competencias diversas a los funcionarios a quienes corresponde cumplirlas, es porque ellas obedecen a condiciones contrapuestas que exigen también orientación diferente en el juzgamiento de los actos humanos susceptibles de sanción penal.

3.—Es evidente que el Jurado puede calificar los hechos de manera que con sus propias palabras produzca consecuencias que digan relación al problema legal que plantea el cuestionario, y aquel Tribunal decida en conciencia, ciñéndose a lo preceptuado de que el veredicto responda a la brevedad de la explicación, permitida por el texto del artículo 29 de la ley 4ª de 1943, que modificó el sistema de los cuestionarios múltiples, creado en el Código Procesal Penal. Pero, de esto a aceptar que cualquier expresión aditiva del Jurado en el reconocimiento de la responsabilidad, con tal de que contenga idéntico o igual significado que las locuciones o modalidades que el Código Penal emplea para estructurar la atenuante, implique la aceptación de ésta, existe una fundamental diferencia.

De admitirse esta tesis, se consagraría con ello una verdadera arbitrariedad en las decisiones en conciencia y, lo que todavía es peor, se daría ocasión para que los jueces en derecho tuvieran que rastrear en la intervención del Jurado, buscando en los términos del veredicto el espíritu que dio origen a éste, tolerando, de esta suerte, proceder en la forma en que la doctrina de esta Sala tiene ya resuelto que no le es permitido al Juez, a saber: "que en ningún

caso puede completar el pensamiento del Jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en esas suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley; al contrario, puede considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto".

4.—Para el recurrente sólo puede darse el fenómeno de la codelincuencia en la ejecución de un delito cuando los sujetos activos que participan en él, cualquiera que sea su número, cumplen su cometido cada uno obteniendo el resultado que su propósito buscó. Es decir, cuando cada uno de los copartícipes realiza por separado e individualmente la finalidad perseguida por su delito, pues, si así no ocurre, en tratándose de un delito de homicidio, si unas heridas resultan mortales y otras no, únicamente los que causan las primeras pueden considerarse como coautores del homicidio, mientras que los segundos no lo serían sino de lesiones personales.

Esta tesis no resiste el menor análisis en el campo de la doctrina penal, porque olvida fundamentalmente que cuando varias personas participan en la ejecución de un delito con la actividad adecuada al propósito perseguido, todas ellas son solidariamente responsables, cualquiera que sea el resultado de su actividad, pues este resultado ya fue previsto, y la voluntad y la acción fueron determinadas a buscarlo, no empece a la circunstancia de que unas actividades pudieron ser más eficaces que las otras, porque como todas estuvieron dirigidas a un mismo fin con actos materiales que manifiestan el propósito, todos los que en ellos intervinieron participan de igual calidad en la responsabilidad del acto delictuoso, con prescindencia de la efectividad de la acción, ya que únicamente el elemento subjetivo determinante del dolo es el que en estos casos se toma en cuenta.

El Código Penal en esta forma de coparticipación sólo exige que el agente tome parte en la ejecución del hecho, pues distingue esta actividad de la que surge de prestar al autor o autores un auxilio o cooperación, sin el cual no habría podido cometerse el delito.

. . . . . .

La coparticipación criminal en la ejecución de un delito es un fenómeno que no puede desintegrarse de los sujetos que con su actividad colaboran en su realización. Cuando esta actividad es necesaria, se denomina principal; cuando de cualquier otra manera se vincula el agente en el delito, puede decirse que sólo de manera subsidiaria ha tomado parte en él, y su responsabilidad resulta accesoria. Para determinar la primera forma de participación, menester es un concurso de acción y de voluntad determinado a la realización de un delito, sin que importe que la voluntad resulte coetánea al momento mismo de la ejecución, porque el elemento que distingue este fenómeno está sólo condicionado a que la voluntad consciente del agente se dirija a ejecutar, en concurso con otro u otros movidos por el mismo propósito, una acción encaminada a un fin delictuoso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El defensor de los procesados Ernesto Flórez Esparza y Saúl Navas Luna recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha seis de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, por la cual —con aplicación del artículo 362 del Código Penal— fueron condenados a la pena principal de ocho años de presidio para cada uno, como responsables del delito de homicidio perpetrado en la persona de Hilvanio Meneses Gamboa, en las primeras horas de la noche del veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, en el punto denominado "El Naranjal", región de "La Colorada", del Municipio de Rionegro.

Cumplidos los requisitos que exigen los artículos 563 y 566 del Código de Procedimiento Penal, se procede a examinar la sentencia frente a las tesis de la demanda y de la respuesta del Ministerio Pública, y previo resumen de los hechos y las circunstancias en que el delito fue cometido, la Corte resuelve el recurso.

I. — El proceso

De acuerdo con la versión que aparece en autos, se sabe que Francisco Flórez compró a Froi-

lán Ramírez lo que le correspondía en unos cultivos de café, plátano y caña plantados en terrenos de la sucesión de Adolfo Gamboa y Carmen Velasco. Un día, como un mes antes de la tragedia en que perdió la vida Hilvanio Meneses Gamboa, Saúl Navas cogió un zurco de maíz, lo que dio lugar al consiguiente reclamo de Francisco, terminando este incidente con un arreglo amigable efectuado entre éste y Navas. Ocurrió luégo, tres o cuatro días después, que Hilvanio Meneses Gamboa, en compañía de su padre, arrancó algunas matas de plátano del mismo predio, sembradas por Saúl Navas, sin que por ello se hubiese presentado reclamo alguno.

Pero sucedió que el veintiocho de septiembre, fecha de la tragedia, como a eso de la una de la tarde, Hilvanio Meneses Gamboa, en estado de embriaguez, profirió palabras injuriosas contra Saúl Navas, cerca a la casa de habitación de éste, quien no las oyó, por estar fuera de allí, pero de las que tuvo conocimiento por boca de Francisco Flórez, su suegro.

Aquella misma tarde, Ernesto Flórez y Saúl Navas se reunieron en la casa de Antonio Estévez, el primero armado de escopeta, y allí tomaron guarapo. Le preguntaron a la dueña de la casa, Anastasia Jaimes, si había visto a Hilvanio Meneses y, más tarde, cuando vieron que Meneses venía, salieron en carrera para la casa de Saúl y, cuando Hilvanio pasaba por el frente, le preguntaron que si ahora sí no gritaba, como lo había hecho antes, a lo cual contestó Meneses que no había por qué y se volvió hacia Navas y Flórez. Fue entonces cuando Ernesto Flórez disparó su escopeta sobre Hilvanio, causándole la herida mortal, y Saúl Navas su revólver, infligiédole otra herida sobre la región malar. El herido fue recogido por Antonio Estévez y Anastasia Jaimes, en cuya casa falleció.

Perfeccionada la investigación, el Juez Tercero Superior de Bucaramanga, dictó auto de proceder contra Ernesto Flórez Esparza y Saúl Navas Luna, como responsables del homicidio en la persona de Elvanio o Hilvanio Meneses Gamboa, y, terminado el juicio, el mismo Juez profirió la sentencia mediante la cual, con aplicación del artículo 362 del Código Penal, le impuso a cada uno de los procesados la pena principal de ocho años de presidio.

El Tribunal Superior, confirmó esta sentencia por medio de la providencia que ha sido demandada en casación.

III. — La demanda

El recurrente ha impugnado la sentencia con base en las causales primera, tercera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La primera objeción se refiere a que la sentencia del Tribunal interpretó erradamente la ley penal sustantiva, por cuanto en el presente caso debe aplicarse el artículo 28 del Código Penal, ya que el veredicto del Jurado plantea, en el fondo, los elementos de excusa de provocación que esa norma requiere, toda vez que en la respuesta al cuestionario los jueces de hecho dijeron, respecto de ambos procesados: "Sí, pero en estado de ira e intenso dolor ocasionados por ofensas graves de parte del occiso".

La segunda objeción—desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado—la funda el recurrente en el hecho, para él existente, de que el Jurado declaró en su veredicto la circunstancia modificadora de la responsabilidad, a que se refiere el artículo 28 de la obra citada, que no se tuvo en cuenta en el fallo.

La tercera objeción —nulidad del juicio— se fundamenta en el hecho de "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", a que se refiere el numeral 8º del artículo 198 del Código Procesal Penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en la respuesta a la demanda, rebate con sólidos argumentos jurídicos las tesis del recurrente y termina pidiendo a la Corte no case la sentencia materia del recurso.

IIII. — Decisión del recurso

Teniendo en cuenta, pues, las causales alegadas y sustentadas por la demanda y en el mismo orden en que fueron planteadas, serán estudiadas por la Sala.

a) Causal primera: Mala interpretación de la ley penal sustantiva

La tesis fundamental que plantea el recurrente al sustentar esta causal, consiste, en síntesis, en acusar el fallo del Tribunal sentenciador por no haber aplicado el artículo 28 del Código Penal, a pesar de que el veredicto del Jurado, contiene uno al menos de los elementos que esa disposición presupone para el reconocimiento de la excusa por provocación que consagra.

El planteamiento de los temas propuestos en la

demanda conduce a la necesidad de considerar importantes presupuestos sobre la forma de integrar el Código la figura contenida en el artículo 28, varias veces expuesta, pero no suficientemente comprendida, y todavía susceptible de equivocadas interpretaciones, de desarrollos y alcances que no se compaginan con la índole legal de la atenuante y con el contenido verdadero que incluye en sus cláusulas.

No es extraña a este problema la manera como se desarrolla el debate judicial, hasta producir un veredicto que establezca modalidades específicas en la índole de la responsabilidad de un determinado caso de delincuencia.

Se pretende que por incluir la respuesta del Jurado alguno de los elementos que integran una figura legal atenuante, tal circunstancia modificadora necesariamente tiene que repercutir en la sanción, aunque los términos del veredicto y el mismo proceso no permitan llegar a idéntica conclusión, que en no pocos casos implica verdadera benignidad en el juzgamiento de hechos delictuosos incompatibles con cualquier forma de excusa o atenuación.

Precisa verificar en el caso **sub judice** si el veredicto, por no contener dentro de sus términos todos los elementos jurídicos que integran la excusa de provocación consagrada en el artículo 28 del Código Penal, impide que la atenuación de la responsabilidad y, por consiguiente, de la pena, se produzca en favor de los reos.

El Jurado en la respuesta al cuestionario propuesto admitió la responsabilidad de los procesados, agregando uno de los términos de la disposición que se pretende incumplida para alegar la causal en estudio. ¿El silencio en este particular excluye la atenuante?

Se responde:

La injusticia en la provocación no es una modalidad extraña a estos estados emocionales-pasionales, porque la existencia de aquella circunstancia es precisamente la que determina si la provocación en realidad tiene características de resultar contraria a todo derecho.

El término gravedad en la provocación se condiciona a la índole de la ofensa, para que sea capaz de producir la ira o el intenso dolor, que como reacciones psíquicas surgen de aquella determinante.

La injusticia dice relación no ya a la propia ofensa, sino a la índole de los factores personales o afectivos que proceden del mismo agresor y que motivan su acción.

De modo que podría decirse, en este orden de ideas, que la gravedad es noción condicionada a la forma como el agredido responde al estímulo que lo determina a obrar, reaccionando contra la agresión. La injusticia proviene, por lo general, del mismo provocador, que sin derecho alguno, sin razón, estimula e impulsa con su acto la reacción que produce la ira o el dolor, en las dos circunstancias que implica la atenuante.

No es posible, en consecuencia, reconocer ésta si los dos conceptos no operan simultáneamente, y no en forma separada, esto es, cuando sólo se trata de la gravedad de la ofensa, pero no se reconoce su injusticia.

Pueden pretenderse distintas actuaciones, en las cuales la sola existencia de la gravedad de la ofensa incluya en su mismo concepto, la injusticia, porque se sugiera que donde hay aquélla la última implícitamente resulta reconocida.

Mas no es esto lo que el texto legal consagra en la atenuante del artículo 28. Si así fuese, no habría empleado el Código locuciones conjuntivas, sino alternativas, diciendo por ejemplo, gravedad o injusticia, es decir, aquella modalidad sola y ésta última en idéntica circunstancia, bastando en tal supuesto la existencia de cualquiera de ellas para la aplicabilidad del artículo citado.

Al emplear el estatuto una forma gramatical conjuntiva, indudablemente quiso exigir que las dos circunstancias condicionadas a esa atenuación resultaran conjunta y simultáneamente establecidas, so pena de no operar legalmente el precepto.

Ello debe ser así, porque la ofensa puede ser grave sin ser injusta, como también injusta sin ser grave. Así lo reconoce la misma defensa cuando afirma, en alguno de sus alegatos de instancia que "el legislador no dice cuál es la provocación cuya naturaleza atenúa el resultado de la pasión suscitada. Lo único que demanda es que sea grave y que sea injusta, porque así como hay provocaciones graves que no son injustas las hay igualmente que siendo injustas no son graves".

Los dos caracteres, pues, no están contenidos en idénticas circunstancias. La injusticia debe provenir de que quien causa la provocación no tiene motivo alguno para producir agravio y, a pesar de ello, lo produce ,trayendo como consecuencia de su acto la reacción consiguiente del ofendido. La gravedad, en cambio, se contiene en el mismo significado intrínseco de la ofensa y puede ser apreciada por quien la recibe. Este

puede juzgarlo y reaccionar consecuencialmente; pero la ley penal no puede estar condicionada al propio imperio del delincuente, para excusar o aminorar todas sus reacciones con sentido exculpativo o atenuante. Si así fuera, la justicia penal estaría supeditada a declarar menos peligrosos y por ende, menos responsables a los impulsivos y a los violentos, a quienes al menor estímulo reaccionan y causan grave daño, aunque tal estímulo sea grandemente desproporcionado a la causa o motivo que lo produjo.

Deben coordinarse los términos de la ley a fin de que las circunstancias o presupuestos que exige se cumplan, pues de otra manera el libre arbitrio del fallador para condicionar todos los estados pasionales y sujetarlos a un común denominador, dejaría la justicia penal a merced de la arbitrariedad.

Según lo dicho, constituye evidentemente una equivocada apreciación jurídica considerar que los dos términos de la ecuación a que condiciona el Código la atenuante prevista en el artículo 28, deben tomarse separadamente para efecto de encontrar en uno cualquiera de ellos, ora en la gravedad, ora en la injusticia, el pretexto para aplicar aquella norma, cuando el veredicto conjuga uno solo de los mismos términos y guarda silencio sobre el otro, dejando de esta suerte incompleta la explicación permitida en la ley, y trunco, por ende, el veredicto.

Precisamente para evitar el casuismo que resultaría de permitir esa interpretación del texto legal, no pueden separarse aquellos términos, sino que, por el contrario, deben ser considerados en su misma forma conjunta, como fueron previstos por el legislador al usar la forma gramatical que emplea en la redacción del artículo 28.

De ser de otra manera, querría decir que en todo caso de delito cometido en esa circunstancia, el fallador tendría que ponerse a hacer una perfecta dosimetría penal, para buscar en las frases o palabras pronunciadas entre los protagonistas del hecho, cualquier indicio o sospecha de expresión con naturaleza de grave; luego determinar hasta dónde esa misma frase o palabra contiene injusticia o si solamente tiene este último carácter, y continuar así indefinidamente una serie de consideraciones necesarias para determinar si uno de los dos términos está presente en el hecho, hasta dónde fue injusto, cuándo fue grave y, en fin si, en realidad provocó esto la reacción determinante del delito.

Para evitar este casuísmo inconveniente, contrario al espíritu del estatuto vigente, la norma del artículo 28 es general. Establece un presupuesto legal con sus características peculiares, y las locuciones que emplea indican el contenido preciso de los elementos indispensables para que opere en un caso dado como atenuante de la responsabilidad y consiguientemente de la pena.

Pero, aún admitiendo que puedan ser tenidas en cuenta las frases de la ofensa, los términos del agravio, es apenas natural que éstos guarden alguna relación con la índole del motivo determinante del acto, porque no es posible creer que todo ultraje, cualquier ofensa, por insignificante que sea, permita aplicar aquella modalidad atenuante del delito.

Si este proceso se juzga con tal criterio, se advierte inmediatamente que ninguna de las expresiones o presuntas ofensas de la víctima, tienen capacidad bastante para provocar una reacción tan intensa y tan desproporcionada, como la que produjo el hecho inculpado a los reos.

De admitir otra cosa, ello equivaldría a dar carta blanca a los más impulsivos y violentos para atentar contra la vida humana o contra la integridad personal por el más ligero o baladí de los motivos. Una mirada, un gesto, un grito, una expresión insignificante, serían bastantes para reaccionar y matar o herir sin que las consecuencias penales del acto merecieran sanción adecuada al delito, sino proporcionada a la personalidad de quienes, por obrar con pasión e impulsivamente, pretenden ser objeto de benignidad en la pena.

No puede confundirse la circunstancia atenuante con la de menor peligrosidad. Cuando el Código las consagra de manera distinta y exige procedimientos diferentes para valorarlas y apreciarlas, señalando al mismo tiempo competencias diversas a los funcionarios a quienes corresponde cumplirlas, es porque éllas obedecen a condiciones contrapuestas que exigen también orientación diferente en el juzgamiento de los actos humanos susceptibles de sanción legal.

Es evidente que el jurado puede calificar los hechos de manera que con sus propias palabras produzca consecuencias que digan relación al problema legal que plantea el cuestionario, y aquel Tribunal decida en conciencia, ciñéndose a lo preceptuado de que el veredicto responda a la brevedad de la explicación, permitida por el texto del artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, que modificó el sistema de los cuestionarios múltiples, creado en el Código Procesal Penal. Pero, de

esto a aceptar que cualquier expresión aditiva del jurado en el reconocimiento de la responsabilidad, con tal de que contenga idéntico o igual significado que las locuciones o modalidades que el Código Penal emplea para estructurar la atenunte, implique la aceptación de ésta, existe una fundamental diferencia.

De admitirse esta tesis, se consagraría con ello una verdadera arbitrariedad en las decisiones en conciencia y, lo que todavía es peor, se daría ocasión para que los jueces en derecho tuvieran que rastrear en la intención del jurado, buscando en el significado de los términos del veredicto el espíritu que dio origen a éste, tolerando, de esta suerte, proceder en la forma en que la doctrina de esta Sala tiene ya resuelto que no le es permitido al Juez, es a saber: "que en ningún caso puede completar el pensamiento del jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en esas suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley; al contrario, puede considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto".

Idéntico principio consagró también la Sala, cuando dijo:

"Porque si es verdad que a los miembros del jurado no se les exige el empleo de fórmulas sacramentales —que en realidad no existen—, cuando se trata de definir un delito y de concretarlo no deben quedar por fuera los elementos sustanciales que lo componen y sin los cuales la figura quedaría incompleta o presentaría un caso distinto". ("Gaceta Judicial", Tomo LXIII, números 2053-54).

Caso distinto se presentaría si por ejemplo se confundiera la circunstancia modificadora con la de menor peligrosidad. Y esto es lo que ocurre cuando el veredicto no incluye en sus términos todos los factores que permitan una adecuada sujeción a los presupuestos legales que estructuran una determinada modalidad del delito.

La doctrina que aquí se sustenta tiene una larga tradición jurisprudencial y resulta innecesario hacer referencia expresa a las múltiples decisiones de esta Sala, en las que ha señalado el alcance y el verdadero contenido jurídico del artículo 28, en todas las cuales el pensamiento fundamental no ha variado sobre la afirmación de que para poder aplicar jurídicamente la atenuante que esa disposición consagra, como circunstancia modificadora de una infracción penal, es esencial para la existencia de la misma que el estado pasional o emocional surgido de la ira o del intenso dolor, uno cualquiera de estos factores sea causado por una provocación de doble índole, es decir, injusta y grave. Si uno de estos términos que igual y conjuntamente señala la ley falta, bien sea en el veredicto o en la apreciación de las circunstancias en que el delito se haya cumplido, no es el caso de reducir la responsabilidad ni de atemperar la pena.

Uno de los propósitos perseguidos por el legislador al dictar la norma del artículo 28 fue acabar con el casuísmo predominante en la legislación antigua. Por ello dijo la Comisión Redactora del estatuto penal vigente que la disposición citada "comprende los casos de provocación dentro de una fórmula general para evitar el casuísmo en que incurre el Código Penal vigente (el de 1890), especialmente en lo que se refiere al homicidio atenuado". ("Trabajos Preparatorios del nuevo Código Penal", acta Nº 59, página 177, tomo 1º) .

Si se revisa la tradición legislativa del país en orden a crear la figura en estudio, se advierte de manera inmediata que desde el Código Concha los estados de pasión por arrebato de ira y de dolor intenso fueron condicionados a una provocación injusta y que las posteriores modificaciones introducidas a tal figura por las Cámaras Legislativas y Comisiones de Reforma posteriores, dejaron intacto el criterio de la injusticia para provocar la reacción pasional-emocional, causa de la atenuante, pero agregándole también "la palabra "grave" al tratar de la provocación injusta", como lo dijo la comisión creada por la Ley 81 de 1923 para revisar la Ley 109 de 1922 (proyecto Concha), a fin de "evitar que se pueda alegar cualquier ultraje o provocación por pequeños que sean para obtener una disminución de la pena tan considerable como el artículo establece". (Reforma Penal", tomo 2º segunda parte, página 211).

La Comisión redactora del estatuto vigente dejó intacta la fórmula de la comisión colombiana, con la sola supresión del vocablo "ímpetu", que incluía aquella.

No queda ,pues, la menor duda del espíritu que informó la reforma: evitar el casuísmo y exigir elementos de provocación condicionados a circunstancias conjuntas de gravedad e injusticia, para que opere la atenuante en estudio.

Las anteriores consideraciones son bastantes para que la causal alegada en el libelo deba rechazarse.

b) **Causal tercera. Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.**

Para que esta causal pudiese prosperar en el caso de que se ocupa la Sala, sería necesario que en realidad de verdad la sentencia recurrida en casación hubiera desestimado el veredicto, porque en los términos de éste se incluía la circunstancia modificadora de la responsabilidad surgida del artículo 28 del Código Penal.

Ya se ha visto que esto no es así. El error del recurrente es considerar que el tribunal de conciencia no aceptó la calificación hecha en el auto de proceder sobre la responsabilidad de los reos, la que modificó agregándole la circunstancia de la provocación como atenuante de aquélla. Mas ello no es así, como ha quedado ampliamente estudiado al tratar de la causal primera. Y comoquiera que los argumentos tendrían que ser los mismos para establecer la inexistencia del cargo contra el fallo, resulta improcedente repetirlos al estudiar esta causal.

"La única interpretación que cabe hacer al mencionado veredicto —dice el Procurador Delegado en lo Penal— es la de que allí se responsabilizó a los reos por un homicidio simplemente intencional, tal como rezan los cargos del auto de proceder, y si la sentencia acoge a cabalidad esa decisión del Jurado, entonces la causal tercera invocada tampoco tiene fundamento y debe rechazarse".

Auto de proceder, veredicto y sentencia, son un todo armónico. No pueden desintegrarse, porque de suceder así se incurriría en el desacuerdo entre esas distintas etapas sucesivas del juicio penal. Por consiguiente, aceptada en un caso determinada calificación del hecho delictuoso, si ese hecho quedó vigente en el veredicto porque sustancialmente este no modificó los términos de la calificación formulada en el auto de proceder, es obvio que la sentencia debe guardar consonancia y armonía con esas dos faces del juicio, y, por lo tanto, la responsabilidad que surja no puede ser variada. En el caso en estudio lo sería si desconociéndose, como se desconoce, que los términos del veredicto no implican circunstancia modificadora alguna favorable a los reos, a pesar de ello la sentencia señalase una pena distinta de la que corresponde al delito, sin atenuante específica ninguna. Ya se ha dicho que ésta no está presente en el veredicto, luego auto calificador, veredicto y sentencia guardan consonancia y armonía y, por lo mismo, no existe desacuerdo alguno entre esos términos.

c) **Causal cuarta. Nulidad del juicio.**

Fundamenta el recurrente esta causal en que en el auto de proceder se imputó el homicidio en la persona de Hilvanio Meneses a los procesados Ernesto Flórez Esparza y Saúl Navas Luna como coautores del hecho, siendo así que habiéndose causado la muerte del occiso por el disparo de escopeta producido por Flórez Esparza y no habiendo causado la herida de revólver, de que fue autor Saúl Navas Luna, sino la incapacidad de noventa días, la calificación del reato en concurrencia recíproca no resulta en consonancia con los hechos probados y, por consiguiente, hubo error en la denominación jurídica del delito, error que de conformidad con el numeral 8º del artículo 198 del Código Procesal Penal, induce a nulidad del juicio penal.

La síntesis del libelo se encuentra en el siguiente párrafo:

"Si Flórez no hubiera disparado su escopeta no hubiera sufrido el ofendido sino unas lesiones leves. Si Navas no hubiera disparado su revólver, el ofendido siempre hubiera muerto como consecuencia del disparo de escopeta. No tienen relación, pues, los dos actos que se contemplan".

Para el recurrente, en consecuencia, sólo puede darse el fenómeno de la codelincuencia en la ejecución de un delito cuando los sujetos activos que participan en él, cualquiera que sea su número, cumplen su cometido cada uno obteniendo el resultado que su propósito buscó. Es decir, cuando cada uno de los copartícipes realiza por separado e individualmente la finalidad perseguida por su delito, pues, si así no ocurre, esto es, si unas heridas resultan mortales y otras no, únicamente los que causan las primeras pueden considerarse como coautores del homicidio, mientras que los segundos no lo serían sino de lesiones personales.

Esta tesis no resiste el menor análisis en el campo de la doctrina penal, porque olvida fundamentalmente que cuando varias personas participan en la ejecución de un delito con la actividad adecuada al propósito perseguido, todas ellas son solidariamente responsables, cualquiera que sea el resultado de su actividad, pues este resultado ya fue previsto, y la voluntad y la acción fueron determinadas a buscarlo, no empece a la circunstancia de que unas actividades pudieron ser más eficaces que las otras, porque como todas estuvieron dirigidas a un mismo fin con

actos materiales que manifiestan el propósito, todos los que en ellos intervinieron participan de igual calidad en la responsabilidad del acto delictuoso ,con prescindencia de la efectividad de la acción, ya que únicamente el elemento subjetivo determinante del dolo es el que en estos casos se toma en cuenta.

Para que en el caso de autos pudiera hablarse de una cooperación dirigida no a matar, sino a herir, por parte de Saúl Navas Luna, sería preciso establecer que el fin que se propuso éste, al tomar parte principal en la ejecución del delito, no hubiese sido dirigido al propósito de dar muerte a Meneses, sino al de lesionarlo. Sin embargo, ninguna demostración de ese hecho pudo hacerse y el Jurado aceptó el cargo tal como fue formulado en el auto de proceder, conforme al cual se redactó el cuestionario.

Puede afirmarse que en la participación personal que tuvo Navas Luna en la muerte de Meneses existen elementos necesarios para que su actividad sea considerada, desde el punto de vista jurídico, como la de un coautor en el homicidio, pues aparte de la unidad subjetiva en la voluntad y en la acción que lo vinculó al otro copartícipe Flórez Esparza, el elemento subjetivo del propósito se exteriorizó y se hizo acto con la participación material claramente demostrada en la forma de realizar el delito.

El Código Penal en esta forma de coparticipación sólo exige que el agente tome parte en la ejecución del hecho, pues distingue esta actividad de la que surge de prestar al autor o autores un auxilio o cooperación, sin el cual no habría podido cometerse el delito.

La participación de Navas Luna corresponde a la primera modalidad y, por tanto, su actividad debe concretarse a la sola subjetividad del propósito y al elemento objetivo presente en la exteriorización y en los actos que sirvieron para la ejecución del homicidio.

La coparticipación criminal en la ejecución de un delito es un fenómeno que no puede desintegrarse de los sujetos que con su actividad colaboran en su realización. Cuando esta actividad es necesaria, se denomina principal; cuando de cualquier otra manera se vincula el agente en el delito, puede decirse que sólo de manera subsidiaria ha tomado parte en él, y su responsabilidad resulta accesoria. Para determinar la primera forma de participación, menester es un concurso de acción y de voluntad determinado a la realización de un delito, sin que importe que la voluntad resulte coetánea al momento mismo de la ejecución, porque el elemento que distingue este fenómeno está sólo condicionado a que la voluntad consciente del agente se dirija a ejecutar, en concurso con otro u otros movidos por el mismo propósito, una acción encaminada a un fin delictuoso.

Reunidos estos caracteres la cooperación aparece establecida con prescindencia del resultado de los actos individuales que cada uno de los coautores ejecutó para cumplir el delito, el cual se imputa a quienes realizaron los hechos, sin necesidad de averiguar las consecuencias de esa voluntaria actividad encaminada al logro del propósito perseguido. Si fuera de otra manera, es decir, si el resultado de aquella voluntad y actividad se juzgara por el acto verdaderamente realizado, entonces se prescindiría del aspecto subjetivo del dolo y no se tendría en cuenta sino el elemento material del delito. Es evidente que en la estructura del Código ambos factores gobiernan el fenómeno de la coparticipación criminal en el hecho delictuoso y no puede prescindirse del uno para tomar en cuenta el otro. Ambos concurren y de su concurrencia es como resulta la unidad del delito y el concurso de sus autores en las distintas modalidades que el Código crea, pues en una es actividad principal o necesaria y en otra secundaria o subsidiaria.

Habiendo el veredicto afirmado la primera de éstas, sin modalidad ninguna atenuante, como ya fue analizado al estudiar la causal primera invocada en la demanda, no resulta posible admitir las tesis del recurso, aunque ellas hayan sido expuestas con indiscutible habilidad e inteligencia por el abogado recurrente.

La Sala cree oportuno acoger en toda su integridad en cuanto dice a la causal en estudio, los fundamentos de índole jurídica con que el señor Procurador Delegado enfoca el problema con extremada profundidad jurídica.

Son del señor Fiscal los razonamientos siguientes:

"La ejecución del hecho criminoso imputado a Flórez y Navas, revistió características muy claras, que individualizan cuál fue la actividad desarrollada por aquéllos y cuáles sus propósitos antisociales.

"Con Hilvanio Meneses —dicen los cargos— iban esa tarde Fortunato y Griselda Sanguino, testigos sin generales de la ley, quienes cuentan que al pasar frente a la casa de Saúl Navas se hallaba allí éste y los Flórez y le gritaron a Hilvanio

que si ahora sí no gritaba "abajo los godos"; que Hilvanio contestó que no había por qué y se volvió hacia ellos, momento en el cual le hicieron un disparo de revólver y otro de escopeta que hicieron blanco en Hilvanio y éste al sentirse herido cargó con su machete sobre sus agresores, quienes salieron en carrera y sólo fue lesionado uno de ellos.

"Según se sostiene en el libelo, hubo error en el procesamiento de los responsables, pues fueron llamados a responder en juicio y luégo condenados como coautores del delito de homicidio, siendo así que el disparo hecho por el acusado Navas apenas ocasionó heridas no mortales en el occiso.

"El cuestionario sometido al Jurado respecto de este último, es como sigue:

"'El acusado Saúl Navas Luna es responsable de haber tomado parte en la ejecución de los hechos que ocasionaron la muerte de Elvanio o Hilvanio Meneses Gamboa, causándole a éste una herida producida con proyectil de arma de fuego (revólver), ubicada sobre la región malar izquierda, según la descripción y consecuencias que aparecen en la correspondiente diligencia de autopsia, hecho cometido en las primeras horas de la noche del domingo veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, en el sitio de "El Naranjal", región de "La Colorada", del Municipio de Ríonegro (S.), y en la ejecución de tal hecho obró el acusado con el propósito de matar?

"A esto contestaron, por unanimidad, los jueces de conciencia:

"Si es responsable, pero en estado de ira e intenso dolor ocasionados por ofensas graves por parte del occiso".

"Puede desligarse al acusado Navas Luna del delito de homicidio en la persona de Hilvanio Meneses, y reputársele únicamente como autor de simples lesiones en la misma víctima? De ningún modo.

"En el delito, como producto que es de dos grandes elementos genéricos (el psíquico y el físico), pueden intervenir varias personas de distintas maneras: ya concurriendo a la elaboración y desarrollo del propósito criminal; ya participando en la ejecución y consumación de los actos materiales que perfeccionan el hecho punible. Nace, así ,el fenómeno del concurso de delincuentes en un delito, en que todos los cooperadores quedan vinculados a él por la prestación de su dolo y de sus acciones objetivas.

"Los que crean la resolución criminal, son autores intelectuales o instigadores; los que la ejecutan, son autores materiales. Pero alrededor de estos dos grupos principales de protagonistas del delito, pueden agruparse y frecuentemente se agrupan, otros participantes accesorios que contribuyen al resultado común, sin necesidad de que intervengan en los actos consumativos de la infracción. Son ellos los cómplices propiamente dichos. Cuando la actuación de éstos es tan eficaz y decisiva en el proceso ejecutivo del delito, surge entonces la modalidad del llamado cómplice necesario, que nuestro Código Penal define muy bien como aquél que presta al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse. (art. 19).

"Son comunes a toda forma de participación los siguientes postulados:

1º Existencia de un delito, porque la complicidad es real no personal. Ella accede a algo principal, que es el hecho criminoso , y no a la culpa del autor o autores;

2º Identidad de delito, en cuanto las distintas acciones de los copartícipes deben converger hacia una misma figura delictiva. Si uno o varios sujetos cometen infracciones distintas a las convenidas, se rompe la coherencia entre la intención y el resultado, y la complicidad desaparece;

3º Comunidad de esfuerzo, ya que se trata de producir una obra (delito) que pertenezca a todos los que concurren a ella. Si uno de los productores del hecho toma su acción como exclusivamente autónoma, sin vincularla a la de los demás ,su responsabilidad se valúa aisladamente, como autor, pero no como partícipe;

4º Existencia de una acción psíquica dolosa por parte del autor o cómplice, en el sentido de que proceda con conocimiento y voluntad de contribuir a un delito determinado .Cada partícipe debe saber que trabaja para la ejecución de un hecho punible y que desea realizarlo;

5º Existencia de una acción física; en cuanto el autor o cómplice debe aportar una contribución externa, útil y efectiva en la vida del delito. Participar es actuar eficazmente en la empresa delictuosa; y

6º Como consecuencia de estos dos últimos principios, jurídicamente es imposible una participación netamente material, como lo es una de carácter puramente espiritual.

"En el presente asunto, se tiene: que los procesados Flórez y Navas, antes de los sucesos, estuvieron en expectativa de la llegada de Hilva-

nio, mirando insistentemente hacia el camino por donde él debía transitar; que le preguntaron a Anastasia Jaimes si había visto a Meneses; que apenas lo vieron venir, emprendieron carrera hacia la casa de ellos; que al pasar Meneses por ahí, sonaron unos disparos; que éstos los hicieron Flórez y Navas, como ellos mismos lo confiesan; que las heridas recibidas por la víctima lo fueron en partes muy nobles de su cuerpo; y que Navas nunca ha sostenido que disparó sobre Meneses con el ánimo de lesionarlo, y no de darle muerte.

"Todo lo cual pone de presente la confraternidad ideológica que había entre Flórez y Navas antes del homicidio y en el acto de cometerlo, y el concurso de acción y voluntad que ambos aportaron a la consumación del hecho criminoso. Este les pertenece íntegramente, como a sus propias causas.

"Y así las cosas, la coparticipación de los procesados en el homicidio de Meneses, es un hecho indiscutible.

"No se descubre, pues, ningún error en el auto de proceder sobre la calificación jurídica del delito, ya que homicidio y sólo homicidio fue el resultado de las acciones físicas y psíquicas de Flórez y Navas".

Por las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de fecha seis de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, del Tribunal Superior de Bucaramanga, por la cual se condenó a Ernesto Flórez Esparza y Saúl Navas Luna, a la pena principal de ocho años de presidio, a cada uno, como responsables del delito de homicidio en la persona de Elvanio o Hilvanio Meneses Gamboa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R. Secretario.

TECNICA DE CASACION—CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA

1—El recurrente en casación, para lograr que el fallo se invalide por haber sido erróneamente aplicada la sanción a un delito de lesiones personales, porque las consecuencias sufridas por el sujeto pasivo representan sólo una deformidad física, y no una perturbación funcional transitoria, como lo admitió la sentencia recurrida, debe hacer un análisis jurídico del caso, para demostrar a la Corte la verdad de su aserto, y debe además hacer un estudio pormenorizado de los dictámenes periciales sobre los cuales apoyó el Tribunal la penalidad impuesta, estudio que es propio de la causal 2ª de casación, pero no de la 1ª, la que prospera, en general, cuando se ha violado la ley penal material, sea porque se interpretó erróneamente, ora porque se aplicó indebidamente, al fijar la pena que debe corresponder al delito, de conformidad con el artículo 36 del Código Penal.

2—Si el recurrente no adujo expresamente una causal, ésta no podrá tenerse en cuenta (art. 568 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de 31 de mayo del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, condenó a Gilberto Franco Villegas a la pena principal de un año de presidio y multa de cien pesos ($ 100.00), como responsable del delito de lesiones personales que le causó a Gilberto Plitt Uribe.

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.

9—Gaceta

Demanda

El recurrente invoca como única causal de casación la 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 1ª—Mala aplicación de la ley penal

Afirma el demandante que en la sentencia de segundo grado se violó la ley penal sustantiva, "porque se aplicó el artículo 374 del Código Penal, cuando debió aplicarse el 373 del mismo estatuto".

El recurrente se limita al sustentar la causal 1ª alegada, a referirse a la tesis expuesta en el fallo de primera instancia sobre la pertinencia del artículo 373 citado para reprimir el delito cometido por Franco Villegas, y solicita para éste el beneficio de la condena condicional.

Se observa, en primer lugar, que el señor defensor omitió en su demanda hacer el análisis jurídico del caso, como es de rigor en este recurso extraordinario de casación, para demostrarle a la Corte que las consecuencias sufridas por el sujeto pasivo del delito representan sólo una deformidad física, y no una perturbación funcional transitoria, como lo admitió el Tribunal en la sentencia recurrida en casación.

Por otra parte, esa tesis ha debido estar precedida de un estudio pormenorizado sobre los dictámenes periciales, en los cuales se basó el Tribunal, puesto que la penalidad tuvo su fundamento en ello. Es entendido que este estudio de pruebas es propio de la causal 2ª de casación, y no de la 1ª —que ha sido la escogida por el demandante—, en los juicios en que el Jurado no ha intervenido.

"En estos eventos —dice el señor Procurador— hay que invocar y demostrar, de modo principal y directo, la causal 2ª, puesto que es ella la que prevé la errada interpretación o apreciación de los hechos, en cuanto éstos sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la sanción; y luego, como su consecuencia, plan-

tear lo relativo a la norma penal adaptable a esos hechos y sus pruebas. Sin lo uno —causal segunda— no puede llegarse a lo otro —causal primera—, en fuerza de la naturaleza y relación de las cosas".

La causal 1ª de casación prospera, en general, cuando se ha violado la ley penal material, sea porque se interpretó erróneamente, ora porque se aplicó indebidamente, al fijar la pena que debe corresponder al delito, de conformidad con el artículo 36 del Código Penal.

El demandante, en el caso a estudio, supone —equivocadamente— que el Tribunal incurrió en violación de la ley penal, porque, con base en los reconocimientos médico legales practicados al ofendido, se aplicó el artículo 374 en vez del 373, razonamiento propio de la causal 2ª, por cuanto lo que objeta, en el fondo, es la apreciación de la prueba pericial.

En el presente caso, el demandante no adujo expresamente la causal 2ª, por lo cual ésta no podrá tenerse en cuenta (art. 568 del C. de P. P.). Así las cosas, resulta inoperante el recurso en cuanto a la disposición penal aplicable con base en la prueba pericial.

La causal alegada, pues, se desecha.

También debe rechazarse lo atinente a la condena condicional que el demandante solicita para su defendido, porque quedando en firme —como debe quedar— la sentencia con pena de presidio, ésta excluye dicho beneficio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 80 del Código Penal.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por la cual se condena a Gilberto Franco Villegas a la pena principal de un año de presidio y multa de cien pesos ($ 100.00), como responsable del delito de lesiones personales que le causó a Gilberto Plitt Uribe.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Laterre—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE MAGISTRADOS DE TRIBUNALES SUPERIORES — QUIENES DEBEN DECIDIR DE ELLOS

La Corte ha dicho repetidas veces que el impedimento de un Magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que del incidente de recusación —y lo mismo debe decirse del de impedimento— conozcan ""los demás (Magistrados) que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le siguen en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en providencia de febrero veinte del año en curso, calificó el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Gabriel Meluk Alema, para conocer del negocio que por el delito de homicidio se adelanta contra Hermógenes Hinestrosa, impedimento que se funda en el artículo 73, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

El impedimento fue calificado por uno solo de los Magistrados que componen la Sala de Decisión del Tribunal, por lo cual la Corte —Sala Penal—, no tiene jurisdicción para revisar el auto que resuelve el incidente.

La Corte ha dicho repetidas veces que el impedimento de un Magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que del incidente de recusación —y lo mismo debe decirse del de impedimento —conozcan "los demás (Magistrados) que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le siguen en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código.

"Decidir un impedimento o recusación constituye una resolución interlocutoria (artículo 156, ordinal 2º del C. de P. P.) y los autos interlocutorios en materia penal no pueden ser dictados en los Tribunales sino en la Sala de Decisión (art. 161 ibídem). Sala que se compone del "ponente y los dos que le siguen en turno" (art. 70 del C. J.), y con la salvedad ya indicada de que estos incidentes deben ser resueltos en Sala Dual, según el precepto antes invocado del Código de Procedimiento Civil. (Auto de 12 de diciembre de 1945)".

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, SE ABSTIENE de conocer del auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, con fecha veinte de febrero del año en curso, y ordena devolver el presente negocio a dicho Tribunal para que se califique el impedimento en la forma que se deja expuesta en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R. Secretario.

DELITO DE LESIONES PERSONALES.— IRA O INTENSO DOLOR

1.—La lesión que produjo, como consecuencias, incapacidad para el trabajo y aborto, se sanciona en consideración a éste (artículo 377 del C. P.).

2.—La provocación especial del artículo 382 del C. P. desplaza la general del artículo 28 del mismo Código, de modo que no pueden aplicarse conjunta y simultáneamente; y estos estados emocionales o pasionales, por ser circunstancias modificadoras, desplazan, a su vez, los estados determinados en el artículo 38 (3º), por serlo de menor peligrosidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Fideligno Bustos Casas interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del nueve de abril del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 37 (2º), 376 y 382 (2º) del estatuto penal— fue condenado a la pena de un año de presidio por el delito de lesiones en su esposa legítima Sacramento Casas (que le causaron aborto), cometido en la tarde del primero de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, en el sitio de "Alto de Pastas" del Municipio de Quipile.

Sometido el recurso a las normas procesales pertinentes, la Corte lo decide en el presente fallo, con base en las tesis expuestas en el concepto fiscal y en la demanda.

I. — El proceso contra Bustos

Abierta la investigación por el Alcalde de Quipile, en virtud de denuncio de la lesionada, y calificada por el Juez 1º del Circuito Penal de Facatativá, se estableció legalmente:

a) Que en las últimas horas de la tarde del día ya citado, en el sitio de "Alto de Pastas", en la vía que conduce de Quipile a Valparaíso (sitio del Municipio de Pulí), Fideligno Bustos causó a su esposa Sacramento Casas varias lesiones que le produjeron un aborto e incapacidad durante veinte días, y

b) Que Bustos confesó expontáneamente el hecho, alegó como motivo el haber sorprendido a su esposa momentos después de haber ejecutado el acto carnal con Camilo Galindo en el sitio en que la agredió, motivo comprobado mediante varios indicios, y, además, que Galindo confirmó a Rafael Munar y José Silvano Carpintero la veracidad de sus relaciones sexuales con Sacramento Casas.

Tanto en los autos de proceder como en las sentencias, unos y otras de primero y segundo grado, se aceptó que Bustos agredió a su esposa en estado de ira o intenso dolor causado por el acto de aquélla y, como circunstancia de mayor peligrosidad, se le imputó el procedimiento en la Alcaldía de Pulí, en 1937, por lesiones en Sacramento Martínez.

Individualizada la pena, de conformidad con los artículos 376, que fija dos a siete años de presidio a las lesiones que producen aborto, y 382, que la reduce de la mitad a las tres cuartas partes cuando se causaron en estado de ira o intenso dolor motivado por la infidelidad de la lesionada, el Juez considerando la circunstancia de peligrosidad referida, le impuso un año de presidio y multa de cincuenta pesos.

II. — La demanda

El recurrente impugna la sentencia con fundamento en la cuasal primera, porque —afirma— hubo errónea interpretación de la ley penal.

"En sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, de fecha nueve de abril, contra la cual se interpuso el recurso —comienza la demanda— hubo errónea interpretación de la ley en cuanto haberle aplicado al acusado como pena principal, la indicada en el artículo 376 del Código Penal, en vez de aplicarle la mínima señalada en el artículo 382 (inciso 2º) en relación con lo indicado en los artículos 28 y 38 (3º) del mis-

mo Código, que le daría derecho a la condena condicional."

Como razones de la anterior afirmación, el recurrente expone las siguientes que la Corte trascribe textualmente:

"1º El Tribunal reconoce el hecho de la justa indignación que sintió Bustos al ver el hecho pérfido de su esposa.

"2º Para este caso, y teniendo en cuenta que la incapacidad para trabajar que sufrió Sacramento de Bustos, fue únicamente de veinte días, la pena sería la mínima indicada en el artículo 372, inciso 2º, rebajada aún más de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 28 y 38, inciso 3º del mismo Código.

"3º No era el caso de darle aplicación al artículo 376 que aplicó el Tribunal (confirmando la sentencia del Juez), porque esta disposición se aplica únicamente a los casos contemplados en el mismo Capítulo II, Título XV a que pertenece el artículo 378 citado. El caso de Bustos está contemplado especialmente en el artículo 382 que pertenece al Capítulo III, que es especial.

"Los motivos que tuvo el legislador para hacer separación especial de los casos contemplados en el artículo 382, son profundamente filosóficos y no los tuvieron en cuenta ni el Juez ni los Magistrados que actuaron en el proceso".

III. — Decisión del recurso

No obstante que — por causa de la forma y contenido de la demanda — el señor Procurador Delegado conceptúa que el recurso debe declararse desierto, la Sala, aún de acuerdo con aquél en cuanto a lo formal, considera que hay algunas tesis que — al menos por interés doctrinario — deben examinarse y precisarse.

El daño en la salud o en el cuerpo que producen las lesiones puede traer, como consecuencias naturales, o una enfermedad o incapacidad para el trabajo, o una perturbación psíquica, o una desfiguración facial o deformidad física, o una perturbación funcional o una pérdida de órgano o miembro, o un parto prematuro o un aborto, o conjuntamente con la enfermedad o incapacidad algunas de estas consecuencias, en cuyo caso—por mandato del artículo 377—se impone la pena más grave (aquí la fijada por causa del aborto).

El delito pudo haberse cometido en un estado de ira o intenso dolor, pero causado por motivos distintos o por una grave e injusta provocación cualquiera (injurias, agresiones, por ejemplo), o por el ilegítimo acceso carnal en que el agente sorprendió al lesionado o a su copartícipe, o también en virtud de una pasión excusable o emoción determinada por intenso dolor o temor o en ímpetu de ira injustamente provocada. De estas circunstancias, las dos primeras son modificadoras de la responsabilidad, inalegables simultáneamente, y que desplazan —por mandato del artículo 36— las de peligrosidad, y la tercera, de esta última especie.

Lo anterior sugiere las siguientes lógicas conclusiones:

a) La lesión que produjo, como consecuencias, incapacidad para el trabajo y aborto, se sanciona en consideración a éste (artículo 377);

b) La provocación especial del artículo 382 desplaza la general del artículo 28, de modo que no puede aplicarse conjunta y simultáneamente, y

c) Estos estados emocionales y pasionales, por ser circunstancias modificadoras, desplazan —a su vez— los estados determinados en el artículo 38 (3º), por serlo de menor peligrosidad.

Anota la Sala que se imputó a Bustos, como circunstancia de mayor peligrosidad, una simple sindicación de lesiones, lo que es contrario a la doctrina varias veces aplicada por la Corte, pero esa imputación no fue objetada en la demanda, lo que impide examinarla.

Las tesis planteadas por el recurrente son, pues, inaceptables; y la sentencia debe confirmarse.

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, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual condenó a Fideligno Bustos, a un (1) año de presidio, por el delito de lesiones en su esposa legítima Sacramento Casas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez — Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M.— Carlos Arturo Díaz (Conjuez) — **Julio E. Argüello R.**, Srio.

REQUISITOS PARA EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO.—EL CAMBIO DE RADICACION PUEDE SER SOLICITADO POR EL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

En el proceso penal, en sus diversa fases de sumario y causa, la ley tutela no sólo los derechos del sindicado o procesado, sino también los intereses sociales, cuando unos y otros se hallan amenazados porque la justicia no sea la manifestación permanente de la verdad procesal.

Una de las conclusiones fundamentales del proceso es la expresión de la verdad, sintetizada en un fallo absolutorio o condenatorio, y cuando ese resultado se consigue, la justicia es recta en su administración. De allí que, cuando por una u otra circunstancia puede ser obstaculizada por el juego de diversos factores que pueden interferirla, la ley faculta al Gobierno para cambiar de radicación un proceso, previo concepto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Si el Agente del Ministerio Público es la entidad que representa los intereses de la sociedad, es lógico que la defensa de los intereses de la justicia debe tener las mismas garantías de las cuales disfrutan los procesados, y cuando por cualquier motivo surge el temor fundado de que la justicia no será rectamente administrada, también se le otorga la facultad para pedir el cambio de radicación.

Si por conocimiento personal y por el dominio que se tiene del ambiente social en el cual se desarrollan los hechos, el Agente del Ministerio Público llega al convencimiento de que no hay tribunal popular que "quiera u ose aceptar la responsabilidad de los sindicados", es indudable que de antemano se está planteando el tema relativo a la impunidad. En estas condiciones, es obvio que la justicia no se administre rectamente.

Para subsanar estas dificultades la ley permite el cambio de radicación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Ministerio de Justicia remite las diligencias presentadas por el Fiscal del Juzgado 2º Superior de El Socorro, para que la Corte emita su concepto sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta contra Efraín Gómez Arias y otros por el delito de homicidio.

Petición

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal del Juzgado 2º Superior de El Socorro —Distrito Judicial de San Gil— pide el cambio de radicación del proceso a que antes se hizo referencia.

Como razones aduce —entre otras— éstas:

a) Que dos de los procesados "son personas influyentes en los distintos estratos sociales, no por su valía intelectual o por su solvencia moral, sino precisamente como perniciosos elementos que instigan al delito y agencian cuantas actividades ilícitas se emprenden en contra de los derechos de la ciudadanía, o contra el orden público'.

b) "Personalmente estoy seguro, porque conozco suficientemente el medio social en que actúo, de que es imposible obtener, de entre los ciudadanos que integran la nómina de jurados del Juzgado 2º Superior, un tribunal popular que quiera u ose aceptar la responsabilidad de los sindicados en este proceso", y

c) Que "sólo sustrayendo la acción punitiva de este ambiente asfixiante e impropicio, se logrará que este delito, de gravedad máxima" pueda adelantarse lejos de toda influencia hostil para la administración de la justicia.

También se acompaña el certificado del Juzgado 2º Superior, en el cual consta que en ese

despacho se adelanta el proceso; y el nombre de algunas de las personas que actualmente se hallan sindicadas.

Telegrama del Alcalde en que se dice que para que los delitos no queden impunes debe pedirse el cambio de radicación del proceso, y telegrama del Director de Justicia del Departamento, de Bucaramanga, en el cual hace presente al Ministro de Justicia la necesidad de que se verifique el cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente.

Se considera:

En el proceso penal, en sus diversas fases de sumario y causa, la ley tutela no sólo los derechos del sindicado o procesado sino también los intereses sociales, cuando unos y otros se hallan amenazados porque la justicia no sea la manifestación permanente de la verdad procesal.

Una de las conclusiones fundamentales del proceso es la expresión de la verdad, sintetizada en un fallo absolutorio o condenatorio, y cuando ese resultado se consigue, la justicia es recta en su administración. De allí que, cuando por una u otra circunstancia puede ser obstaculizada por el juego de diversos factores que pueden interferirla, la ley faculta al Gobierno para cambiar de radicación un proceso, previo concepto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Si el Agente del Ministerio Público es la entidad que representa los intereses de la sociedad, es lógico que la defensa de los intereses de la justicia debe tener las mismas garantías de las cuales disfrutan los procesados, y cuando por cualquier motivo surge el temor fundado de que la justicia no será rectamente administrada, también se le otorga la facultad para pedir el cambio de radicación.

Si por conocimiento personal y por el dominio que se tiene del ambiente social en el cual se desarrollaron los hechos, el Agente del Ministerio Público llega al convencimiento de que no hay tribunal popular que "quiera u ose aceptar la responsabilidad de los sindicados", es indudable que de antemano se está planteando el tema relativo a la impunidad. En estas condiciones, es obvio que la justicia no se administre rectamente.

Para subsanar estas dificultades la ley permite el cambio de radicación del proceso. Pero si por otra parte, las influencias de los sindicados, bien sean intelectuales, sociales, materiales o "actividades ilícitas" son factores que perturban la buena marcha de la justicia, nada más aconsejable que sustraer de esta zona de influencias indebidas la investigación, para que la justicia esté rodeada de la independencia, serenidad y rectitud como expresiones finales de un proceso penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado 2º Superior de El Socorro, Distrito Judicial de San Gil, contra Efraín Gómez Arias, Víctor M. Clavijo y otros.

Remítanse originales estas diligencias al Ministerio de Justicia. Cúmplase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R. Secretario.



LA NECROPSIA NO ES LA PRUEBA UNICA DEL CUERPO DEL DELITO EN EL HOMICIDIO.—CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1—Indudablemente el reconocimiento médico legal es de suma importancia para la determinación del cuerpo del delito en el homicidio, pero esta prueba no es la única, ni supone la exclusión de otros elementos probatorios para la demostración del factor material del delito, pues dentro del Código de Procedimineto Penal existen disposiciones especiales que permiten acreditar el cuerpo del delito en el homicidio, por pruebas que no son precisamente las que invoca el recurrente con el carácter de únicas y excluyentes. (Se refiere la Corte a la necropsia practicada por expertos médicos, la que —según afirmación del recurrente— "debe ser la base fundamental para determinar científicamente la muerte de una persona, y en consecuencia, para la estructuración del elemento objetivo y material del delito de homicidio").

Los artículos 305, 306 y 308 del Código de Procedimiento Penal disponen que debe practicarse la autopsia del cadáver para determinar la causa de la muerte, pero cuando esa prueba, por omisión, por negligencia u olvido involuntario, no se ha practicado, no es necesario allegarla cuando por otros medios probatorios puede llegarse al mismo resultado, o sea a la demostración de las causas que produjeron la muerte. Si en virtud de conceptos periciales, o por medio de declaraciones de personas hábiles, se llega a determinar las verdaderas causas de la muerte, la diligencia de autopsia no tiene en esos casos el carácter de prueba esencial para determinar el elemento material en el homicidio, porque la misma ley autoriza al juzgador para aceptar otros medios de comprobación para acreditar el elemento material del delito.

Se dice que la diligencia de autopsia no es la única prueba que establece la ley para comprobar el cuerpo del delito, en el homicidio, porque los artículos 317 y 318 de la ley procedimental facultan al juzgador para comprobar el cuerpo del delito por medio de declaraciones, y a la vez establecen la forma en la cual debe proceder cuando a ello hubiere lugar. Si no existieran en nuestra legislación estos preceptos terminantes, la tesis invocada por el recurrente sería exacta; pero, frente a estos textos legales hay que admitir que el cuerpo del delito puede acreditarse por medio de declaraciones. La tesis opuesta llevaría a la conclusión absurda de que el cuerpo del delito en el homicidio no podría demostrarse cuando el cadáver hubiera desaparecido por cualquier circunstancia.

. . . . . .

El objeto fundamental de toda investigación es el esclarecimiento de la verdad en orden a la comprobación de sus factores objetivos y subjetivos: los primeros, en cuanto determinan la materialidad del hecho y sus causas generadoras, y los segundos, en cuanto hacen relación a la imputabilidad y responsabilidad de sus autores o copartícipes, y para llegar a esta conclusión, es indudable que todos los elementos probatorios determinados por el legislador son aptos para conseguir las finalidades de la ley. Sólo en los casos en que la ley dé primacía absoluta a una prueba con exclusión de otra, el juzgador no podrá tenerla en cuenta, bien sea como elemento de convicción, para dictar el correspondiente fallo, o bien como medio para comprobar el cuerpo del delito.

2—La causal segunda de casación es inadmisible en los juicios en que interviene el Jurado, pues no se puede abrir un nuevo debate sobre el examen de los diversos elementos probatorios que sirvieron de fundamento a los jueces de conciencia para dictar su veredicto; ello, prácticamente equivaldría a una tercera instancia, y éste no es propiamente el objeto del recurso de casación, sino el de confrontar la sentencia con los textos legales para saber si el juzgador violó o no la ley penal.

Esta ha sido la jurisprudencia reiterada

de la Corte en relación con la dicha causal, y la Sala no puede modificarla, porque no existen fundamentos para ello.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril once de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a Arturo Pérez Valdés a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Fidel González.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación; y como se hallan cumplidas las formalidades procedimentales se procede a su estudio.

Hechos

El 29 de marzo de 1939 Fidel González fue a la tienda de Arturo Pérez Valdés ubicada en la población de Gómez Plata. En ese establecimiento se encontraba un hermano menor de Pérez, quien llamó a Fidel con el sobrenombre de "Filote". Fidel se incomodó por el apodo o sobrenombre dado por el menor, y le lanzó una pedrada; luego se dirigió a su casa llevando consigo "una ponchera con salvado".

Arturo Pérez quien observaba el incidente provocado por su hermano, salió de su establecimiento, seguramente con el fin de armarse, para luego hacer el correspondiente reclamo. Pocos instantes después pasó en persecución de Fidel a quien le dio alcance antes de llegar a su casa. Parece se cambiaron algunas palabras; Fidel prosiguió su marcha, vuelto de espaldas a su agresor, cuando —sorpresivamente— Arturo disparó su revólver por tres veces. Al verse atacado y sintiéndose herido Fidel González se armó de unas piedras, hizo frente a su agresor, pero éste le hizo otro disparo y González cayó al suelo gravemente herido.

Auto de proceder

El 12 de junio de 1944, el Juzgado 3º Superior llamó a responder en juicio a Arturo Pérez Valdés por un delito de homicidio agravado, pero el Tribunal al revisar dicha providencia hizo la afirmación de que el hecho imputado al procesado era un homicidio simplemente intencional.

A la consideración del jurado fue sometido el siguiente cuestionario:

"El acusado Arturo Pérez Valdés es responsable de haber herido con intención o propósito de matar y con arma de fuego (revólver) a Fidel González, como a eso de las once del día veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y nueve en la población de Gómez Plata, a consecuencia de cuyas heridas murió el día siete de mayo de mil novecientos cuarenta en esta ciudad de Medellín?".

La respuesta fue: "Sí, en homicidio concausal".

El Juzgado en desarrollo del veredicto, con fecha 26 de febrero de 1946 dictó sentencia, por la cual se condenaba al procesado a la pena de seis años de presidio como pena principal y demás accesorias.

Pero el Tribunal, en providencia de 5 de marzo de 1947 y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 554 del Código de Procedimiento Penal, revocó la sentencia; declaró que el veredicto era contrario a la evidencia de los hechos procesales y ordenó convocar un nuevo jurado para que decidiera sobre la responsabilidad del acusado.

Audiencia pública

Designado el nuevo jurado se llevó a efecto la audiencia pública, y en esa diligencia se sometió a la consideración del jurado este cuestionario:

"El acusado Arturo Pérez Valdés es responsable de haber herido con intención o propósito de matar y con arma de fuego (revólver) a Fidel González como a eso de las once del día veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y nueve en la población de Gómez Plata, a consecuencia de cuyas heridas murió el día siete de mayo de mil novecientos cuarenta en esta ciudad de Medellín?".

La respuesta fue un "sí", sin adición alguna.

Sentencia

El 1º de octubre de 1947 el Juzgado en desarrollo de este veredicto dictó sentencia condenatoria, e impuso a Arturo Pérez Valdés la pena de ocho años y seis meses de presidio como pena principal, providencia que al ser revisada por el Tribunal, éste en sentencia de 8 de noviembre de 1948

la confirmó en todas sus partes, y contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación.

Conceptos periciales

A Fidel González le practicaron varios reconocimientos, entre los cuales se relacionarán los más importantes.

El primero de ellos de fecha 31 de marzo de 1939 dice:

"Fidel González, quien presenta: una herida en el antebrazo izquierdo, cara posterior, herida producida con arma de fuego, de un centímetro de latitud. Interesó únicamente la piel, sin orificio de salida. El proyectil fue extraído. Esta herida dará la incapacidad de cinco a seis días. Una segunda herida en la región hipogástrica, vacío izquierdo, herida pentrante producida con arma de fuego; esta herida es de carácter gravísimo y cuyo pronóstico es reservado. Dará una incapacidad de treinta a cuarenta días, siempre que no se presente un desenlace fatal, y a base de un buen régimen dietético curativo".

Posteriormente vinieron varios reconocimientos, y con fecha 1º de mayo de 1939 los peritos expusieron: "Hemos reconocido por décima sexta vez al señor Fidel González y encontramos que su incapacidad ha cesado y que en definitiva fue de treinta y un días... pero.... hasta el momento no le queda lesión de ninguna clase y **decimos hasta el momento,** pues el proyectil no se sabe su localización".

Y el 1º de octubre de 1939 afirman los peritos "hemos reconocido al señor Fidel González y exponemos que el proyectil que le causó la herida del abdomen, no ha sido extraído ni localizado".

Posteriormente a estos reconocimientos Fidel González se presentó al consultorio del doctor Rafael Rivera López con manifestaciones de "trastornos en las extremidades inferiores, como enfriamientos, calambres, dificultad para deambulación (caminar)" por lo cual le aconsejó se trasladara a Medellín para que se le tomara una radiografía con el fin de localizar el proyectil, el cual fue localizado en la columna vertebral. Por tanto hubo necesidad de someterlo a una intervención quirúrgica.

El cirujano doctor Gil J. Gil quien hizo la intervención declara: "el señor Fidel González entró al Hospital de San Vicente de Paúl de esta ciudad el día quince de marzo del corriente año y salió el treinta de abril del mismo. Tenía un proyectil en el canal medular a nivel de la doceava (12ª) vértebra dorsal. Llegó con dificultad para caminar, hipoestencia, dolores lumbares. Se le practicó una laminectomía el seis de abril. Mejoró de la parálisis y pudo caminar, pero quedó con anestesia de las nalgas y parte anterior de los muslos, y con retención de orina. Por el primer motivo sufrió una quemadura por necrosis de los tejidos insensibles. Salió con las lesiones dichas del hospital. La muerte fue debida en mi concepto a la infección de la herida gangrenada por la insensibilidad".

Frente a estos dictámenes, el Juzgado de Circuito —para determinar la competencia previamente— resolvió solicitar un nuevo examen pericial, y con fecha 3 de octubre de 1940 los peritos después de un estudio pormenorizado de los diversos conceptos expresaron "que había una lesión medular, más grave que la sola compresión, y que existió desde un principio" y como conclusión afirmaron:

"Fidel González fue herido el veintinueve (29) de marzo de mil novecientos treinta y nueve (1939) con proyectil de arma de fuego (revólver) y uno de los proyectiles penetró al canal vertebral, al nivel de la duodécima vértebra dorsal y produjo en él los trastornos ya enumerados, calambres, anestesia, dolores lumbares, trastornos para la marcha, necrosis de los tejidos anestesiados con gangrena, infección subsiguiente que produjo, a no dudarlo una toxemmimia. Conclusión. De todo lo anterior concluímos, Fidel González murió el siete (7) de mayo de mil novecientos cuarenta (1940) y la muerte se produjo como consecuencia de las heridas recibidas el día veintinueve (29) de marzo de mil novecientos treinta y nueve (1939)".

Estos reconocimientos fueron puestos en conocimiento de las partes, conceptos que en su debida oportunidad no fueron objetados por ninguna de las personas que intervinieron en el proceso penal, por cuyo motivo el Juzgado les impartió la aprobación legal, y dispuso pasar el negocio al conocimiento de los jueces superiores.

El Juez 3º Superior ordenó recibir el concepto de los médicos legistas de la Oficina Central de Medellín, dictamen emitido bajo la ponencia del doctor Julio Ortiz Velásquez que constituye un valioso aporte para la administración de justicia, en orden a dilucidar el tema planteado por los abogados defensores de Arturo Pérez Valdés, y que en sus partes fundamentales dice:

"Por lo anteriormente anotado, sabemos que de los dos proyectiles de revólver, que el 29 de marzo de 1939 causaron heridas al señor Fidel Gon-

zález, uno de ellos penetró por el abdomen, flanco izquierdo, a tres dedos por debajo del reborde costal. Con la laparotomía que le practicaron los peritos le quedó una eventración del tamaño de una naranja, y a pesar de ello, dicen los peritos que no le quedó trastorno de ninguna clase. El proyectil fue a incrustarse en el canal raquídeo, en la doceava vértebra dorsal, produciendo como trastornos, por su compresión medular: entumecimiento de los miembros inferiores, dolor en la región dorso-lumbar y en los miembros inferiores, dificultad en la marcha, e hiperestesias.

"Con la localización radiográfica del proyectil en la médula, a nivel de la doceava vértebra dorsal, y con los síntomas anotados arriba, y que son propios de la compresión medular, natural era para los peritos, prever un desenlace fatal a plazo más o menos largo, y a pesar de ello guardaron silencio; pues sabido es que las lesiones producidas por las heridas medulares y sus compresiones van agravándose con el correr de los días, y producen la muerte en la mayoría de los casos, operándose o no, lo que ocurre en un lapso más o menos largo, y no hemos llegado a conocer el caso en que estas lesiones retrocedan, con restablecimiento completo de la salud".

"Es sabido que la medula no puede regenerarse, y como la lesión nerviosa es irremediable, el enfermo no tarda en sucumbir debido a la extensión de las escaras que se forman en la parte posterior del cuerpo, a las toxinas por éstas producidas, y las infecciones urinarias, o de otra clase".

"Ya hemos visto a folios 90 que, a pesar de haber transcurrido más de once meses de haber recibido Fidel González sus heridas, su médico doctor Rafael Rivera López nos dice que aquél tenía "trastornos en las extremidades inferiores, como enfriamientos, calambres, dificultad para caminar", y que le aconsejó "trasladarse a esta ciudad para su radiografía, habiendo sido operado por el doctor Gil J. Gil, en el Hospital, no sin antes haberle advertido el doctor Gil que la operación era de vida o muerte". Y en nuestro concepto, así tenía que hablarle el cirujano, porque la muerte sobreviene en la casi integridad de los casos en este género de heridas".

"Por todo lo anteriormente anotado, creemos estar autorizados para conceptuar que la muerte de Fidel González, fue consecuencia y efecto natural de la herida causada por el proyectil de arma de fuego, revólver, el cual se localizó en el canal a nivel de la doceava vértebra dorsal, comprimiendo la medula".

Demanda

Se impugna la sentencia por las causales de los numerales 4º, 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En el mismo orden en que las alega el recurrente —la Sala— estudiará la demanda, pues la causal primera, es una consecuencia lógica de la cuarta. Si la tesis central de la demanda (lesiones en vez de homicidio) prospera, la pena se habría impuesto con violación de las normas sustantivas del Código Penal.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

El demandante sustenta la causal alegada en los siguientes argumentos:

"La cuestión fundamental estriba en que, sin razón alguna justificativa, al señor Fidel González no se le practicó la diligencia de necropsia en su cadáver, y en consecuencia resulta científicamente imposible precisar la causa de la muerte".

"En el proceso se encuentra establecido que los peritos que reconocieron al lesionado, y lo observaron hasta los 182 días después de los hechos que se le imputan al acusado, le levantaron la incapacidad y no le fijaron consecuencias algunas, luego no quedaban bases jurídicas sino para proceder por el delito de lesiones, y en ningún caso por el de homicidio".

"Por meras suposiciones o concepto de índole subjetiva, con bases en especulaciones pseudocientíficas, no se puede hacer retroceder el amplio camino transitado por la ciencia penal, desde cuando la doctrina estableció que la necropsia practicada por expertos médicos, debe ser la base fundamental para determinar científicamente la causa de la muerte de una persona, para la estructuración del elemento objetivo y material del delito de homicidio".

Y en relación con la causal alegada concluye:

"Se violó el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, puesto que éste establece que se dictará auto de proceder "cuando en el proceso apareciere plenamente comprobado el cuerpo del delito".

"Enjuiciar por "homicidio" cuando no aparece plenamente demostrada la relación del (sic) causalidad entre el acto que se imputa al acusado y la muerte de la víctima, es craso error de derecho, y tal relación resulta imposible de establecer cuando no se sabe experimental y científicamente cuál fue la causa de la muerte de la víctima".

"Si se denominó homicidio a un hecho que jurídicamente no reunía los elementos estructurales de tal figura jurídica, se erró en la denominación del delito y se incurrió en nulidad".

Se considera

Es evidente como lo afirma el recurrente que en el concepto de 1º de mayo de 1939, los peritos dijeron que la incapacidad de Fidel González ha cesado y que en definitiva fue la de treinta días, pero ese concepto en relación con las consecuencias de las lesiones no es propiamente afirmativo, porque los peritos lo subordinan —expresamente— a los resultados que podrían presentarse cuando el proyectil fuera localizado y extraído. Por eso expresaron **"decimos hasta el momento,** pues el proyectil no se sabe su localización" y posteriormente dicen que "el proyectil que le causó la herida del abdomen, no ha sido extraído ni localizado'.

La expresión "hasta el momento" empleada por los peritos no implica otra cosa que el cúmulo de acciones continuas llevadas a cabo dentro del proceso al cual debía someterse el ofendido Fidel González. De manera que si "hasta el momento en que practicaron ese reconocimiento no tenía aparentemente ninguna lesión; si posteriormente, como consecuencia de la localización del proyectil se presentaban nuevas complicaciones fatales para el ofendido, ello significa que hay continuidad o relación de causalidad entre la lesión y sus resultados, y de esas consecuencias debe responder penalmente el agente activo del delito.

Afirma el recurrente que "la necropsia practicada por expertos médicos, debe ser la base fundamental para determinar científicamente la causa de la muerte de una persona, y en consecuencia, para la estructuración del elemento objetivo y material del delito de homicidio". Pero este concepto no es exacto ni absoluto dentro de las normas establecidas por nuestras leyes procedimentales.

Indudablemente el reconocimiento médico-legal es de suma importancia para la determinación del cuerpo del delito en el homicidio, pero esta prueba no es la única, ni supone la exclusión de otros elementos probatorios para la demostración del factor material del delito, pues dentro del Código de Procedimiento Penal existen disposiciones especiales que permiten acreditar el cuerpo del delito en el homicidio, por pruebas que no son precisamente las que invoca el recurrente con el carácter de únicas y excluyentes.

Los artículos 305, 306 y 308 del Código de Procedimiento Penal disponen que debe practicarse la autopsia del cadáver para determinar la causa de la muerte, pero cuando esa prueba, por omisión, por negligencia u olvido involuntario, no se practica, no es necesario allegarla cuando por otros medios probatorios puede llegarse al mismo resultado, o sea a la demostración de las causas que produjeron la muerte. Si en virtud de conceptos periciales, o por medio de declaraciones de personas hábiles se llega a determinar las verdaderas causas de la muerte, la diligencia de autopsia no tiene en esos casos el carácter de prueba esencial para determinar el elemento material en el homicidio, porque la misma ley autoriza al juzgador para aceptar otros medios de comprobación para acreditar el elemento material del delito.

Se dice que la diligencia de autopsia no es la única prueba que establece la ley para comprobar el cuerpo del delito en el homicidio, porque los artículos 317 y 318 de la ley procedimental facultan al Juzgador para comprobar el cuerpo del delito por medio de declaraciones, y a la vez establecen la forma en la cual debe proceder cuando a ello hubiere lugar. Si no existieran en nuestra legislación estos preceptos terminantes, la tesis invocada por el recurrente sería exacta; pero, frente a estos textos legales hay que admitir que el cuerpo del delito puede acreditarse por medio de declaraciones. La tesis opuesta llevaría a la conclusión absurda de que el cuerpo del delito en el homicidio no podría demostrarse cuando el cadáver hubiera desaparecido por cualquier circunstancia.

"Por ello —dice la Corte— si bien se atribuye al examen de facultativos toda la importancia que reviste en la comprobación del elemento material del delito, no se le da el carácter de prueba exclusiva y única, sino que antes bien y en forma disyuntiva, trata de las deposiciones de testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del mismo hecho y de los indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno

convencimiento de dicha perpetración, considerándolos también como pruebas hábiles del cuerpo del delito. Si en un determinado caso ha podido practicarse y en efecto se practica en forma completa, el reconocimiento del cadáver y su disección anatómica, es muy claro que para comprobar el cuerpo del delito una diligencia así llevada a cabo tenga valor fundamental. Pero no quiere decir esto que por otros medios es imposible llegar a la convicción judicial de que el homicidio fue perpetrado, bien sea ello por declaraciones de testigos o por medio de indicios necesarios o vehementes. Estas pruebas, de carácter supletorio si se quiere, tienen importancia especial cuando por cualquiera causa no han podido ser reconocidas por facultativos las huellas, rastros o señales del hecho, bien porque el cadáver haya desaparecido del todo o se le haya hecho desaparecer, o porque la avanzada descomposición del mismo impida la precisión completa en el dictamen".

El objeto fundamental de toda investigación es el esclarecimiento de la verdad en orden a la comprobación de sus factores objetivos y subjetivos; los primeros, en cuanto determinan la materialidad del hecho y sus causas generadoras, y los segundos, en cuanto hacen relación a la imputabilidad y responsabilidad de sus autores o copartícipes, y para llegar a esta conclusión, es indudable que todos los elementos probatorios determinados por el legislador son aptos para conseguir las finalidades de la ley. Sólo en los casos en que la ley dé primacía absoluta a una prueba con exclusión de otra, el juzgador no podrá tenerla en cuenta, bien sea como elemento de convicción para dictar el correspondiente fallo, o bien como medio para comprobar el cuerpo del delito; pero como en el caso **sub judice** no existe una prueba especial y excluyente para la determinación del elemento material, es necesario aceptar que todas las pruebas son pertinentes para tal fin.

Los conceptos periciales —y en especial el dictamen de la Oficina médico-legal de Medellín— sirven para demostrar el elemento material del delito y las causas de la muerte de González. Ese concepto constituye una prueba de carácter científico que debe aceptarse y a la cual hay que darle todo valor legal, ora, porque esos dictámenes fueron oportunamente puestos en conocimiento de las partes, quienes no los objetaron, ya también, porque el último de ellos tiene como fundamento los reconocimientos médicos llevados a cabo en la persona del ofendido.

Que las lesiones causadas por Pérez Valdés fueron la causa de la muerte, es un hecho evidente, que se halla demostrado por la prueba pericial, "pues sabido es que las lesiones producidas por las heridas medulares y sus compresiones van agravándose con el correr de los días, y producen la muerte en la mayoría de los casos, operándose o no, lo que ocurre en un lapso más o menos largo..., la medula no puede regenerarse, y como la lesión nerviosa es irremediable, el enfermo no tarda en sucumbir debido a la extensión de las escaras que se forman en la parte posterior del cuerpo, a las toxinas por éstas producidas, y a las infecciones urinarias, o de otra clase".

En idéntica forma se expresa el doctor Uribe Cualla cuando al referirse a esta clase de lesiones dice: "No sucederá lo mismo cuando existen luxaciones o fracturas de las vértebras, porque entonces hay una verdadera compresión de la medula, o hasta una sección; desde un principio hay parálisis de ambos miembros inferiores, pérdida absoluta de la sensibilidad, incontinencia de orina y de materias fecales. Puede haber una supervivencia de varios días, pero el enfermo va agotándose, viene la meningomielitis infecciosa, altas temperaturas, aparecen lesiones trofoneuróticas, como escaras sacrolumbares y llega la muerte".

Estos fueron los fundamentos científicos que tuvieron en cuenta los médicos para afirmar que la muerte fue consecuencia y efecto del proyectil que se localizó en el canal medular a nivel de la doceava vértebra dorsal comprimiendo la medula. La circunstancia de que la muerte no se hubiera producido inmediatamente después de recibida la lesión, sino después de algún tiempo, no significa que el vínculo de causalidad se hubiera destruído; ese vínculo persiste a través del tiempo, mientras duren o se prolonguen los efectos de las lesiones que fueron la causa inmediata y eficiente de la muerte.

Con base en estos elementos, el Juzgado llamó a responder en juicio criminal a Pérez Valdés por un delito de homicidio, porque ésta era la denominación correspondiente a la infracción cometida por el acusado. Por tanto, no hubo error en la denominación jurídica del delito, sino sujeción estricta a los postulados de la ley procedimental y a las normas sustantivas; por consiguiente, 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.

Esta causal se alega como una consecuencia de la anterior y dice el recurrente:

"La ley penal fue indebidamente aplicada, ya que se sancionó a Pérez Valdés como infractor del artículo 362 del Código Penal, violándose con ello el texto de dicho artículo, pues para que él pueda ser aplicado se necesita la demostración plena de que "con propósito de matar" se ha ocasionado la muerte de otro".

Como no se demostró científicamente cuál fue la causa de la muerte, y como se omitió practicar la "diligencia de necropsia", prácticamente no está probado que las lesiones fueron la causa de la muerte de González.

Se replica:

Arturo Pérez Valdés fue llamado a responder en juicio por un delito de homicidio agravado, modalidad ésta que fue negada por el Tribunal al revisar el auto de proceder, quedando la imputación— únicamente— por un delito de homicidio simplemente intencional.

Para tomar esta determinación, tanto el Juzgado como el Tribunal, tuvieron en cuenta los diversos elementos probatorios allegados al sumario para demostrar los factores integrantes del delito, y en cuanto al factor objetivo y a las causas que acarrearon la muerte de González, sirvieron de base los conceptos periciales.

De manera que no hubo error en la denominación jurídica del delito y bajo esta modalidad "del homicidio" se tramitó la causa y se propuso a los miembros del Jurado el respectivo cuestionario. El Juez afirmó no sólo el hecho sino también la responsabilidad de Valdés, como autor del delito investigado.

En estas condiciones no hubo violación del artículo 362, porque esa era la disposición infringida, y no aquellas correspondientes al delito de lesiones personales, pues ninguna de las infracciones previstas en este capítulo fue cometida por acto alguno del procesado.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Esta causal es inadmisible en los juicios en que interviene el Jurado, pues no se puede abrir un nuevo debate sobre el examen de los diversos elementos probatorios que sirvieron de fundamento a los jueces de conciencia para dictar su veredicto; ello, prácticamente equivaldría a una tercera instancia, y éste no es propiamente el objeto del recurso de casación, sino el de confrontar la sentencia con los textos legales para saber si el juzgador violó o no la ley penal.

Esta ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte en relación con la causal alegada, y la Sala no puede modificarla, porque no existen fundamentos para ello.

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 de 8 de noviembre de 1948 por la cual se condenó a Arturo Pérez Valdés a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Fidel González.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE PREVARICATO

En varias oportunidades ha dicho la Corte que el error de apreciación o interpretación de un texto legal no puede constituir abuso de funciones públicas, ya sea por estructurar un delito de abuso de autoridad, o el más grave aún, de prevaricato. "No basta tampoco — ha dicho la doctrina — el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse, por razón de su oficio, en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito de obrar contra derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril once de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín consulta a la Corte su providencia de fecha nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, por medio de la cual sobree definitivamente a favor del doctor J. Guillermo Restrepo, ex-Juez del Circuito de Turbo (Antioquia), sindicado del delito de prevaricato.

Cumplidos los requisitos procedimentales de la segunda instancia, se procede a resolver lo que sea legal.

Hechos

El abogado recibido señor Angel Gómez Duque, formuló ante el Tribunal Superior de Medellín denuncia criminal contra el señor Juez del Circuito de Turbo, doctor J. Guillermo Restrepo, por el delito de prevaricato.

Los hechos constitutivos de la transgresión, según el denunciante, son los siguientes:

1º Que el Juez del Circuito de Turbo, doctor Restrepo, por auto de veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, ordenó que se presentara Gabriel Gómez "para que jure si fue cierto que autorizó al señor Luis F. Correa para que firmara a su ruego la cesión del crédito contenido en la letra de cambio" presentada por el denunciante como documento exigible en el juicio ejecutivo contra Felipa Torres por pesos, mediante poder especial conferido por Miguel Angel Toro, antes de dictar el mandamiento ejecutivo pedido por el apoderado.

2º Que el mismo Juez de Circuito, en auto de trece de octubre del mismo año, dispuso la suspensión de aquel juicio ejecutivo, por quince días hábiles, por muerte del ejecutante Miguel Angel Toro y mientras se allegaba la prueba del fallecimiento, providencia ésta contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y de apelación, habiendo sido negados de plano por el Juez denunciado.

Al informativo se allegaron los documentos que acreditan el carácter oficial del funcionario acusado, o sean: copia del acta de nombramiento de Juez del Circuito de Turbo en la persona del doctor Restrepo (fol. 5 v.) y la de la diligencia de posesión del mismo (fol. 1).

Se considera:

Ninguno de los presupuestos legales que configuran los elementos en virtud de los cuales el Código estructura el delito de prevaricato, se encuentran reunidos en las diligencias que dieron origen al denuncio formulado contra el doctor J. Guillermo Restrepo, ex-Juez del Circuito de Turbo, en el Departamento de Antioquia, por dicha infracción.

Analizadas todas las circunstancias que en concepto del denunciante motivaron la investigación de estos hechos, se comprende perfectamente que en la actuación del funcionario no puede encontrarse motivo alguno para la grave imputación que se le hace, pues en lo tocante al primer cargo bastarían las mismas consideraciones con que la Sala Civil del Tribunal de Medellín decidió en el mismo juicio que diera ocasión al denuncio, un recurso interpuesto sobre la cuestión que motivara el proceso en estudio.

Dijo entonces el Tribunal:

"'Al Juez corresponde la misión de indagar y rastrear la situación objetiva de los títulos que el demandante adjunta como base de la ejecución, para admitir o denegar ésta. Si tales títulos se ajustan o se acomodan a las exigencias de la ley, es claro que la orden debe despacharse favorablemente; pero si extrínsecamente carecen de las formalidades sustanciales para su configuración, la ejecución debe denegarse. Es misión, pues, especialísima, el estudio cualitativo de los títulos, y por esta razón se deben estudiar los que obran como aporte a la ejecución.

"Sólo aparece en el instrumento que obra en los autos la firma de la aceptante o girada, y en ella se dice que debe ser pagadera a la orden de Gabriel Gómez, pero no se sabe quién mandó pagar esa letra y si fue girada por el mismo beneficiario señor Gómez, porque ni el endoso da lugar a sacar esa conclusión debido a su pésima redacción y forma de hacerlo y en donde no aparece para nada el nombre de Gómez. Por el contrario sí hay motivo fundado para creer que ese endoso no fue hecho por el mismo señor Gabriel Gómez, ya que éste presentó un memorial a folios 10, desistiendo conjuntamente con Felipa Torres S., la que figura como aceptante o girada".

Comentando el Tribunal de instancia la misma imputación y refiriéndose a las afirmaciones que se dejan reproducidas, estampa conceptos que la Sala encuentra ajustados en un todo a la realidad procesal.

"Si se acepta —dice— como cierto lo afirmado por el Tribunal, en los párrafos transcritos, tendrá que admitirse que el señor Juez del Circuito de Turbo cumplía su deber al dar un margen de espera para dictar mandamiento de pago con base en la letra dicha, pues que objetivamente no la encontraba él absolutamente normal. Sería aventurado afirmar que el auto que dispuso citar a Gómez para que dijera si había rogado a otro que firmase el endoso de la letra, es contrario a la ley y que fue dictado a sabiendas de su expresa y manifiesta injusticia. Antes bien todo está indicando que aquel mandato estaba dentro de las facultades legales del funcionario acusado".

Todo el contenido del informe que por oficio número 139 rindió al señor Fiscal Primero del Tribunal de Medellín el Personero Municipal de Turbo y que se encuentra de folios 60 a 63, revela a las claras que la actuación del funcionario acusado, por lo que respecta al juicio ejecutivo contra Felipa Torres, instaurado por medio de apoderado — denunciante en este proceso — por suma de pesos, está ceñida a los preceptos legales.

Si ello es así, y si por otra parte no pudo establecerse móvil alguno de los determinantes que el Código exige para la existencia del prevaricato, es decir simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, es notorio que la imputación formulada carece de contenido jurídico suficiente para elevar al rango de delito de aquel carácter el hecho imputado, en primer término, que es el que se analiza, por el acusador al ex-Juez de Turbo.

Pensar de otra manera sería pretender que todo funcionario público por la circunstancia de corresponderle la decisión también de un juicio criminal en que se encuentra procesado el mismo que denuncia irregularidades en un juicio civil, como ocurre en este caso, tiene que estar sometido a que su actuación en el proceso penal refluya en el civil a tal extremo que por obrar en uno de esos procesos pueda ser objeto de imputaciones dolosas en el otro. Si no existiera más fundamento que éste para opinar que es contrario a toda técnica judicial el sistema de los jueces promiscuos, él solo bastaría para poner de relieve la inconveniencia de tal sistema y cómo en ocasiones como las que ofrece este proceso la dualidad en las atribuciones del fallador para decidir asuntos tan contrapuestos jurídicamente, pueden provocar y provocan las más de las veces, circunstancias conflictivas que redundan en perjuicio evidente para la justicia.

En lo que respecta al otro cargo que se le formula al ex-Juez de Turbo, doctor Restrepo, se observa que el Tribunal de Medellín al decidir un recurso en el juicio civil que fuera materia de la controversia que dio origen al denuncio penal que se decide, expresó que "la extinción del poder, procesalmente, no opera por la muerte del mandante, mientras los herederos no revoquen el apoderamiento o expire por otra causa legal, pues así lo manda el artículo 264 del Código Judicial, institución ésta que mira al interés de la continuidad en la actividad procesal, porque es entendido que si los continuadores o causahabientes no revocan el mandato judicial, tácita o implícitamente aceptan la representación. En cuanto a la notificación de la demanda, esa situación debe referirse al demandado que es a quien debe hacérsele y en ningún caso al demandante, puesto que éste después de presentada sólo aguarda que él cumpla su misión".

Lo dicho por el Tribunal se fundamenta en el

artículo 264 del Código Judicial. Mas el Juez basó su decisión en el numeral 2º del artículo 370 de la misma obra. Aun suponiendo equivocada esta apreciación del fallador, no puede considerarse por ello dolosa su actuación, ni menos calificarse de prevaricato, porque de ser esto así tendría que admitirse que se erige en delito conceptuar de manera diferente al criterio que otros sustentan en lo tocante con el hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legal. De esta manera, se conseguiría paralizar la administración de justicia, por el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los juzgadores, cuya repercusión no sería otra que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance en la interpretación legal.

En varias oportunidades ha dicho esta Sala que el error de apreciación o interpretación de un texto legal no puede constituir abuso de funciones públicas, ya sea para estructurar un delito de abuso de autoridad, o el más grave aún, de prevaricato. "No basta tampoco — ha dicho la doctrina — el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito de obrar contra derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

Según esto, resulta incuestionable que por ninguna parte aparece doloso el proceder del funcionario. Los motivos determinantes de su actuación, como la simpatía o la animadversión, no pudieron ser acreditados en forma alguna ni hay en el proceso la sospecha más leve sobre el particular, que por otra parte exige una plena demostración probatoria, pues no sería justo que la prueba de dichos elementos, tan sustanciales para dar categoría de prevaricato a la actuación de un funcionario público, pudiese surgir de las solas apreciaciones interesadas de quien por razón de un equivocado concepto del ejercicio de su profesión, considera que toda vez que el funcionario público no decide como corresponde a sus propósitos, prevarica; concepto asaz erróneo, que hace de las imputaciones contra los funcionarios un sistema de amenaza, que no se compagina ni con la justicia ni con la ley.

En el caso **sub judice**, dice el señor Procurador Delegado, no hubo deliberada violación de la ley, sino una interpretación equivocada de la misma. Siendo esto así, automáticamente queda excluído el elemento **a sabiendas** que al tenor del artículo 168 del Código Penal integra el delito de prevaricato.

En mérito de lo expuesto, 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, 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.—Julio E. Argüello R., Srio.

LEGITIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD. — REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA REDUCCION DE LA PENA CONFORME AL ARTICULO 429 DEL CODIGO PENAL

1.—El motivo de justificación del hecho consistente en el estado de necesidad, tiene estrecha semejanza con la legítima defensa, por cuanto en ambas figuras se requiere la existencia de un grave peligro, inminente e inevitable de otro modo; ambas circunstancias entrañan situaciones de necesidad y angustia basadas en el instinto de conservación, que obra como fuerza impulsora de la acción o reacción que surge de dichos fenómenos jurídicos.

Lo que en realidad de verdad diferencia la legítima defensa del estado de necesidad, es que en la primera se reacciona contra un agresor injusto, mientras que en la segunda no existe ese agresor, pues tal estado de necesidad no es "sino una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, también jurídicamente protegidos". De ahí que el agente activo del delito obre bajo este estado, contra un inocente.

Pero está diferencia marca un principio orientador muy notable en materia probatoria, a saber: que la aceptación del estado de necesidad es mucho más rígida y exigente que en la legítima defensa, precisamente porque en aquél la víctima es inocente y está amparada en el bien jurídico que sufre la lesión.

Por eso nuestro Código Penal requiere expresamente (lo que no exige para la legítima defensa), que el peligro no sea evitable de otra manera y que no deba afrontarse por obligación profesional (artículo 25, numeral 3º).

Y en tratándose del estado de necesidad en delitos contra el patrimonio, es mucho más severo y restringido, ya que sólo limita la justificación del hecho a la subsistencia o vestido de la propia persona, o a la de su familia (se excluye el tercero o particular), siempre que "se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas" (artículo 430).

2.—La disposición contenida en el artículo 429 del Código Penal no deja la menor duda de que el reintegro tiene que ser total y como consecuencia de un acto libre y espontáneo del sujeto activo del delito, quien así demuestra un sincero arrepentimiento.

El reintegro total se justifica porque en los delitos contra el patrimonio el bien jurídico que se lesiona es la propiedad, y el legislador tiene que tomar en cuenta, al sancionarlos, el perjuicio sufrido por la víctima. De tal suerte que si a ésta se le devuelve el objeto materia del ilícito, el daño particular o privado desaparece y el hecho punible adquiere una menor gravedad, que debe compensarse con una sanción igualmente benigna y equitativa. Lo contrario sería permitir una especie de negociación con el fruto del delito, que resulta de todo punto inadmisible.

Porque no se puede olvidar que es el arrepentimiento del agente del delito, demostrado por la espontánea restitución del objeto sustraído, el aspecto más interesante de la norma, pues en el sistema de la actividad psico-física como base de la imputabilidad penal y del estado peligroso como medida de la sanción, dicho arrepentimiento indica que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida en sociedad; en una palabra, que es menos peligroso, lo cual comporta una prudente reducción de la pena.

Pero como muchas veces el reintegro total no podrá llevarse a cabo por motivos ajenos a la voluntad del agente, entonces habrá que concluir que esa devolución o resarcimiento parciales hechos en tales circunstancias no deben impedir la disminución de la pena, siempre que conste el completo ánimo reparador del delincuente. Estima la Sala, pues, que debe tenerse en cuenta en

estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de indemnización cumplido en cuanto sea posible, que la cantidad total devuelta.

Mas como los fallos no pueden basarse en conjeturas, la ley señala el mínimo y el máximo de la disminución de la pena, para que dentro de ellos se mueva el Juez, según lo que aparezca demostrado. Debe, pues, el Juez apreciar en cada ocurrencia, según todas las pruebas, cuándo hubo ánimo de devolución o reparación total que autorice la rebaja del artículo 429, y en qué medida, y cuándo se trata únicamente de la circunstancia de menor peligrosidad del ordinal 8º del artículo 38 del Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de abril veintiseis del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó a Humberto Villegas Gómez a la pena principal de tres años de presidio, como responsable del delito de robo de una suma de dinero.

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

Dan cuenta los autos que el día 26 de octubre de 1948, el procesado Humberto Villegas Gómez, Oficial Mayor de la Secretaría de Economía del Departamento de Caldas, valiéndose de llaves previamente preparadas para el efecto, se sustrajo de la Caja de la Sección de Cooperativas, dependiente de la Secretaría citada, la suma de quinientos noventa y tres pesos con treinta y cinco centavos ($ 593.35).

En un principio el procesado Villegas Gómez negó haber sido el autor del ilícito, pero posteriormente, en el curso de una ampliación de indagatoria, confesó el hecho manifestando:

"Es verdad que yo me sustraje ese dinero de la Caja con la intención de devolverlo, y me lo sustraje para subsanar urgentísimas necesidades de familia. Porque teniendo la señora enferma, en delicado estado de salud, y no alcanzándome mi sueldo sino para las necesidades cuotidianas, tuve necesidad de recurrir a ese dinero. Tomé todo el dinero que había en caja porque no sabía cuánto podía costarme el viaje con el médico y el pago de las drogas, y como ya lo dije antes, la intención mía era la de devolver el resto. No está por demás anotar, que al médico que atiende a mi señora le debía cuentas de recetas y visitas atrasadas. Cuentas que cancelé en parte con ese dinero. Para probar la buena intención de hacer el reintegro, yo le pido al señor Inspector el favor de dar el dato del faltante en dinero y un plazo prudencial para yo depositarlo en su oficina. Nuevamente digo que ese dinero lo tomé por una imperiosa necesidad..."

En atención a la naturaleza del delito y teniendo en cuenta lo dispuesto por los Decretos extraordinarios números 2326 y 4137 de 1948, al procesado se le juzgó mediante el procedimiento breve y sumario de que trata la Ley 48 de 1936.

La primera instancia culminó con la sentencia de fecha diciembre 17 de 1948, pronunciada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales, en virtud de la cual el procesado Villegas Gómez fue absuelto.

Pero al surtirse la consulta ante el Tribunal — en segunda instancia — dicha entidad condenó al acusado a la pena principal atrás especificada, previa revocatoria del fallo anterior. Contra la sentencia del Tribunal —como ya se dijo— se interpuso recurso de casación.

Demanda

El recurrente invoca y sustenta como causales de casación la 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CAUSAL 2ª — **Errada interpretación e indebida apreciación de los hechos**

Al sustentar esta causal el recurrente formula dos cargos contra la sentencia sujeta a casación, o sean: 1º desconocimiento que el Tribunal hizo de determinadas circunstancias eximentes de responsabilidad, por haber obrado el acusado, al co-

meter el delito, en un apremiante estado de necesidad de orden familiar; y 2º que el Tribunal no le dio al reintegro parcial que del dinero sustraído hizo el acusado, el efecto legal de rebajar la sanción, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 429 del Código Penal.

Separadamente se analizarán dichos cargos presentados por el recurrente al fundamentar la causal 2ª de casación.

Primer cargo. — Estado de necesidad en que obró el acusado al cometer el delito.

El demandante afirma que el procesado obró en un apremiante estado de necesidad de orden familiar, ya que "ante el porvenir sombrío que le pintaban los médicos de un posible parto prematuro de la esposa que se encontraba enferma desde días antes, no encontró más horizonte que atentar contra la propiedad ajena en la forma como lo hizo. Y que con aquella turbación del ánimo, y ante circunstancias tan imprevisibles como el decurso de una maternidad, no podía menos que tomar todo el dinero que encontró sin que se le pueda deducir responsabilidades simplemente porque a la postre y conocido el desarrollo de la enfermedad, no hubo necesitado sino de una parte del dinero sustraído".

Se considera:

De esta causal de justificación genérica —estado de necesidad— hizo el legislador una aplicación específica al tratar de los delitos contra la propiedad, pues el artículo 430 del Código Penal expresa:

"Queda eximido de responsabilidad el que ejecute cualquier delito contra la propiedad, llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia ó vestido, o a las de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio lícito de satisfacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas".

Este motivo de justificación tiene estrecha semejanza con la legítima defensa, por cuanto en ambas figuras se requiere la existencia de un grave peligro, inminente e inevitable de otro modo; ambas circunstancias entrañan situaciones de necesidad y angustia basadas en el instinto de conservación, que obra como fuerza impulsora de la acción o reacción que surge de dichos fenómenos jurídicos.

Lo que en realidad de verdad diferencia la legítima defensa del estado de necesidad, es que en la primera se reacciona contra un agresor injusto, mientras que en la segunda no existe ese agresor, pues tal estado de necesidad no es "sino una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro ,también jurídicamente protegidos". De ahí que el agente activo del delito obre, bajo este estado, contra un inocente.

"Pero esta diferencia marca —dice con toda razón el señor Procurador Delegado— un principio orientador muy notable en materia probatoria, a saber: que la aceptación del estado de necesidad es mucho más rígida y exigente que en la legítima defensa, precisamente porque en aquél la víctima es inocente y está amparada en el bien jurídico que sufre la lesión.

"Por eso, nuestro Código Penal requiere expresamente (lo que no exige para la legítima defensa) que el peligro no sea evitable de otra manera y que no deba afrontarse por obligación profesional (artículo 25, numeral 3º)".

"Y, en tratándose del estado de necesidad en delitos contra el patrimonio, es mucho más severo y restringido, ya que sólo limita la justificación del hecho a la subsistencia o vestido de la propia persona, o, a la de su familia (se excluye el tercero o particular), siempre que "se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas (artículo 430)".

El caudal probatorio que este proceso exhibe en manera alguna demuestra el apremiante estado de necesidad que alega el recurrente.

Pues, aceptando la mala situación económica en que se encontraba el procesado Villegas Gómez al tiempo de consumar el delito, estado en que se encuentran por lo general todos los empleados públicos, es lo cierto que la inminencia y gravedad del peligro, que, según el procesado, amenazara la vida de su señora esposa, o la del niño que estaba por nacer, carece de la comprobación necesaria para considerarlo como probado.

Sobre el particular sólo aparece el testimonio del facultativo, doctor José Gómez Giraldo, quien dice:

"En fecha que no puedo precisar y en las horas del medio día, fui en compañía del señor Humberto Villegas y en un automóvil de la Secretaría de Economía del Departamento a la población de Villamaría a fin de ver a la esposa del señor Villegas, quien se encuentra en estado de embarazo y con amenazas de aborto; después de examinarla, le formulé y poco después regresé a esta ciudad con el chofer del automóvil, que-

dándose Villegas en la citada población. A la llegada a esta ciudad, el chofer, por recomendación del señor Villegas, me pagó el servicio prestado por el que le cobré la suma de quince pesos. Advierto que desde recién casado el señor Villegas, he estado visitando con frecuencia a su esposa, quien desde esos días viene enferma; cuando se presentaron los primeros síntomas de embarazo ya mis visitas eran más frecuentes por cuanto se sentía enferma...".

Esta declaración, por sí sola, no prueba suficientemente el hecho que se pretende demostrar, pues, fuera de que ella es demasiado lacónica y no señala ningún cuadro clínico sobre las perturbaciones de la salud de la esposa del procesado, las manifestaciones—próximas o remotas— de un posible aborto y los peligros que éste representara como trance de un desenlace fatal para la señora o para su hijo, en tal forma que ello pudiera haber creado en la conciencia del procesado una "apremiante necesidad" de apoderarse de lo ajeno para salvar aquellas vidas.

Tan no era grave el estado de la señora, que el procesado Villegas Gómez, una vez que el médico la vio y formuló los remedios que debían dársele, se dirigió —el procesado— a un café de la localidad, "donde se dedicó a tomarse unas cervezas y a departir con dos damas", y con "síntomas de embriaguez", como lo declaran los detectives Daniel Pérez e Ignacio Quintero Molina.

"Nadie, a no ser un insensible moral —dice el Ministerio Público—observa esa conducta teniendo a la esposa en peligro inminente de sufrir un aborto. Y si esa fue la realidad, entonces Villegas se mostraría como un sujeto sin ningún sentimiento ni resistencias éticas, lo cual sería un índice elocuente de peligrosidad que, por sí solo, llevaría a descartar la causal de justificación, conforme al aparte final del artículo 430 del estatuto represivo".

Por otra parte, el peligro, en la hipótesis de haber existido, es evidente que no se presentó con caracteres de inevitable, si no se recurría al robo. El procesado Villegas Gómez gozaba de ciertas influencias, como lo demuestra el hecho de haber usado el automóvil de la Secretaría de Economía del Departamento para trasladarse con el médico a la población de Villamaría, donde se hallaba la señora enferma; y haber obtenido, sin necesidad de acudir a medios ilícitos, la suma de ciento quince pesos, con sesenta centavos ($ 115.60), a fin de restituír parte de lo sustraído. En la misma forma habría podido actuar para conseguir la pequeña suma que necesitaba (el médico solamente le llevó $ 15.00) para atender a los premiantes cuidados de su esposa.

Además, aparecen demostrados ciertos hechos que indican la malicia y el dolo con que procedió Villegas Gómez, y que en nada se semejan al comportamiento del estado de necesidad. Tales hechos son los siguientes:

Haberse provisto —el acusado— con antelación de las llaves que servían para el apoderamiento del dinero sustraído; haber estado sesteando en las puertas de la oficina donde el ilícito se realizó, en espera de que los empleados ya no estuvieran en ella; no haber informado a sus compañeros de trabajo sobre la calamidad doméstica que lo aquejaba el día 26 de octubre de 1948 —fecha del robo— ni haber solicitado a ninguno de ellos un pequeño préstamo de dinero para atender la apremiante necesidad de su esposa enferma; tener guardado el dinero sustraído en forma subrepticia, cuando lo capturó la policía y lo requisó, o sea, "entre los pantalones y la camisa"; y haber negado en su primera indagatoria lo sucedido para dar en cambio, una afirmación embustera o inverosímil acerca del origen de las llaves que le sirvieron para cometer el delito y del dinero que se le encontró.

Todo lo anterior indica que el primer cargo contra la sentencia no tiene fundamento.

Segundo cargo. — No haberse dado aplicación por el Tribunal a lo dispuesto por el artículo 429 del Código Penal.

No acepta el demandante las conclusiones del fallo recurrido en casación, por considerar que ha debido darse aplicación al artículo 429 del Código Penal, que dice que si antes de que se pronuncie sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del jurado, si fuere el caso, el responsable restituye el objeto que fue materia de la infracción o indemnizar a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado, la sanción se disminuirá de una sexta parte a la mitad.

Para sustentar este punto el demandante se acoge a lo que sobre el particular expresa el salvamento de voto del Magistrado doctor Clímaco Sepúlveda, concebido así:

"...Es verdad que el procesado Villegas Gómez sólo restituyó la suma de ciento quince pesos con sesenta centavos, según consta a folio 33 de este expediente, pero así tenía que ser porque cuando se le detuvo y requisó ese era el dinero qu había gastado, no pudiendo entonces restituir más de lo que faltaba.

"Se dirá que el artículo se refiere a la resti-

tución del objeto en su totalidad. Y ello es verdad, pues lo contrario sería el absurdo. Pero con mi interpretación no se desvirtúa el espíritu del artículo que busca únicamente que el objeto vuelva a poder del ofendido. Y no se desvirtúa porque si se le ha decomisado parte del objeto motivo de la infracción y el sindicado restituye lo faltante, prácticamente el objeto ha vuelto a su dueño en su totalidad. Distinto fuera que sólo se restituyera parte del faltante".

Se considera:

La restitución de la suma de dinero sustraída por el procesado, se cumplió así: De los quinientos noventa y tres pesos con treinta y cinco centavos ($ 593.35) a que ascendió el ilícito, fue recuperada por la autoridad en poder del procesado Villegas Gómez, cuando fue capturado y requisado, la cantidad de cuatrocientos setenta y siete pesos con setenta y cinco centavos (477.75), y el resto, o sean, ciento quince pesos con sesenta centavos ($ 115.60), los restituyó dicho procesado cuando ya la investigación estaba en marcha.

De lo anterior se desprende que la devolución que el procesado hizo del dinero robado, no fue total, sino parcial.

La disposición contenida en el artículo 429 del Código Penal no deja la menor duda de que el reintegro tiene que ser total y como consecuencia de un acto libre y espontáneo del sujeto activo del delito, quien así demuestra un sincero arrepentimiento.

El reintegro total se justifica, dice el señor Procurador, porque en los delitos contra el patrimonio el bien jurídico que se lesiona es la propiedad, y el legislador tiene que tomar en cuenta, al sancionarlos, el perjuicio sufrido por la víctima. De tal suerte que si a ésta se le devuelve el objeto materia del ilícito, el daño particular o privado desaparece y el hecho punible adquiere una menor gravedad, que debe compensarse con una sanción igualmente benigna y equitativa. Lo contrario sería permitir una especie de negociación con el fruto del delito, que resulta de todo punto inadmisible.

Porque no se puede olvidar que es el arrepentimiento del agente del delito, demostrado por la espontánea restitución del objeto sustraído, el aspecto más interesante de la norma, pues en el sistema de la actividad psico-física como base de la imputabilidad penal y del estado peligroso como medida de la sanción, dicho arrepentimiento indica que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida en sociedad; en una palabra, que es menos peligroso, lo cual comporta una prudente reducción de la pena.

Pero como muchas veces el reintegro no podrá llevarse a cabo por motivos ajenos a la voluntad del agente, entonces habrá que concluir que esa devolución o resarcimiento parciales hechos en tales circunstancias, no deben impedir la disminución de la pena, siempre que conste el completo ánimo reparador del delincuente. Estima la Sala, pues, que debe tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de indemnización cumplido en cuanto sea posible, que la cantidad total devuelta.

Mas como los fallos no pueden basarse en conjeturas, la ley señala el mínimo y el máximo de la disminución de la pena, para que dentro de ellos se mueva el Juez, según lo que aparezca demostrado. Debe, pues, el Juez apreciar en cada ocurrencia, según todas las pruebas, cuándo hubo ánimo de devolución o reparación total que autorice la rebaja del artículo 429, y en qué medida, y cuándo se trata únicamente de la circunstancia de menor peligrosidad del ordinal 8º del artículo 38 del Código.

En el caso a estudio, como ya se dijo, el reintegro que del dinero sustraído hizo el procesado Villegas Gómez no fue total, sino únicamente parcial, pues, la mayor cantidad de la suma sustraída la tomó la Policía cuando capturó y requisó al acusado. Aquel reintegro parcial es el que debe favorecerlo, porque fue hecho voluntariamente cuando hubiera podido no serlo, y porque no podía reintegrar más puesto que la otra cantidad de dinero ya había ido a poder de su dueño, quien, al fin y al cabo, no sufrió menoscabo en su patrimonio.

De lo anterior se deduce que está probada en parte la causal 2ª de casación alegada y, por lo tanto, debe reformarse parcialmente el fallo acusado.

CAUSAL 1ª—**Mala aplicación de la ley penal**

Al sustentar esta causal el recurrente plantea de nuevo el punto referente al reintegro del dinero sustraído y a la aplicación al caso del artículo 429 del Código Penal, y al efecto vuelve a transcribir el salvamento de voto del Magistrado doctor Sepúlveda.

Mas como estos cargos quedaron ampliamente estudiados al analizar la causal 2ª, no hay para qué reptir aquí lo expresado anteriormente, pues sería redundante insistir en las mismas cuestiones ya expuestas.

Por lo tanto, la causal 1ª también prospera, pero únicamente en cuanto a la aplicación que debe darse a lo dispuesto por el artículo 429 del Código, que fue precisamente la cuestión que prosperó en la causal 2ª de casación alegada.

Habiéndose aceptado, en parte, la validez de las causales 2ª y 1ª, alegadas por el demandante y como por mandato del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal le corresponde a la Sala invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, es preciso tener en cuenta que debiéndose dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 429 del Código Penal, por el reintegro que el procesado hizo del dinero sustraído, ha de reducirse la pena de tres años de presidio que trae la sentencia, en una tercera parte, o sea, en doce meses, quedando la de dos años de presidio que es la que la Sala considera justa y equitativa, teniendo en cuenta la personalidad del delincuente, la gravedad y modalidades del hecho y demás factores de individualización que se tuvieron en cuenta en el fallo recurrido.

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, INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando en cuanto por ella se condena a Humberto Villegas Gómez a la pena principal de tres años de presidio, por el delito de robo de una suma de dinero, y en su lugar lo condena a dos años de la misma pena.

En lo demás queda en firme el fallo, pero la accesoria de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar el mismo tiempo de cinco (sic) años.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITO DE DETENCION ARBITRARIA. — DETENCION DE MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL (OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES)

1.—El Código Penal estructura el delito de detención arbitraria sobre los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo del delito sea un funcionario o empleado público;

b) Que obre abusando de sus funciones; y

c) Que a consecuencia de ello prive a alguno de su libertad.

El primero, porque, de no tener la calidad de funcionario o empleado público quien es sujeto activo del delito, éste se convertirá en otra infracción distinta, que bien podría ser alguno de los delitos contemplados en el Título XI, "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" o el secuestro.

Existe siempre en la detención arbitraria un clásico abuso de autoridad. Mas la mayor gravedad de este hecho no implica que no sean las disposiciones que gobiernan los delitos de esa categoría, las que se apliquen para el caso, sino reglas específicamente determinadas a sancionar la arbitrariedad en todos aquellos actos de los funcionarios públicos que se dirijan contra la libertad individual y otras garantías consagradas en la Constitución y en la ley.

El segundo elemento, es decir, que el empleado obre abusando de sus funciones, significa que la libertad humana no puede quedar al arbitrio de los funcionarios abusivos. El empleado debe llenar ciertos requisitos y fórmulas preestablecidos, para privar a un ciudadano de su libertad individual. Cuando estos requisitos y fórmulas dejan de cumplirse, lo arbitrario de la detención es lo que da al hecho su categoría delictuosa, siempre que concurran los demás elementos.

El tercero de éstos, esto es, privar de la libertad a otra persona, no significa nada distinto que el desarrollo del principio constitucional consagrado en el artículo 23 de la Carta, según el cual nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Al tutelar el Código Penal la libertad individual, castigando el abuso en que puede incurrir el funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones, deteniendo arbitrariamente a alguna persona, no circunscribe que tal hecho se realice en determinadas condiciones de forma, tiempo o lugar. Ello porque no predetermina la ley el lugar en donde se cumple la detención preventiva, ni tampoco señala que deba ser en un establecimiento previamente designado al efecto; ni regula el tiempo en que tal detención arbitraria se produzca, porque cualquiera que sea el tiempo en que una persona se encuentre detenida, por el capricho del funcionario antes que por los motivos definidos en las leyes que tal cosa autorizan, el delito existe. La forma en la ejecución de la arbitrariedad nada tiene que ver con el hecho ni con el procedimiento que se haya adoptado para consumarlo. La ley quiere proteger la libertad del individuo, para que éste no sea privado de ella sino con los requisitos que la misma indica, que cuandoquiera que son violados, desconocidos o vulnerados, producen una perturbación jurídica que se traduce en una infracción penal.

2.—Para que un miembro de la Policía Nacional goce de las prerrogativas que en relación con detención preventiva establecen para ellos algunas disposiciones legales, es siempre condición indispensable que el delito que se les imputa haya sido cometido en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ese ejercicio y que además no hayan procedido con exceso, motivo por el cual en cada caso es indispensable averiguar si se han llenado o no esas condiciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, consulta su providencia de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, por medio de la cual, con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Juan E. Bustamante Ayola, Juez Promiscuo del Circuito de Santuario (Caldas), en virtud de no haber cometido los hechos que le fueron imputados por el doctor Pablo Alzate Fernández.

Cumplidos como se hallan los requisitos de procedimiento y obtenido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, procede la Corte a estudiar y resolver la consulta.

Hechos

Se acusa al doctor Juan E. Bustamante Ayola, porque en su carácter de Juez Promiscuo del Circuito de Santuario (Caldas), hizo detener al Agente de la Policía Nacional, señor Luciliano Díaz, de modo arbitrario, puesto que la detención del Agente Díaz se cumplió sin haber sido dado de baja, portando el uniforme y las insignias de representante de la autoridad, sin la prueba de que hubiese procedido en el ejercicio de sus funciones con exceso y sin dictar auto de proceder.

De autos aparece que el Agente de la Policía Luciliano Díaz, salió del cuartel hacia el barrio de tolerancia del Municipio de Santuario y allí, sin que estuviera en ejercicio de las funciones como tal, hirió a algunos ciudadanos en un incidente suscitado particularmente entre el Agente y las víctimas, por lo cual ante el Juez Promiscuo del Circuito se siguieron las correspondientes diligencias sumarias. En ellas el señor Juez del conocimiento, con fecha siete de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, dispuso la detención preventiva de Luciliano Díaz por los delitos de lesiones personales y abuso de autoridad, cometidos en perjuicio de los señores Samuel Sosa y Ricardo Antonio Osorio, previa solicitud de suspensión del cargo de Agente de Policía que desempeñaba, que fue hecha inmediatamente a la Gobernación de Caldas.

Una vez suspendido del cargo, el Agente Díaz fue detenido en la cárcel de Santuario, a donde fue enviado uniformado el doce de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, a eso de las cuatro de la tarde y de donde fue sacado, por el Comandante de la Policía, a las ocho de la noche de ese mismo día.

Se ha establecido el carácter oficial del ex-Juez Promiscuo del Circuito de Santuario (Caldas), doctor Juan E. Bustamante Ayola, con las copias de nombramiento y posesión correspondientes.

Se considera:

El Código Penal estructura el delito de detención arbitraria sobre los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo del delito sea un funcionario o empleado público;

b) Que obre abusando de sus funciones; y

c) Que a consecuencia de ello prive a alguno de su libertad.

El primero, porque de no tener la calidad de funcionario o empleado público quien es sujeto activo del delito, éste se convertiría en otra infracción distinta, que bien podría ser alguno de los delitos contemplados en el Título XI, "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" o el secuestro.

Existe siempre en la detención arbitraria un clásico abuso de autoridad. Mas la mayor gravedad de este hecho implica que no sean las disposiciones que gobiernan los delitos de esa categoría, las que se apliquen para el caso, sino reglas específicamente determinadas a sancionar la arbitrariedad en todos aquellos actos de los funcionarios públicos que se dirijan contra la libertad individual y otras garantías consagradas en la Constitución y en la ley.

El segundo elemento, es decir, que el empleado obre abusando de sus funciones, significa que la libertad humana no puede quedar al arbitrio de los funcionarios abusivos. El empleado debe llenar ciertos requisitos y fórmulas prestablecidas, para privar a un ciudadano de su libertad individual. Cuando estos requisitos y fórmulas dejan de cumplirse, lo arbitrario de la detención es lo que da al hecho su categoría delictuosa, siempre que concurran los demás elementos.

El tercero de éstos, esto es, privar de la libertad a otra persona, no significa nada distinto que el desarrollo del principio constitucional consagrado en el artículo 23 de la Carta, según el cual nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Al tutelar el Código Penal la libertad individual, castigando el abuso de autoridad en que puede incurrir el funcionario o empleado público

en el ejercicio de sus funciones deteniendo arbitrariamente a alguna persona, no circunscribe que tal hecho se realice en determinadas condiciones de forma, tiempo o lugar. Ello porque no predetermina la ley el lugar en donde se cumple la detención preventiva, ni tampoco señala que deba ser en un establecimiento previamente designado al efecto; ni regula el tiempo en que tal detención arbitraria se produzca, porque cualquiera que sea el tiempo en que una persona se encuentre detenida, por el capricho del funcionario antes que por los motivos definidos en las leyes que tal cosa autorizan, el delito existe. La forma en la ejecución de la arbitrariedad nada tiene que ver con el hecho ni con el procedimiento que se haya adoptado para consumarlo. La ley quiere proteger la libertad del individuo, para que éste no sea privado de ella sino con los requisitos que la misma indica, que cuandoquiera que son violados, desconocidos o vulnerados producen una perturbación jurídica que se traduce en una infracción penal.

En el presente caso se tiene que la calidad de funcionario público en el sujeto activo del delito de detención arbitraria que se imputa al ex-Juez Promiscuo del Circuito de Santuario de Caldas, está superabundantemente establecida en los autos en virtud de las constancias que allí existen sobre Acuerdo de nombramiento, expedido por el Tribunal Superior de Manizales, marcado con el número 39 de julio 17 de 1947, así como el Acuerdo número 58 de la misma entidad, en virtud del cual ese nombramiento fue confirmado el día 20 de agosto de 1947. Acta debidamente autenticada de la posesión, diligencia ésta marcada bajo el número 103 del día 11 de septiembre de 1947, junto con el certificado expedido por la Alcaldía Municipal de Santuario (Caldas), en el que consta que el doctor Juan E. Bustamente Ayola se encontraba en el ejercicio de sus funciones como Juez Promiscuo de este Circuito en el mes de abril hasta fines de mayo del corriente año y que en la actualidad desempeña dicho cargo, certificado expedido el 9 de julio de 1948 y que comprende la fecha en que ocurrieron los hechos que se le imputan al funcionario y que corresponden a la investigación que se estudia.

Establecido, pues, este elemento primordial es decir, la calidad de funcionario público del agente activo del delito, pasa a analizarse si hubo abuso de las funciones del Juez en el encarcelamiento que éste en su calidad de tal ordenó contra el Agente de la Policía Luciliano Díaz, de la División de la Policía Nacional que presta sus servicios en el Departamento de Caldas y destinado al ejercicio de los mismos en la población de Santuario de ese Departamento.

Los funcionarios públicos en materia de detención preventiva gozan de cierta prerrogativa, de conformidad con el mandato del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, en orden a que la detención no podrá llevarse a cabo mientras la autoridad correspondiente no decrete, a petición del funcionario instructor o del Juez, la suspensión del empleo que ejercen.

Esta prerrogativa se fundamenta en que es de interés social que la administración pública no se perjudique deteniendo a un empleado, sin que quien ha de proveer ese puesto pueda inmediatamente nombrar el reemplazo correspondiente al funcionario que ha de ser encarcelado. De otra manera, es decir, si se produjese la detención sin el cumplimiento de este requisito, se perturbaría la marcha ordenada de la administración pública, dejando acéfalo un empleo, con el consiguiente perjuicio que ello implica para los asociados.

El inciso segundo de esa misma disposición, artículo 392, sustrae a los Oficiales y Agentes de Policía del inciso anterior para consagrar con ellos una prerrogativa más amplia en lo que a detención preventiva se refiere, la cual en virtud de ese mandato legal no puede hacerse sino después de dictado el auto de proceder y cuando se reúnan las circunstancias que en el mismo inciso se indican, es decir, que el hecho se haya verificado en el ejercicio de las funciones propias de su cargo y no se haya procedido con exceso.

Mas no es esta sola la única prerrogativa que el legislador consagra en beneficio de aquellos funcionarios públicos. De conformidad con el artículo 7º de la ley 108 de 1946, los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional a quienes por razón de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones se sindique como infractores de la ley penal, no serán destituídos mientras no recaiga sentencia condenatoria contra ellos.

Ese mismo mandato ordena también que los mismos sujetos, durante el proceso, serán detenidos dentro de sus respectivas unidades y continuarán perteneciendo a la institución, percibiendo los sueldos correspondientes a sus grados. Solamente dictada la sentencia condenatoria el

funcionario será dado de baja y puesto a órdenes de la autoridad competente.

Y todavía extiende más el legislador las prerrogativas a tales funcionarios, cuando crea en el artículo 5º de la ley 5ª de 1943, un régimen especial en relación con el cambio de radicación de los procesos que se sigan contra ellos, artículo éste que faculta al Gobierno para variar por una sola vez en cada caso la radicación de causas criminales que se sigan contra Oficiales, Subofíciales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones y por razón de ellas, aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales.

Dispone ese mismo artículo que para dicho cambio no podrá ser escogida sino una ciudad, cabecera del Distrito Judicial, en donde funcionen más de un Juzgado Superior o más de un Juzgado del Circuito Penal, según el caso.

De manera que para los cambios de radicación de estos procesos no es indispensable que se reúnan siquiera las condiciones generales que el artículo 58 del Código Procesal Penal señala para conceder esa excepción extraordinaria en lo tocante con la competencia por razón del territorio en donde un delito ha tenido su cumplimiento, previo, en todo caso, el concepto favorable de la Corte.

Refiriéndose a estas prerogatrivas dice con sobrada razón el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"Son de justicia estos privilegios para la Policía, porque tienden a asegurar adecuadamente el esencial servicio público de prevención que ella ejerce, y, además, porque sus miembros, dada la índole misma de su actividad y el peligro que ésta implica, están expuestos a los conflictos con los particulares, a los ataques de éstos y a las acusaciones temerarias. Sin aquellas prerrogativas, la función preventiva y mantenedora del orden social que incumbe a la Policía, se debilitaría con grave daño para los intereses de la colectividad. Por una parte, se robustece y se hace respetable la institución; por otra se protege especialmente a los órganos que la desarrollan y que le dan vida, para que así redunde en el bienestar común".

Mas es innegable que si las leyes conceden tales privilegios y prerrogativas a los funcionarios de la Policía Nacional; exigen también de ellos que en el desempeño de sus funciones procedan con el más completo sentimiento de su responsabilidad y del alcance tan delicado de su misión preventiva. Porque no sería adecuado a un régimen de instituciones legales fundadas en principios democráticos, que ciertos funcionarios gozaran de privilegios especiales, o mejor, de derechos extraordinarios, sin que correlativamente se les exigiera a los mismos en el cumplimiento de sus deberes un desempeño por lo menos tan prudente que guarde relación con la índole de los privilegios concedidos.

En virtud de estos principios aquellas prerrogativas exigen siempre como condición indispensable para su otorgamiento que los Agentes de Policía obren de modo que no se excedan en el desempeño de su cargo cuando proceden en el ejercio de las funciones que están adscritas a tan delicada misión.

De manera que si no se cumple este requisito no es posible pretender que aquellas prerrogativas comprendan a este género de funcionarios públicos.

Por lo mismo en un caso dado es indispensable averiguar si se satisfizo el lleno de esas condiciones; porque de lo contrario no podría dársele cumplimiento a los mandatos legales que señalan esa clase de privilegios.

En el presente caso los autos aportan elementos de juicio suficientes para establecer estos dos hechos fundamentales:

1º Que el Agente de Policía Luciliano Díaz estaba franco el día de los acontecimientos que dieron origen al proceso seguido contra el mismo por el delito de lesiones personales a Samuel Sosa, hecho que se originó por un encuentro personal y de palabras con el ciudadano Ricardo Antonio Osorio; y

2º Que de las declaraciones que rindieron los sujetos que presenciaron ese incidente, el Policía obró con exceso.

"En el presente asunto —dice el señor Procurador— aparece que el Agente de Policía Luciliano Díaz, el día de los sucesos que se le imputan, salió por su cuenta hacia el barrio de tolerancia como lo declara uno de los compañeros; Díaz no fue destinado por lo mismo, a prestar ningún servicio en dicha zona cuando cometió los desafueros investigados por el Juez Promiscuo de Santuario; y en el momento de disparar su revólver contra Samuel Sosa y Ricardo Antonio Osorio no había con éstos conflicto individual alguno surgido por razón del desempeño de los deberes de Agente de Policía. Ese encuentro tuvo un carácter esencialmente particular entre

los protagonistas, y por lo mismo, de las consecuencias de ese acto debía responder Díaz como un mero particular, sin derecho a las prerrogativas de que disponen los miembros de la Policía Nacional cuando obran en el legítimo ejercicio de sus funciones o por causa de ellas".

Para demostrar estos hechos es significativo transcribir el testimonio de Rogelio Vanegas, quien en su calidad de cabo prestaba sus servicios en la Policía Nacional en la población de Santuario (Caldas) y era compañero, por lo mismo, del Agente Díaz:

"Dice así lo pertinente de aquella declaración: "No sé si la fecha que se me pregunta será la misma, pero sí recuerdo que elaboré una orden del día anterior, incluyendo el servicio de la policía del día y la noche, esto es para la noche y el día siguiente, con especificación de zonas separadas, con los números de los agentes a quienes les correspondía cada zona por números separadamente. Me recuerdo que el Capitán Valencia, me dijo: —Que rompiera esa orden del día, la destruyera, la que había elaborado el día antes y borrara unos agentes para el barrio de tolerancia incluyendo en esa zona al agente Luciliano Díaz, el cual no estaba o no le tocaba prestar servicio en ese turno; esto me lo ordenó el Capitán en los momentos en que el señor Luciliano Díaz, según oí decir, había herido al señor Samuel Sosa, en la zona antes citada, esto es en el barrio de tolerancia, o sea en las horas de la tarde. El agente sin que le correspondiera ese turno, salió figurando como que le corrsepondía el mencionado turno, sin haber sido cierto, ya que el agente Díaz no se encontraba haciendo ningún turno en esos lados". (Fol. 27).

El Agente de Policía Gilberto Castillo Ramírez agrega un dato también muy importante en este particular, pues no solamente da a entender que el Agente Díaz no estaba en servicio activo el día de los hechos, sino que se encontraba detenido dentro del cuartel, a pesar de lo cual salió de éste para dirigirse al barrio de tolerancia, como se lo anunciara cuando se encontraron con él en la plaza de la localidad. (Fol. 59).

Es indudable, pues, que no se cumplen en el presente caso los presupuestos legales que son indispensables para que el auto de detención contra un Agente de Policía no pueda cumplirse sino después de dictarse el auto de proceder. En el presente caso no había para qué esperar a esa formalidad, por cuanto las actividades dolosas del Agente se habían realizado en circunstancias que estaban muy lejos de propiciar el cumplimiento de las prerrogativas propias del cargo.

El proceso, por lo demás, exhibe al Agente Díaz como un elemento díscolo, impulsivo e imprudente en el desempeño de sus funciones y presenta además una situación social conflictiva entre las distintas autoridades del lugar, muy propicia para que no exista la debida serenidad y reflexión en los funcionarios, llevándolos a actitudes extremas que no se compadecen con el recto cumplimiento de las mismas. De aquí que en el denuncio se haga al Juez el cargo de haber detenido al Agente Díaz, sin haber sido dado de baja, cargo que carece de seriedad, desde luego que el Agente entró a la cárcel una vez suspendido de su empleo y cuando se puso a disposición del Juez respectivo.

En efecto, en virtud del Decreto número 577 de mayo 11 de 1948, emanado de la Gobernación de Caldas y firmado por el propio Gobernador y por el Comandante de la Policía Nacional, se dice lo siguiente: "Artículo 1º Suspéndese en el ejercicio de sus funciones al agente de vigilancia de la Sección de Santuario Duciliano (sic) Díaz, a solicitud del Juez de Circuito de dicho Municipio, de conformidad con el documento anexo".

Por consiguiente, no es cierto el cargo de que al Agente se le haya detenido sin haberlo previamente suspendido en el ejercicio de su cargo.

La circunstancia de que la detención en la cárcel se haya cumplido estando el agente todavía uniformado, otro de los cargos que se le formula al Juez, fuera de no constituir hecho alguno delictuoso ni abusivo, es una imputación que va más directamente dirigida contra los superiores jerárquicos del Agente que contra el funcionario que dictó la orden de detención, porque era deber de aquéllos y no de éste, hacerla cumplir conforme a los reglamentos, no permitiendo que el Agente vistiera el uniforme. Esto es apenas una derivación de los extremos a que llegó la pugna de los funcionarios, pugna que culminó cuando una vez detenido el Agente, cumpliéndose así la orden del Juzgado, apenas estuvo en la cárcel respectiva un corto lapso, pues el mismo Capitán de la Policía del lugar, sin facultad alguna, pero con la venia del Director del establecimiento, lo sacó de allí para conducirlo al cuartel de la entidad.

Llama sí la atención que el Juez en el auto de detención dictado contra el Agente Díaz, aparte del delito de lesiones personales hubiese impu-

tado a aquél el de abuso de autoridad. Comoquiera que éste exige que el agente activo del delito obre con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de las mismas, es obvio que se partía de la base de que el Agente Díaz había obrado en el ejercicio de su cargo, cosa que como se ha visto no es así. Sin embargo, este error de apreciación del Juez en nada modifica su situación jurídica, porque la detención en este caso se producía no por este último delito, sino por el de lesiones personales, que evidentemente había cometido el Agente Díaz y ello cuando, como se ha demostrado, no estaba ejerciendo funciones propias de su cargo y procediendo a la vez en forma excesiva.

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, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia que es materia de consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — CUANDO ESTA IMPEDIDO UN FUNCIONARIO POR HABER EMITIDO OPINION

1.—La Corte en la interpretación del artículo 73, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal, acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez o Magistrado haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso. Pero esta opinión o concepto que el funcionario emite sobre el negocio debe vincularse a temas fundamentales del proceso, como son los relativos a la imputabilidad o responsabilidad. Lo esencial para la admisión del impedimento es que el pensamiento del funcionario se traduzca en una providencia de fondo, para luégo, con posterioridad a este auto, invocar la causal.

2.—La manifestación hecha por el Fiscal del Tribunal en el sentido de que el apoderado de la parte civil debe o no posesionarse, no constituye — en concepto de la Sala — una causal o motivo de impedimento que pueda alegarse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 73, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, porque en dicho concepto no se emite opinión sobre temas de fondo relativos a la esencia misma del proceso penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo dos de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en memorial de 15 de febrero de 1950, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 73, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, se declara impedido para intervenir en este negocio.

Razones del impedimento

Alega que él emitió conjuntamente con el Fiscal 1º del Tribunal opinión de fondo sobre la materia que se va a decidir, y expresa:

"En dicho incidente, como puede verse a fls. 20 y ss. del cuaderno número 12, el Fiscal 3º citado, afirma categóricamente que el auto calificador no se había ejecutoriado cuando el señor Gobernador del Departamento se constituyó parte civil y entró a actuar. Esto es claro si se tiene en cuenta que en el concepto de la Fiscalía se sostiene que el apoderado de la parte civil no necesita posesionarse para poder actuar. Y, éste es, precisamente, el punto básico que se va a estudiar. De la tesis que acate el Tribunal sobre la posesión del apoderado de la parte civil dependerá que el auto calificador estuviera, o no, ejecutoriado cuando actuó el apoderado de la parte civil. Sobre el particular es bien claro el memorial del señor apoderado del sindicado, que obra a fls. 48 y ss. del cuaderno número 10".

Auto del Tribunal

En providencia de 8 de marzo del presente año, el Tribunal declara infundado el impedimento "porque no se trata de opinión sobre el asunto materia del proceso" que es lo que quiere prever la ley, sino únicamente de un punto relativo a la manera de entrar las partes a representar sus intereses" y como el Fiscal no ha conceptuado sobre el tema relativo a la imputabilidad o responsabilidad, el impedimento no tiene razón de ser.

Se considera:

La Corte en la interpretación del artículo 73, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez o Magistrado haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso. Pero esta opinión o concepto que el funcionario emite sobre el negocio debe vincularse a temas fundamentales del proceso como son los relativos a la imputabilidad o responsabilidad. Lo esencial para la admisión del impedimento es que el pensamiento del funcionario se traduzca en una providencia de fondo, para luégo, con posterioridad a este acto, invocar la causal.

El funcionario que emite su opinión sobre temas relativos a la imputabilidad o la responsa-

bilidad vincula su pensamiento a esos conceptos y subordina su voluntad a las pruebas del proceso que lo llevaron a formarse esa convicción; y en estas condiciones, es difícil que se aparte de ellos, cuando por circunstancias especiales —ascenso en la rama jurisdiccional— tiene que revisar sus propias providencias dictadas como Juez o funcionario de primera instancia.

Por esto, la opinión sobre el asunto materia del proceso a que se refiere el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, no puede limitarse, únicamente, al concepto emitido fuera de la función jurisdiccional; comprende también los actos jurisdiccionales cuya estabilidad y validez presuponen un estudio previo de los elementos tanto objetivos como subjetivos del hecho investigado, bien sea, para afirmar la imputabilidad o ya también para deducir la correspondiente responsabilidad. Cuando existe un pronunciamiento sobre una cuestión de fondo, en orden a tutelar los derechos del procesado y para evitar toda sospecha de parcialidad respecto del Juez o Magistrado debe admitirse el impedimento, pues el estudio del proceso en las dos instancias por distintos funcionarios constituye una de las mejores garantías para los derechos del sindicado y para la sociedad, prerrogativa que no podría cumplirse si el funcionario que dicta la providencia en primera instancia, fuera el mismo que debe revisarla en segunda, porque en ese caso no se cumpliría con los fines primordiales para los cuales fueron instituídos los recursos.

La manifestación hecha por el Fiscal del Tribunal en el sentido de que el apoderado de la parte civil debe o no posesionarse, no constituye —en concepto de la Sala— una causal o motivo de impedimento que pueda alegarse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 73, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, porque en dicho concepto no se emite opinión sobre temas de fondo relativos a la esencia misma del proceso penal.

Por eso tiene razón el Tribunal cuando dice:

"De esta suerte, para que el señor Fiscal tuviera razón jurídica para su impedimento, se necesitaría que, en el presente caso, hubiera conceptuado sobre la responsabilidad o inocencia de los procesados Uribe Lince y compañeros, afirmando aquélla o ésta, según que en su concepto hubiera o no delito.

Y como precisamente el punto relacionado con el sobreseimiento definitivo, proferido en este proceso, que va a conceptuar y resolver, a causa de la apelación interpuesta y concedida, y el señor Fiscal 2º no ha tenido hasta ahora intervención que implique el concepto, en el fondo de las cuestiones sujetas a sentencia, el impedimento manifestado no existe".

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 infundado el impedimento; en consecuencia, el Fiscal 2º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín puede intervenir en el conocimiento del proceso que por delitos de falsedad y estafa se adelanta contra Jorge Uribe Lince y otros.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

La facultad otorgada por el artículo 58 del Código Procesal Penal no precisa más requisitos que la comprobación de que en determinado proceso han de influir factores que no se compadezcan con una justicia imparcial y absolutamente desprovista de todo sentimiento que pueda perturbar su sereno juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo cinco de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El doctor Jaime Ruiz Ojeda, apoderado de Rafael Sánchez Prado, sindicado del delito de homicidio y cuyo sumario se encontraba, hasta el tres de febrero próximo pasado, bajo la jurisdicción del Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja, solicita nuevamente del Ministerio de Justicia el cambio de radicación de aquel proceso, y la Corte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, debe emitir el concepto correspondiente.

El peticionario teniendo en cuenta el concepto adverso que en oportunidad anterior emitió esta Sala sobre el cambio de radicación del mismo proceso y considerando que ello se debió a deficiencia en la prueba presentada en aquella ocasión, insiste ahora en la misma solicitud y aduce, en respaldo de la misma, los siguientes documentos

a) Declaraciones rendidas ante el Juzgado Segundo del Circuito Penal de Tunja, con el lleno de las formalidades legales, por los señores doctor Alcides Riaño Garrido, doctor Juan Francisco Guevara, doctor Felipe Rodríguez Pinzón y Alfonso Ardila Montaña;

b) Certificado expedido por el mismo funcionario en el que consta que todos los declarantes nombrados, son personas honorables y hábiles para declarar en juicio y fuera de él.

Refiriéndose el doctor Ruiz Ojeda a los testimonios relacionados expresa:

Dado que respecto a las pruebas aducidas en la anterior petición sobre cambio de radicación del mismo negocio la Corte encontró bien cimentados los factores abstractos en que ella se fundaba, con los testimonios aducidos en aquella ocasión, presenta ahora la documentación adicional enumerada, "con la cual — dice — aspiro a probar que la calidad de agente de policía de la víctima del delito imputado a mi representado, sí constituye de por sí un factor de la suficiente entidad para producir nocivos y muy graves efectos en la tramitación y desenlace de su proceso. Es decir, que ese hecho, analizado a la luz de las condiciones actuales de Boyacá, se traduce en grave detrimento para los derechos y garantías que le asisten al sindicado.

"En primer lugar, por cuanto el proceso está asediado y seguirá asediado por las influencias políticas, en uno y otro sentido.

"En segundo lugar, por cuanto el campo de acción de los funcionarios se halla dificultado, reducido y rebajado. Su rectitud y su preparación quedan a salvo, pero los elementos de juicio, las herramientas de trabajo, digámoslo así, se hacen escasas, defectuosas y de muy dudosa pureza. Y finalmente, el ambiente de trabajo no puede ser más impropicio porque le falta serenidad y le sobra prevención.

"En tercer lugar queda en grave peligro la integridad personal, es decir, la misma vida del procesado.

"Y en cuarto lugar, también quedan amenazadas, y esto es apenas un elemental corolario, la integridad intelectual y moral de los testigos, peritos y jurados.

"La turbación del orden público se hace sentir con particular fuerza en Boyacá, y una de esas consecuencias es la ingerencia acordada a la Policía sobre actividades oficiales antes separadas de su resorte. La mayoría de los Municipios boyacenses tienen actualmente Alcaldes militares, que para el caso son oficiales, suboficiales y agentes de la Policía. Ese es el caso de Tuta, población donde tuvieron lugar los hechos procesales imputables a mi cliente. El funcionamiento y vigilancia de las instituciones carcelarias también es función actual de la Policía. Finalmente, y eso sí ha ocurrido siempre, el Organo Jurisdiccional siempre ha necesitado la colaboración de la Policía para multitud de diligencias, de las

cuales me interesa destacar ahora la captura del sindicado, su remisión, y la citación y remisión de los testigos.

"Es sobre este panorama que se proyectan los nuevos testimonios que aduzco, recogidos en Tunja".

Al respecto, dicen los declarantes:

Doctor Alcides Riaño Garrido: "Dentro de las actuales circunstancias en nuestro Departamento, el hecho de la muerte violenta de un agente de policía tiene manifiestas consecuencias políticas que muchas veces no sólo alcanzan al autor del hecho, sino a una población entera. En otras palabras: el hecho se sale de sus lineamientos de simple delito, para ser explotado como un hecho político. Al tercer punto contestó: evidentemente, cuando un ciudadano se ve comprometido en un delito cuya víctima haya sido un agente de policía, afronta el grave peligro de sufrir retaliaciones que atenten contra su integridad personal. La misma policía, por solidaridad con la víctima, y para robustecer a su modo el principio de autoridad, ha sentado funestos precedentes en ese sentido".

Termina este declarante afirmando que "participa del concepto de que son desfavorables las condiciones que tiene que afrontar un sindicado de haber dado muerte a un policía. Por una parte, estando catalogado su hecho como político, la libre, rápida e imparcial acción de la justicia se perjudica, y se ve entrabada por multitud de influencias de todo orden, por la otra".

Declaración del doctor Juan Francisco Guevara: "Al segundo punto: es indudable que, dadas las condiciones ambientales que registramos actualmente en el Departamento ,la muerte violenta de un agente de policía se tiene inmediatamente como un hecho político, en el sentido de catalogarlo como el resultado de una pugna entre los miembros de ese cuerpo armado y los integrantes de determinado partido político. Hay que agregar que esta situación excepcional y francamente anómala no tiende a desvirtuarse, sino antes bien a confirmarse, con las actuaciones de la policía en este Departamento, que no siempre han constituído garantías indiscriminadas para todos los asociados. Contestó al punto tercero. "También es cierto que todo ese ánimo preconcebido contra el responsable de la muerte de un agente de la policía, puede significar, y ha significado en varias dolorosas oportunidades, peligro grave para su integridad personal, como resultado de retaliaciones incontrolables, y de un sentido de solidaridad vengativa. Contestó al cuarto punto: "El ambiente todo dentro del cual opera la justicia penal, se torna especialmente desfavorable para el sindicado de un delito que tenga caracteres políticos, o que se le atribuyan tales caracteres. En esa situación se coloca el que suprime la vida de un agente de policía".

En el mismo sentido se pronuncian los testigos restantes, señores Alfonso Ardila Montaña y doctor Luis Felipe Rodríguez Pinzón.

Se considera

La prueba antes aducida que la Corte no encontró entonces suficiente para fundamentar el cambio de radicación de este proceso y la presentada ahora, cuyas partes principales se dejan transcritas, se complementan en el sentido de considerar que dadas las circunstancias del delito de que responde Rafael Sánchez Prado, las conveniencias de la justicia indican que es por lo menos prudente que de ese proceso conozcan entidades distintas de la que, por el territorio en donde se cumplió el hecho le corresponde su competencia.

La facultad otorgada por el artículo 58 del Código Procesal Penal no precisa más requisitos que la comprobación de que en determinado proceso han de influir factores que no se compadezcan con una justicia imparcial y absolutamente desprovista de todo sentimiento que pueda perturbar su sereno juicio.

Los testimonios que se han traído en esta nueva oportunidad destacan con más criterio objetivo que los anteriores, verdaderos motivos de inquietud respecto de posibles interferencias en la justicia, distintas de las que deben presidir su honesto desempeño. Y esos fundamentos son bastantes para que sin aceptar que a todo delito contra un agente de la autoridad se le encuentre mérito para que no sea juzgado por los jueces territoriales, caso que por lo extensivo podría ser inconveniente, las circunstancias que los declarantes aducen sí hacen más indicado que se cambie la radicación de este proceso en otro Distrito Judicial.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— **emite concepto favorable** al cambio de radicación del proceso contra Rafael Sánchez Prado, sindicado del delito de homicidio en la persona de Rafael Zorro, agente de policía, hecho ocurrido en la población de Tuta (Boyacá) el día 31 de julio de 1949.

Cópiese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Laterre—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R. Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Como lo ha dicho la Corte, "no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana. Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse, por razón de su oficio, en los encargados de administrar justicia, y ni la disparidad de apreciación, ni el error demuestran por sí solos, el propósito doloso de obrar contra derecho".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Por auto de trece de marzo del año en curso, 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.

Las presentes diligencias se adelantaron con el fin de averiguar la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el doctor José Vicente Morales, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones oficiales.

El denunciante no precisa qué delito, en particular, haya podido cometer el Magistrado acusado, pero del texto del denuncio se deduce que le imputa un abuso de autoridad, consistente en haberse "rebelado contra el cumplimiento de una sentencia judicial ejecutoriada, proferida por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Bogotá".

Hechos y actuación procesal

En primer lugar, aparece demostrada la calidad de funcionario público que como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá tenía el doctor José Vicente Morales en la fecha en que se le imputan los hechos, mediante el acuerdo de nombramiento. En cuanto a la posesión ,existe constancia en autos que el original del acta respectiva desapareció de la Gobernación de Cundinamarca como consecuencia del incendio acaecido el día 9 de abril de 1948. Esta omisión no demerita la prueba en referencia, según lo preven los artículos 7º del Código Judicial y 252 del Código de Régimen Político y Municipal. Además, el propio Magistrado acusado acepta haber dictado la providencia que dio origen al denuncio, en su calidad de Magistrado del Tribunal y en ejercicio de sus funciones.

En segundo lugar, se trajo al informativo copia autenticada de la providencia suscrita por el Magistrado doctor Morales, y que es materia de la acusación, o sea, el auto interlocutorio de segunda instancia, fechado el 31 de marzo de 1949, que le correspondió dictar como Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del juicio ordinario instaurado por Gonzalo Cortés R. contra Rosa María Parra v. de Rodríguez.

Los antecedentes del referido proceso se encuentran fielmente relatados en la motivación del fallo de 29 de agosto de 1949, que denegó la revocatoria del protestado por el demandante, o sea, el de 31 de marzo de 1949; dice así tal providencia:

"... 1º El sorteo extraordinario de la Lotería Ciudad de Pasto que se verificó en Bogotá el 6 de julio de 1944, favoreció el billete distinguido con el número 03361 con el premio mayor de $ 150.000.00; 2º Gonzalo Cortés R., era agente de esa lotería en Bogotá; 3º El billete premiado apareció en poder de Rosa María v. de Rodríguez,

quien lo cobró por conducto del Banco Francés e Italiano, en donde le fue abierta la cuenta por el valor correspondiente, descontados los impuestos y la comisión del Banco. En esa gestión la asesoró y acompañó Gonzalo Cortés R.; 4º En virtud de providencia dictada por el Juzgado 4º de Instrucción Criminal que funcionaba en Bogotá, fue congelada o embargada la cantidad de $ 145.265.00 el día 14 de julio de 1944 que figuraba en la cuenta de dicha señora, como saldo del premio, providencia recaída en el proceso penal seguido contra Cortés R., en averiguación de las irregularidades que hubieran podido cometerse en el sorteo; 5º Gonzalo Cortés R., en demanda repartida al Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá y admitida por auto fechado el 23 de octubre de 1945, demandó a Rosa María Parra v. de Rodríguez, para que se declarara que tanto el billete como el dinero con que fue premiado, eran de su exclusiva pertenencia, y que le fuera ordenada la entrega del dinero; 6º La cantidad de dinero anotada pasó en depósito al Banco de la República por orden del Juzgado 1º Superior de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento del proceso Cortés R., antes mencionado; 7º En el presente juicio, iniciado con la demanda de que trata el punto 5º anterior, fue decretado el embargo y secuestro preventivos del dinero, a petición del actor, para que surtiera efecto cuando terminara el proceso penal; 8º Terminado el proceso penal con sentencia que ordenó cesar el procedimiento por no haber encontrado prueba de hechos delictivos, en cumplimiento de ese fallo fue puesto el dinero a órdenes del Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, para que se cumpliera el secuestro preventivo aquí decretado; 9º Cumplida así la providencia de secuestro en este juicio, el mismo demandante solicitó y obtuvo su terminación; 10. El Juzgado Superior pidió nuevamente el dinero para entregárselo al demandante en este juicio en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia con que terminó el proceso penal; 11. El Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá decretó el secuestro preventivo del mismo dinero en el juicio de sucesión de María Lidia Rodríguez Parra, para que surtiera efecto cuando terminara en este juicio; 12. Planteada la situación en la forma de que dan cuenta los hechos anteriores, el Juzgado Civil, en el auto que fue materia del recurso de apelación ordenó poner a disposición del Juzgado Superior el dinero y dar aviso tanto al Banco de la República en donde se encuentra, como al Juzgado que conoce del juicio de sucesión de doña María Lidia Rodríguez Parra; 13. Al resolver el recurso el Tribunal en el auto reclamado en reposición, revocó el del Juzgado y dispuso que el dinero fuera puesto a disposición del Juez que conoce del juicio de sucesión dicho; y 14. Al impugnar el auto del Tribunal se pide la confirmación del auto apelado, a fin de que, remitido el dinero al Juez Penal, le sea entregado al demandante en este juicio".

De lo anterior se deduce que las dos acciones —la penal y la civil— se intentaron, la primera para proteger el derecho potencial existente en cabeza de todos los participantes del sorteo extraordinario de la Lotería Ciudad de Pasto que se verificó en Bogotá el 6 de julio de 1944, ante la posibilidad de un fraude; y la segunda, intentada por el señor Gonzalo Cortés R., para obtener la declaratoria de pertenencia del billete favorecido con el premio mayor y de su valor correspondiente, así como también la entrega de ese valor.

No debe olvidarse que el dinero correspondiente al billete premiado —con el premio mayor—, que inicialmente fue embargado por orden del Juez Penal, también fue objeto de la misma medida en el juicio civil, lo cual se comunicó oficialmente a dicho funcionario. Terminado el proceso penal con la sentencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá dispuso que "la suma de ciento cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cinco pesos m. l. ($ 145.265.00) que se encuentra depositada a órdenes del Juzgado de instancia en el Banco de la República, por razón de este proceso, le sea entregada a su dueño señor Gonzalo Cortés R.". Pero, a renglón seguido, se ordenó también lo siguiente: "Como está ordenado en la providencia que se aprueba, esta suma debe ser puesta a órdenes del señor Juez Primero Civil de este Circuito". (Providencia de 3 de octubre de 1947).

Cuando esto ocurría, en la prosecución de la acción civil reivindicatoria se había dictado el levantamiento del secuestro, a solicitud del actor. Y el Juzgado 4º Civil del Circuito, que conocía del juicio de sucesión de María Lidia Rodríguez Parra, cuyos heredros reclamaban el valor del billete favorecido, anunció que allí existía orden de congelar dichos fondos, para que surtiera efecto tan pronto como éstos quedaran libres en el otro juicio civil. Lo que indica, que una vez decretada la libertad del mencionado dinero en el juicio ordinario, fue reclamado —dicho dinero— con-

juntamente por el Juez Penal, por Cortés R. y por el Juzgado 4º Civil del Circuito. Ante esta triple solicitud, el Juez 1º Civil del Circuito resolvió, en auto de 18 de noviembre de 1948, lo siguiente:

"... Póngase a disposición del señor Juez Primero Superior la suma de ciento cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cinco pesos ($ 145.265.00), que se hallaban secuestrados en el Banco de la República, por orden de este Juzgado en el presente juicio. Para tal efecto, remítasele a dicho señor Juez el título o comprobante expedido por el Banco a órdenes de este Juzgado, junto con el oficio respectivo, y líbrese al señor Gerente del Banco de la República el oficio correspondiente".

"Por medio de oficio comuníquese al señor Juez Cuarto Civil del Circuito, que la expresada suma fue puesta a disposición del señor Juez Primero Superior, por haberlo así solicitado".

La anterior providencia fue apelada y, para surtir el recurso, subió el negocio al Tribunal Superior —Sala Civil— en donde, previas las formalidades propias de la instancia, fue desatado por el Magistrado doctor José Vicente Morales, quien después de un dilatado estudio del problema controvertido, decidió revocar la orden impartida por el Juez a quo, en lo concerniente a la remisión del dinero depositado, al señor Juez 1º Superior.

Entre los fundamentos expresados en su providencia por el Magistrado doctor Morales, para resolver el punto sub-judice, consigna, entre otros lo siguiente:

"... Consecuencia de lo anterior, es que la competencia privativa para decidir en el presente caso sobre la propiedad del dinero discutido radica en el Juez Civil, y que si el Juez Penal, o sea la Sala Penal del Tribunal, se pronunció sobre esa materia, su decisión es extraña a su competencia, y por ende, carece judicialmente de eficacia, como dijo este Tribunal en la parte transcrita del auto de fecha 17 de marzo de 1949.

'Levantado el secuestro del dinero en el proceso penal, el dinero pasó al Juez Civil por cuenta de este negocio, en virtud del secuestro decretado aquí; pero como fue decretado también el levantamiento y terminación del secuestro, el dinero debía pasar, no al demandante ,porque aquí, dentro de este juicio, afirmó y así fue aceptado por la otra parte (hecho 23 de la demanda), que la demandada era la poseedora del dinero cuando el pleito se inició, y esa la razón misma del litigio. Es decir, según este negocio, el dinero producto de la lotería antes de tomarlo la autoridad primero por cuenta del proceso penal y luégo por cuenta de este negocio, se encontraba en poder y por cuenta de la demandada.

"Terminada la acción de la autoridad, el dinero debía volver y debe volver, si otra cosa no se resuelve legalmente por la misma autoridad, a poder de quien lo tenía.

"Pero como lo pide otro funcionario por "haber decretado el secuestro del mismo dinero en otro juicio, esa solicitud no puede desatenderla el Juez de este negocio, porque implicaría una rebeldía contra las órdenes emanadas de la misma autoridad".

Y en el auto de reposición, el mismo Magistrado dice:

'... Podía legalmente el señor Juez Superior, al cumplir la sentencia, desatender el oficio del Juez Civil en que se le comunicaba el secuestro preventivo, y entregarle el dinero a Cortés R., como en forma contradictoria dispuso la parte resolutiva de la sentencia recaída en el proceso penal?

"La respuesta negativa surge con claridad indiscutible. El Juez Penal no podía a la vez entregarle el dinero a Cortés R., y enviarlo o ponerlo a la orden del Juez Civil. Y como no podía, sin ponerse en rebeldía flagrante contra orden legal emanada de autoridad competente, dejar de cumplir la comunicación del Juez Civil, su proceder no era otro desde un punto de vista estrictamente jurídico, que el escogido, o sea cumplir el fallo en la forma como lo ejecutó, poniendo el dinero a disposición del Juez Civil".

Anota el Magistrado doctor Morales en el anterior fallo, que antes de proferirlo pidió "uno a uno el concurso de los ilustres juristas que integran la Sala Civil de este Tribunal, no sin dejar constancia de que la providencia reclamada fue precedida de esta consulta parcial".

De lo anteriormente expuesto se deduce:

Es un hecho que el Magistrado doctor Morales se preocupó por hacer un estudio amplio y completo sobre el problema sujeto a su decisión, y para ello acudió no sólo a la valiosa opinión de sus colegas en el Tribunal, sino que fundamentó sus decisiones con citas de jurisprudencia de esta Corte de Justicia y con conceptos de reputados tratadistas de Derecho Civil. Pues, así lo requería la complejidad del caso sometido a su estudio.

En realidad de verdad el fallo del Tribunal Superior de Bogotá —Sala Penal— contiene en su parte resolutiva una inconsecuencia, ya que al

tiempo que ordena que la suma de ciento cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cinco pesos (145.265.00), que se encuentra depositada a órdenes del Juzgado 1º Superior en el Banco de la República, le sea entregada al señor Gonzalo Cortés R., manda que "esta suma debe ser puesta a órdenes del señor Juez 1º Civil de este Circuito". Ordenes contradictorias porque al cumplirse una de ellas no puede cumplirse la otra.

Como en el Juzgado 1º Civil del Circuito cursaba una acción de dominio sobre el premio mayor del sorteo extraordinario Ciudad de Pasto, era ese Despacho el llamado a decidir la controversia acerca de la propiedad del dinero en cuestión; que el mismo dinero materia de la litis había sido embargado por el Juez 4º Civil de Bogotá —juicio de sucesión—, quien lo requería del Juez 1º Civil del Circuito; que en tales circunstancias, había una situación conflictiva entre las distintas autoridades judiciales, que impedía, en determinado momento, la entrega del dinero al señor Cortés R.

De ahí que, ante semejante situación judicial conflictiva, el Magistrado doctor Morales, después de juicioso estudio, optara por el camino más prudente, o sea, disponer que por el Juzgado del conocimiento —Juez 1º Civil del Circuito— se resuelva, si el dinero debe o no ser enviado al señor Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, quien lo solicitó.

En todo caso —como lo dice el señor Procurador Delegado en lo Penal— el Magistrado acusado se vió en presencia de una grave dificultad que pudo perturbar su criterio, pero que, en definitiva, lo orientó por el sentido de la equidad, que era el menos peligroso para evitar un error judicial. Y esa conciencia de licitud en su obrar, aunque fuera equivocada, traduce su buena fe y destruye, por consiguiente, el dolo.

"En este orden de ideas —ha dicho la Corte— no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana. Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia, y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran, por sí solos, el propósito doloso de obrar contra derecho".

De lo expuesto se llega a la conclusión que el hecho imputado al Magistrado doctor Morales no constituye delito, y, en consecuencia, debe finalizar este proceso con aplicación de lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, como lo solicita el Ministerio Público.

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,

Resuelve:

Que el hecho imputado al Magistrado doctor José Vicente Morales, no ha existido como delito. En consecuencia, se ordena cesar todo procedimiento en contra del doctor José Vicente Morales, de notas civiles conocidas en este proceso.

Cópiese, notifíques y archívese el expediente.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R. Secretario.

LEGITIMA DEFENSA — CONDENA CONDICIONAL — DESFIGURACION FACIAL TRANSITORIA Y DESFIGURACION REPARABLE—NULIDADES

1—Quien ha desencadenado el ataque, violencia o peligro, mal puede invocar, al menos por lo general, el motivo de justificación consistente en la legítima defensa.

2—La ley exige, para poder otorgar el beneficio de la condena condicional, que la conducta anterior del procesado "haya sido siempre buena" y que el hecho y los motivos determinantes le den al Juez "la convicción" de que el individuo no es peligroso y de que no volverá a delinquir. Obvio es que tal convicción es eminentemente subjetiva y lógico es que tal gracia, de carácter excepcional, no puede otorgarse sino cuando haya una gran probabilidad de que no ha de ser perjudicial para la sociedad y sí beneficiosa para el procesado.

3—No son lo mismo la desfiguración facial transitoria y la desfiguración facial reparable, pues aquello es lo pasajero o temporal, y para las heridas, lo que evoluciona y se subsana por sí solo, mientras que lo reparable es lo que implica intervención del médico o cirujano para que no queden huellas desfiguradoras o deformantes.

4—No puede confundirse la incapacidad con la desfiguración, porque ésta es una consecuencia típica más grave que aquélla, que requiere mayor severidad en la pena.

5—Para que haya nulidad del proceso, se requiere que la duda o el error sean en cuanto a la época en que se cometió la infracción, y no sólo en cuanto a la fecha.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, nueve de mayo de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 27 de mayo último, condenó a Laurentino González a la pena principal de siete meses de prisión y de sesenta pesos de multa, por las lesiones que le causó a Carlos Heredia el 29 de junio de 1945.

Contra esa sentencia recurrió en casación el procesado y, cumplidas las formalidades legales, debe resolverse lo que se estime pertinente.

Hechos. En la fecha citada y en las horas de la noche, se encontraban algunos sujetos en una tienda de la vereda de "Chatazugá", del municipio de Tenjo. Laurentino González le ofreció una cerveza a la esposa de Carlos Heredia, pero ésta no se la aceptó, previa consulta con su esposo, debido a un disgusto anterior. Es más, Heredia le hizo saber a González que ni él ni su familia tenía necesidad de aceptarle nada, que no fuera indelicado, y otras manifestaciones de la misma índole. De las palabras pasaron a los hechos y se agarraron, hasta caer al suelo. Los presentes los separaron y González salió de la tienda hacia la carretera. Heredia, luego de pedir las llaves del interior de la casa-tienda y de haber entrado, salió a buscar a González y le dijo que ahora sí viera qué le hacía y se dirigió contra él armado con un palo. De la riña resultaron ambos lesionados: González tuvo una incapacidad definitiva de seis días, sin que le quedaran consecuencias; Heredia estuvo incapacitado durante veinticinco días y sufrió una desfiguración facial transitoria.

Actuación procesal. El Juzgado llamó a juicio a Heredia y a González y los condenó a un mes de arresto y cincuenta pesos de multa, el primero, al cual suspendió la ejecución de la sentencia, y a cuatro meses y medio de arresto al segundo, al cual negó la condena condicional.

El Tribunal, en la sentencia que se revisa en casación, elevó la pena contra González a siete meses de prisión y multa de sesenta pesos.

Contra ella invoca el recurrente las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo estudio se procede en el orden seguido por la demanda.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos.

a) Los hechos, dice el recurrente, ocurrieron en dos tiempos sucesivos, el uno dentro de la tienda y el otro en la carretera, pero en ambos Gon-

zález fue agredido y apenas ejercitó la legítima defensa contra su agresor. Así lo demuestran las declaraciones de Cenón Pinzón, Silvestre León y Manuel Bernal.

No hubo, pues, como lo dice el fallo recurrido, riña imprevista, porque González "ni provocó ni aceptó combate, sino que repelió un ataque, en ambas ocasiones, por necesidad de defenderse de la violencia injusta contra su persona".

b) Además, las declaraciones de Manuel M. Ortiz, Otoniel Munévar y Pedro J. Rivera no son aceptables: fueron llevadas a última hora al juicio; los testigos vecinos de Tenjo que presenciaron los acontecimientos dicen no haber conocido a los declarantes en el lugar; y, en fin, no consta que hubieran estado presentes en el sitio de los acontecimientos.

Se considera:

Efectivamente y, como lo dice la demanda de casación, los hechos sucedieron en dos tiempos, el uno dentro de la tienda y el otro en la carretera. Lo que hay que estudiar es si en el desarrollo de los sucesos actuó el procesado en legítima defensa.

Aunque el recurrente no indica cuáles son las condiciones legales para que la legítima defensa exista, sí señala las pruebas que, en su sentir la acreditan. Pero es bueno repetir que según el artículo 25 del Código, para que haya legítima defensa se necesita que haya una violencia actual e injusta contra la persona, el honor o los bienes, y que haya proporcionalidad entre la agresión o violencia y la reacción.

De estos elementos o condiciones sólo se discute la primera, o sea, la actualidad e injusticia de la agresión o violencia, pues si quien alega la defensa ha sido quien ha desencadenado el ataque, violencia o peligro, mal podrá invocar, al menos por lo general, este motivo de justificación.

Las citas que el Juzgado hace de las exposiciones de Cenón Pinzón, Silvestre León y Manuel Bernal, (pues se trata de un proceso reconstruído) y que el recurrente invoca, son las siguientes:

Cenón Pinzón dice "que después de que Laurentino le ofreció un vaso de cerveza que no fue aceptado, **entre Laurentino González y Carlos Heredia se formó una discusión y, entonces, éste le dio a aquél un pescozón por el pecho; que Laurentino le contestó y entonces se agarraron;** que una vez que los separaron Laurentino se salió de la tienda y Carlos Heredia se entró al interior de la casa y que al salir dijo: "vamos a ver que este puñetero hace días me está jodiendo", y se salió para la carretera; que cuando el testigo también se salió a ver qué pasaba, vió que se estaban echando palo Laurentino y Heredia... que cuando salió Heredia a la carretera solamente estaba armado de un palo".

Silvestre León "dice que **se armó una discusión sin saberse el por qué; que Carlos Heredia le tiró una palmada a Laurentino y que entonces se agarraron,** cayendo al suelo y quedando Laurentino encima de Heredia; que el testigo con su padre se fueron, dejando a Laurentino en la carretera".

Manuel Bernal dice "'que Laurentino le ofreció un vaso de cerveza a la esposa de Heredia, la cual le dijo que le iba a consultar a su marido; que la señora volvió de la trastienda diciendo que su marido no le permitía aceptar; que después de un rato salió Heredia y entonces manifestó que ni él ni su familia necesitaban de que les ofrecieran nada; que le dijo a Laurentino que "sobretodamente usted me tiene picado, **usted es un guache" y se le botó y lo agarró de la ropa; que esto dio lugar a que en seguida se agarraran;** que después vio que Laurentino salió al camino y Heredia comenzó a preguntar por las llaves y que al otro momento salió también al camino diciendo: "ahora si quiero ver si me los mete el gran bellaco éste"; que oyó afuera en el camino golpes de palo, por lo cual salió y vio que Heredia iba persiguiendo a Laurentino, quien caminaba de para atrás y que cuando se encontraban se echaban palo por el cuerpo y la cabeza hasta que en una de esas se cayó Heredia... No vio que el procesado Heredia tuviera revólver aunque dice que después oyó que Heredia decía que le prestaran una vela para buscar el revólver que se le había caído". (Subraya la Corte).

Estas declaraciones demuestran a juicio de la Sala, que en el caso que se estudia no se contempla una legítima defensa, sino una riña imprevista: dos amigos, que tienen un resentimiento anterior, se encuentran en una casa-tienda e ingieren bebidas embriagantes; el uno quiere hacer una atención al otro, sin pensar en el disgusto anterior o pensando en él como ocasión de mortificar; el otro la rechaza, vienen los agravios mutuos y, en últimas, pasan a las vías de hecho y se lesionan.

No explican los fallos de instancia por qué razón aceptaron los testimonios de Manuel M. Ortiz, Otoniel Munévar y Pedro J. Rivera, que son contrarios al procesado, pues "acordemente dicen que quien inició la riña fue Laurentino González,

quien agredió dentro de la tienda a Heredia; que después se salió y desde la calle o camino desafiaba a Heredia con términos de grueso calibre; que don Carlos Heredia salió y Laurentino lo recibió armado de un garrote y lo cogió a palo hasta que lo derribó... y que Heredia no tenía palo ni revólver".

Pero hay varios motivos para no desconocerles su valor probatorio, el principal de los cuales es el de que, si bien es cierto que no pocos declarantes de Tenjo afirman que no conocen a los testigos, siendo aquéllos residentes habituales en el pueblo, y que no los vieron en la noche de los sucesos, el informe de un agente de policía, también residente, dice que "en los días en que se sucedieron los hechos de que se trata sí se encontraban los citados señores en este municipio los unos como ingenieros y los otros como empleados del catastro".

Además, es preciso no olvidar que, habiéndose quemado el expediente, no es posible comparar las declaraciones recibidas a raíz de los acontecimientos con las que se recibieron en el tiempo de reconstrucción del proceso.

En fin, analizadas en sí las declaraciones dichas, no aparecen despreciables a la luz de la crítica testimonial, ni acreditan la legítima defensa por parte de Heredia (que también alegó), ni le quitan nada a la tesis de la riña imprevista aceptada por el Tribunal.

La causal que se alega no puede, por tanto, prosperar.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

Alega el recurrente:

a) Que no se aplicó el artículo 25, que consagra la legítima defensa.

Este motivo, de no haber reconocido la legítima defensa, quedó analizado en el aparte anterior, al estudiar la segunda causal, de suerte que no habrá de repetirse lo allí expresado.

b) Que González no es sujeto peligroso y, por tanto, que ha debido otorgársele la condena condicional, según el artículo 80 del Código Penal.

Sobre la conducta anterior del procesado, que no lo hace merecedor a la suspensión de la condena, dice el Juzgado, en conceptos que el Tribunal acoge:

"Ella no es procedente para el procesado Laurentino González porque él mismo confiesa que es persona amiga de rencillas, por las cuales se ha visto ante las autoridades, y, además, obran en su contra dos sindicaciones, la una por lesiones y la otra por tentativa de homicidio, lo que revela una personalidad peligrosa para la sociedad y de la cual, en ningún caso, se puede predicar la convicción de que no volverá a delinquir. El mismo hecho de haber dado ocasión con anterioridad a los hechos que se están fallando a enemistad con el mismo Carlos Heredia, a la vez que el volver a provocarlo ofreciéndole un vaso de cerveza que éste tenía que rechazar, está indicando esa personalidad traviesa y amiga de rencillas, la cual hace presumir su naturaleza agresiva. Igual cosa se deduce de los testimonios de Helio Lázaro y Luis Alonso, ya que éstos presenciaron un caso de esa agresividad del procesado Laurentino González".

Sobre el particular debe tenerse en cuenta que la ley exige, para poder otorgar el beneficio de la condena condicional, que la conducta anterior del procesado "haya sido siempre buena" y que el hecho y los motivos determinantes le den al Juez "la convicción" de que el individuo no es peligroso y no volverá a delinquir. Obvio es que tal convicción es eminentemente subjetiva y lógico es que tal gracia, de carácter excepcional, no puede otorgarse sino cuando haya una gran probabilidad de que no ha de ser perjudicial para la sociedad y sí beneficiosa para el procesado.

Los motivos que el juez señaló para negarla son por demás respetables y las razones que el recurrente invoca en su contra no alcanzan a desvirtuarlos. Las declaraciones de los testigos pueden sufrir críticas, las sindicaciones o sumarios no indican de necesidad mala conducta porque los cargos pueden resultar no probados, pero el conjunto de estas pruebas, añadido a la confesión de González "sobre su capacidad agresiva", no dejan en el ánimo la sensación plena de ser un sujeto poco peligroso y no convencen de que "no volverá a delinquir".

No aparece, pues, establecida en la forma que la ley requiere la circunstancia de que la conducta anterior del sindicado haya sido siempre buena para poder concederle el beneficio que invoca.

c) Que no ha debido aplicarse el artículo 373 del Código Penal, sino el 372, porque la desfiguración facial que declararon los médicos legistas se confundió con la incapacidad.

El Tribunal pasó por alto el reconocimiento pericial que obra al folio 21, en el cual se dice que la desfiguración "fue transitoria" y que "no hay consecuencias". Así, pues, como la desfiguración fue pasajera, "sin prolongarse más allá de la se-

cuela del proceso", no debe considerarse como desfiguración transitoria, "sino que se confunde con la misma incapacidad y, por consiguiente, no es aplicable el artículo 373".

Se considera:

El Tribunal no dice cuál es el precepto que encierra la sanción básica, pero da a entender que acepta el señalado por el Juzgado, artículo 373 del Código Penal, que indica una pena de seis meses a cinco años de prisión y multa de ciento a dos mil pesos, cuando la lesión produce "desfiguración facial, deformidad física reparables".

De acuerdo con las citas del Juzgado, las lesiones que González le causó a Heredia le produjeron "una incapacidad de veinticinco días y, como consecuencia, una **desfiguración facial de carácter transitorio** debido a la cicatriz de la región frontal izquierda" (folio 2 del c. 1º).

Reconocido Heredia el 21 de octubre de 1948, se dice que la incapacidad fue la de veinticinco días, que **"la desfiguración facial fue transitoria"** y que "no hay consecuencias".

Cabe preguntar, pues, si la desfiguración facial **transitoria** es lo mismo que la desfiguración facial **reparable** que es lo que, en el fondo, arguye el recurrente, para concluir, como parece deducirse de sus razones, que lo transitorio es lo que por sí mismo se subsana y que, por tanto, la deformidad reparable no es la de que habla el código.

En realidad es distinto lo transitorio de lo reparable, pues aquello es lo pasajero o temporal, y para las heridas ,lo que evoluciona y se subsana por sí solo, mientras que lo reparable es lo que implica intervención del médico o cirujano para que no queden huellas desfiguradoras o deformantes. Lo que no puede admitirse es que se confunda la incapacidad o enfermedad con la desfiguración, porque ésta es una consecuencia típica más grave que aquélla, que requiere mayor severidad en la pena.

Pero en el caso de la desfiguración facial transitoria o reparable, no hay problema difícil, por la sencilla razón de que el mínimo de la pena aplicable, cuando existe, es de seis meses de prisión, y de esos seis meses de prisión es también el mínimo de la pena aplicable cuando la desfiguración facial no existe, siempre que la enfermedad o incapacidad pase de quince días, lo cual significa que el juez debe aumentar la sanción según las consecuencias que hayan dejado las lesiones, como es lógico y natural.

En el proceso que se estudia las lesiones dejaron una desfiguración facial transitoria, que no dejó huellas o deformantes definitivos, según el concepto médico-legal. El Juzgado le aplicó el mínimo de la pena señalada en el artículo 373 del Código, o sea, la de seis meses de prisión, disminuída por la riña imprevista; pero el Tribunal no aumentó las sanciones por las consecuencias de las heridas, sino por ser el sindicado "de mala conducta anterior y el agredido por él es un individuo de avanzada edad".

Este motivo tampoco tiene, pues, asidero legal y la causal invocada no puede, por lo tanto, prosperar.

Causal cuarta: nulidad de juicio.

Dos motivos invoca el recurrente: que no se cumplieron las formalidades propias del juicio penal, porque la sentencia de segundo grado se basó sobre la copia de la primera, debido a la destrucción del proceso en los sucesos del 9 de abril de 1948; y que hubo error en cuanto a la época del delito, pues la sentencia dice que "los hechos ocurrieron el 29 de abril y al mismo tiempo afirma que era el día de la celebración de "San Pedro", o sea, el 29 de junio lo cual es causal de nulidad (art. 198, ord. 8º del C. de P. P.)".

Sobre el primer punto cabe admitir, pues así fue, que el proceso hubo de ser reconstruído, al tenor del artículo 16 del decreto 1897 de 1948. Pero, como el demandante lo acepta, la copia de la sentencia de primera o de segunda instancia hace presumir de derecho la existencia del sumario y del juicio a que ella se refiere, lo mismo que la de las pruebas en las cuales se funde (art. 15 del Decreto).

En el particular basta con reproducir los conceptos de la Procuraduría, que luego de expresar que el mentado decreto obedeció al deber del Estado de reprimir los delitos y evitar que se queden impunes, prosigue sobre la alegación de nulidad:

"El concepto jurídico de nulidad, como lo ha dicho otras veces la Procuraduría, significa la existencia de un acto procesal no realizado conforme a las normas legales que lo regulan; es una infracción manifiesta de las reglas procedimentales que deben llenarse en cada caso. Nulidad tanto quiere decir como omisión de algo indispensable para la validez de un acto.

Luego si la reconstrucción del proceso se ajustó cabalmente a las disposiciones legales dictadas por el Gobierno Nacional durante el estado de emergencia que creó la declaratoria de estado

de sitio con motivo de los sucesos del nueve de abril, y tales disposiciones tienen toda la fuerza de un precepto legal, conforme al artículo 121 de la Constitución Nacional, es claro que el Tribunal actuó conforme al derecho preexistente, y nunca en forma arbitraria y lesiva de los intereses del procesado. Este gozó de las garantías que la ley le concede para defenderse, sin que se le negaran sin razón ni justicia, pruebas conducentes, ni se le privara del derecho de alegar, etc.

No se ve, pues, en qué pueda radicar el atropello de los jueces, ni el desconocimiento de las prerrogativas de que goza el sujeto pasivo de la acción penal.

Y así las cosas, la primera nulidad invocada carece de fundamento".

Sobre el segundo punto aparece claro que los hechos se consumaron el 29 de junio de 1945, fecha en que, como de todo el mundo es sabido, se conmemora la fiesta de San Pedro, pero la sentencia de primer grado afirma que se realizaron el 29 de abril.

Pero esa equivocación quedó subsanada en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia al expresar que los sucesos tuvieron lugar "en la noche del veintinueve de junio de mil novecientos cuarenta y cinco" (fls. 11 y 12 del c. 1º).

No habiendo duda, como no la hay, no ya sobre la "época" del delito, que es lo que la ley quiere que se tenga por seguro, sino sobre la "fecha", pues el error aparece subsanado, mal puede declararse la nulidad del proceso por este motivo.

La causal cuarta invocada no puede tampoco, por tanto, prosperar.

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.—Julio E. Argüello R. Secretario.

CAUSAL 4ª DE CASACION.—CUANDO ES PROCEDENTE EL RECURSO EN PROCESOS FALLADOS EN PRIMERA INSTANCIA POR JUECES DE CIRCUITO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo doce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de veintiséis de agosto del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, condenó a los procesados Aníbal Ramírez y Rogelio Salgado López a las siguientes penas principales: al primero, a ocho meses de prisión y multa de ciento treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 133.33); y al segundo, a dos meses de arresto y multa de diez pesos ($ 10.00), como responsables de lesiones personales que recíprocamente se infirieron.

Contra este fallo solamente el señor defensor del procesado Aníbal Ramírez Ospina 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.

Demanda

El recurrente invoca como única causal de casación la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 4ª—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 se sintetiza así:

"El Tribunal Superior de este Distrito Judicial violó en su sentencia, confirmatoria de la del Juzgado del Circuito de Neira, el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el 431 de la misma obra, en su numeral 3º, pues el delito cometido por Rogelio Salgado López, en la persona de mi defendido Aníbal Ramírez, está ampliamente definido y castigado por el artículo 17 del Código Penal; y así ambos acusados han debido comparecer ante el Jurado, convocado por el Juzgado Superior, al que competía el conocimiento de los hechos, realizados por los acusados en la población de Neira, el día veintiocho de agosto del año último pasado.

"En efecto: Rogelio Salgado ejecutó todos los hechos necesarios para darle muerte a Aníbal Ramírez, y si no se realizó su propósito, fue por circunstancias independientes a su voluntad".

De lo anterior concluye el recurrente que se incurrió en error acerca de la denominación jurídica de la infracción imputable al procesado Rogelio Salgado López (artículo 198, numeral 8º, del Código de Procedimiento Penal).

Se considera:

El señor abogado recurrente sólo tiene personería para atacar el fallo sujeto a casación en cuanto se refiere a su defendido Aníbal Ramírez Ospina, y no al otro procesado Rogelio Salgado López, quien no interpuso recurso de casación y a quien, por otra parte, perjudicaría la tesis del recurrente sobre delito frustrado de homicidio, en vez de lesiones personales porque fue llamado a juicio y sentenciado.

Además, el recurso de casación tampoco sería admisible respecto del procesado Salgado López ya que la infracción que se le dedujo y reprimió es la del artículo 372, inciso 1º, del Código Penal, cuyo máximo de pena no llega a cinco años. Y en tal evento no hay lugar al recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito (artículo 557 del Código de Procedimiento Penal).

Bastan estas breves consideraciones para desechar la causal 4ª de casación alegada por el recurrente.

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 casa** la sentencia de fecha veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, condena a Aníbal Ramírez Ospina, procesado por el delito de lesiones personales, a la pena principal de ocho meses de prisión y multa de ciento treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 133.33).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R. Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. — COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR.—SOLO QUIEN INTERPUSO EL RECURSO DE CASACION PUEDE FUNDARLO

1—La nulidad por incompetencia de jurisdicción se determina por la falta de competencia del funcionario para administrar justicia en cada caso concreto. Los términos jurisdicción y competencia no son sinónimos: el primero tiene un carácter general e implica la potestad que el Estado confiere a sus funcionarios para administrar justicia, y el segundo circunsribe esa facultad general para juzgar los delitos, en relación con la naturaleza del hecho, el lugar y la persona.

2—En términos generales se puede decir que la jurisdicción para administrar justicia la tienen no sólo los funcionarios de la rama jurisdiccional, sino también las autoridades militares, pero la esfera de acción en que cada una de estas autoridades actúa, depende de los factores que integran la competencia en relación con la persona, el hecho y el lugar en que se cometió. Esta diferencia sustancial marca los lindes de las diversas actividades de cada uno de estos funcionarios, y si bien es cierto que en el ramo penal conocen y juzgan de los delitos, también es evidente que la justicia penal común, como la justicia militar, no puede traspasar los límites señalados por la misma ley.

La justicia penal militar conoce de los delitos cometidos por los militares en actividad y los civiles al servicio de las Fuerzas Militares, cuando violan las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar. Jurisdicción que se amplía para el juzgamiento de particulares cuando en caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público, los particulares que no están al servicio de las Fuerzas Militares infringen disposiciones del Código de Justicia Penal Militar.

La Justicia Penal Militar por mandato expreso del artículo 122 de la Ley 3ª de 1945, atribuye competencia a los Consejos de Guerra Verbales para juzgar a los particulares por delitos cometidos con anterioridad al estado de guerra, conflicto armado, o turbación del orden público y que tengan relación con los hechos que dieron origen a esa situación.

Fuera de estos casos, la Justicia Penal Militar, cuando se trata de un régimen de legalidad marcial, tiene las atribuciones —en orden a la competencia para juzgar— que le confieren los decretos-leyes expedidos por el Gobierno cuando se trata de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público. Pero la Justicia Penal Militar no puede, sin desnaturalizarse a sí misma, aun cuando se trate de situaciones de anormalidad, conocer de los delitos comunes que por disposiciones de ordenamientos jurídicos especiales no le han sido atribuídos para su juzgamiento.

. . . . . .

La circunstancia de que el delito se haya cometido dentro de un estado de legalidad marcial no le atribuye competencia a las autoridades militares para su juzgamiento, porque esta competencia la dan la ley o los decretos-leyes para casos especiales y para hechos que tienen algún nexo de conexidad con delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. Roto el vínculo de conexidad o inexistente aquél, el delito siempre será común, y la competencia siempre será de la justicia ordinaria y no de la militar.

3—La Ley 82 de 1948 confiere al Procurador General de la Nación el derecho para interponer y sostener, dentro de los términos señalados en la misma ley, el recurso de casación respecto de los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, pero no le otorga la facultad para ampliar el recurso, en orden a alegar y sustentar causales de casación que no fueron invocadas por la parte recurrente.

El derecho de interponer un recurso se refiere al acto inicial de formalizar por medio de petición —ante la autoridad competente— alguno de los recursos legales que las leyes conceden para determinadas providencias emanadas de los funcionarios que administran justicia, y la sustentación del recurso no significa otra cosa que el derecho para formular la respectiva demanda en la cual se alegan las causales que sirven de motivo para impugnar la sentencia.

En otros términos: sólo la persona que interpone el recurso tiene facultad para sustentarlo formulando la respectiva demanda de casación. Esto es lo que se deduce de los términos expresos de la disposición comentada. De tal suerte que si el recurso no fuere interpuesto por el Procurador General de la Nación, este funcionario al contestar el traslado de la respectiva demanda como parte no recurrente, no tiene facultad alguna para ampliar la demanda de casación. Cuando el Procurador es parte recurrente, tiene amplias facultades; cuando no lo es, su intervención se limita a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo dieciséis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, el Consejo Verbal de Guerra condenó a Bernardo Angulo Vera a la pena principal de diez y ocho meses de prisión como responsable de un delito de robo.

La sentencia —por recurso de apelación —fue revisada por el Jefe del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares, quien la reformó en el sentido de imponer como pena principal la de tres años y seis meses de presidio en lugar de la de diez y ocho meses de prisión impuesta por el fallador de primera instancia.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación fundándose en el derecho consagrado por la Ley 82 de 1948, y como las formalidades procedimentales se hallan cumplidas se procede a su estudio.

Demanda

Invoca como causales de casación las de los numerales segundo y cuarto del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte en el estudio de la demanda examinará en orden de preferencia la causal cuarta, por ser ésta la más atinente a la impugnación de la sentencia, y luego —si es el caso— estudiará la causal segunda.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

El recurrente en la elaboración de la demanda, y en la sustentación de esta causal, no expresa su pensamiento en forma clara y concisa. La redacción es confusa y se presta a interpretaciones dudosas. Sin embargo, la Corte, procurará interpretar el sentido de la causal alegada, sin que ello quiera decir que sustituye al recurrente en la formulación de la respectiva demanda o en la sustentación de la causal alegada.

Dice el recurrente que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 122 de la Ley 3ª de 1945, en casos de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación del orden público total o parcial, el Gobierno puede convocar Consejos de Guerra Verbales.

Que turbado el orden público, el Gobierno dictó los Decretos 1286 y 1406 de abril 21 y 30 de 1948 y posteriormente el Decreto número 1895 de junio 4 del mismo, por los cuales se convocan los Consejos Verbales de Guerra y se determinan los delitos de que debe conocer la Justicia Penal Militar.

Que los Consejos de Guerra Verbales sólo pueden conocer de los delitos allí determinados y que cuando se trata de un delito común, su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, y en relación con este caso concreto expresa así su pensamiento:

"Como es un hecho absolutamente comprobado que al señor Bernardo Angulo Vera no se le sindicó ni se le juzgó por delitos contemplados en el C. P. afirmo que la sentencia recurrida en casación fue dictada en un juicio viciado de nulidad y por lo tanto, es violatorio de la ley procedimental".

El Decreto número 1258 de 1948 por el cual se faculta al Jefe del Estado Mayor General del

Ejército para la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales en su artículo primero dispone que:

"El Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares puede convocar los Consejos de Guerra Verbales que estime convenientes para juzgar a las personas "sindicadas de los delitos de fuga y evasión de presos, devastación, saqueo, hurto, **robo** y demás delitos o infracciones a que se refiere el Código de Justicia Penal Militar, cometidos antes o después de la turbación del orden público, **siempre que en el primer caso se trate de hechos que tengan relación con los que dieron origen a esa situación".**

En el parágrafo 4º del artículo 1º dice que de los simples delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos por personas no militares y que no estén al servicio de las Fuerzas Militares, conocerá la justicia ordinaria.

La redacción del artículo 1º puede plantear una duda, en el sentido de que todos los delitos cometidos después de la turbación del orden público pueden ser juzgados por la Justicia Penal Militar con prescindencia absoluta de la justicia común u ordinaria que es la que debe conocer de los delitos comunes que no tienen ningún vínculo de conexidad con los delitos a que hace referencia el art. 122 de la Ley 3ª de 1945.

Duda que se acentúa más cuando en la parte final del art. 1º, el Decreto parece atribuir **competencia** a las autoridades militares para juzgar los delitos cometidos **antes o después** de la turbación del orden público, consagrando una sola excepción para el primer caso, o sea, para aquellos delitos cometidos antes de la turbación del orden público, lo que engendra la confusión en el sentido de pensar, que de todos los otros delitos cometidos después de la turbación del orden público se le atribuye jurisdicción y competencia a las autoridades militares.

En este mismo decreto se hace la excepción para los **delitos simples** contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado cometidos por personas que no pertenecen a las Fuerzas Militares o que no prestan servicios en las Fuerzas Militares, las cuales deben ser juzgadas por las autoridades ordinarias de quien es la competencia.

Posteriormente el Decreto Legislativo número 1406 de 30 de abril de 1948 aclaró el alcance de las normas contenidas en el Decreto 1285, y para evitar dudas y confusiones, dio una clasificación de los delitos en su acepción de **simples** y **complejos.**

Delitos simples son los que se cometen contra el régimen constitucional y seguridad interior del Estado, cuando ellos no están acompañados de homicidios, lesiones, saqueos o cualquiera otro delito contemplado en los Códigos Penal y de Justicia Militar, siempre y cuando la persona que los ejecuta no sea militar o civil al servicio de las Fuerzas Militares.

Delitos complejos: son los cometidos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado cometidos en conexidad con delitos comunes, estos son de conocimiento de las autoridades militares.

"Los decretos de carácter extraordinario —ha dicho la Corte— expedidos por el Gobierno en ejercicio de las facultades constitucionales, confieren competencia a las autoridades militares para el juzgamiento de los delitos complejos, es decir de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes o de aquellos delitos que se cometieron por motivo de los hechos que dieron origen a la turbación del orden público, pero esa competencia de carácter excepcional —si así puede llamarse— no se extiende al juzgamiento de delitos simplemente políticos cometidos por los particulares contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, ni para aquellos delitos comunes, que no tienen relación ni vinculación alguna con los hechos especialmente previstos en los decretos extraordinarios o en el Código de Justicia Penal Militar".

En tratándose de delitos complejos, o de delitos políticos cometidos por particulares en conexidad con delitos comunes, lo que determina la competencia de las autoridades militares es el motivo o móvil que se tuvo en cuenta en la realización de los hechos; móviles de causalidad mixta, política y común, política en cuanto es la manifestación de actos que tienden a subvertir el orden existente para reemplazarlo con otro, y común en cuanto el agente activo del delito trata de suprimir directa o indirectamente todo obstáculo para la consecución del fin perseguido, sin detenerse por este aspecto en la comisión de delitos comunes.

"De manera que cuando se trata de un delito esencialmente político, o de un simple delito común sin vinculación alguna con los decretos de carácter extraordinario y donde los móviles que determinaron su comisión son distintos de aquellos que animan los **delitos complejos o conexos** de que tratan los decretos-leyes, la competencia

será de los jueces ordinarios y no de los militares, aunque tales hechos se hayan producido dentro de un estado de turbación del orden público".

La nulidad por incompetencia de jurisdicción se determina por la falta de competencia del funcionario para administrar justicia en cada caso concreto. Los términos jurisdicción y competencia no son sinónimos: el primero tiene un carácter general e implica la potestad que el Estado les confiere a sus funcionarios para administrar justicia, y el segundo circunscribe esa facultad general para juzgar los delitos, en relación con la naturaleza del hecho, el lugar y la persona.

En términos generales se puede afirmar que la jurisdicción para administrar justicia la tienen no sólo los funcionarios de la rama jurisdiccional, sino también las autoridades militares, pero la esfera de acción en que cada una de estas autoridades actúa, depende de los factores que integran la competencia en relación con la persona, el hecho y el lugar en que se cometió. Esta diferencia sustancial marca los lindes de las diversas actividades de cada uno de estos funcionarios, y si bien es cierto que en el ramo penal conocen y juzgan de los delitos, también es evidente que la justicia penal común como la justicia penal militar no puede traspasar los límites señalados por la misma ley.

La justicia penal militar conoce de los delitos cometidos por los militares en actividad y los civiles al servicio de las Fuerzas Militares, cuando violan las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar. Jurisdicción que se amplía para el juzgamiento de particulares cuando en caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público, los particulares que no están al servicio de las Fuerzas Militares infringen disposiciones del Código de Justicia Penal Militar.

La justicia penal militar por mandato expreso del artículo 122 de la Ley 3 de 1945, atribuye competencia a los Consejos de Guerra Verbales para juzgar a los particulares por delitos cometidos con anterioridad al estado de guerra, conflicto armado, o turbación del orden público y que tengan relación con los hechos que dieron origen a esa situación.

Fuera de estos casos la justicia penal militar, cuando se trata de un régimen de legalidad marcial, tiene las atribuciones —en orden a la competencia para juzgar— que le confieren los Decretos leyes expedidos por el Gobierno cuando se trata de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público. Pero la justicia penal militar no puede sin desnaturalizarse a sí misma, aun cuando se trate de situaciones de anormalidad, conocer de los delitos comunes que por disposiciones de ordenamientos jurídicos especiales, no le han sido atribuídos para su juzgamiento.

El delito imputado a Bernardo Angulo Vera es una infracción común, un delito simple de robo, realizado independientemente y sin vínculo de conexidad con delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. No es un delito complejo, porque la infracción no se realizó como consecuencia de uno de los delitos a que hacen referencia los Decretos de carácter extraordinario expedidos por el Gobierno en uso de las atribuciones legales y especialmente de aquellas que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional.

En el proceso no hay constancia alguna que lleve al juzgador a afirmar que se trata de un delito complejo para que la justicia militar pueda juzgarlo. Sin nexo de conexidad alguna con los delitos contemplados en los decretos legislativos, en la esfera del derecho penal debe considerárselo como un delito común, porque ni la ley ni los Decretos de carácter extraordinario le atribuyen competencia a las autoridades militares para su juzgamiento.

La circunstancia de que el delito se haya cometido dentro de un estado de legalidad marcial no le atribuye competencia a las autoridades militares para su juzgamiento, porque esta competencia la dan la ley o los Decretos leyes para casos especiales y para hechos que tienen algún nexo de conexidad con delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. Roto el vínculo de conexidad o inexistente aquél, el delito siempre será común, y la competencia siempre será de la justicia ordinaria y no de la militar.

En consecuencia la causal alegada prospera.

Para terminar, la Corte se refiere al problema planteado por el Procurador General de la Nación en el sentido de que el Agente del Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 de 1948 tiene facultad para ampliar la demanda de casación, y como consecuencia, plantear ante la Corte —al contestar el traslado de la demanda— nuevas causales de casación que, previamente, no fueron invocadas por el recurrente.

La Ley 82 de 1948 confiere al Procurador General de la Nación el derecho para interponer y sostener, dentro de los términos señalados en la

misma ley, el recurso de casación respecto a los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, pero no le otorga la facultad para ampliar el recurso, en orden a alegar y sustentar causales de casación que no fueron invocadas por la parte recurrente.

El derecho de interponer un recurso se refiere al acto inicial de formalizar por medio de petición —ante la autoridad competente— alguno de los recursos legales que las leyes conceden para determinadas providencias emanadas de los funcionarios que administran justicia, y la sustentación del recurso no significa otra cosa que el derecho para formular la respectiva demanda en la cual se alegan las causales que sirven de motivo para impugnar la sentencia.

En otros términos, sólo la persona que interpone el recurso tiene facultad para sustentarlo formulando la respectiva demanda de casación. Esto es lo que se deduce de los términos expresos de la disposición comentada. De tal suerte que si el recurso no fuere interpuesto por el Procurador General de la Nación, este funcionario, al contestar el traslado de la respectiva demanda como parte no recurrente, no tiene facultad alguna para ampliar la demanda de casación. Cuando el Procurador es parte recurrente, tiene amplias facultades; cuando no lo es, su intervención se limita a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Si el pensamiento del legislador hubiera sido el de facultar al Procurador General de la Nación para ampliar, desarrollar o suplir las irregularidades y vacíos que anotare en la demanda, expresamente lo hubiera consagrado la ley, como lo hizo, por ejemplo, en la ley 118 de 1931, que en su artículo 6º consagra dicha facultad, cuando expresa que ante la Corte deberán alegarse y sostenerse la causal o causales que invoca el recurrente y cuando éste no cumple con esa obligación "la llenará el Procurador cuando encontrare fundamento para ello, así como también deberá este funcionario ampliar y desarrollar aún más la demanda de casación del recurrente". Pero como la facultad o derecho para ampliar y desarrollar la demanda del recurrente no la concedió el legislador al Procurador General de la Nación, es lógico que el Agente del Ministerio Público, en tratándose de recursos de casación previstos por la Ley 82 de 1948 no puede ampliar, ni llenar las deficiencias de la demanda invocando causales de casación que no fueron planteadas por el recurrente.

No es aceptable la tesis de que el Procurador puede ampliar la demanda, por cuanto ello vendría en la práctica a confundir o fusionar las calidades de parte recurrente y parte no recurrente en una sola persona. Es decir, ante la Corte y en estos procesos no habría ningún debate, desnaturalizándose así el contenido jurídico del recurso de casación, que fue precisamente una de las deficiencias de técnica que se anotó a la Ley 118 de 1931.

Por otra parte, si la tramitación de estos procesos se halla sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, es indudable que si esos preceptos no están derogados deben cumplirse en su integridad. Ni la Ley 82 de 1948 ni el Código de Procedimiento Penal autorizan o dan facultad al Procurador para ampliar la demanda, o para interponer nuevas causales de casación cuando no es parte recurrente. No existiendo disposiciones legales la Corte, por un criterio de interpretación benigna, no puede suplir una deficiencia que el legislador omitió, o deliberadamente no quiso consagrarla como norma legal.

Cuando el sentido de la ley es claro no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.). Si la ley tiene un carácter imperativo porque su texto es tan claro y preciso que no da lugar a equívocos, su interpretación debe hacerse de conformidad con los términos en los cuales se halla concebida y no buscando otra distinta que su mismo texto la rechaza por ser contraria a lo que el legislador quiso establecer. El parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 es claro y terminante, y de su contenido no puede deducirse que la ley le hubiera conferido al Procurador derecho para ampliar la demanda, o para invocar nuevas causales de casación cuando no es parte recurrente.

Lo que ocurre es que de conformidad con el artículo 40 de la Constitución Nacional, nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito, con las limitaciones establecidas por la Ley 69 de 1945 cuyos preceptos desarrollan la norma constitucional. Y como en los procesos penales el artículo 2º de la citada ley sólo concede a los procesados el derecho de interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, y además la de actuar en todas aquellas diligencias para las cuales no es necesaria la intervención del apoderado, el legislador de 1949 quiso dar un amplio margen de defensa para aquellos procesados que por dificultades económicas no podrían constituír apoderado para sustentar el respectivo recurso, y para suplir esta

dificultad y hacer más amplio el derecho de defensa de los procesados, para interponer y sustentar el recurso de casación respecto de los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares.

Esta y no otra parece ser la finalidad que anima el espíritu del parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 de 1948.

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, INVALIDA el fallo proferido por el Jefe del Estado Mayor General con fecha cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho. En consecuencia declara nulo lo actuado a partir de la resolución por la cual se convoca un Consejo de Guerra Verbal de fecha veintidós de julio inclusive en adelante, y se ordena pasar este proceso a las autoridades ordinarias para que avoquen el conocimiento de este negocio, por ser de su competencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Con salvamento de voto, **Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez — Domingo Sarasty M.— Julio E. Argüello R.**, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR AGUSTIN GOMEZ PRADA

Con temor de equivocarme expongo algunas razones que me hacen apartar de la parte motiva del anterior fallo.

Es el caso que la ley 82 de 1948 autoriza al Procurador General de la Nación para intervenir en el recurso de casación concedido contra las sentencias dictadas por Consejos Verbales de Guerra, por delitos cometidos el 9 de abril del citado año, y cabe entonces preguntar en qué momento puede **presentar** su demanda.

Toda la dificultad consiste en que el parágrafo en que autoriza su intervención dice que el Procurador "podrá **interponer y sostener** dentro del mismo término" de sesenta días siguientes a la vigencia de la ley o de treinta de la notificación de la sentencia, el recurso de casación.

Sólo dos tesis pueden sostenerse al respecto: la primera, que el Procurador sólo puede presentar su demanda dentro del término indicado de sesenta días siguientes a la vigencia de la ley o dentro de los treinta de la notificación; y la segunda, que ese término es sólo para interponer el recurso, pero que el Procurador puede presentarla dentro del término del código de procedimiento —quince días después del auto de admisibilidad del recurso— o ampliar la demanda que el procesado presente al contestar el traslado en su calidad de agente del ministerio público.

La primera tesis tiene a su favor los términos literales del parágrafo, al expresar que el recurso intentado por el Procurador podrá "interponerse y sostenerse dentro del mismo término" de sesenta o treinta días, según el caso.

Pero esta tesis, fuera de las razones que militan en pro de la segunda y que la contradicen, tiene en su contra otras distintas, de las cuales sólo se enuncia la de que no hay que suponer que el legislador expida mandatos inútiles e inocuos. Y resulta inútil e innocuo decir que el señor Procurador puede intervenir en el proceso penal para interponer el recurso, cuando según el código de procedimiento, según el cual debe regirse la casación en general y este recurso en particular, el agente del ministerio público puede interponer el recurso en iguales condiciones al procesado o su defensor (artículo 558).

Pero los motivos que inducen a adoptar la segunda tesis, esto es, la de que el Procurador puede presentar su demanda de casación dentro del término que el código señala o al contestar el traslado como parte no recurrente (artículos 563 y 564), son los siguientes:

a) El primero es el de que los términos para interponer y sustentar el recurso son absolutamente distintos: el término para **interponer** el recurso de casación, según el código, es el de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia (artículo 556) y de sesenta o treinta días de la vigencia de la ley o de la notificación de la sentencia, en este caso particular (artículo 4º); mientras que el de **sustentación** del recurso es el de quince días siguientes al de la notificación del auto de admisibilidad del recurso, según el artículo 563 del código de procedimiento, por el cual se rige la tramitación de la casación común como la consagrada en la ley 82 de 1948 (artículo 5º de esta Ley 82 de 1948).

Si los términos fueran idénticos, el Procurador carecería del término de traslado para contestar o presentar la demanda, y tendría que interponer y sustentar o fundar la casación dentro del primer término, lo cual no puede admitirse.

De otro lado, es de sentido común que el Procurador hubiera tenido que dedicarse a la tarea de buscar dónde había fallos condenatorios por los sucesos del 9 de abril y estudiarlos todos dentro del término de sesenta días de la vigencia o de treinta de la notificación de la sentencia para ver si debía, obedeciendo al deseo del legislador, interponer el recurso concedido y presentar las demandas, lo que tampoco parece concebible.

b) Y el segundo es el de haber consagrado la ley la intervención del Procurador para pedir pruebas cuando se crea necesario un mejor esclarecimiento de los hechos y haber consagrado como causales de casación, a pesar del veredicto del jurado o consejo de guerra verbal, la causal segunda, esto es, el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos o haber habido error en la apreciación del cuerpo del delito.

¿Para qué solicita pruebas el Procurador? Indudablemente para que intervenga en la susten

tación del recurso según ellas. No puede admitirse, en efecto, que el agente del ministerio público, representante de la sociedad, solicite la práctica de probanzas conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos, si apenas le han de servir para fundar su concepto y no para solicitar la invalidación o la confirmación de una sentencia, según tales demostraciones, pues las causales hay que acreditarlas o fundarlas y no se pueden acreditar o fundar sino sobre las pruebas del proceso.

Ahora, habiendo consagrado este recurso especial el estudio de los hechos, vale decir, el análisis del cuerpo del delito y de la conformidad o contraevidencia del veredicto con dichas pruebas, es apenas lógico admitir que la intervención del Procurador en la solicitud y en la práctica de nuevas probanzas conduce a admitir también su intervención, no sólo en el término común que el código de procedimiento concede, sino también al estudiar el proceso para rendir su concepto como agente del ministerio público.

Bogotá, diez y siete de mayo de mil novecientos cincuenta.

Agustín Gómez Prada

EL PARENTESCO, LOS ANTECEDENTE S DE LIBERTINAJE Y DEPRAVACION Y LOS MOTIVOS INNOBLES O FUTILES C OMO CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

1—No pocos autores abundan en conceptos críticos sobre el sistema casuístico y exhaustivo que el Código señala, a ejemplo del proyecto de Ferri, en relación con las circunstancias de mayor peligrosidad, considerando dicho sistema como no siempre adecuado para que el Juez pueda, dentro del limitado campo de sus apreciaciones, en la valuación probatoria de los elementos de juicio que le sirven para sustentar la individualización de la pena al delincuente, teniendo en cuenta su personalidad y peligrosidad, estructurar el verdadero valor sintomático que ofrecen esas circunstancias, a fin de determinar mediante ellas el quantum de la sanción que corresponde al reo.

Con todo, dentro del sistema del Código las circunstancias de mayor peligrosidad unas corresponden a factores subjetivos que están presentes en el delincuente mismo, y por lo tanto, su valoración tiene que hacerse de conformidad con el significado sintomático qué tengan para discriminar mediante ellas el sentido de peligrosidad que el estatuto les asigna. Por eso puede acontecer que no se encuentre en una circunstancia señalada en la ley una relevancia jurídica verdadera para considerar al agente como sujeto con mayor peligrosidad aunque el Código en forma casuística fije ese mismo elemento como factor determinante del fenómeno de la peligrosidad.

Así ocurre, v. gr., con los vínculos de parentesco. El Código asigna a esta circunstancia categoría de mayor peligrosidad cuando el parentesco imponga al delincuente deberes especiales respecto del ofendido o perjudicado. Desde el punto de vista puramente objetivo puede decirse que la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 4º del artículo 37, para poder figurar como tal en la individualización de la pena no necesita nada distinto de que al proceso se allegue la prueba de esos vínculos de parentesco, bien por consanguinidad o por afinidad. Esta sola demostración ya impondría al Juez la necesidad de considerar tal vínculo como circunstancia de mayor peligrosidad, y, en consecuencia, atender a este factor para imponer la pena dentro de los límites señalados por la ley.

Mas este aspecto únicamente objetivo de la cuestión no es precisamente el que el Código señala como circunstancia de peligrosidad, porque no siempre las relaciones de parentesco imponen al delincuente respeto y deberes especiales, ya que a menudo se observa que los vínculos surgidos de la sangre o de la afinidad, no todas las veces mantienen entre las personas así unidas sentimientos de recíproca amistad y sociabilidad. Muy por el contrario, esos vínculos se relajan con frecuencia, porque los sentimientos afectivos entre las personas se hacen más sensibles a los menores estímulos, y las más leves ofensas entre personas ligadas por parentesco se traducen en resentimientos mayores que los que causas más graves podrían producir a personas extrañas, no unidas por vínculo alguno de aquella naturaleza.

De aquí por qué razona la Procuraduría que si esos vínculos se debilitan o extinguen ante los propios consanguíneos o afines y ante la conciencia colectiva, el delito cometido por el consanguíneo o el afín contra persona ligada por tales vínculos no siempre implica perversidad de su parte, ni produce tampoco aquella manifiesta repugnancia en el ánimo de las gentes, desapareciendo así el fundamento de la mayor severidad de la pena.

2—La Corte ha señalado que para computar la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en los antecedentes de libertinaje y depravación del agente, es preciso que de las constancias del proceso resulte que está establecido que el sujeto delincuente presenta "la negación de los instintos éticos fundamentales e ineptitud para la con-

vivencia social", o, como lo afirma la Procuraduría, demuestra "una atrofia profunda de la moralidad que se traduce en un comportamiento relajado y de ocio. El hombre depravado y libertino es un sér corrompido que anda por los caminos del mal y de él se alimenta; su conducta es moralmente desenfrenada y sirve de piedra de escándalo para la sociedad".

Además, dentro del concepto que es el más eficaz y seguro para apreciar esta circunstancia de mayor peligrosidad, es decir el de que "la vida depravada constituye un agravante, porque revela mayor peligrosidad en el delincuente. Esa vida interior, socialmente perniciosa acentúa el carácter antisocial que el delito por sí mismo revela en ese agente"; de que "el ordinal 1º expresa la conducta moralmente desenfrenada que por sí sola no alcanza a constituir delito, pero que sin duda representa en el delincuente un elemento de que no puede prescindirse para apreciar su personalidad", dentro de este concepto, es menester que la depravación y el libertinaje del agente constituyan los verdaderos estímulos psicológicos que lo determinan a obrar con las manifestaciones antisociales que se traducen en delito, porque, de ser de otro modo, la apreciación de esta circunstancia podría conducir a la arbitrariedad, señalando como existente lo que en realidad no tiene la virtud de manifestar peligrosidad.

De manera que si en un determinado caso los antecedentes todos del sujeto criminal revelan que su vida disoluta y libertina propiciaron el nacimiento de un estado antisocial como producto de aquella forma de hacer parte de la sociedad humana, reveladora de un estado permanente de discordia e indisciplina dentro del grupo social a que pertenece y tales factores fueron los determinantes propios del hecho delictuoso, no es posible prescindir de la valoración de esos hechos para configurar la circunstancia de peligrosidad que se estudia.

Aceptar otra interpretación podría conducir a catalogar—en forma ligera y sin ahondar demasiado—como circunstancias de peligrosidad hechos y ocurrencias que por ser apenas manifestaciones de la personalidad, no siempre revelan en ésta el verdadero sentido de la peligrosidad como elemento de relevancia jurídica. Así la embriaguez o la tendencia a las bebidas alcohólicas y las mismas manifestaciones de belicosidad producidas por esa tendencia, podrían ser consideradas como adscritas a dicha circunstancia, lo que no es verdadero en todos los casos, porque de ser de otra manera, no podría entenderse cómo la embriaguez está considerada en el mismo Código como circunstancia de menor peligrosidad cuando el delito se comete siendo el sujeto víctima de ingestión alcohólica voluntaria.

3. — Los motivos innobles o fútiles con que obra un delincuente son una de las circunstancias de peligrosidad que más concretamente relacionan al mismo agente del delito con la conducta humana que constituye su acción antisocial.

Por eso el establecimiento de los motivos determinantes del acto, y entre éstos los móviles de la acción predicada a sus condiciones de innobleza y futilidad, es de importancia fundamental para penetrar en la esfera psíquica del propio delincuente y comprender cómo él está presente en la sanción antes por la calidad de los motivos que lo determinan a obrar, que por el acto mismo realizado. Así se explica la diferencia entre circunstancias que surgen del mismo delincuente y las que son apenas modalidades materiales del delito inherentes a su comisión.

Los móviles del delito manifestados en los motivos innobles o fútiles con que se ejecuta, pueden surgir de una indagación previa psicológica que conduce a consecuencias jurídicas de suma utilidad para concretar en el delincuente la sanción que le corresponde por su delito, con el máximo de probabilidades en el acierto de la cantidad que es menester, a fin de conseguir su readaptabilidad social.

En virtud de la indagación psicológica de los móviles, es fácil descubrir lo oculto de las tendencias íntimas del individuo, a fin de encontrar, de esta manera, la clave de su personalidad, y poder así juzgarlo, tanto moral como socialmente.

Por el aspecto jurídico, el móvil es un elemento básico de eficaz virtud para deducir con la mayor certeza el grado de responsabilidad del sujeto delincuente. Ello porque, unido el móvil a la voluntad o intención,

puede decirse que forma el contenido del acto humano constitutivo del delito y determina los componentes que dan estructura al hecho. Una vez demostrado que el agente obró con voluntad, que su intención fue producir el acto, el móvil suministra la razón de aquél, el por qué de su comisión, y explica la índole de las causas que lo produjeron. Y es tan importante su comprobación, que muchas veces su ausencia hace pensar o es por lo menos indicio de que falta en el agente la capacidad psíquica con que todo ser consciente procede, y hace prever que exista una especie de perturbación mental como causa productora del acto.

Si fútil es todo aquello que carece de aprecio, de importancia, que es nimio y sin valor, obrar con móviles fútiles no puede ser otra cosa que realizar el hecho delictuoso de manera que indique o establezca la gran desproporción entre el acto cometido y el motivo que lo produjo, de tal suerte que el delito se realiza por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho, lo que constituye indudablemente un índice revelador del valor sintomático que revela la peligrosidad del agente, porque implica que el delincuente pertenece a una categoría antropológica de muy acusada peligrosidad.

Por lo que toca a la inobleza del motivo determinante, como ello se predica de lo que es vil y abyecto, menester es que resulten establecidos hechos que revelem la abyección del delincuente y la vileza con que obra, abyección y vileza que son inherentes a determinados tipos de delincuencia, pero que no concuerdan con actos llevados a cabo en circunstancias en donde el agente obra provocado y sin emplear ninguna maniobra que señale dentro de los actos externos ejecutados aquellos fenómenos psíquicos que integran la circunstancia de peligrosidad que se analiza.

4.—Cuando el agente ejecuta el acto en circunstancias de provocación reconocidas expresamente por el Jurado, es difícil encontrar en la actividad criminal elementos que permitan elevar la sanción por el concepto de que obró en condiciones que pregonan la peligrosidad al tenor del ordinal sexto del artículo 37, porque éstas indican una situación objetiva vinculada a los momentos de la realización del delito, y cuando tales fenómenos no aparecen comprobados dentro del proceso, se permitiría un arbitrio judicial excesivo, si el Juez, apreciándolas de manera objetiva, se sirviera de ellas para aplicar una pena que no corresponda a la mecánica individualizadora de la ley.

Dentro de este criterio, que es el del Código, por la forma de su estructuración doctrinaria y jurídica, es necesaria la demostración de esas características del hecho doloso. Si ellas no existen, es preciso discriminarlas de modo diferente, para evitar la arbitrariedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo dieciséis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en sentencia de veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, condenó a Gustavo Orozco Palacio a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Lázaro Candamil.

El procesado interpuso el recurso de casación contra esa sentencia.

Hechos

Relata el Tribunal que entre Gustavo Orozco y su hermano Arcelio, y Lázaro Candamil, cuñado de aquéllos, existían rivalidades económicas provenientes de un juicio de sucesión que adelantaban, habiendo ocurrido altercados entre los mismos. El diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, siendo como las diez y media de la noche, entró Lázaro Candamil a la tienda de propiedad de Gustavo Orozco, situada en la vereda o fracción de "Altagracia", jurisdicción del Municipio de Pereira ,con el objeto de tomarse un trago y, luego, siguió para su casa; había recorrido algunos metros de camino, cuando Arcelio Orozco pronunció algunas frases injuriosas contra Candamil que fueron oídas por un hijo de éste, quien protestó por tal proceder, lo cual dio moti-

vo a que Arcelio ultrajara de palabra al menor, y pretendiera agredirlo. Lázaro Candamil regresó para ver qué le sucedía a su hijo y fue entonces cuando los hermanos Gustavo y Arcelio Orozco lo atacaron a peinilla, obligándolo a entrar en riña y cuando Gustavo sacó su revólver y con él disparó tres veces sobre Candamil, logrando herirlo con el último disparo, a consecuencia de lo cual falleció el día veinticuatro siguiente.

Actuación procesal

En el auto de proceder, en definitiva, se abrió causa criminal contra Gustavo y Arcelio Orozco, por el delito de homicidio en la persona de Lázaro Candamil, responsabilizando al último, o sea, a Arcelio, por haber prestado su concurso o cooperación en la consumación del ilícito.

El Jurado de conciencia absolvió al procesado Arcelio Orozco de los cargos formulados en su contra y respecto de Gustavo se pronunció así: "Sí: pero en riña imprevista provocada por el occiso", como respuesta al siguiente cuestionario que se le formuló:

"El procesado **Gustavo Orozco,** de la naturaleza y condiciones civiles anotadas en el auto de proceder que se os ha leído, es responsable de haber causado la muerte intencionalmente al señor Lázaro Candamil, mediante herida inferida con arma de fuego —revólver—...?"

Finalmente, el Juzgado del conocimiento condenó a Gustavo Orozco Palacio a sufrir la pena principal de cinco años de presidio y las accesorias correspondientes y absolvió a Arcelio Orozco; pero el Tribunal Superior, en la sentencia que es materia del recurso extraordinario de casación, reformó la de primera instancia imponiendo al reo la pena de ocho años de presidio, en lugar de la de cinco que le había sido impuesta.

Demanda de casación

Los motivos de casación aducidos por el demandante para sustentar su desacuerdo con la sentencia los basa en las causales primera y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera.—Violación de la ley penal sustantiva.

El demandante niega la existencia de las circunstancias de mayor peligrosidad tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida, para agravar la pena impuesta al reo por el Juez **a quo.**

"Los falladores de segunda instancia —dice— se gastaron en la parte motiva de la sentencia el mismo criterio empleado en el auto de proceder, y así fue verdad como llevados del mismo prejuicio formado en el sumario y su mérito **"probatorio"** contra el procesado Gustavo Orozco, pronunciaron la sentencia confirmatoria de la primera instancia, pero con una desmedida reforma por cuanto que aumentó la pena en tres años, haciendo cuenta de circunstancias de mayor peligrosidad que real y positivamente no aparecen comprobadas en el proceso, como habré de ponerlo en oportuna demostración".

En efecto, el Tribunal de Pereira, para aumentar la pena al procesado recurrente, capitalizó las siguientes circunstancias de mayor peligrosidad, que serán estudiadas en forma separada, así:

a) El parentesco de afinidad existente entre la víctima y el victimario, ya que Candamil se hallaba casado con una hermana de Gustavo Orozco Palacio.

Se considera

El autor de la demanda, rechaza la circunstancia antes enumerada, porque "siendo Candamil perturbador, desafiante y provocador, y Gustavo Orozco el perturbado, el desafiado y el provocado, es obligante pensar en parentesco de afinidad cuando así no lo pensó el perturbador que todo lo predispuso y concertó? Cómo pensarlo el perturbado y pacífico Orozco en tan precarias circunstancias de imprevisión?

"Es obligante obrar con deberes de parentesco cuando el afín perturbador no pensó en cumplir los suyos? Si Candamil no cumplió esos mismos deberes y atacó el derecho ajeno provocando, puédese pensar, en una sana lógica discriminatoria, el forjar una circunstancia de mayor peligrosidad imputable a Gustavo?"

La sentencia del Tribunal al analizar esta circunstancia, dicé: "Está demostrado que Gustavo Orozco era cuñado de la persona muerta, lo que indica que entre matador y muerto existía un parentesco de afinidad que era necesario tener en cuenta en el momento de obrar, ya que tal circunstancia impone deberes innegables. Concurre, tal como lo dice el Juez de instancia, no solamente la del numeral 4º del artículo 37, sino...".

No pocos autores abundan en conceptos críti-

cos sobre el sistema casuístico y exhaustivo que el Código señala, a ejemplo del proyecto Ferri, en relación con las circunstancias de mayor peligrosidad, considerando dicho sistema como no siempre adecuado para que el Juez pueda, dentro del limitado campo de sus apreciaciones en la valuación probatoria de los elementos de juicio que le sirven para sustentar la individualización de la pena al delincuente, teniendo en cuenta su personalidad y peligrosidad, estructurar el verdadero valor sintomático que ofrecen esas circunstancias, a fin de determinar mediante ellas el **quantum** de la sanción que corresponde al reo.

Con todo, dentro del sistema del Código las circunstancias de mayor peligrosidad unas corresponden a factores subjetivos, que están presentes en el delincuente mismo, y por lo tanto, su valoración tiene que hacerse de conformidad con el significado sintomático que tengan para discriminar mediante ellas el sentido de peligrosidad que el estatuto les asigna. Por eso puede acontecer que no se encuentre en una circunstancia señalada en la ley una relevancia jurídica verdadera para considerar al agente como sujeto con mayor peligrosidad, aunque el Código en forma casuística fije ese mismo elemento como factor determinante del fenómeno de la peligrosidad.

Así ocurre, v. gr., con los vínculos de parentesco. El Código asigna a esta circunstancia categoría de mayor peligrosidad cuando el parentesco imponga al delincuente deberes especiales respecto del ofendido o perjudicado .Desde el punto de vista puramente objetivo puede decirse que la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 4º del artículo 37, para poder figurar como tal en la individualización de la pena no necesita nada distinto de que al proceso se allegue la prueba de esos vínculos de parentesco, bien por consanguinidad o por afinidad. Esta sola demostración ya impondría al Juez la necesidad de considerar tal vínculo como circunstancia de mayor peligrosidad, y, en consecuencia, atender a este factor para imponer la pena dentro de los límites señalados por la ley.

Mas este aspecto únicamente objetivo de la cuestión no es precisamente el que el Código señala como circunstancia de peligrosidad, porque no siempre las relaciones de parentesco imponen al delincuente respeto y deberes especiales, ya que a menudo se observa que los vínculos surgidos de la sangre o de la afinidad no todas las veces mantienen entre las personas así unidas sentimientos de recíproca amistad y sociabilidad. Muy por el contrario, esos vínculos se relajan con frecuencia, porque los sentimientos afectivos entre las personas se hacen más sensibles a los menores estímulos, y las más leves ofensas entre personas ligadas por parentesco, se traducen en resentimientos mayores que los que causas más graves podrían producir a personas extrañas, no unidas por vínculo alguno de aquella naturaleza.

De aquí por qué razona la Procuraduría que si esos vínculos se debilitan o extinguen ante los propios consanguíneos o afines y ante la conciencia colectiva, el delito cometido por el consanguíneo o el afín contra persona ligada por tales vínculos, no siempre implica perversidad de su parte ni produce tampoco aquella manifiesta repugnancia en el ánimo de las gentes, desapareciendo así el fundamento de la mayor severidad de la pena.

Evidentemente, como el mismo Procurador Delegado tan acertadamente lo anota, el fundamento de esta circunstancia de mayor peligrosidad consistente en la relación de parentesco entre el agresor y la víctima del delito, es un factor de agravación de la pena y ello debido a varias razones: "porque el ilícito quebranta la organización y armonía de la familia, base de la seguridad social; porque viola los deberes y sentimientos especiales que la sangre y los vínculos de afinidad imponen mutuamente a los parientes y porque el hecho punible produce un daño político de superior entidad, consistente en la mayor alarma experimentada por los buenos ciudadanos y en el mal ejemplo que se da a los malos".

Pero si como este es el verdadero fundamento sociológico-jurídico de la circunstancia de mayor peligrosidad en estudio, resulta indudable que al desaparecer o extinguirse los verdaderos fenómenos subjetivos que al sujeto delicuente lo obligan a especiales deberes con las personas vinculadas a él por el parentesco y el delito se produce como consecuencia del rompimiento de esos vínculos, que quebranta la amistad en forma superior a la que obliga con los demás hombres sin vínculos ningunos con él, no es posible reconocer la existencia de la peligrosidad por tal motivo, porque los factores determinantes de la misma ya no influyen para agravar la sanción, como en el caso de que existiendo realmente esos vínculos, es decir, siendo evidentes por su aspecto material u objetivo, el delincuente al obrar, conociéndolos efectivamente, sabiendo que lo atan o lo unen a la persona ofendida, los quebranta o viola, sin atender para nada a ellos y antes bien

desconociéndolos en forma voluntaria y que por su aspecto subjetivo delata ya en quien así obra un factor sintomático de que desprecia sentimientos y deberes que se fundan en razones sociológicas y son base de la estructura social.

Por eso, al apreciar el Tribunal esta circunstancia de mayor peligrosidad, lo hizo en forma ligera y sin discriminar su verdadero alcance, ya que entre los protagonistas de este proceso, por circunstancias concernientes a la sucesión del padre de los Orozcos , cuyo albacea era el ofendido Candamil, se produjeron choques y encuentros que trajeron como consecuencia el rompimiento de las relaciones de amistad y por lo tanto, de los vínculos de parentesco, considerados éstos, desde luego, por el aspecto subjetivo de los mismos, que no el material, porque ellos seguían existiendo mientras otras causas, como la muerte, no los rompieran.

Así las cosas, no es este factor suficiente para juzgar de la peligrosidad del procesado Gustavo Orozco, porque, dadas las circunstancias en que actuó, el parentesco no lo obligaba a reconocer deberes y sentimientos especiales para con el occiso, ya que el vínculo de afinidad que los unía había desaparecido en virtud de la animosidad y enemistad que por cuestiones de negocios había surgido entre ellos. No hubo, pues, violación de esos deberes especiales que el parentesco impone, y por no haberla, la circunstancia cuarta del artículo 37 no puede aplicarse en este caso como factor de agravación de la pena por concepto de peligrosidad.

b) Depravación y libertinaje, que deduce el Tribunal del hecho establecido por un número plural de testigos que señalan al procesado Orozco como individuo dado a las bebidas embriagantes que lo vuelven belicoso y agresivo, lo que ha dado motivo a frecuentes conminaciones policivas, para guardar la paz.

Se considera:

Sobre esta circunstancia, alega la demanda:

"De antecedentes depravados nos habla la sentencia. De antecedentes de depravación y libertinaje nos habla la ley. En fin, lo trascendental es saber si al decir de algunos testigos que en agrupaciones especiales se desplazan en el proceso, unos en contra y otros a favor, que Gustavo ha sido catador de trago, y que habla duro cuando bebe, y que no se deja humillar, y que tiene fama de haber sido conminado varias veces, es equivalente a los antecedentes de depravación y libertinaje, como lo exige la ley para que pueda afirmarse que hay una circunstancia más de peligrosidad.

"Ante todo, esa mala conducta, esa depravación y libertinaje supuestos, no cuentan, absolutamente, con ninguna condena policiva ni judicial. Y no faltan los testigos que nos hablan de buena conducta social y moral, pues que los que dicen en contrario sentido pertenecen a otros sectores sociales en que suele dividirse un caserío rural, un apartado punto pueblerino como la Inspectoría de Altagracia".

Por su parte, la sentencia acusada, dice sobre esta circunstancia lo siguiente:

"Los antecitados antecedentes de depravación de Gustavo y Arcelio Orozco emergen del dicho de un número plural de testigos que nos dicen que dichos individuos son muy dados a las bebidas embriagantes, las que propician en ellos un estado de perecosidad notorio, pues que se dedican a buscar camorra a sus conciudadanos y a hacer disputa por cualquier motivo, lo cual les ha ocasionado frecuentes conminaciones policivas, tendientes a guardar la paz. Hay además para la Sala detalles que no se pueden por ahora, dejar pasar desapercibidos, ya que parece que el señor Juez de instancia no los tuvo en cuenta en el momento de graduar la penalidad de Gustavo".

De manera que lo que el Tribunal tiene como elemento para considerar como sujeto de antecedentes depravados y libertinos al procesado, lo constituye principalmente el hecho de ingerir bebidas embriagantes con alguna frecuencia y convertirse, cuando se encuentra en estado de embriaguez, en sujeto belicoso y camorrista, amigo de buscar pendencias y de producir conflictos entre sus convecinos.

Este criterio, para señalar el alcance de esa circunstancia de peligrosidad contemplada en el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal, no reúne las características que esta misma Sala ha fijado para que pueda considerarse establecida dicha circunstancia y obre de tal suerte en la individualización de la condena.

Así, ha dicho la Sala, en un caso semejante: "Al procesado se le tiene como individuo pendenciero, especialmente cuando se embriaga. Es decir, es dueño de una personalidad peligrosa. De manera que, propiamente, ciñéndose á la etimología, a la significación exacta de la plabra "depravación", no puede afirmarse que por el hecho de que el procesado sea **tomador** y **buscarruidos**, me-

rezca el calificativo de depravado, concepto que abarca mucho más, que alcanza otros niveles, en donde la ética queda quebrantada y las costumbres morales abajadas".

Siguiendo el mismo pensamiento, la Corte y la Procuraduría han señalado que para computar esta circunstancia es preciso que de las constancias del proceso resulte que está establecido que el sujeto delincuente presenta "la negación de los instintos éticos fundamentales e ineptitud para la convivencia social", o como lo afirma la Procuraduría, demuestra "una atrofia profunda de la moralidad que se traduce en un comportamiento relajado y de ocio. El hombre depravado y libertino es un sér corrompido que anda por los caminos del mal y de él se alimenta; su conducta es moralmente desenfrenada y sirve de piedra de escándalo para la sociedad".

No fueron ajenas en la discusión del Código en las distintas comisiones colombianas que confluyeron a su adopción legislativa, las dificultades de orden práctico que podrían surgir para la valoración jurídica de esta circunstancia de mayor peligrosidad, fundada en los antecedentes de depravación y libertinaje. Se observó al discutirla que una fórmula vaga o poco precisa en esta materia podía dar lugar a abusos sobre la manera de discriminar los elementos de juicio que sirvieran al Juez para tenerla en cuenta en el cómputo individualizador de la sanción, que por consiguiente, era menester señalar el verdadero alcance y contenido jurídico de esos antecedentes a fin de suministrar al fallador una pauta segura para deducirlos en un determinado caso sub-judice.

Dos criterios se manifestaron al consignar en el Código esta circunstancia. El uno señala que su vaguedad e imprecisión podría conducir al Juez a la arbitrariedad, porque le permitiría invadir el campo de la moral, y con esta apreciación equivocada considerar tal circunstancia como un elemento mensurador de la pena, para aumentarla, siendo así que muchas veces resulta imposible discriminar los factores de índole individual y social que conducen a esa depravación y libertinaje.

El otro criterio se sustentó en el concepto de que "la vida depravada constituye un agravante, porque revela mayor peligrosidad en el delincuente. Esa vida interior, socialmente perniciosa, acentúa el carácter antisocial que el delito por sí mismo revela en ese agente. No es posible, en efecto, perder de vista que la ley no castiga al delincuente por inmoral sino por antisocial". Para reafirmar este concepto se dijo entonces que "el ordinal 1º expresa la conducta moralmente desenfrenada que por sí sola no alcanza a constituir delito, pero que sin duda representa en el delincuente un elemento de que no puede prescindirse para apreciar su personalidad. Y no se diga que con esto se invade el campo exclusivo de la moral, porque nadie ha pensado que la vida disoluta y depravada por sí sola constituya delito, sino que se tenga como circunstancia agravante de un delito que en la mayor parte de los casos ha tenido origen en una vida disoluta y depravada, la que se presenta entonces con un carácter antisocial que ya no puede ser indiferente para el legislador ni para el Juez".

Por consiguiente, dentro de este concepto, que es el más eficaz y seguro para apreciar la circunstancia de mayor peligrosidad que se analiza, es menester que la depravación y el libertinaje del agente constituyan los verdaderos estímulos psicológicos que lo determinan a obrar con las manifestaciones antisociales que se traducen en delito, porque de ser de otro modo, la apreciación de esta circunstancia podría conducir a la arbitrariedad, señalando como existente lo que en realidad no tiene la virtud de manifestar peligrosidad.

De manera que si en un determinado caso los antecedentes todos del sujeto criminal revelan que su vida disoluta y libertina propiciaron el nacimiento de un estado antisocial como producto de aquella forma de hacer parte de la sociedad humana, reveladora de un estado permanente de discolía e indisciplina dentro del grupo social a que pertenece y tales factores fueron los determinantes propios del hecho delictuoso, no es posible prescindir de la valoración de esos hechos para configurar la circunstancia de peligrosidad que se estudia.

Aceptar otra interpretación podría conducir a catalogar —en forma ligera y sin ahondar demasiado—, como circusntancias de peligrosidad hechos y ocurrencias que por ser apenas manifestaciones de la personalidad, no siempre revelan en ésta el verdadero sentido de la peligrosidad como elemento de relevancia jurídica. Así, la embriaguez o la tendencia a las bebidas alcohólicas y las mismas manifestaciones de belicosidad producidas par esa tendencia, podrían ser consideradas como adscritas a dicha circunstancia, lo que en todos los casos no es siempre verdadero, porque de ser de otra manera, no podría entenderse cómo la embriaguez está considerada en el mismo Código como circunstancia de me-

nor peligrosidad cuando el delito se comete siendo el sujeto víctima de ingestión alcohólica voluntaria.

De conformidad con la técnica del Código no es posible confundir las manifestaciones de la personalidad, que se traducen en belicosidad por motivo de embriaguez u otras causas, con lo que constituye la depravación y el libertinaje, porque esta confusión puede llevar a extremos de tener como circunstancias de mayor peligrosidad lo que en definitiva no son otra cosa que revelaciones de fenómenos propios de la personalidad, que deben ser tenidos en cuenta como factores genéricos para aplicar la pena dentro de los límites señalados en la ley, con fundamento en el principio general que gobierna la materia en el Código de las penas (art. 36).

La investigación en este proceso en relación con la circunstancia que se analiza, tiene indiscutibles deficiencias, pues no consiguió allegar los datos precisos para una discriminación evidente de los hechos que deben servir de base para tener al agente como una persona peligrosa, por concepto de su vida depravada y libertina. No se conocen con exactitud datos reveladores de los antecedentes de familia, del comportamiento de Orozco como esposo, hijo o padre y su conducta en general en hechos y acciones distintos de los de su afición a las bebidas alcohólicas y a su belicosidad cuando se encuentra en estado de embriaguez.

Sin embargo, el proceso señala que Orozco tiene profesión conocida, pues antes de los sucesos era propietario de una tienda. Algunos declarantes afirman que es un sujeto trabajador y honrado, por ejemplo Rafael Giraldo, folio 10, cuaderno 2º y Jesús Cardona, folio 10 v. ibídem.

Sobre este punto anota con razón la Procuraduría:

"Cierto que los autos establecen que el procesado, cuando se emborracha, es impertinente y belicoso, y que, además, fue conminado varias veces por la autoridad. Pero esas actitudes suyas en estado de embriaguez no son propiamente depravación y libertinaje, de que habla la ley, en el sentido de permanente conducta relajada, por falta de sentimientos éticos o de moralidad, como ya se vio".

No existiendo, pues, como no existen, los antecedentes de depravación y libertinaje que la sentencia tuvo en cuenta para considerar esta circunstancia de mayor peligrosidad, resulta necesario descartarla, como lo indica la Procuraduría en el cómputo de los elementos mensuradores de la sanción a efecto de individualizarla al reo.

c) "Que los motivos —dice el Tribunal— por los cuales se dedicó (Gustavo Orozco) a perseguir a su cuñado hasta llevarlo al sacrificio no fueron propiamente nobles, pues que todo el encono con éste nació por razón de haber sido designado por autoridades competentes secuestre de unos bienes sucesorales en los cuales tenían intereses uno y otro... Resumiendo podemos afirmar sin lugar a equivocarnos, que los frecuentes insultos en público a que se sometió a Candamil y el estado de zozobra que en el ánimo de éste se hizo surgir con ocasión de aquéllos, fue de lo más infundado y bajo, pues los legítimos motivos no aparecen destacados por parte alguna".

Se considera:

Sobre esta circunstancia de mayor peligrosidad, conceptúa así el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"El motivo determinante del delito es, según Ferri, "el acto psíquico (sentimiento e idea) que precede y determina tanto la voluntad como la intención y que se identifica casi siempre con el fin.

"Motivo innoble es aquel que lo informan sentimientos viles y abyectos, contrarios a la moralidad media del hombre y a la conservación y armonía de la sociedad.

"Al tenor del veredicto del Jurado — que es aquí la pauta firme para apreciar la delincuencia de Orozco—, éste mató a Candamil por haberlo provocado y en el curso de una riña, que es mutuo cambio de golpes.

"Luego el sentimiento y la idea que movieron el brazo del homicida no fueron, de inmediato, los antecedentes derivados del cargo de secuestre que tenía la víctima, como lo afirma el Tribunal, sino las ofensas de Candamil, que encendieron la riña y produjeron el acontecimiento de hecho por uno y otro de los contendores.

"Y como el reaccionar ante una agresión y el empeñarse en una lucha con el ofensor, está de acuerdo con el valor y la dignidad del hombre, que si así no procede, la sociedad misma lo vitupera y tacha de cobarde, síguese que la circunstancia relativa a la falta de nobleza del móvil, estuvo mal apreciada por el sentenciador.

"Tan no es despreciable y peligroso quien mata o hiere por provocación, o en riña imprevista, que la misma ley penal le atenúa específicamente la responsabilidad y le aminora la san-

ción, según los artículos 28 y 384 del estatuto represivo".

Esto de los motivos innobles o fútiles con que obra un delincuente, es una de las circunstancias de peligrosidad que más concretamente relacionan al mismo agente del delito con la conducta humana que constituye su acción antisocial.

Por eso el establecimiento de los motivos determinantes del acto y entre éstos los móviles de la acción predicada a sus condiciones de innobleza y futilidad, es de importancia fundamental para penetrar en la esfera psíquica del propio delincuente y comprender cómo él está presente en la sanción antes por la calidad de los motivos que lo determinan a obrar, que por el acto mismo realizado. Así se explica la diferencia entre circunstancias que surgen del mismo delincuente y las que son apenas modalidades materiales del delito inherentes a su comisión.

Los móviles del delito manifestados en los motivos innobles o fútiles con que se ejecuta, pueden surgir de una indagación previa psicológica que conduce a consecuencias jurídicas de suma utilidad para concretar en el delincuente la sanción que le corresponde por su delito, con el máximo de probabilidades en el acierto de la cantidad que es menester, a fin de conseguir su readaptabilidad social.

En virtud de la indagación psicológica de los móviles es fácil descubrir lo oculto de las tendencias íntimas del individuo, a fin de encontrar, de esta manera, la clave de su personalidad, y poder así juzgarlo, tanto moral como socialmente.

Por el aspecto jurídico, el móvil es un elemento básico de eficaz virtud para deducir con la mayor certeza el grado de responsabilidad del sujeto delincuente. Ello porque unido el móvil a la voluntad e intención, puede decirse que forma todo el contenido del acto humano constitutivo del delito y determina los componentes que dan estructura al hecho. Una vez demostrado que el agente obró con voluntad, que su intención fue producir el acto, el móvil suministra la razón de aquél, el por qué de su comisión, y explica la índole de las causas que lo produjeron. Y es tan importante su comprobación que muchas veces su ausencia hace pensar o es por lo menos indicio de que falta en el agente la capacidad psíquica con que todo ser consciente procede, y hace prever que existe una especie de perturbación mental como causa productora del acto.

Si fútil es todo aquello que carece de aprecio, de importancia, que es nimio y sin valor, obrar con móviles fútiles no puede ser otra cosa que realizar el hecho delictuoso de manera que indique o establezca la gran desproporción entre el acto cometido y el motivo que lo produjo, de tal suerte que el delito se realiza por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho, lo que constituye indudablemente un índice revelador del valor sintomático que revela la peligrosidad del agente, porque implica que el delincuente pertenece a una categoría antropológica de muy acusada peligrosidad.

Por lo que toca a la innobleza del motivo determinante, como ello se predica de lo que es vil y abyecto, menester es que resulten establecidos hechos que revelen la abyección del delincuente y la vileza con que obra, abyección y vileza que que son inherentes a determinados tipos de delincuencia, pero que no concuerdan con actos llevados a cabo en circunstancias en donde el agente obra provocado y sin emplear ninguna maniobra que señale dentro de los actos externos ejecutados aquellos fenómenos psíquicos que integran la circunstancia de peligrosidad que se analiza.

Todo lo dicho implica que tampoco está demostrada la circunstancia de mayor peligrosidad aducida por el Tribunal, para elevar por este aspecto la sanción al reo.

d) Las condiciones de inferioridad en que fue puesta la víctima por parte de los agresores, "por razón del lugar, del tiempo y sobre todo del modo de ejecución del delito de sus dos atacantes", que pusieron a Candamil en dificultades notorias para afrontar su defensa en forma efectiva, "puesto que no es lo mismo atender a dos enemigos que a uno".

Se considera:

Las circunstancias peculiares en que un delito se consuma deben determinar también condiciones individuales de peligrosidad, porque la índole de los procedimientos que se emplean revelan que el agente pone en los medios de ejecución las características propias de su personalidad antisocial. Por ello el Código eleva esos factores a la categoría de elementos mensuradores de la pena, pues no sería justo, ni lógico ni tampoco jurídico que se prescindiera del **modus operandi** para señalar la cantidad de sanción que

una actividad ilícita reclama como compensación del mal social causado por la violación de la ley.

Por eso es preciso, también, que esos medios correspondan a los procedimientos objetivos o materiales que hacen de un delito un hecho de más gravedad que otro cometido en condiciones distintas.

Cada categoría de infracción presenta modos de ejecución diferentes. Catalogarlos casuísticamente es, aparte de inoperante, difícil, y por eso, en forma genérica señala el Código esas modalidades cómo circunstancias que pueden obrar en la forma o manera con que el Juez acomode la pena a esas peculiares características del hecho delictuoso.

Cuando el agente ejecuta el acto en circunstancias de provocación reconocidas expresamente por el Jurado, es difícil encontrar en la actividad criminal elementos que permitan elevar la sanción por el concepto de que obró en condiciones que pregonen peligrosidad al tenor del ordinal sexto del artículo 37, porque éstas indican una situación objetiva vinculada a los momentos de la realización del delito, y cuando tales fenómenos no aparecen comprobados dentro del proceso, se permitiría un arbitrio judicial excesivo, si el Juez, apreciándolas de manera objetiva, se sirviera de ellas para aplicar una pena que no corresponda a la mecánica individualizadora de la ley.

Dentro de este criterio, que es el del Código, por la forma de su estructuración doctrinaria y jurídica, es necesaria la demostración de esas características del hecho doloso. Si ellas no existen, es preciso dicriminarlas de modo diferente, para evitar la arbitrariedad sancionadora.

Los hechos de este proceso no indican que Gustavo Orozco, al dar muerte a Lázaro Candamil, se haya aprovechado en los modos de ejecución del homicidio de condiciones que puedan catalogarse como reveladoras de peligrosidad, según el criterio del Código.

Las ocurrencias imputables a Orozco, son comunes al delito tal como fue realizado, sin que permitan considerar su consumación como factores determinantes de modalidades susceptibles de una peligrosidad realmente encajada en la que señala el numeral 6º del artículo 37.

En efecto, en el caso en estudio el agente activo del delito obró "en el arrebato súbito de la emoción —cólera nacida por provocaciones de la víctima— y en el fragor de una contienda armada e imprevista". Luego, no es posible afirmar que buscó la hora ni el lugar propicios para delinquir. "La descarga nerviosa —como dice el Procurador— y la consiguiente reacción violenta del sujeto ofendido no se detiene porque sea de día o porque sea de noche, ni porque el ofensor provoque la pelea en este o en aquel otro lugar".

Tampoco, pues, está probada esta circunstancia de mayor peligrosidad.

Por todo lo anterior, resulta indudable que la causal primera alegada en la demanda prospera y, por consiguiente, de conformidad con el artículo 570 del Código Procesal Penal, la Corte invalidará el fallo para dictar el que deba reemplazarlo, lo que se hará en conclusiones de la sentencia.

Causal quinta.—No expresar la sentencia, clara y terminantemente, cuáles son los hechos que considera probados.

El recurrente también plantea esta causal en su libelo. Es doctrina constante de esta Sala que la causal en estudio sólo 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 a 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 responsbialidad o a la pena, que sugiera duda tanto sobre su fundamento como sobre su ejecución.

Acorde con esta doctrina, no se observan en la sentencia acusada las críticas que el recurrente formula, y que concreta así:

"...Dada la demostrada confusión de la parte motiva de la sentencia y dado el criterio de reserva derrochado por el fallador, cuando —sin rechazar el veredicto que es fundamental y esencialmente distinto del auto de proceder— motiva la sentencia en éste, jamás llegó a decir en parte alguna esa decisión judicial "clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

La lectura del fallo convence que nada de lo afirmado en el párrafo transcrito corresponde a la realidad, porque ni en él se guardó silencio respecto a la prueba del delito ni en cuanto a la responsabilidad de su autor, ni menos dejaron

de exponerse las razones que para condenar sirvieron de motivación a ese fallo. Y por otra parte, no hay ni ambigüedad ni imprecisión en el mismo en lo concerniente al delito, a la responsabilidad o a la pena, y por lo tanto, los principios en que se fundamenta la doctrina de esta Sala no se encuentran establecidos en la crítica del recurrente sobre la que fundamenta la causal en estudio.

Por eso dice con razón el colaborador de la Corte que, "el fallo recurrido es lo suficientemente explícito sobre los hechos materia del debate, la responsabilidad de Orozco, el veredicto del Jurado y especialmente sobre la pena aplicable y las circunstancias secundarias de agravación, en todo lo cual se da la debida motivación".

Conclusiones

Como prospera la causal primera, por lo antes dicho, corresponde a la Corte invalidar la sentencia y dictar la que debe reemplazarla, a ello se procede, mediante las siguientes consideraciones:

El delito de homicidio que se imputa al reo tiene señalada en el Código la pena de ocho a catorce años de presidio, de conformidad con el artículo 362. Pero como el veredicto del Jurado aceptó la atenuante de la riña imprevista, es menester atender a ésta para el señalamiento de la condena. Según el artículo 384, cuando el homicidio se cometa en la circunstancia que en este proceso reconoció el Jurado, la pena es menester disminuírla de una cuarta parte a la mitad.

Es, pues, dentro de estos dos términos extremos de donde debe partir el Juez para el señalamiento de la condena, previa la individualización de rigor. A este efecto, ya se ha visto que el reo no presenta las circunstancias de mayor peligrosidad que sirvieron al Tribunal de instancia para el cómputo de la sanción. Pero de este hecho no puede deducirse que Orozco ofrece por su personalidad motivos que dentro de la mecánica del Código y de acuerdo con el artículo 36, impiden al fallador señalar el mínimo de la sanción. Por consiguiente, como este mínimo debe aumentarse en una proporción equivalente a esa personalidad peligrosa, la pena base para hacer los descuentos correspondientes, por la atenuante reconocida de la riña imprevista, se fija en diez años, que disminuída a la mitad, según el artículo 384, da un equivalente de cinco años, que es la pena que corresponde al reo.

Y se hace el cómputo de la pena sobre el mínimo señalado en el artículo 384, porque no sería justo aumentar la penalidad a fin de determinar la que se toma como base para el cálculo de la disminución que ese artículo autoriza y aumentarla también, por concepto de proporcionalidad entre el mínimo y el máximo que aquella disposición señala. Una vez fijada, con los aumentos correspondientes, la pena base, parece que no sea necesario hacer otros aumentos, que sí serían obligantes cuando se realiza el cómputo teniendo en cuenta modalidades más graves en la ejecución del delito, que no existen en este caso.

Es claro que a esta solución podría argüírse que sobraría entonces el señalamiento de máximos y mínimos para la disminución de la pena cuando se aplica una atenuante; y ello es verdad. Mas no debe perderse de vista que si también en este caso juegan los máximos y los mínimos, ya ellos fueron tenidos en cuenta al señalar la pena base y resulta más justo que la disminución se haga partiendo de este extremo, a fin de evitar cómputos aritméticos complejos ya que una técnica distinta sería contraria a los principios de orientación positivista que informan el Código Penal.

Por estas circunstancias se aparta la Corte de la manera como el Tribunal hizo el cómputo de las deducciones, porque considera que tal sistema lleva a una técnica completamente reñida con los principios del Código de las penas, que buscaron por todos los medios evitar lo que Ferri llamó con tanta propiedad "la dosimetría penal". es decir, convertirse el Juez en un "contador mecánico de las fracciones de fracciones", algo así como ocurría en la antigua legislación penal de 1890, en la que, de conformidad con el artículo 124, la pena se imponía de acuerdo con los grados de delincuencia, los que se señalaban en primero, segundo y tercero, debiendo el Juez hacer complicados cómputos aritméticos para aumentar o disminuir la pena según señalara uno cualquiera de esos grados, con lo cual la imposición del castigo se hacía al margen del delincuente mismo, de sus características antropológicas, de la peligrosidad que presentara y de las medidas adecuadas para su readaptación social como finalidad exclusiva de la pena.

El Código Penal vigente modificó sustancialmente tan arcaico sistema y, si bien no concedió al Juez un arbitrio judicial absoluto, sin duda por el temor de no encontrar un personal idóneo en la judicatura que correspondiera a tan audaz

evolución de la justicia penal, sí señaló máximos y mínimos entre cuyos amplios extremos puede moverse el Juez con discriminada libertad de criterio y de juicio para atemperar o individualizar en cada caso la sanción al reo, dentro de la técnica de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y de los factores que indica el artículo 36 como pauta para que dentro de los límites señalados por la ley, se aplique al delincuente la sanción, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente, amén de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, que casuística y exhaustivamente señala y que constituyen otro de los factores que debe tener en cuenta el fallador para lograr una adecuada individualización de la condena.

Por las razones 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 señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, RESUELVE:

1º Invalidar —como en efecto invalida— la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, por la cual condenó a Gustavo Orozco Palacio a la pena principal de ocho años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Lázaro Candamil;

2º Condenar —como en efecto condena— al mismo procesado Gustavo Orozco Palacio, a la pena principal de cinco años de presidio y a las incorporales de rigor, rebajadas en la misma proporción de la principal las que sean susceptibles de ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Domingo Sarasty M. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EXTRADICION.—NORMAS APLICABLES CUANDO EXISTE TRATADO PUBLICO SOBRE EL PARTICULAR

El artículo 9º del Código Penal colombiano dispone que la extradición se ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos y que a falta de éstos, el Gobierno puede ofrecer o conceder la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia en el segundo caso.

Entre Colombia y Ecuador existe un Acuerdo sobre extradición, suscrito por países bolivarianos el 18 de julio de 1911, y ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1913. De tal suerte que las disposiciones aplicadas al caso SUB JUDICE serán de preferencia las contenidas en dicho Acuerdo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo diecisiete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Gobierno solicita de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— concepto sobre la petición de extradición formulada por la Embajada de la República del Ecuador, del ciudadano ecuatoriano Miguel de la Cruz Cevallos, a quien se le imputa la comisión de un delito de estafa por haber girado un cheque contra el Banco de Crédito de la ciudad de Quito, sin tener fondos suficientes para que a su presentación fuera pagado.

Pruebas

A la solicitud de extradición se acompañaron copias debidamente autenticadas de los siguientes elementos:

1º Del cheque número 334254, de 16 de diciembre de 1949, girado por M. Cevallos R. a favor de Alberto Proaño, por la suma de quince mil sucres y en contra del Banco de Crédito de la ciudad de Quito. Cheque protestado por insuficiencia de fondos:

2º Del denuncio presentado ante el Intendente General de Policía de Pichincha por el señor Alberto Proaño contra el ciudadano ecuatoriano Miguel de la Cruz Cevallos;

3º Del auto de detención de fecha diciembre 17 de 1949, proferido por el Intendente General de Policía de Pichincha, que en lo pertinente dice:

"El señor Miguel de la Cruz Cevallos ha recibido la cantidad de quince mil sucres en efectivo para pagar al señor Alberto Proaño. Que Miguel de la Cruz Cevallos para hacer efectiva dicha suma a Proaño le entregó el cheque L. Nº 334254 correspondiente a la Cuenta Corriente 1542 y a cargo del Banco de Crédito de esta ciudad, el cual al ser presentado para su debido cobro fue protestado por insuficiencia de fondos. Como el hecho relatado constituye un hecho punible pesquizable de oficio ordeno levantar el presente auto cabeza de proceso en contra de Miguel de la Cruz Cevallos, a quien se le sindica en el presente juicio ordenando su detención provisional en la Cárcel Pública Municipal de esta ciudad, para cuyo objeto se librará la respectiva boleta constitucional con citación de éste, del doctor Eliseo Ron Sierra, Agente Fiscal 2º de esta provincia, del señor doctor César Carrera, a quien se nombra defensor de oficio por parte del señor sindicado...."

4º Del auto de fecha 16 de enero de 1950, dictado por el Juzgado 3º del Crimen de Pichincha, por medio del cual se confirma la detención dictada por el Juez instructor, contra Miguel de la Cruz Cevallos;

5º Del artículo pertinente del Código Penal, disposición que se presume violada con los actos realizados por el ciudadano ecuatoriano Miguel de la Cruz Cevallos, cuyo tenor literal dice:

"Artículo 540 del Código Penal. — El que con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro se hubiere hecho entregar fondos, mue-

bles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades; ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años, y multa de cincuenta a mil sucres".

Procedimiento

La solicitud se tramitó de conformidad con las disposiciones del Libro IV, Título IV, Capítulo III del Código de Procedimiento Penal, en relación con las normas del Decreto 2.200 de diciembre 2 de 1938, que tratan de la extradición.

Al ciudadano ecuatoriano Miguel de la Cruz Cevallos se le notificó personalmente la solicitud de extradición y se le corrió traslado de las diligencias respectivas, sin que hasta la fecha haya hecho manifestación alguna al respecto (f. 8).

Aparecen acreditados los elementos probatorios exigidos por el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal y por el artículo 1º del Decreto 2.200 citado, en consecuencia, procede la Corte a emitir su concepto en virtud de la atribución conferida por el estatuto procedimental penal en su artículo 710.

Estudio del problema

El artículo 9º del Código Penal colombiano dispone que la extradición se ofrecerá o concederá de acuerdo con los tratados públicos y que a falta de éstos el Gobierno puede ofrecer o conceder la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia en el segundo caso.

Entre Colombia y Ecuador existe un Acuerdo sobre extradición, suscrito por los países bolivarianos el 18 de julio de 1911, y ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1913. De tal suerte que las disposiciones aplicadas al caso **sub judice** serán de preferencia las contenidas en dicho Acuerdo.

"Los Estados contratantes convinieron mutuamente —ha dicho la Corte en casos similares—, en entregar a los individuos que condenados o procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países, en calidad de autores, cómplices o encubridores busquen asilo o se encuentren en territorio de uno de ellos. Pero este principio —extradición— no se consignó en el tratado público como norma absoluta y libre, sino —como precepto— restringido o condicionado, bien sea a la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que pueden acompañar al hecho, para tipificarlo como delito común o delito político o también a la pena correspondiente, con la cual cada Estado reprime la infracción".

Acuerdo bolivariano

En cuanto a las condiciones especiales exigidas por el Acuerdo Bolivariano, para que pueda operarse el fenómeno de la extradición, o sea, la entrega del ciudadano ecuatoriano Miguel de la Cruz Cevallos, aparecen acreditadas, así:

a) El delito cometido es susceptible de extradición en virtud de lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 2º al determinar que ésta se concede por el delito "de fraude que constituya estafa o engaño".

b) La sanción con la cual se reprime el hecho realizado por el procesado, de conformidad con el numeral a) del artículo V del Tratado Público, en su máximo, como pena privativa de la libertad, excede de seis meses.

c) El artículo 540 del Código Penal de la República del Ecuador establece que la pena privativa de la libertad es la de seis meses a cinco años de prisión para el hecho imputado al sindicado, y el Código Penal colombiano en su artículo 408 sanciona con prisión de uno a siete años.

d) Contra el sindicado Manuel de la Cruz Cevallos, se dictó auto de detención por las autoridades judiciales de la República del Ecuador, requisito exigido por el artículo VIII del mencionado Acuerdo y, además, estos documentos fueron presentados en copias debidamente autenticadas.

Conclusión

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, teniendo en cuenta la facultad que le confiere el artículo 710 del Código de Procedimiento Penal, **emite concepto favorable** sobre la solicitud de extradición del ecuatoriano Miguel de la Cruz Cevallos, formulada por la Embajada de la República del Ecuador, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R. Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

Como ha dicho la Corte, "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 para que se opere el cambio de radicación".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo diecisiete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud sobre cambio de radicación, formulada por el doctor Julio César Henríquez, 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 Pasto y su secretario, en el cual consta que allí cursa el sumario contra el doctor Julio César Henríquez, por homicidio en Cecilia Muñoz B., el cual fue iniciado el 15 de abril de 1947;

b) Concepto del señor Fiscal del Juzgado 2º Superior del mismo lugar, en el cual dicho funcionario se pronuncia en forma favorable al cambio de radicación del proceso en referencia, porque —dice el Fiscal— "dada la situación del procesado, el ser un dirigente político, lo cual ha creado un ambiente en su contra y dadas las circunstancias políticas del momento, la justicia podría verse interferida por la acción política, con grave perjuicio del procesado y de la sociedad";

c) Certificación jurada de los doctores Bolívar Ojeda Mora y Carlos César Cerón, Magistrados del Tribunal Administrativo de Nariño, quienes abundan en las mismas razones del representante del Ministerio Público para considerar que, no solamente es justo sino necesario, el cambio de radicación del proceso de que se ha hablado;

d) Testimonio de los señores Alejandro López Prieto, Medardo Bucheli Chaves, Guillermo Gálvez B., Carlos Velasco Guerrero y Paulo Emilio Cerón, rendido ante el Juez 2º Civil del Circuito de Pasto, con asistencia del señor Personero Municipal, en donde los declarantes afirman que el doctor Julio César Henríquez, es uno de los principales jefes políticos en el Departamento de Nariño; que debido a sus intervenciones políticas existe contra él "un ambiente o clima de exacerbación" y mala voluntad que podría influir para que no hubiera la imparcialidad y ecuanimidad requeridas en el proceso que se le sigue por homicidio ante las autoridades judiciales.

Se considera

El cambio de radicación de un proceso criminal se funda en lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, y el motivo se deduce —en el caso a estudio— del hecho de haberse formado en torno al sindicado una atmósfera de tensión política que puede restar independencia a los funcionarios que intervienen en el proceso.

"El criterio predominante para conceptuar favorable o desfavorablemente sobre un cambio de radicación —ha dicho la Corte— 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, pueden influir en los re-

sultados 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 para que se opere el cambio de radicación".

Los documentos presentados por el peticionario, si bien es cierto que no establecen que el homicidio que se le imputa al doctor Henríquez, tuviera móviles políticos, sí están revelando que, en realidad de verdad, por tratarse de ser el procesado un jefe político en el Departamento de Nariño y haber intervenido ardientemente en las luchas políticas, existe en su contra —particularmente en la ciudad de Pasto— un clima propenso a entorpecer la recta y ecuánime administración de justicia en el proceso que allí se sigue contra dicho ciudadano.

Bien pudiera pensarse que ese ambiente político no sería motivo que influyera en los Jueces de derecho para quebrantar los postulados de la moral y de la ley, pero, como en este proceso, por la naturaleza del delito —homicidio— necesariamente han de tener intervención jueces populares, cuyos cargos pueden recaer en personas que actúan en las luchas políticas, bien pudiera suceder que al pronunciar éstos su veredicto, se vieran influenciados por sentimientos partidistas que les impidieran obrar con la imparcialidad que les exigen la sociedad y la ley.

"Siempre que en un determinado momento —ha dicho la Corte—, 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 conveniente que sustraer el proceso de aquellos lugares influenciados por la política, para colocarlo en otro en donde exista la certidumbre de que los derechos de la sociedad y los del procesado puedan ejercerse sin temores y con plena confianza en que la justicia se impartirá rectamente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— **conceptúa favorablemente** al cambio de radicación del proceso adelantado contra el doctor Julio César Henríquez, por el delito de homicidio.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R. Secretario.

EXTRADICION.—A QUE SE EXTIENDE LA FACULTAD DE LA CORTE EN RELACION CON UNA SOLICITUD DE EXTRADICION

La facultad que confiere a la Corte el artículo 710 del Código Procesal Penal se limita a que esta Corporación analice si en realidad están cumplidas las condiciones que los acuerdos internacionales, y en defecto de éstos, las leyes del país, señalan para conceder la extradición, cuando un Estado la solicita, fundándose en un principio de solidaridad universal, en virtud del cual los Estados se prestan mutua y recíproca ayuda, a fin de que los postulados de la defensa social no queden incumplidos por la ausencia de represión de los delitos cuando el delincuente se refugia en Estado distinto de aquél en donde infringió la ley penal.

Como la extradición implica el cumplimiento de determinados requisitos, es indispensable para fundar el concepto de la Corte hacer referencia a ellos y comprobar su existencia para establecer si las condiciones en que la extradición debe concederse han quedado satisfechas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

La Embajada de los Estados Unidos de Venezuela en Bogotá, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, ha solicitado la extradición del ciudadano venezolano Efraín Celestino Espinosa, sindicado de los delitos de homicidio y robo, y debe la Corte emitir el concepto de que tratan los artículos 9º del Código Penal, 710 del Código de Procedimiento Penal y 6º del Decreto número 2.200 de 1938.

Pruebas

De conformidad con el Acuerdo sobre extradición, celebrado el 18 de julio de 1911 por los países bolivarianos y aprobado por Colombia mediante la Ley 26 de 1913, el Gobierno de Venezuela acompaña a su solicitud las siguientes pruebas:

Copias debidamente autenticadas, expedidas por el doctor Luis Valera Hurtado, Secretario de la Corte Plena y de la Sala Federal y de Casación de la República de Venezuela, tomadas del expediente relativo al procesado Efraín Celestino Espinoza, por el delito de asesinato en la persona de Alberto Montenegro y de robo en bienes de éste.

Los documentos mencionados contienen:

a) Declaraciones de Julio Daniel Pelayo, Felicia Martínez, Josefina Antonia Silva y José Félix Montaña, en las cuales se sindica a Efraín Celestino Espinoza, como autor de los delitos antes enunciados;

b) Auto de detención, proferido por el Juzgado del Distrito de Zamora, el treinta de enero de 1948, contra el citado Efraín Celestino Espinoza, como responsable de los delitos de homicidio y robo, actos que tuvieron su consumación en Villa de Cura, Distrito de Zamora, Estados Unidos de Venezuela, en la noche del dos de enero de 1948;

Copia de las disposiciones penales infringidas por Efraín Celestino Espinoza, y que son: artículos 407 y 457 del Código Penal Venezolano, que dicen: "El que voluntariamente haya dado muerte a una persona, será castigado con presidio de doce a diez y ocho años"; y "el que por medio de violencias o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, haya constreñido al detentor o a otra persona presente en el lugar del delito a que le entregue un objeto mueble, o a tolerar que se apodere de éste, será castigado con presidio de tres a seis años".

Tramitación

De la solicitud de extradición se corrió traslado a Efraín Celestino Espinoza, el veintidós de febrero último y designó como apoderado especial para que lo represente en este incidente, al doctor Arquimedes Viveros, abogado titulado e ins-

crito, quien tomó posesión legal del cargo el diez y nueve de abril del presente año y a quien en la misma fecha se le corrió el traslado legal, sin que se formulase manifestación alguna sobre el particular.

Se considera

Con los documentos allegados se establecen las condiciones que señalan los artículos II y VIII del Acuerdo Bolivariano sobre extradición, aprobado por la Ley 26 de 1913.

Por otra parte, están cumplidos también los requisitos exigidos en el Código de Procedimiento Penal, en lo relativo a la extradición, y el artículo 1º del Decreto número 2.200 de 1938, sobre la misma materia.

En efecto, la facultad que confiere a la Corte el artículo 710 del Código Procesal Penal se limita a que esta Corporación analice si en realidad están cumplidas las condiciones que los acuerdos internacionales, y en defecto de éstos, las leyes del país, señalan para conceder la extradición, cuando un Estado la solicita, fundándose en un principio de solidaridad universal, en virtud del cual los Estados se prestan mutua y recíproca ayuda, a fin de que los postulados de la defensa social no queden incumplidos por la ausencia de represión de los delitos, cuando el delincuente se refugia en Estado distinto de aquel en donde infringió la ley penal.

Como la extradición implica el cumplimiento de determinados requisitos, es indispensable para fundar el concepto de la Corte hacer referencia a ellos y comprobar su existencia para establecer si las condiciones en que la extradición debe concederse, han quedado satisfechas.

En el presente caso, consta que el ciudadano venezolano, Eraín Celestino Espinoza, está sindicado en los Estados Unidos de Venezuela de los delitos de asesinato y robo, que implican motivos de extradición, de conformidad con el artículo II del Acuerdo sobre el particular, celebrado por los países bolivarianos y aprobado en Colombia por la Ley 26 de 1913.

A la solicitud de extradición, se acompañan las copias del auto de detención, dictado por la autoridad competente venezolana, contra el citado Espinoza y las pruebas en virtud de las cuales se profirió dicha providencia, cumpliéndose así los requisitos exigidos por el artículo VIII del Acuerdo internacional antes mencionado.

Además, los hechos imputados al refugiado Espinoza están previstos como delitos en Colombia y reprimidos con pena privativa de la libertad que en su máximo excede de seis meses. Es decir, se cumplen las exigencias que para conceder la extradición señala el numeral a) del artículo V del Acuerdo Bolivariano.

Por último, la extradición solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, a que se refieren las presentes diligencias, se ha hecho por la vía diplomática y a ella se han agregado las siguientes piezas:

a) Transcripción auténtica del auto de detención dictado por el Juzgado del Distrito de Zamora, que a la letra dice:

"**Auto de detención:** Juzgado del Distrito de Zamora. Villa Cura: treinta de enero de 1948—138º y 89º—Apareciendo de las presentes actas sumariales que se han cometido los delitos de robo y homicidio en la persona del ciudadano Alberto Montenegro, y existiendo fundados indicios de la culpabilidad de Efraín Espinoza, Julio Daniel Pelayo, Josefina Antonia Silva y Felicia Martínez, de conformidad con lo ordenado en el artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal, se decreta la detención de todos estos procesados en el Cuartel de la Policía de esta ciudad. Particípese esta determinación al ciudadano Gobernador de este Distrito, a los fines consiguientes. El Juez F. Coelles Briceño—El Secretario, Manuel López Celis".

b) Los actos ejecutados por Espinoza, que motivaron la orden de detención y la consiguiente solicitud de extradición, aparecen relatados en el expediente por los declarantes al principio nombrados. Se refieren ellos a que el día dos de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, se reunieron Efraín Espinoza y Julio Daniel Pelayo en la casa de Josefina Silva y Felicia Martínez y en presencia de éstas concertaron el plan criminal para robar al señor Alberto Montenegro, fijando la hora de las seis de la tarde de la misma fecha para ejecutarlo. A la hora indicada, llegaron a la casa de Montenegro, lo agredieron a palos, lo amordazaron y lo amenazaron con puñal, exigiéndole la entrega del dinero que poseía. Conseguido esto, Espinoza resolvió eliminar a la víctima para que no los denunciara y, al efecto, Pelayo le dio un "rolazo" en la cabeza echándolo al suelo y luego Espinoza, lo acribilló a puñaladas.

c) Atrás quedaron transcritas las disposiciones penales venezolanas, aplicables al caso.

En resumen, se han cumplido los preceptos exigidos por el artículo 1º del Decreto número 2.200

de 1938, sobre ejecución del Código de Procedimiento Penal, en lo relativo a la extradición y de manera especial, los preceptos del Acuerdo Bolivariano.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— teniendo en cuenta la facultad que le confiere el artículo 710 del Código de Procedimiento Penal, emite concepto favorable sobre la solicitud de extradición del ciudadano venezolano Efraín Celestino Espinoza, formulada por la Embajada de los Estados Unidos de Venezuela, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Cópiese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R. Secretario.



DELITO DE HOMICIDIO.—CULPA.—EMB RIAGUEZ. — SU INFLUENCIA EN LA RESPONSABILIDAD

1—Los caracteres de la culpa —en la ley y la doctrina actual— se concretan a la imprevisión de los efectos nocivos del acto cuando son de por sí previsibles, y a la confianza imprudente en evitarlos si fueron previstos.

2—Considerada la embriaguez en su forma de intoxicación alcohólica y desde el punto de vista legal, ella influye en la responsabilidad en dos direcciones: o es culposa, y entonces apenas es una manifestación de menor peligrosidad, o es crónica, y entonces es una circunstancia modificadora de la sanción y no excusa de la responsabilidad. La tesis de Carrara, pues, de que la embriaguez culposa quita toda imputación de dolo y la sustituye por la de culpa, no tiene cabida en la ley penal colombiana vigente, inspirada ésta en el principio de la responsabilidad legal, como tampoco la tiene la de que la embriaguez aguda, por sus repercusiones transitorias en la inteligencia y en la voluntad, sea fundamento de inimputabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor del ex-agente de Policía Departamental Humberto Montoya Ospina (nacido en Marulanda en 1918, aproximadamente) interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del cuatro de febrero del año pasado, por la cual —con aplicación del artículo 362 del estatuto penal— impuso a Montoya la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio en Manuel José Correa. cometido en la noche del veinticinco al veintiseis de abril de mil novecientos cuarenta y seis, en un barrio de la población de Ituango.

Como premisas del fallo la Sala resume en seguida la versión de las modalidades y circunstancias del delito, las providencias y actos del proceso relativos al recurso y, finalmente, las tesis enunciadas por el Proucrador y el demandante.

I—El delito y sus modalidades

"Humberto Montoya Ospina, Guarda Departamental de Policía —según la versión del Tribunal, que se transcribe— fue enviado por la Gobernación del Departamento, en unión de otros agentes, a hacer guardar el orden en la población de Ituango con motivo de las elecciones presidenciales del año cuarenta y seis. En la noche del 25 de abril del mentado año, sin respeto a la misión que se le había confiado, se dio a ingerir bebidas embiagantes. En las horas del amanecer del día 26 se hallaba en compañía de otros sujetos en la cantina de Raquel Emilia Zapata, situada en el punto llamado "Las Partidas". En notorio estado de embriaguez hacía ostentación de sus propósitos poco pacíficos, pues decía que iban a conocer quién era él y que el día de las elecciones habría "candeleo". Armado de su pistola decía: "Ojalá pasara por aquí un (aquí una plebeya y ofensiva expresión); el primer (la misma) que pase le doy un balazo". Dio la mala suerte que poco después pasara el campesino Manuel José Correa quien al acercarse al lugar saludó y el agente contestó con estas palabras: "Qué te interesa a vos (repite la palabra plebeya), o es que sos cliente de esta mujer?", Correa en forma pacífica dijo que iba al trabajo y que entraría a comprar unos cigarrillos. Inmediatamente el acusado salió de la cantina, se dirigió a Correa y disparó su arma causándole una herida en el abdomen que le produjo la muerte poco después".

II—El proceso contra Montoya

El proceso penal iniciado por el Alcalde de Ituango, calificado y fallado en primera instancia por el Juez 3º Superior de Medellín, dio fundamento y razón a los siguientes actos y providencias:

a) El auto de proceder —no recurrido ante el Tribunal —por el cual se calificó el delito como homicidio intencional cometido en estado de embriaguez voluntaria (circunstancia de menor peligrosidad);

b) La cuestión única propuesta al jurado sobre si Montoya Ospina "es responsable de haber herido con proyectil de arma de fuego (pistola) a Manuel José Correa H., y con intención o propósito de matar, y a consecuencia de lo cual murió éste";

c) La respuesta afirmativa que dio el jurado a esta cuestión ("sí, por culpa de haberse embriagado");

d) La sentencia de primer grado, por la cual —en consideración a la existencia de una circunstancia de mayor peligrosidad (calidad de agente de policía) y una de menor peligrosidad (embriaguez voluntaria)— fue condenado al mínimo de la pena fijada en el artículo 362, y

e) La sentencia del Tribunal, por la cual confirmó en todas sus partes la del Juez Superior.

III—La demanda

El demandante —en muy hábil y ordenado escrito (tres capítulos, y el tercero con tres secciones)— funda el recurso en las causales tercera y primera de casación, es decir, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado e indebida aplicación de la ley penal, presentadas aquéllas como principal y ésta como consecuencial.

Sobre la tesis central de la demanda —que es la figura del homicidio culposo— expone varios razonamientos que la Sala resume en los siguientes:

a) El jurado admitió la responsabilidad de Montoya, pero modificada o cualificada mediante "la culpa de la embriaguez" que le atribuyó como causa del delito, y si es cierto que el veredicto refirió dicha culpa a la embriaguez, ello no quita ni añade nada a dicho fenómeno, determinado en el artículo 12 del Código Penal;

b) La afirmación del Tribunal, de que Montoya dio muestras de ideación y voluntariedad, de que estaba lúcido y para nada influyó la embriaguez en su acto, es sofística y carece de profundidad, ya que se trata de una embriaguez aguda que, según los tratadistas, perturba la razón y da lugar a ilusiones, alucinaciones y hasta delirios, y así, el razonamiento del Tribunal apenas fundaría una declaración de veredicto contradictorio;

c) La interpretación del veredicto debe marchar paralelamente con las ilustraciones, peticiones y argumentos de las partes, lo que el Tribunal no tuvo en cuenta a pesar de que el defensor pidió se reconociera la atenuante de la culpa;

d) La embriaguez culposa y la voluntaria —según Carrara— quitan imputación en razón de dolo, dejándola subsistir en razón de culpa, y la embriaguez furibunda, equiparada a la manía con delirio, la puede cancelar completamente (la imputación; y

e) Estos errores en la interpretación del veredicto condujeron al Tribunal a aplicar el artículo 362 del Código Penal en vez del artículo 1º, Ley 164 de 1938, esto es, a la violación de la ley penal por indebida aplicación.

IV.— El concepto del Procurador

El Procurador se opone, con razonamientos jurídicos definitivos, a que se case la sentencia, según las partes que en seguida se transcriben:

"La frase empleada por los Jueces de conciencia para resolver el caso sometido a su deliberación — dice — es de un claro sentido y no se presta a interpretaciones dubitativas o tendenciosas. Con un "sí" rotundo afirmaron aquéllos la responsabilidad del procesado con todas las modalidades contenidas en el cuestionario, entre ellas "la intención o propósito de matar". El aditamento "por culpa de haberse embriagado" sólo califica el hecho de la embriaguez, como para denotar que ésta fue la causa explicativa e inmediata del homicidio, esto es, que de no haberse emborrachado Montoya, el grave delito por él cometido, no se hubiera realizado. Es como si el jurado hubiera dicho "sí, por culpa de portar arma", o "sí, por culpa de haber concurrido al lugar de los sucesos", etc."

"Ahora bien —dice en otra parte de su vista— de acuerdo con el principio de la responsabilidad legal que consagra nuestra legislación, todo el que cometa una infracción prevista en ella, es responsable así lo haga en estado consciente o inconsciente. Y como la embriaguez sólo está considerada en el Código como circunstancia de menor peligrosidad o como elemento creador de anomalía psíquica, síguese que no habiendo reconocido el jurado esta última modalidad, tenían los Jueces de derecho que aplicar el artículo 362, puesto que los presupuestos del homicidio culposo son extraños al veredicto. Tanto es así, que el Jurado rechazó la tesis nítida propuesta por el defensor sobre reconocimiento de la culpa".

V. — Decisión del recurso

El estudio del recurso —de conformidad con las tesis de la demanda— comprende dos cuestiones, una jurídica y otra antropológica: la primera se refiere a la calificación que del delito hizo el jurado, y la segunda, a la influencia que el alcohol pudo haber tenido en el delito como producto de la constitución de Montoya, cada una de las cuales será brevemente examinada a continuación.

a) El homicidio culposo

La tesis del homicidio culposo es aquí extraña, como se demuestra en seguida. Los caracteres de la culpa —en la ley y la doctrina actual— se concretan a la imprevisión de los efectos nocivos del acto cuando son de por sí previsibles, y a la confianza imprudente en evitarlos si fueron previstos; de modo que, para que el homicidio imputado a Montoya fuera culposo se requeriría una de las dos siguientes condiciones: o que Montoya, al disparar su arma contra Correa, no hubiera previsto —a pesar de que quien dispara un arma contra una persona debe prever que puede herir o matar— que el disparo podría tener estos resultados, o que aún habiéndolos tenido en cuenta, hubiera creído, imprudentemente, que podía disparar su arma sin que hiriera o matara a Correa.

Ninguna de estas condiciones se realizó, puesto que Montoya, desde un principio, se formó la resolución —que anunció reiteradamente— de disparar su arma contra el primero que pasara por la calle, resolución que cumplió estrictamente a pesar de los consejos y admoniciones que le hicieron quienes estaban con él en la cantina de Zapata; el propósito delictuoso precedió, pues, al acto, sin que lo hubiera originado motivo alguno, noble o elevado; de modo que si el jurado hubiera calificado —de acuerdo con la petición del defensor— como culposo tan grave hecho, los falladores de instancia se hubieran sentido obligados a declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

Considerada la embriaguez en su forma de intoxicación alcohólica, y desde el punto de vista meramente legal, ella influye en la responsabilidad en dos direcciones: o es culposa, y entonces apenas es una manifestación de menor peligrosidad, o es crónica, y entonces es una circunstancia modificadora de la sanción y no de excusa de la responsabilidad. La tesis de Carrara, pues, de que la embriaguez culposa quita toda imputación de dolo y la substituye por la de culpa, no tiene cabida en la ley penal colombiana vigente, inspirada ésta en el principio de la responsabilidad legal, como tampoco la tiene la de que la embriaguez aguda, por sus repercusiones transitorias en la inteligencia y en la voluntad, sea fundamento de inimputabilidad.

El jurado, finalmente, no calificó como culposo el homicidio, pues contrariamente habría respondido "sí, por culpa", como lo sugirió el defensor, o "sí, de homicidio culposo" o cualquiera otra expresión análoga, como tampoco calificó claramente de culposa la embriaguez, pues lo habría explicado de modo más o menos comprensible. La embriaguez de Montoya, según la fórmula del veredicto, es, pues, la causa del delito, ya que de tal fórmula no puede extraerse, ni aún recurriendo al más sutil análisis, figura tan compleja como la del homicidio culposo.

b) La intoxicación alcohólica

Las hipótesis de los Médicos Legistas de Medellín deducidas de los antecedentes patológicos familiares (varios casos de locura) y de las circunstancias y modalidades del delito, excluyen aún más la de la culpa y la de la intoxicación aguda eliminadora de la conciencia y de la voluntad.

Tanto de los antecedentes como de la causa del delito deducen estas conclusiones: primera, que aquéllos "dan motivo para sospechar que en Montoya Ospina hay un fondo biológico psicopático que aflora bajo la influencia de las bebidas embriagantes y lo llevá a la comisión de actos delictuosos"; segunda, que "el simple uso de bebidas embriagantes puede hacer de él, como lo hizo en el caso de estudio, un sujeto gravemente peligroso para los asociados", y, finalmente, que "la tendencia impulsiva fue en este caso completamente ciega, debido a un estado de intoxicación alcohólica aguda".

Estas deducciones coinciden con las más recientes experiencias de la Antropología Criminal. El alcohol, en efecto, sólo obra como factor condicional o secundario de la criminalidad en sujetos de más o menos marcada tendencia al delito por causa de una constitución psicopática originaria; su acción se manifiesta, por lo tanto, al acentuar tendencias o aptitudes antisociales

más o menos peligrosas, propias de la misma constitución criminosa.

Siendo así que el alcohol, al actuar en individuos de semejantes constituciones, como Montoya, revela peligrosidad, no parece razonable que los delitos cometidos en estado de intoxicación, puedan tenerse como culpas, cuyas características (la imprudencia y la imprevisión) no encajan como causas en los que son resultado de una originaria tendencia antisocial.

Descartada, por las razones expuestas anteriormente, la tesis del homicidio culposo, ya por el sentido natural del mismo veredicto, ya por el posible carácter culposo de la embriaguez, ya por la misma aptitud antisocial del procesado, se llega a la conclusión de que la sentencia fue dictada en conformidad con la decisión del jurado y de que la ley penal fue rectamente aplicada, no obstante que la modalidad del delito y la personalidad y carácter del infractor, permitían aumentar el mínimo de la pena.

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 Medellín, del cuatro de febrero del año pasado, por la cual —con aplicación del artículo 362 del estatuto penal— impuso a Montoya la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio en Manuel José Correa, cometido en la noche del veinticinco al veintiseis de abril de mil novecientos cuarenta y seis, en un barrio de la población de Ituango.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE PECULADO Y DELITO DE CONCUSION

El fallo del Tribunal merece un reparo, consistente en haber considerado que la apropiación de la suma que el Juez acusado recibió de la sindicada Heliodora Ramírez de Ramírez (resultando 2º, letra d) de la sentencia), constituya un delito de peculado, cuando es lo cierto que ese hecho entraña una concusión, por cuanto el Juez empleó para obtener esa dádiva una constricción psíquica contra la Ramírez, como fue la de amenazarla con llevarla a la cárcel si no le daba ese dinero. Así lo expresa claramente la Ramírez. De tal suerte que la amenaza de privarla de su libertad, la obligó a entregar los $ 138.00, lo cual tipifica la concusión, al tenor del artículo 156 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Por sentencia de nueve de mayo del año próximo pasado, que por consulta revisa la Corte, el Honorable Tribunal Superior de Ibagué dispuso condenar al doctor Gil Antonio Caicedo, en su carácter de Juez Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, como autor responsable del delito de peculado, a la pena de seis meses de arresto y a la interdicción para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término de la condena, y a las accesorias de pago de los perjuicios ocasionados con la infracción y de las costas procesales.

El proceso que ha dado lugar a la condenación del doctor Caicedo se originó por orden del Tribunal Superior de Ibagué, en vista de las irregularidades denunciadas por el señor Fiscal colaborador, en informe de 10 de junio de 1947.

En dicho informe el Agente del Ministerio Público presenta diversos cargos de infidelidad y mal manejo de los caudales que por distintos conceptos ingresaron al Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué, durante el tiempo en que estuvo a cargo de esta oficina el doctor Gil Antonio Caicedo.

Resume el fallo consultado los cargos que se le formularon al mencionado Caicedo en el auto de proceder de 24 de septiembre de 1948, proferido por el Tribunal Superior de Ibagué.

Los hechos ahí analizados y por los cuales se le dedujo responsabilidad a Gil Antonio Caicedo, son los siguientes:

"a) Por medio de los oficios números 786 y 787 del 19 de julio de 1946, se ordenó al Banco pagar a favor de Leonidas Cuéllar, quien dicho sea de paso ejercía las funciones de Oficial Mayor del Juzgado a cargo del doctor Caicedo, el título número 28473 por valor de doscientos quince pesos. Este depósito correspondía al proceso contra María del Carmen Tribiño por el delito de hurto, no encontrándose tampoco providencia en que se dispusiera el pago de tal comprobante en favor de Cuéllar. Las copias de los números de los oficios citados encontradas en el archivo de la oficina del Juzgado (fs. 137 v.) se refieren a asuntos de otro orden, mas no a lo relacionado con el pago del aludido depósito::

"b) Con oficios 166 y 167, del seis de febrero del año pasado, expidió orden a la entidad bancaria atrás nombrada, de pagar igualmente al mismo Leonidas Cuéllar, el título número 33189 por doscientos veinte pesos, habiéndose establecido que el depósito correspondía al proceso seguido a Juan Evangelista Solórzano, en el cual se encontró "el auto de fecha 25 de junio de 1947 (sic) — anota la inspección practicada al Juzgado — proferido por el Juzgado, en el cual se ordena devolver al doctor Belisario Arciniegas la suma de doscientos veinte pesos ($ 220.00) disponiendo a la vez oficiar al Juzgado Primero Penal de este Circuito, solicitándole el envío de esta suma, la cual no se había remitido cuando se envió el expediente. En atención a esta solicitud, con oficio número 800 de fecha 27 de junio de 1947, el Juez Primero Penal de este Circuito, se dirigió al Juzgado Municipal en lo Penal, manifestándole que los doscientos veinte pe-

sos ($ 220.00) de que habla habían sido retirados del Banco en donde estaban depositados indebidamente (pero sin decir por quién), pero que como ese valor había sido reintegrado a mediados del mes de junio, se había depositado de nuevo en el Banco de la República, como consta en el comprobante número 03374, el que sería enviado al Juzgado Municipal oportunamente".

"Todo parece indicar aquí que luégo de retirado el dinero por Cuéllar, en virtud de la orden expedida por el Juez doctor Caicedo, fue de nuevo reintegrado a mediados de junio del pasado año, pues consta que el comprobante últimamente citado se remitió al Juzgado Penal Municipal de Ibagué, cuyo valor se le cubrió a Leovigildo Oyuela, en atención a la autorización dada por el doctor Arciniegas.

"c) En el proceso contra Antonio Barbosa Valencia se encontró un "recibo de Caja número 47429 expedido por la Alcaldía Municipal de Cajamarca, el 3 de noviembre de 1946, en el cual se dice que se le ha decomisado al sindicado Antonio Barbosa Valencia, la suma de mil ciento setenta y ocho pesos". En auto de 23 de febrero de 1946 (sic) se ordenó entregar al doctor Belisario Arciniegas, como representante de León Barbosa, la suma de cuatrocientos pesos en depósito, suma que no aparecía hubiera sido entregada al referido doctor, y así lo confirma éste en su declaración (fs. 215). "En el proceso a que se alude no hay constancia en ninguna parte, de que se hubiera recibido, en el Juzgado Primero Penal, los mil ciento setenta y ocho pesos de que se habla, pero el Tesorero de Cajamarca, señor Ignacio Gaitán Hernández, empleado ante el cual depositó el Alcalde de Cajamarca los mil ciento setenta y ocho pesos, dice en declaración rendida ante este Juzgado a fojas 51, que el ex-Juez Gil Antonio Caicedo, con telegrama de fecha veintiseis de febrero del año pasado, le solicitó le remitiera esta suma, lo que él hizo, para cuyo fin se trasladó a esta ciudad y personalmente entregó al ex-Juez Caicedo los mil ciento setenta y ocho pesos, recibiendo del señor ex-Juez Caicedo un recibo firmado, por triplicado, en el cual constaba la susodicha entrega. En el mismo acto de su declaración presentó uno de los ejemplares de tal recibo (fls. 50), el cual dice:

"Por $ 1.178.00 m/cte.—Recibí del señor Tesorero Municipal de Cajamarca, la cantidad de un mil ciento setenta y ocho pesos moneda corriente ($ 1.178.00 m/cte.), valor consignado en depósito provisional por la Alcaldía Municipal del mismo municipio, el día 3 de noviembre de 1945, según recibo de Caja número 147429, suma que fue decomisada al sindicado por hurto, Antonio Barbosa Valencia. La cantidad en referencia se entrega en virtud de solicitud hecha por el Juzgado Primero Penal de Ibagué, por medio del telegrama número 19 del 26 de febrero próximo pasado, oficina ésta que adelanta las diligencias sumarias que motivan este depósito. Ibagué, 5 de marzo de 1946.—Recibí, fdo.) G. Antonio Caicedo, Juez 1º Penal Cto."—Hay un sello que dice: "República de Colombia—Departamento del Tolima—Juzgado 1º Penal del Circuito—Ibagué".

"d) En el sumario seguido a Heliodora Ramírez de Ramírez, por falso testimonio, se advirtió que el 23 de junio de 1946 el Juez doctor Caicedo decretó la detención preventiva de la sindicada, habiendo proferido en esa misma fecha auto de vocación a juicio contra la Ramírez. El primero de julio siguiente, le fueron notificadas estas decisiones a Heliodora, sin que apareciera constancia de haber sido ésta encarcelada; y el diez y ocho de junio del año pasado, cuando el doctor Caicedo ya no ejercía las funciones de Juez, su sucesor dictó un auto en el cual anota que "el presente negocio fue hallado dentro de una de las gavetas del escritorio del señor Juez, en el estado en que puede apreciarse. Se ordena darle el trámite correspondiente".

"Este auto lo suscriben Enrique Galindo como Juez, y Leonidas Cuéllar como Secretario. Y de las declaraciones recibidas en el curso de esta investigación a la imputada Ramírez (fs. 68), a su apoderado doctor Ezequiel Devia Galindo (fs. 68 v.) y al esposo de aquélla, Julio Ramírez Vega (fs. 69 v.), claramente se establece que quizás por la época en que se notificó a la sindicada de los proveídos antes mencionados, ésta y su esposo le entregaron al Juez doctor Gil Antonio Caicedo la suma de ciento treinta y ocho pesos moneda corriente, "valor que él nos dijo que debíamos entregarme (sic) —dice Heliodora—para que no me metieran a mí a la cárcel".

"Conforme a la diligencia que se viene comentando (la de inspección practicada al Juzgado), en el aludido proceso no se dejó constancia de la entrega de ese dinero y tampoco apareció depositado en alguna de las entidades bancarias de esta ciudad.

"e) Dentro del proceso contra Ricardo Bolaños y Magola Díaz observó el investigador que el primero, en escrito del cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y seis, solicitó su excarcela-

ción, pues estaba detenido preventivamente, petición que el Juez doctor Caicedo le denegó. Con posterioridad a esta actuación encontró una providencia del sucseor del doctor Caicedo, en la cual anotó que "el presente proceso fue hallado dentro de una de las gavetas del escritorio del señor Juez, en el estado en que aparece y como en él se concedió el recurso de apelación contra el auto de proceder y se ordenó enviarlo al Honorable Tribunal Superior, debe obedecerse esta orden".

"Como se advirtiera que el sindicado Bolaños ya no se encontraba detenido y no apareciendo en el informativo decisión alguna que ordenara su libertad, se solicitó del Director de la Penitenciaría copia de la respectiva boleta de excarcelación y en efecto ésta se encuentra al folio 236, la cual dice:

"**Excarcelación** — Organo Judicial—Colombia—Tolima—Juzgado Penal del Circuito — Nº 103.—Ibagué, agosto 17 de 1946—Señor Director de la Penitenciaría—Presente—Sírvase poner inmediatamente en libertad al procesado por el delito **de lesiones personales Ricardo Bolaños.** Motivo de la libertad: **condicional**—El Juez (fdo.) **G. Antonio Caicedo**".

"No se logró establecer el móvil por el cual se dispusiera la libertad de Bolaños, pues a éste no se le recibió declaración.

"f) El Inspector Tercero Municipal de esta ciudad (fl. 39) remitió, el veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, al Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué, el proceso adelantado contra Pablo Santos Lozano por el delito de robo. En la visita practicada por el instructor sobre este negocio constató el hecho de haberse remitido junto con la suma de trescientos setenta y seis pesos ($ 376.00) moneda corriente que le habían sido decomisados al sindicado. Como la señorita Leonor Rodríguez, Oficial Escribiente de la oficina a cargo del doctor Caicedo, apareciera suscribiendo el respectivo recibo, se le llamó a rendir declaración (fl. 22 v.) y en ella manifestó que efectivamente había recibido el expediente con el dinero, pero al llegar a su despacho el Juez doctor Caicedo y darse cuenta del envío, le solicitó la entrega de la suma, lo que hizo inmediatamente, hecho que dijo presenció el portero José López, quien por su parte confirma esa aseveración en la exposición que se le recibió (fl. 73). Tal dinero no apareció en el Juzgado, ni tampoco fue depositado en alguno de los Bancos de esta ciudad.

"Fuera de las anteriores irregularidades el instructor halló algunas otras en las referidas diligencias de inspección ocular, las cuales se hace innecesario relacionar en esta providencia por haberse podido establecer en el curso de la investigación que no tuvieron caracteres dolosos". (Véanse fs. 1 y ss. Cdno. Nº 3).

La anterior narración de hechos constituye una síntesis fiel y exacta de las pruebas que incriminan al Juez doctor Gil Antonio Caicedo; estos elementos de juicio no fueron desvirtuados en las posteriores etapas del proceso penal.

La responsabilidad del acusado se encuentra plenamente comprobada con los documentos que el Tribunal cita en su sentencia, documentos que —como ya se dijo— no fueron desvirtuados en lo más mínimo durante el juicio.

Por otra parte, la prueba por excelencia en esta clase de delitos, aparece establecida con el reintegro de las sumas indebidamente apropiadas que hizo el señor Federico Castellanos, a nombre del Juez doctor Caicedo.

Tan evidente aparece la responsabilidad del acusado en el delito de peculado que el propio defensor, sintiéndose incapaz de refutar las pruebas que la establecen, acepta los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para llamar a responder en juicio al doctor Caicedo, y sólo implora para su defendido el mínimum de la sanción fijada para el delito.

Dice así el señor defensor:

"...La circunstancia de no tener dato alguno del doctor Caicedo que pueda servir para su defensa, ni de quién obtener informes para intentar desvanecer los cargos formulados a lo largo de este proceso, y de estar acreditados los hechos imputados al doctor Caicedo en el detenido y juicioso auto de ese H. Tribunal, así como la correcta condensación de los hechos establecidos por el señor Fiscal de esa H. entidad, me inhiben de entrar a hacer consideraciones acerca de cada uno de los puntos en que se basa la providencia antes mencionada.

"Por ello me limito en esta ocasión a solicitar de ese H. Tribunal, que por el delito de peculado se aplique la pena mínima que para el caso establece el artículo 151 del C. P., calificando la delincuencia también en grado mínimo, ya que de autos no aparece que el doctor Caicedo tuviera pasado judicial en su contra, que es el primer delito en que incurre y que su conducta anterior hay que aceptarla como buena por presunción legal, ya que no hay prueba en los autos que la desvirtúe".

El señor Procurador Delegado en lo Penal con

toda razón le hace un reparo al fallo del Tribunal, consistente en haber considerado que la apropiación de los $ 138.00 que el Juez doctor Caicedo recibió de la sindicada Heliodora Ramírez de Ramírez (resultando 2º, letra d) de la sentencia) constituya un delito de peculado, cuando es lo cierto que ese hecho entraña una concusión, por cuanto el Juez Caicedo empleó para obtener esa dádiva una constricción psíquica contra la Ramírez, como fue la de amenazarla con llevarla a la cárcel si no le daba ese dinero. Así lo expresa claramente la Ramírez. De tal suerte que, la amenaza de privarla de su libertad, la obligó a entregar los $ 1.38.00, lo cual tipifica la concusión, al tenor del artículo 156 del Código Penal.

Por manera que este hecho debe suprimirse del peculado continuado y ordenarse, en cambio, que se investigue en proceso distinto. Esto indica que la condena sólo debe versar sobre los peculados de que tratan las letras a), b), c) y f) del resultando 2º del fallo, por las cantidades, en su orden, de $ 215.00, $ 220.00, $ 1.178.00 y $ 376.00, o sea, un total de $ 1.989.00.

En cuanto a la pena principal de seis meses de arresto que trae el fallo consultado, la Procuraduría la encuentra demasiado benigna y solicita sea elevada a dieciseis meses.

Evidentemente los hechos punibles tuvieron una marcada gravedad, no sólo por el corto tiempo que medió entre una consumación y otra, sino por la apreciable cuantía a que ascendieron. La relativa frecuencia con que delinquió el acusado demuestra en él una capacidad persistente para el delito. Por otra parte, con las declaraciones de Alipio Acosta Rueda y Carlos Alfonso Leal, se acredita que el acusado es persona que se embriaga reiteradamente y gusta del juego. Además, es oportuno anotar que contra el acusado doctor Caicedo existe un auto de proceder por abuso de autoridad, proferido por el mismo Tribunal Superior de Ibagué (fs. 15 v. Cuad. IV).

De tal suerte que concurren dos de los factores mensuradores de la pena que prevé el artículo 36 del Código Penal, o sean, la gravedad del delito dentro de su especie y la peligrosidad del agente.

La norma aplicable —en el presente caso— es el artículo 151 del Código Penal, que señala una sanción de un mes a cuatro años de arresto e interdicción de derechos y funciones públicas de un mes a dos años.

La pena base se fija en un año de arresto; y como se trata de un delito continuado, se aumenta en una tercera parte, o sean, cuatro meses (artículo 32). Lo cual da un total de dieciseis meses; determinando la interdicción en igual tiempo.

En este sentido debe reformarse el fallo consultado.

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, RESUELVE:

Condenar, como en efecto condena, al doctor Gil Antonio Caicedo, como responsable del delito de peculado que se le dedujo en el auto de proceder de 24 de septiembre de 1948, del Tribunal Superior de Ibagué, a la pena principal de diez y seis meses de arresto, en el establecimiento que designe el Gobierno, y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la condena.

Queda así reformada la sentencia consultada de nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, que en lo demás se confirma.

Por el inferior se sacará copia de lo conducente para que se averigüe el delito de concusión de que fue víctima la señora Heliodora Ramírez de Ramírez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO

Aunque el criterio seguido por el juzgador no sea el verdadero, si la actuación del funcionario aparece exenta de dolo, no se configura el prevaricato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Medellín, en providencia de 27 de octubre último, ordenó cesar el procedimiento que se le seguía al doctor Francisco Eladio Gómez, Juez 2º del circuito en la misma ciudad, "por la inexistencia de los hechos delictuosos que fueron denunciados", y consulta con la Corte ese proveído.

Sucedió que el abogado José J. Ossa denunció a aquel funcionario por haber ordenado el levantamiento del embargo preventivo de un depósito bancario, no obstante que contra el auto en que tal cosa había decretado había concedido apelación en el efecto suspensivo para ante el Tribunal. Por ello lo acusó de prevaricato o, al menos, de abuso de autoridad.

De los autos resulta:

En el año de 1944, que fue el de los sucesos denunciados, el doctor Francisco Eladio Gómez desempeñaba el cargo de juez 2º del circuito en Medellín (fls. 10 y 16 v.).

En ese Juzgado se pidió el embargo y secuestro preventivo de algunos bienes del presunto demandado, Flavio Alvarez S., vecino de la población de Túquerres, en el Departamento de Nariño, entre ellos, el de un depósito que Alvarez S. mantenía en la sucursal del Banco de Bogotá, en la ciudad de Pasto, a lo cual accedió el juzgado (f. 7).

El apoderado del señor Alvarez S. pidió el levantamiento de las medidas preventivas y el Juzgado decretó el desembargo del depósito bancario a que se ha hecho alusión, en auto de 7 de julio de 1944. Al día siguiente, y por tanto, sin estar ejecutoriado el auto, se dio orden telegráfica al Banco de Bogotá, en la ciudad de Pasto, para que tuviera como cancelado el embargo del depósito (f. 7 v.).

Mientras tanto se había interpuesto apelación contra el auto de desembargo, que fue concedida para ante el Tribunal en el efecto suspensivo.

Por último, el Tribunal de Medellín, luego de haber confirmado el auto del Juzgado, lo repuso diciendo que no tenía jurisdicción para conocer del negocio (fls. 18 v. y 19).

Se considera:

El funcionario explicó su proceder diciendo que había ordenado el desembargo del depósito bancario, por la circunstancia de que el presunto ejecutado era vecino de Túquerres, y que, por tanto, no tenía jurisdicción para ordenar el embargo de bienes que no estaban bajo su jurisdicción y en apoyo de su tesis invoca varias disposiciones del código de procedimiento civil.

Así, el artículo 292 de este Código, que dice que el embargo y secuestro preventivos pueden pedirse ante el juez del lugar donde están situados los bienes, aunque no sea competente para conocer del juicio, caso en que el juez obra "como comisionado del que conoce o ha de conocer del juicio"; el 134, que establece que el juez a quien se comisione debe tener jurisdicción en el lugar donde se han de practicar las diligencias que se le deleguen; el 144, que estatuye que la jurisdicción sólo puede ejercitarse dentro del respectivo territorio; y el 135, que declara nulo el acto realizado fuera de las atribuciones de comisión.

"Desde el mismo momento en que el Juzgado ordenó el secuestro de los dineros depositados por el presunto ejecutado en el Banco de Pasto —dice el funcionario acusado— usurpó jurisdicción y cometió un acto nulo, porque sólo estaba comisionado para el embargo de los bienes ubicados en Medellín". Por ello entró a subsanar inmediatamente el error cometido, tanto más cuanto que la apelación no debía surtirse ante el Tribunal de ese distrito, sino al correspondiente al del circuito de Túquerres, o sea, al de Pasto.

El Tribunal estuvo de acuerdo con las dos tesis, pues luego de confirmar el auto de desembargo, basándose en que no tenía el juzgado la facultad de embargo de bienes situados en jurisdicción distinta de la suya (f. 18 v.), lo repuso

para declarar que carecía "de jurisdicción para conocer del auto" en que se había ordenado el tal desembargo, pues quien la tenía era el tribunal del distrito donde se halla el juzgado del presunto comitente.

La Procuraduría comenta los datos procesales en la siguiente forma:

"Es evidente que el desembargo decretado por el Juez estuvo correcto, por ajustarse a las disposiciones de los artículos 134 y 292 del código judicial. Lo irregular radica en haber cumplido el auto que tal cosa ordenó, sin hallarse ejecutoriado.

"Pero siendo así que el funcionario cometió un error al embargar el depósito bancario, lo cual perjudicaba gravemente al presunto ejecutado señor Alvarez, bien pudo influir en su criterio y en su conciencia de juzgador esa orden injusta y arbitraria y determinarlo, en forma apremiante, a corregir el desacierto sin dilación alguna, no esperando la ejecutoria de la providencia.

"Y esa buena fe y esa recta intención, descartan el dolo que requieren el prevaricato y el abuso de autoridad. Por lo tanto, el elemento espiritual de tales infracciones —que serían las pertinentes— no se configuró aquí".

No quiere terminar la Sala esta providencia sin advertir que aun en el supuesto de que el criterio seguido por el Juzgado no hubiera sido el verdadero, la actuación del funcionario aparece exenta de dolo y, en consecuencia, debía ordenarse la terminación del procedimiento por no haberse realizado los hechos delictuosos que se le imputaron.

La providencia consultada debe, pues, confirmarse.

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, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSALES SEGUNDA Y CUARTA DE CASACION—LO RELATIVO A LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO ES MATERIA DE LA CAUSAL SEGUNDA, Y NO DE LA CUARTA

1.—La nulidad se predica de actos del proceso realizados sin la observancia de las formas que la ley señala para que tengan validez. Y como lo que aquí alega la demanda es que no está comprobado el cuerpo del delito, está erróneamente invocada la causal de nulidad. Lo relativo al cuerpo del delito tiene cabida dentro de la causal segunda, en la cual se puede invocar la indebida o equivocada apreciación de las circunstancias o "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o copartícipes".

2.—Como ya lo ha dicho la Corte, es indudable que la diligencia de autopsia tiene gran importancia para establecer el cuerpo del delito de homicidio, y así lo disponen los artículos 305, 306 y 308 del código de procedimiento penal. Pero, como en las diligencias investigativas penales se busca, ante todo, la verdad histórica o material de los sucesos, es claro que todas las pruebas preestablecidas por el legislador, a menos de precepto en contrario, son medios suficientes para alcanzar ese fin, si ellas (las pruebas) permiten reconstruir los hechos averiguados y forman la completa certidumbre del Juez sobre los objetivos del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiseis de mayo de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Frada)

Vistos. Ciriaco Rivas Maturano recurre en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 3 de agosto último, por la cual fue condenado a sufrir la pena de ocho años de presidio y las accesorias correspondientes, como responsable de la muerte de Carlos Graciano Hernández.

Invoca su defensor, como causal de casación, la cuarta del artículo 567 del código de procedimiento, o sea, la nulidad, "ya que se dictó fallo condenatorio sin obrar en el proceso, **legalmente producida,** la prueba plena o completa de la infracción por la cual se le llamó a juicio".

Esa prueba que echa de menos el recurrente es la de la autopsia, que ordenan practicar los artículos 305, 306 y 308 del código de procedimiento. Y tan importante era en el caso del proceso que se estudia, que los peritos "legos" que reconocieron el cadáver de la víctima expresaron que "sólo una necropsia practicada por médicos legistas podría constatar las lesiones exactas".

Se considera:

La nulidad se predica de actos del proceso realizados sin la observancia de las formas que la ley señala para que tengan validez, como lo dice la Procuraduría. Y como lo que aquí alega la demanda es que no está comprobado el cuerpo del delito, está erróneamente invocada la causal de nulidad.

Lo relativo al cuerpo del delito tiene cabida dentro de la causal segunda, en la cual se puede invocar la indebida o equivocada apreciación de las circunstancias o "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o copartícipes". Causal ésta que tampoco tendría cabida en este caso, por tratarse de un juicio en que ha intervenido el jurado.

Pero, aparte estas consideraciones, tampoco podría prosperar la causal, pues si bien es cierto que no se practicó la autopsia, la existencia del homicidio, vale decir, que la muerte de Hernández no se debió a causas naturales, sino a la actividad ilícita de Rivas, está plenamente comprobada. Así, el Fiscal del Tribunal, a quien éste cita, rebate la tesis que ahora el defensor presenta ante la Corte y que sustentó en las instancias y con tesón en la audiencia pública, diciendo:

"Y es que aquel elemento esencial del delito sí está probado suficientemente en los autos: las declaraciones de los testigos presenciales de lo

sucedido, Anselmo Flórez a fs. 5, Jacinto Carriazo a fs. 3 y Joselito Rocha a fs. 36; la diligencia de reconocimiento del cadáver a fs. 5 y 6, que si bien fue practicada por personas empíricas, éstas eran al menos, aptas para comprobar la existencia de las lesiones en el cuerpo del occiso; la perfecta correspondencia que existe entre aquellos testimonios y lo aseverado por estos peritos; y el hecho probado en los autos de que la víctima, antes de ser lesionada por Rivas, estaba ilesa en su integridad personal. Todos estos hechos, concatenados, se complementan y dejan en el ánimo del juez la siguiente convicción: hubo una actividad psico-física, por parte del procesado, dirigida a herir al ofendido, con la que obtuvo el fin buscado; se produjo la muerte de éste; y existe una precisa relación de causalidad entre aquella actividad y este deceso".

Como doctrina, repetida por esta Sala en varios casos, se prohijan ahora los siguientes conceptos de la Procuraduría:

"Es indudable que la diligencia de autopsia tiene grande importancia para establecer el cuerpo del delito de homicidio, y así lo disponen los artículos 305, 306 y 308 del código de procedimiento penal. Pero, como en las diligencias investigativas penales se busca, ante todo, la verdad histórica o material de los sucesos, es claro que todas las pruebas preestablecidas por el legislador, a menos de precepto en contrario, son medios suficientes para alcanzar ese fin, si ellas (las pruebas) permiten reconstruir los hechos averiguados y forman la completa certidumbre del Juez sobre los objetivos del proceso.

Y como nuestra legislación no consagra como prueba específica y única del cuerpo del delito de homicidio la diligencia de autopsia, síguese que los otros medios de buscar la verdad son adecuados en orden a la demostración objetiva de aquel ilícito, como lo tiene establecido la H. Corte.

"Por último, hay que anotar que el demandante no hizo el menor esfuerzo por combatir las pruebas supletorias analizadas por el Tribunal para llegar a la aceptación de la existencia del homicidio reprimido".

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.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO

El prevaricato consiste en administrar justicia parcialmente por sentimientos de simpatía a unos interesados y animadversión hacia otros, siempre que la sentencia, resolución o dictamen se dicten a sabiendas de que son contrarios a la ley.

Si en la estructuración de este delito concurren todos los elementos señalados en la disposición del artículo 168 del Código Penal, puede decirse que el funcionario ha incurrido en una violación de la ley penal. Si los empleados de la rama jurisdiccional, por móviles idénticos y en perjuicio de terceros, asesoran o patrocinan a las personas que ante ellos litigan o gestionan, también hay lugar a deducir responsabilidad (artículo 169).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del distrito judicial de Pamplona consulta la providencia de agosto once de mil novecientos cuarenta y nueve que en su parte resolutiva dice:

"En virtud de lo dicho y sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal, en Sala Penal, de acuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente a favor del señor Rodolfo Martínez Molina, por todos los cargos que le hiciera Rafael María Rizo Lobo en el presente negocio".

Cumplida la tramitación propia a la instancia, y recibida la vista del colaborador se procede a su estudio.

Antecedentes

En memoriales dirigidos al Procurador General de la Nación, al Ministro de Justicia y al Presidente del Tribunal Superior de Pamplona, Rafael M. Rizo Lobo, denunció criminalmente a Rodolfo Martínez M., a quien le imputa el hecho "de comerciar con la justicia", cargo que lo concreta así:

"Que Martínez Molina cuando desempeñaba las funciones de Juez interino del Juzgado 2º Penal del Circuito de Ocaña llamó a Ramiro Torrado sindicado por un delito de hurto de ganado mayor, y le preguntó "que a quién iba a nombrar como su defensor y al responder el procesado que había contratado los servicios de un abogado de esta localidad, le aconsejó el Juez que nombrara como su defensor a determinado abogado que él mismo le aconsejaba."

Que en el sumario adelantado por lesiones personales contra Manuel Dolores Rivera, el Juez rechazó un memorial presentado por el procesado, por haberlo hecho el denunciante, Rafael M. Rizo Lobo, quien no tenía la calidad de abogado titulado, y que:

En el proceso seguido por lesiones personales contra José Trujillo López, Natividad Carpio Villa y otro, también insinuó el nombramiento de un abogado que el Juez previamente había determinado.

Pruebas

Al sumario se allegaron el acuerdo de nombramiento, el acta de posesión, y la certificación del Alcalde Municipal de Ocaña; documentos con los cuales se acredita el carácter de funcionario de la rama jurisdiccional y el correspondiente ejercicio del cargo.

Se recibieron algunas pruebas testimoniales y se practicó una diligencia de inspección ocular en los negocios a que hace referencia el denuncio, y posteriormente, sobre estos cargos, se recibió declaración indagatoria al sindicado.

Martínez Molina no niega el hecho de haber preguntado a Ramiro Torrado sobre la persona que iba a designar como apoderado, y que éste respondió que nombraría al doctor Santiago Rizo Lobo. Entonces le manifestó que este abogado se hallaba enfermo y que por esta circunstancia el Juzgado lo había sustituído en varios negocios en los cuales figuraba como apoderado de oficio.

Sin embargo, al día siguiente, nombró como apoderado a Santiago Rizo Lobo "y aun cuando el Juzgado estimó esto como un recurso para demorar el negocio en consideración a la enfermedad y ausencia del doctor Rizo Lobo, fue aceptado como defensor y posesionado de tal cargo cuando regresó a la ciudad, que fue al mes siguiente.

Afirmaciones que se hallan corroboradas con la prueba de inspección ocular, en el sentido de que el doctor Santiago Rizo Lobo, fue designado como defensor, tomó posesión del cargo y se notificó del auto de proceder.

En cuanto al segundo cargo, manifiesta que Manuel Dolores Rivera presentó un memorial y que como se hallaba detenido le dijeron que esa petición debía venir al Juzgado con el pase de la dirección de la cárcel; por esta circunstancia le fue devuelto el memorial y que al ser indagado nombró como apoderado a Rafael María Rizo, quien no es abogado.

Se considera:

Los cargos imputados podrían tener configuración de delitos dentro de las infracciones previstas por la ley penal bajo la denominación del prevaricato o de los abusos de autoridad y otras infracciones. (Artículos 169 y 171 del C. P.).

No hay delito de prevaricato porque no se han demostrado los elementos objetivos y subjetivos del mismo. En efecto: el prevaricato consiste en administrar justicia parcialmente por sentimientos de simpatía a unos interesados y animadversión hacia otros, siempre que la sentencia, resolución o dictamen se dicten a sabiendas de que son contrarios a la ley.

Si en la estructuración de este delito concurren todos los elementos señalados en la disposición del artículo 168 del Código Penal, puede decirse que el funcionario ha incurrido en una violación de la ley penal. Si los empleados de la rama jurisdiccional, por móviles idénticos y en perjuicio de terceros asesoran o patrocinan a las personas que ante ellos litigan o gestionan, también hay lugar a deducir responsabilidad. (Artículo 169).

Pero el acusado Martínez Molina no dictó ninguna providencia contraria a la ley movido por sentimientos afectivos de simpatía hacia unos interesados y animadversión hacia otros, ni tampoco dictó resolución alguna en perjuicio de terceros, es decir, el cargo a él imputado no tiene carácter de infracción punible.

Tampoco existe violación del precepto del artículo 179 de la ley sustantiva, porque —en este caso— no hubo propiamente un consejo en el sentido de que se procediera con intención manifiesta de causar perjuicio evidente para unos con desventaja para los otros; simplemente existió una insinuación para la escogencia de un profesional distinto al doctor Santiago Rizo Lobo, quien se hallaba enfermo, para que la actuación no se demorara con perjuicio de los intereses de la justicia y del mismo procesado.

En cuanto al rechazo para aceptar como apoderado o representante judicial al señor Rafael Rizo, la actitud del Juez, si ese cargo estuviera demostrado, no era violatoria de la ley penal, porque ninguna persona que no sea abogado titulado puede litigar, por expresa prohibición de la Constitución Nacional (artículo 40), que dispone que nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no es abopgado inscrito.

"Resulta, en verdad, francamente censurable la conducta del Juez señor Martínez —dice la Procuraduría— al promover el diálogo con Torrado sobre el nombramiento de defensor, ya que los funcionarios no deben tener ingerencia alguna en ese asunto, pues los procesados gozan de completa libertad para designar el apoderado o defensor que a bien tengan.

Pues siendo así, que en concreto, el Juez acusado no estorbó la libre elección del doctor Santiago Rizo como defensor de Torrado, que lo aceptó y lo posesionó del cargo, es preciso concluir que él no cometió ningún acto arbitrario e injusto contra determinada persona. Por eso, el abuso de autoridad y el prevaricato que pudiera sospecharse, resultan inexistentes".

Sólo resta advertir que la situación de Martínez Molina en el negocio seguido contra José Trujillo López y otros, se relaciona con la actividad del acusado en su condición de Secretario del Juzgado, y en tal virtud, la competencia para juzgarlo no es de la Corte sino del Juez de Circuito, funcionario a quien debe remitirse el negocio por conducto del Tribunal para que resuelva lo que sea 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 y de acuerdo con él, confirma el sobreseimiento definitivo en relación con los dos primeros cargos, y lo revoca en cuanto a la imputación hecha por la actuación realizada en el proceso contra José Trujillo López, para que se cumpla con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Parada — Domingo Sarasty M. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS)

Para que exista el delito a que hace referencia el artículo 172 del Código Penal, es necesario que dentro de la investigación se demuestre que el funcionario o empleado público, en el ejercicio de sus funciones, no realizó, o rehusó o retardó el cumplimiento de un acto al que legalmente estaba obligado por mandato de la ley; sin esta demostración, el delito no existe.

Pero bien puede suceder que dentro de la investigación existan demoras, y que ellas no le sean imputables, por no haberse cumplido cuando el funcionario acusado desempeñaba el cargo. En tales condiciones no se puede hablar de negligencia o demoras en la tramitación del negocio, porque el funcionario cumplió con sus deberes, y ningún acto que implique la comisión de una infracción de la ley penal le es imputable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla consulta la providencia de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Rodrigo Peña Baena, Juez 2º Superior de Barranquilla, sindicado por un delito de demoras.

Cumplida la tramitación legal, recibida la vista del Procurador Delegado en lo Penal, se procede a su estudio.

Antecedentes

El Agente del Ministerio Público en su vista fiscal sintetiza los hechos en la siguiente forma:

"El quince de julio de 1947, el doctor Rodrigo Peña Baena tomó posesión del cargo de Juez 2º Superior de Barranquilla (fs. 19); dos días después, le fue pasado a su mesa el proceso por homicidio contra Jorge y Guillermo Feherman (fs. 5 y 24 v.); el mismo día, ordenó radicar el negocio, lo que se cumplió el 25 de septiembre siguiente; con esa misma fecha, el Fiscal del Juzgado rindió concepto pidiendo la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por hallarse prescrita la acción penal, pasando inmediatamente el proceso al despacho del Juez (fs. 5 y 6), providencia que subió en consulta al Tribunal Superior y que éste confirmó en fallo de 8 de junio de 1948 (fs. 8), disponiendo allí mismo, a solicitud del Fiscal 1º, sacar copia de lo pertinente para averiguar unas demoras en tal negocio; éste volvió al Juzgado el 2 de octubre de tal año, y el cuatro del mismo mes, el Juez ordenó archivar el proceso. (Fs. 24 v.)".

Se considera:

El artículo 20 de nuestra Carta determina que los funcionarios públicos no sólo son responsables ante las autoridades por infracciones de la constitución y las leyes, sino también, por extralimitaciones de funciones y por omisión en el ejercicio de éstas. Si para los particulares sólo existe una responsabilidad común u ordinaria por infracciones de la constitución y las leyes, para los funcionarios públicos, aparte de esta responsabilidad común a todos los ciudadanos, existe otra que se puede denominar oficial, proveniente del ejercicio de funciones inherentes al cargo que desempeñan, o sea, lo que dentro de la ley de procedimiento penal se denomina delitos de responsabilidad o delitos oficiales.

El funcionario o empleado público que omita, retarde o rehuse la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave, dice el artículo 172 del Código Penal. Para que exista el delito a que hace referencia esta disposición, es necesario que dentro de la investigación se demuestre que el funcionario o empleado público, en el ejercicio de sus funciones, no realizó, o rehusó o retardó el cumplimiento de un acto al que legalmente estaba obligado por mandato de

la ley; sin esta demostración, el delito no existe.

Pero bien puede suceder que dentro de la investigación existan demoras, y que ellas no le sean imputables, por no haberse cumplido cuando el funcionario acusado desempeñaba el cargo. En tales condiciones no se puede hablar de negligencia o demoras en la tramitación del negocio, porque el funcionario cumplió con sus deberes, y ningún acto que implique la comisión de una infracción de la ley penal le es imputable.

En consecuencia, 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 Barranquilla con fecha 28 de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. Angel Martín Vásquez — Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD (INTERVENCION EN POLITICA)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de fecha veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, absolvió al doctor Mario Escobar Marulanda, ex-Juez Primero Penal del Circuito de Rionegro, de los delitos de abuso de autoridad y otras infracciones, por los cuales había sido llamado a juicio en virtud de denuncio formulado por el señor Personero Municipal de Rionegro ante el señor Procurador General de la Nación.

Debe la Corte revisar, en consulta, el fallo en referencia y a ello procede, cumplidos como se hallan los presupuestos procedimentales de rigor en la segunda instancia y sin que se observe motivo alguno de nulidad.

Hechos

Dio lugar a la presente investigación, el siguiente despacho telegráfico: "Rionegro (Ant.), diciembre 11—1945.—Procurador General—Bogotá. — Respetuosamente infórmole. Juez Segundo Penal este Circuito doctor Mario Escobar Marulanda violando claras disposiciones legales dedícase fomentar agria lucha sindical este Municipio, vecinos, con mengua prestigio poder judicial. Grave trastorno orden público oportunas admoniciones ese despacho. Sdor. Alejandro Vásquez, Personero Mpal".

Actuación procesal

Una vez perfeccionado el informativo, el Tribunal Superior de Medellín, por medio de auto de fecha cuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, resolvió:

"Llámase a responder en juicio al doctor Mario Escobar Marulanda, de las condiciones civiles anotadas, por uno de los delitos que el C. Penal reprime en el Capítulo VI, "De los abusos de autoridad y otras infracciones", correspondiente al título 3º del Libro 2º. Consiste el cargo en que el doctor Escobar Marulanda intervino en "debates de carácter político" o "electoral" cuando desempeñaba el puesto de Juez 1º del Circuito Penal de Rionegro, hecho que tuvo su cumplimiento en una época comprendida del 1º de enero al 31 de diciembre de 1945, en la población citada".

Tal providencia vino en apelación a la Corte en donde, por auto de diez de agosto del mismo año, recibió confirmación.

En el término probatorio del juicio, el procesado allegó nuevos elementos de prueba para desvirtuar las imputaciones formuladas en el auto de proceder y aquéllos fueron valorados favorablemente en la sentencia de primera instancia, hasta el punto de que el Tribunal los consideró suficientes para justificar el fallo absolutorio que dictó.

Se acusó al doctor Mario Escobar Marulanda de haber tomado parte activa en el movimiento huelguístico que hicieron los trabajadores de las Obras Públicas de Rionegro; de contribuir eficazmente en la formación del sindicato de "Oficios varios", de elaborar sus estatutos, como también los del sindicato de zapateros de la misma ciudad.

Además, se estableció en el informativo que el citado doctor Escobar Marulanda ayudó económicamente al triunfo de una determinada agrupación política, en las elecciones de Concejales Municipales del Distrito de Rionegro; contribuyó también con dinero para el agasajo que en aquella ciudad se le tributó al doctor Darío Echandía, cuando éste la visitó en jira política.

Para fallar en forma favorable al procesado, el Tribunal de Medellín adquirió la convicción de inocencia del funcionario acusado, en virtud de la falta de demostración del elemento intencional del delito.

Se considera:

El cargo fundamental de que ha venido respondiendo en juicio el doctor Mario Escobar Marulanda, se concretó en el hecho de su interven-

ción en debates de carácter político o electoral, cuando desempeñaba el puesto de Juez Penal del Circuito de Rionegro. Puede decirse que todos los hechos en virtud de los cuales se le incrimina por esas actividades, constituyen un todo armónico, pues todos ellos, están vinculados entre sí, para complementarse a fin de establecer si en realidad de verdad el procesado actuó en la forma que lo constituiría en delincuente y lo haría, por ende, acreedor a una sanción, de estar comprobados cada uno de los actos que determinan aquella participación política.

El proceso establece que las pugnas partidistas dentro de diferentes sectores de opinión política para la elección de concejeros municipales en octubre de 1945, propició distintas divisiones en el seno del partido político predominante en la población de Rionegro (Antioquia). Las varias tendencias se polarizaban alrededor de diversas agrupaciones gremiales y sobre la base de antagonismos de clase que forman la mayoría de la población electoral de ese Municipio.

Es muy posible que la intervención del doctor Escobar Marulanda, en el sentido de favorecer la iniciación y funcionamiento de sindicatos, llevado según él mismo lo afirma y algunas declaraciones muy dignas de credibilidad lo abonan, por su sensbilidad social, le hayan granjeado la animadversión de otros sectores de opinión política, a quienes se debe la acusación por la que ha venido respondiendo.

Un estudio atento y detenido, como el caso lo requiere, de todos los elementos de juicio aportados al proceso, establece sin duda una conducta sospechosa por parte del Juez en actividades no exclusivamente destinadas a las tareas propias de su oficio como funcionario de la rama jurisdiccional del poder público, que por su misma alta jerarquía y dignidad, debe estar exento de todo proceder que no se ajuste a la más completa y definitiva sustracción de actividades diferentes de las que le competen y la ley le señala en tan delicada como augusta misión de administrar justicia.

Mas esta consideración de orden general encuentra que la discriminación específica de la delincuencia del procesado no aparece abonada con prueba bastante como para producir una sentencia condenatoria, porque durante el término probatorio del juicio se trajeron al proceso elementos de convicción que destruyen con mucho fundamento los cargos sobre los cuales descansó el auto de llamamiento a juicio.

En efecto, sobre la ayuda económica que el sindicado ofreció al Secretario de la Liga Obrero-campesina, señor Betancourt Lozano, no aparece sino la declaración de este sujeto, que no pudo ser confirmada por la del presidente de ese mismo grupo político, señor Mariano Echeverri, como lo afirma en su declaración del folio 25 del cuaderno segundo, en los siguientes términos:

"Es cierto que durante el tiempo en que se trataba de elegir concejeros municipales de Rionegro, en mil novecientos cuarenta y cinco, era yo presidente de la Liga Obrero-campesina liberal, que obra en esta población; por esta circunstancia me consta que el doctor Escobar Marulanda no hizo ofrecimiento de dinero alguno para la campaña; por el contrario, en dicha campaña estuvimos distanciados porque el doctor Escobar Marulanda era partidario de que se trajera energía eléctrica de Medellín y el grupo que yo presidía y personalmente yo éramos partidarios de que se construyera una planta en el Río Abajo. No me consta que en ese entonces el grupo independiente de obreros y que según se me pregunta estaba encabezado por algunos dirigentes del sindicato de zapateros, hayan insistido contra la voluntad del Dr. Escobar Marulanda en elaborar y hacerle propaganda a una lista formada por profesionales de distintas tendencias, ni que eso se hubiera hecho sin consultar la opinión de los que la forman. Al respecto puedo decir que tal lista no salió o por lo menos yo no la conocí, aunque en la calle me informaron que sí habían tratado de lanzarla, pero que el doctor Escobar Marulanda no había aceptado que lo incluyeran en ella, según entiendo, por el puesto de Juez que desempeñaba. No me consta si el doctor Escobar Marulanda sería víctima de una maniobra electorera, proveniente de algún grupo político, que instigara a los obreros del sindicato para que insistieran en agitar su nombre y asegurar en esa forma el triunfo de la corriente contraria a la Liga Obrero-campesina, aunque parece que así hubiera sido porque la lista en que debía figurar el doctor Escobar Marulanda no salió. Es cierto que uno de los días anteriores a la inscripción de las planchas, aunque no recuerdo si sería la víspera o la antevíspera u otro día, estuve personalmente en la oficina del doctor Escobar Marulanda y le dije que pensaba incluir su nombre en la lista que estábamos elaborando o mejor dicho le pedí el favor de que nos acompañara prestándonos su nombre para incluirlo, pero él se excusó y dio los agradecimientos ma-

nifestando que por el puesto que desempeñaba no podía figurar en la lista; además en el curso de la conversación me dí cuenta de que el doctor Escobar y yo estábamos distanciados por la razón que dejé expuesta al principio de mi declaración".

Los términos de la declaración transcrita crean por lo menos la duda sobre las afirmaciones de Betancourt Lozano, en el sentido que más gravemente podría comprometer la responsabilidad del Juez acusado, por el cargo de auxiliar de su peculio particular debates de carácter político. El jefe de la agrupación obrero-campesina, no tuvo conocimiento alguno ,como lo manifiesta, de la propuesta formulada por el doctor Escobar Marulanda, y es por lo menos muy significativo el que dicha propuesta no la haya conocido quien, por su calidad de jefe, estaba en condiciones de aceptarla, en cuyo caso muy claramente habría surgido un dato revelador de que las actividades del funcionario acusado no estaban todas destinadas al ejercicio de sus funciones, sino a otras distintas, que la ley prohibe.

Siendo el cargo más grave que se le hace al ex-funcionario y que de estar comprobado le acarrearía consecuencias penales, su establecimiento debe por lo menos surgir de elementos probatorios de más acusada fuerza que el que dimana del único testimonio de Betancourt Lozano, quien por cierto, al ser repreguntado dentro del juicio, se manifiesta dubitativo y prudente en las afirmaciones que hace, no atreviéndose a suministrar datos más precisos que colateralmente sirvieran para dar más fuerza a su testimonio. Por el contrario, aclara en su última testificación que el interés manifestado por el doctor Escobar Marulanda en aquella época, no tenía propiamente cariz político, sino que su preocupación consistía en llevar al concejo hombres "que trabajaran mejor y de la manera más eficiente por los servicios de luz, agua e higiene de los cuales hemos venido careciendo desde hace mucho tiempo, porque son deficientes", según las propias palabras del testigo.

Y que la preocupación del doctor Escobar Marulanda para intervenir en estos hechos fuera más de carácter administrativo que político, quedó absolutamente establecida con el testimonio del doctor Bernardo Berrío Velilla, quien por la misma época en que actuaba aquél como Juez en la ciudad de Rionegro, desempeñaba un cargo de igual categoría en la judicatura, circunstancia que le permitió observar las distintas actividades de su colega y darse cuenta de que no lo animaron en las actuaciones que se han considerado como políticas, sentimientos de este orden sino el propósito de contribuir a beneficiar las clases sociales menos favorecidas y al mejoramiento de los servicios municipales de la ciudad de Rionegro, muy deficientes y muy mal organizados.

De la declaración del doctor Berrío Velilla, se toman los siguientes apartes, muy ilustrativos sobre el comportamiento del doctor Escobar Marulanda en la época en que se le imputan actividades políticas o electorales:

"Sobre los hechos por que se me pregunta sólo recuerdo que el doctor Escobar figuró en una lista de candidatos por el liberalismo para el Concejo Municipal; no sé propiamente a qué corriente correspondía la lista, digo liberal, porque los elementos que la componían eran de filiación liberal; recuerdo también que al doctor Escobar lo apoyaban los obreros y que éste, antes de inscribirse la lista, renunció a su postulación. Como no conocí las distintas subdivisiones y tendencias del liberalismo en Rionegro, no puedo contestar al resto de la pregunta. Me consta que los jefes liberales de Rionegro no miraban con buenos ojos al doctor Escobar Marulanda y que en su postulación, como candidato para el Concejo Municipal, sólo intervinieron los obreros sindicalizados, los cuales en su gran mayoría, si no todos, eran de filiación liberal; o en otros términos, los obreros que se habían beneficiado de la labor social del doctor Escobar Marulanda querían que él fuera su representante ante el Concejo, desde luego, sin buscar representación política, ya que ellos sabían que los jefes de su colectividad tenían descalificado al doctor Escobar".

En el término de prueba, también se adujeron las declaraciones de Emiro Cardona Herrera, Alfonso Cardona V. y Marco Tulio Gil, que corroboran lo afirmado por el doctor Berrío Velilla y de las cuales se transcriben los puntos más salientes sobre el particular.

Emiro Cardona Herrera: "En mil novecientos cuarenta y cinco y cuando se trató de elaborar listas para el concejo municipal, formaba yo parte del sindicato que lanzó como candidato al concejo al doctor Mario Escobar Marulanda, incluyéndolo en una lista. Es cierto que la lista elaborada por el sindicato de que yo formaba parte, y que estaba encabezada por el nombre del doctor Mario Escobar Marulanda, estaba formada por un grupo de profesionales a quienes no se les consultó para incluírlos en la lista. También

es cierto que dicha lista no correspondía a ningún partido político, ni tenía finalidad política, puesto que era una lista independiente. Es cierto que fueron los miembros del sindicato quienes espontáneamente resolvieron formar la plancha sin que el doctor Escobar Marulanda los hubiera movido a iniciarla, ya que él siempre se mostró reacio a participar en actuaciones públicas oficiales, conjeturo que porque a él le estaba prohibido por razón del cargo que desempeñaba...".

Alfonso Cardona V.: "Es verdad que el grupo de obreros que lanzó en ese entonces una lista encabezada con el nombre del doctor Escobar Marulanda, no recuerdo los otros, que la componían, pero en todo caso dicho grupo se movía independientemente de todos los grupos políticos de la ciudad y solamente pretendía asegurar en el cabildo una representación apolítica, que solamente tenía por finalidad defender sus intereses de gremio".

Marco Tulio Gil: "En mil novecientos cuarenta y cinco cuando se trataba de elegir concejeros municipales formaba yo parte del sindicato de zapateros y precisamente yo era el fiscal de ese sindicato; por esto mismo me consta que éste lanzó el nombre del doctor Escobar Marulanda como candidato al Concejo Municipal; a dicha lista, nos encargamos nosotros de hacer la propaganda y ella estaba formada en su mayor parte por profesionales a los que es muy cierto que no se les consultó para incluirlos en las listas. Esa lista no tenía ninguna finalidad política, sino que solamente tendía a la defensa de nuestros intereses de gremio. Los obreros espontáneamente nos empeñamos en lanzar tal lista sin que el doctor Escobar Marulanda nos hubiera movido a iniciarla, ya que él se mostró siempre reacio a participar en actuaciones públicas u oficiales, entre otras cosas porque las reuniones o juntas, especialmente la reunión del Concejo Municipal se verificaba los domingos y el doctor Escobar M. acostumbraba irse a Medellín el día de fiesta".

Los demás cargos que se hacen contra el ex-Juez, doctor Escobar Marulanda no alcanzan a tener valor suficiente como para constituírlos en actividades dolosas de dicho funcionario. La recepción a un distinguido político, que por aquella época visitó la ciudad de Rionegro, no tuvo carácter partidista: se limitó a un homenaje estrictamente social, al que podía contribuir con su dinero, si así lo deseaba, y que fue lo único que ocurrió en definitiva.

Por lo que toca al cargo de haber elaborado los estatutos de algunos sindicatos, todo en el proceso establece que el Juez obró de esta suerte llevado por su reconocida sensibilidad social en favor de gentes humildes y sin cultura alguna en estas materias. Ya al calificarse el mérito del sumario se descartó este cargo como delictuoso en orden a configurar un hecho como el que castiga el artículo 179 del Código Penal, en consideración a la circunstancia de haber el Juez servido de consejero para la confección de los estatutos aludidos. Se dijo entonces que ese hecho no constituía delito alguno, por cuanto que el Juez no había hecho otra cosa que ofrecer sus buenos oficios a quienes deseaban sindicalizarse para formular los estatutos de conformidad con las cartillas que para esos casos distribuía el Ministerio del Trabajo.

Como ese hecho también se ha pretendido vincular a las actividades políticas del funcionario, basta decir que no tiene en este carácter menos valor que el que se le dio al calificar el proceso, con relación al otro extremo sobre el cual se quiso fundamentar otra especie de delito de abuso de autoridad. La verdad es que la participación en estos hechos del ex-Juez Escobar Marulanda no implica delincuencia alguna. La acusación que se le formulara al respecto no tiene otra procedencia ni otra significación que la de satisfacer resentimientos provocados por la reacción surgida en algunas personas por lo que consideraban intromisión del ex-Juez en la lucha de clases.

La declaración del Juez, doctor Bernardo Berrío Velilla, aclara mucho esta acusación y es suficiente para despejar toda posibilidad en el sentido de constituir ella una acción delictuosa por parte del funcionario acusado.

El doctor Berrío relata su llegada a Rionegro con un poco de antelación a la del doctor Escobar Marulanda para desempeñar ambos sendas plazas de Jueces del Circuito en lo Penal, en dicha ciudad. Fue así como pudo conocer íntimamente las actividades de su colega y darse cuenta de sus actuaciones en forma pormenorizada y completa, siendo así que las labores comunes que realizaban como Jueces en el mismo ramo, crearon entre ellos vinculaciones muy estrechas.

Refiriéndose al cargo que se estudia, dice así el doctor Berrío Velilla:

"Cuando llegamos a Rionegro, o mejor dicho cuando yo llegué, me dí cuenta de la postración en que se hallaban sumidos los obreros de Rio-

negro, especialmente los que se ocupaban en la única industria digna de mentarse que es la zapatería; allá no se conocía la legislación social, ni se pagaba ninguna de esas garantías a los obreros; los patrones se escandalizaban con sólo oír que existiera el derecho de cesantía, el descanso dominical o siquiera el reconocimiento de horas extras; los hacían rendir jornadas superiores a sus fuerzas y los explotaban en la forma más inicua. El doctor Escobar Marulanda empezó a preocuparse por ese problema y oyó las consultas de algunos obreros que querían reclamar siquiera las más elementales prestaciones; él les aconsejó que se unieran y se organizaran en sindicatos, lo que supe porque él mismo me lo contó porque, aun cuando yo veía entrar algunos obreros a su oficina, sus conversaciones eran privadas. Me dí cuenta perfecta de que el doctor Escobar desinteresadamente y guiado por su sensibilidad social quiso ayudar a sus amigos los obreros con consejos para que tuvieran lo que la legislación laboral les reconocía y sus patronos les desconocían;.... Desde luego que el doctor Escobar no perseguía capitalizar en su provecho con fines políticos el prestigio que iba adquiriendo entre las masas trabajadoras; y la prueba la dio al renunciar reiteradamente una candidatura para el Concejo Municipal".

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que ninguno de los cargos formulados al doctor Mario Escobar Marulanda, ex-Juez del Circuito Penal de Rionegro (Antioquia), resulta probado legalmente como para basar sobre ellos fallo condenatorio. Por lo mismo, la sentencia absolutoria dictada a su favor por el Tribunal Superior de Medellín, es legal y debe confirmarse.

Por tanto, 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, CONFIRMA la sentencia que fue materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Angel Martín Vásquez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL EN UN GLOBO DE TERRENO UBICADO EN JURISDICCION DEL MUNICIPIO DE MONTERIA (DEPTO. DE BOLIVAR)

Como lo ha dicho la Corte en más de una oportunidad, 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.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y nueve de mayo de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Por resolución de cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro el Ministerio de Minas y Petróleos aceptó la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 238 del señor Homer J. Smith, relacionada con un globo de terreno de cuarenta y nueve mil novecientas setenta y cuatro hectáreas (49.974 hect.), ubicado en jurisdicción del municipio de Montería, del departamento de Bolívar, y comprendido por los siguientes linderos:

"Como punto de partida de la alinderación se ha tomado el marcado en el plano con la letra "A" que corresponde a un mojón de concreto situado en la desembocadura de la quebrada Jaraguay en el río Sinú, punto arcifinio estable e inequívoco, conocido con el nombre de Jaraguay. 1) Del punto "A" anterior de partida se continúa por la margen izquierda del río Sinú aguas arriba hasta un punto marcado en el plano con la letra "B", confluencia de la quebrada Pirú con el Río Sinú mencionado. La línea recta que une los puntos "A" y "B" tiene una longitud de diez y ocho mil trescientos veinte metros (18.320 mts.) y un rumbo de Sur veinte grados quince minutos Oeste (S. 20º 15' W.). 2) Del punto "B" anterior se continúa por la margen izquierda de la quebrada Pirú aguas arriba hasta dar con el punto marcado en el plano con la letra "C", situado sobre la misma orilla de la mencionada quebrada. La línea recta que une los puntos "B" y "C" tiene una longitud de nueve mil doscientos metros (9.200 mts.) y un rumbo Sur ochenta y dos grados cero minutos Oeste (S. 82º 00' W.). 3) Del punto "C" anterior se sigue en línea recta con rumbo Sur sesenta y nueve grados veinte minutos Oeste (S. 69º 20' W.), por una distancia de nueve mil ochocientos cincuenta metros (9.850 mts.), hasta dar al punto marcado en el plano con la letra "D". 4) Del punto "D" anterior se continúa al Norte por una distancia de siete mil cuatrocientos cincuenta metros (7.450 mts.), hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "E". 5) Del punto "E" anterior se continúa en línea recta por una distancia de veinte mil ciento diez metros (20.110 mts.), con rumbo Norte diez y siete grados veinticinco minutos Este (N. 17º 25' E.), hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "F". 6) Del punto "F" anterior se continúa en línea recta al Este, coincidiendo parte de esta línea con todo el lindero Sur de la concesión Floresanto, traspasada al Sindicato de Inversiones, S. A. Este trayecto tiene distancia de diez y siete mil veinte metros (17.020 mts.) y termina en el punto marcado en el plano con la letra "G", vértice sur oriental de la concesión Floresanto mencionada. 7) Del punto "G" anterior se continúa en línea recta con rumbo Sur cinco grados cuarenta y cinco minutos Oeste (S. 5º 45' W.), por una ditsancia de dos mil trescientos metros (2.300 mts.), hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "H", situado sobre la orilla izquierda del Río Sinú. 8) Del punto "H" anterior se continúa por la margen izquierda del Río Sinú, aguas arriba hasta dar al punto "A" de partida de la alinderación. La línea recta que une los puntos "H" y "A" tiene un rumbo de Sur treinta y siete grados cuarenta y tres minutos Este (S. 37º 43' E.) y una longitud de tres mil cuarenta metros (3.040 mts.). Sobre el mojón colocado en el punto de partida "A" se hicieron las observaciones para la determinación de la declinación magnética. Todos los rumbos descritos en la alinderación anterior se refieren al meridiano astronómico o verdadero; y por estar el área de la pro-

puesta delimitada en más de su cuarta parte (trayectos H—A—B—C) por linderos arcifinios estables e inequívocos, se ha prescindido de la determinación de las coordenadas geográficas del punto de partida".

A esta concesión de petróleo solicitada por el señor Smith se opuso la "Compañía Explotadora de Petróleos, S. A.", alegando que dentro de los linderos de la propuesta se hallaban comprendidas dos minas de petróleo de su propiedad, denominadas "López" y "Galbán", las cuales habían sido adjudicadas por el Estado mientras estuvo en vigencia el artículo 112 de la ley 110 de 1912.

La mina "López" se halla ubicada en la comprensión municipal de Montería, en el paraje denominado "López", situado en la quebrada de "Las Parumas", y alinderada así: "Situado el perito en el punto donde está la manifestación de petróleo, midió para el Este mil quinientos (1.500) metros; de allí para el Norte, mil quinientos (1.500) metros, en cuyo extremo se puso el primer mojón; de allí hacia el Oeste, tres mil (3.000) metros, donde se puso el segundo mojón; de allí midió con rumbo Sur tres mil (3.000) metros, donde se puso el tercer mojón; de allí para el Este midió tres mil (3.000) metros, al fin de los cuales se puso el cuarto mojón; y de éste último punto midió para el Norte mil quinientos (1.500) metros, hasta cerrar la figura".

La mina "Galbán" también se halla ubicada en el municipio de Montería, a la orilla de la quebrada de Los Pescados, en el paraje denominado "Galbán", y deslindada así: "Situado el perito en el punto donde está la manifestación de petróleo, midió hacia el Este mil quinientos (1.500) metros; de aquí midió para el Norte mil quinientos (1.500) metros, en cuyo extremo se colocó el primer mojón; de aquí al Oeste, tres mil (3.000) metros, donde se colocó el segundo mojón; de este punto hacia el Sur, otros tres mil (3.000) metros, donde se colocó el tercer mojón; de aquí hacia el Este, tres mil (3.000) metros, en cuyo extremo se colocó el cuarto mojón; y de éste último punto hacia el Norte, mil quinientos (1.500) metros, hasta cerrar la figura que resultó ser un cuadrado de tres mil (3.000) metros por lado".

De acuerdo con el artículo 5º de la ley 160 de 1936, una y otra oposición y la propuesta respectiva fueron remitidas por el Ministerio de Minas y Petróleos a esta Sala de la Corte, donde al asunto se le ha dado el trámite sumario que le corresponde, hasta ponerlo en estado de decidir ahora sobre el mérito de las oposiciones.

Los títulos de las minas "López" y "Galbán"

Los títulos presentados por la parte opositora, dirigidos a fundar sus pretensiones, son los siguientes:

1º Copia de la escritura pública número 854 de 20 de noviembre de 1922 de la Notaría 2ª de Cartagena, por la cual se protocolizó el título de adjudicación de la mina de petróleo llamada "López", que fue expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 29 de octubre de 1913, a favor de Diego Martínez & Cía., de Lorica, Diego Martínez & Cía. de Cartagena, Manuel Burgos & Cía., de Berástegui y Prisciliano Cabrales, de Montería. El título en referencia fue debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Montería;

2º Copia de la escritura pública número 1241 de 19 de diciembre de 1913 de la Notaría de Cartagena, en que aparece protocolizado el título de adjudicación de la mina de petróleo denominada "Galbán", expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 18 de octubre de 1913 a favor de Diego Martínez & Cía., de Cartagena, Diego Martínez & Cía., de Lorica, Manuel Burgos & Cía., de Berástegui, y Prisciliano Cabrales, de Montería. Este título figura inscrito en la Oficina de Registro de Montería en el Libro número 1;

3º Copia de la escritura pública número 279 de 20 de abril de 1920 de la Notaría Segunda de Cartagena, en la cual aparecen protocolizados dos recibos expedidos el 12 de febrero del mismo año por el Administrador de Hacienda Nacional de Cartagena, cada uno por ochenta pesos ($ 80.00) y sobre el pago del derecho a perpetuidad de las minas "López" y "Galbán", ubicadas en el municipio de Montería;

4º Copias de las escrituras número 1274 de 29 de diciembre de 1913, número 341 de 13 de abril de 1914 y número 300 de 31 de mayo de 1938, todas otorgadas en la Notaría de Cartagena y debidamente registradas. Por la primera escritura se constituyó la "Compañía Explotadora de Petróleo del Río Sinú", con el objeto de "poner en estado de explotación" varias minas de petróleo, entre otras las llamadas "López" y "Galbán", que fueron aportadas a la sociedad; por la escritura número 341 se introdujeron algunas modificaciones a la constitución de la sociedad mencionada, como la de cambiarle el nombre por el de "Compañía Explotadora de Petróleos"; y por la escritura número 300 se constituyó la "Com-

pañía Explotadora de Petróleos, S. A.", a la cual se traspasó el activo y el pasivo de aquella Compañía, entre cuyos bienes figuraban las minas "López" y "Galbán";

5º Dos certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Montería sobre las tradiciones de dominio relacionadas anteriormente, a partir de la adjudicación de las minas de petróleo "López" y "Galbán", y donde aparece que la propiedad actual de éstas corresponde a la "Compañía Explotadora de Petróleos, S. A."; y

6º Un certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena de 6 de febrero 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

De acuerdo con los documentos protocolizados en la Notaría de Cartagena mediante escritura número 854 de 20 de noviembre de 1922 y número 1241 de 19 de diciembre de 1913, los títulos de las minas de petróleo "López" y "Galbán" fueron legalmente expedidos por la Gobernación del Departamento de Bolívar, durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912. Allí aparecen los avisos de descubrimiento y los correspondientes escritos de denuncia; las diligencias de mensura, amojonamiento y posesión de las minas, previas las formalidades de carteles, pregones, etc.; la constancia de haberse hecho el pago de los derechos fiscales; la orden de expedir los títulos, y las adjudicaciones propiamente dichas, o sea la expedición de los títulos con las firmas del Gobernador y del Secretario de Hacienda del Departamento de Bolívar. Hay además constancia de que esos títulos fueron debidamente registrados.

Según esto, desde el punto de vista formal los títulos de adjudicación no ofrecen reparo alguno y son suficientes para acreditar la propiedad privada del petróleo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 160 de 1936.

La ubicación de las minas

Conforme a los títulos de origen, la medición de la mina "López" se efectuó partiendo de un pozuelo o manifestación de petróleo situado en la quebrada de "Las Parumas", y la medición de la mina "Galbán" partiendo de otro pozuelo de petróleo situado a la orilla de la quebrada de "Los Pescados". Sin embargo, en los planos presentados por la compañía opositora figura localizada la mina "López" a la orilla de la quebrada "Machetes" y la mina "Galbán" en la quebrada "Bujo", sin que pueda saberse a qué se debe esa localización.

Por estas y otras razones observó la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, al estudiar las oposiciones de que se trata:

"Falta la prueba sobre la determinación precisa de las minas "López" y "Galbán", porque, según los planos que acompaña la compañía opositora, ni tales minas están localizadas en los sitios que rezan las diligencias de mensura y posesión respectivas, ni fueron demarcadas en la forma prescrita por la ley, ni los rumbos y longitudes que se les fijan —en tal plano— a sus linderos corresponden a la realidad...".

Sin embargo, la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A., no se preocupó por esclarecer estos puntos ante la Sala, de modo que pudiera saberse con exactitud si las minas "López" y "Galbán" están comprendidas dentro del área de la propuseta del señor Smith. Con este objeto se solicitó una inspección ocular que no pudo practicarse por abandono de la compañía opositora.

En estas circunstancias, falta una de las demostraciones indispensables en toda oposición, pues, como lo ha dicho la Corte 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 las consideraciones anteriores, 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 son fundadas las oposiciones de la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A., formuladas a la propuesta de exploración y explotación de petróleos del señor Homer J. Smith, en relación con las minas de petróleo "López" y "Galbán".

El doctor Germán Silva Azuero es apoderado de la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A., conforme a los poderes que a su nombre le confirió el señor Henrique G. de Pombo, gerente en ejercicio de la expresada Compañía.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

AL DEMANDANTE INCUMBE LA PRUEB A TANTO DE SU PERSONERIA COMO DE LA DEL DEMANDADO Y DE LA PERSONERIA DE AQUEL A QUIEN DESIGNA COMO REPRESENTANTE DE ESTE

Dentro del conocidísimo principio de derecho conforme al cual corresponde al demandante la carga de la prueba, el actor está obligado a acreditar no sólo su propia personería, sino también la de la persona o entidad contra quien dirige la acción, por cuanto una y otra constituyen presupuestos procesales necesarios para la viabilidad jurídica de la controversia. Con la sola diferencia de que, tratándose de la primera, esa prueba debe producirse forzosamente con la demanda, en tanto que la correspondiente a la segunda puede ser reservada para el respectivo término probatorio, como así se deduce del contenido del artículo 231 del C. J., cuando dice: "El demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de que la persona a quien designa como representante del demandado, lo es en realidad; si el designado se da por tal, sin serlo y sin hacer objeción alguna, se hace responsable de los perjuicios que por el engaño se ocasionen a las partes".

Y es porque, dentro de la suerte misma de los derechos controvertidos en el juicio, la legitimación de la personería de las partes que en él intervienen, es cuestión que sólo interesa al demandante. Porque si la representación del demandado es defectuosa, el resultado final será el de una actuación tocada de nulidad, que sólo al demandante puede perjudicar; para el demandado, en cambio, la actuación que así se adelantara, si susceptible de ocasionarle perjuicios de que el presunto representante debe responderle, no puede comprometer, sin embargo, la eficacia misma de los derechos que pretendieron discutírsele, porque jurídicamente será siempre res inter alios. **Luego, siendo el interés la causa de la acción, al demandante en quien radica ese interés, corresponde el deber de comprobarla.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante proveído de treinta y uno de enero del año próximo pasado, el Tribunal Superior de Santa Marta decidió desconocer la personería del doctor Rafael Martínez Sarmiento designado por el Gobernador del Magdalena como apoderado del Departamento demandado, con base en la consideración de no estar demostrado que el doctor Joaquín Campo Serrano que en aquella calidad otorgó el poder, ejerciera las funciones de Gobernador.

Contra esta providencia interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación el propio doctor Martínez Sarmiento; y como el primero no prosperara, le fue otorgado el segundo, que tramitado en regular forma, se procede a resolver por la Corte, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Dentro del conocidísimo principio de derecho conforme al cual corresponde al demandante la carga de la prueba, el actor está obligado a acreditar no sólo su propia personería, sino también la de la persona o entidad contra quien dirige la acción, por cuanto una y otra constituyen presupuestos procesales necesarios para la viabilidad jurídica de la controversia. Con la sola diferencia de que, tratándose de la primera, esa prueba debe producirse forzosamente con la demanda, en tanto que la correspondiente a la segunda puede ser reservada para el respectivo término probatorio, como así se deduce del contenido del artículo 231 del C. J., cuando dice: "El demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de que la persona a quien designa como representante del demandado, lo es en realidad; si el designado se da por tal, sin serlo y sin hacer objeción alguna, se hace responsable de los perjuicios que por el engaño se ocasionen a las partes".

Y es porque, dentro de la suerte misma de los derechos controvertidos en el juicio, la legitimación de la personería de las partes que en él in-

tervienen, es cuestión que sólo interesa al demandante. Porque si la representación del demandado es defectuosa, el resultado final será el de una actuación tocada de nulidad, que sólo al demandante puede perjudicar; para el demandado, en cambio, la actuación que así se adelantara, si susceptible de ocasionarle perjuicios de que el presunto representante debe responderle, no puede comprometer, sin embargo, la eficacia misma de los derechos que pretendieron discutírsele, porque jurídicamente será siempre **res inter alios.** Luego, siendo el interés la causa de la acción, al demandante en quien radica ese interés, corresponde el deber de comprobarla. Si así no fuera; si la obligación de probar la legítima representación del demandado debiera corresponderle a éste, el juicio no podría surtirse, precisamente porque la demanda no podría notificarse sin dicha prueba, ni ésta exhibirse sino en fuerza de la notificación. Y si la persona a quien se hace la notificación tiene la calidad de legítimo representante para el efecto de recibirla válidamente, sería absurdo, como lo sostiene el Tribunal, negársela para el efecto de ejercitar las funciones inherentes a la calidad de parte que le otorgó esa misma notificación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, **revoca** el auto de treinta y uno de enero del año próximo pasado que ha sido objeto de la apelación y en su lugar **Resuelve:** Reconócese al doctor Rafael Martínez Sarmiento, mayor y vecino de Santa Marta, como apoderado del Departamento del Magdalena en los términos y para los efectos del memorial-poder que obra a folio 6 del cuaderno principal.

Notifíquese personalmente al señor Gobernador del Magdalena, para cuyo efecto se librará el correspondiente despacho al señor Juez 1º Civil del Circuito de Santa Marta, a quien se comisiona para el efecto; y a la parte demandante, por anotación en estado.

No hay costas.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta. Srio.



OPOSICION A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL.—A LOS OOSITORES CORRESPONDE DEMOSTRAR EL HECHO DE LA SUPERPOSICION DEL TERRENO DE LA PROPUESPUESTA Y DEL QUE AFIRMAN ES DE PROPIEDAD PRIVADA

Los opositores afirman que dentro del lote de la propuesta se encuentra comprendido un terreno —el descrito en el hecho 3º de la demanda— cuyo subsuelo es de propiedad particular. De consiguiente a ellos les correspondía, tanto por esta circunstancia, cuanto por la índole de sus pretensiones, demostrar el hecho de la superposición alegada.

Ocurre, sin embargo, que esta prueba no se ha aportado al proceso. Los opositores apenas se han limitado a anotar la circunstancia de que el río San Alberto del Espíritu Santo figura como lindero del terreno de la oposición. Pero es claro que esto solo no es suficiente para demostrar la superposición alegada, ya que puede suceder que únicamente se trate de terrenos limítrofes, o que el río San Alberto del Espíritu Santo le sirva de lindero a uno y otro terreno en distinto sector de su curso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

Por resolución de fecha doce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 144, referente a un globo de terreno de cuarenta y nueve mil ochocientas setenta y cuatro hectáreas con tres mil seiscientos veinticuatro metros cuadrados (49.874 hect. 3.624 m2), ubicado en los municipios de Aguachica y Río de Oro, del Departamento del Magdalena, y posiblemente en el Municipio de Abrego, del Departamento de Norte de Santander, comprendido por los siguientes linderos:

"Partiendo de un punto "A" cuyas coordenadas geográficas son: latitud 7º 50' 28".44 ± 0"53 al Norte; longitud 4 h. 54 m. 40 s. 98 ± 0s. 04 al Oeste de Greenwich, ubicado en el sitio llamado "Las Pavas", en la margen derecha del río Cáchira o Cáchira del Espíritu Santo, donde se construyó una pilastra de concreto, se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de N 69º 11' 52". 255 E. una distancia de treinta mil ciento sesenta y cinco metros con tres mil seiscientos cuarenta y seis diezmilímetros (30.165,3646 M.) para llegar al punto "B"; a partir de este punto "B", se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de S 12º 28' 49" E. una distancia de diez y ocho mil cuatrocientos metros (18.400 m.) para llegar al punto "C", situado sobre el río San Alberto del Espíritu Santo; de este punto "C", se toma por el río San Alberto del Espíritu Santo, aguas abajo, hasta llegar al punto "D", donde comienza el brazo del río San Alberto del Espíritu Santo que va a la quebrada del Hoyo, siendo la distancia en línea recta entre los puntos "C" y "D" de quince mil novecientos metros (15.900 m.) y el rumbo verdadero de S 48º 25' 37" W; del punto "D" se continúa por el río San Alberto del Espíritu Santo, aguas abajo, hasta llegar al punto "E", situado en la desembocadura del río San Alberto del Espíritu Santo en el río Cáchira o Cáchira del Espíritu Santo, siendo la distancia en línea recta entre los puntos "D" y "E" de veinticuatro mil novecientos setenta metros (24.970m.) y el rumbo verdadero de N 53º 05' 36" W; del punto "E" se continúa por la margen derecha del río Cáchira o Cáchira del Espíritu Santo, aguas abajo, hasta llegar al punto de partida "A", siendo la distancia de la recta que une los puntos "E" y "A" de dos mil ochocientos veinticinco metros con setecientos treinta y seis milímetros (2.825,736 m) y el rumbo verdadero de N 6º 22' 42".45 W".

A esta propuesta de explotación de petróleos, presentada inicialmente al Ministerio por el Sr. Miguel Samper y después traspasada por éste a la Cía. de Petróleo Atlántico S. A., formularon oportunamente oposición los señores Carlos Daniel Roca Niz, Joaquín Roca Niz, Manuel Roca Niz, María

Roca de Brokate, Magdalena Roca de Jácome Niz y Guillermo Roca Niz, alegando que dentro del globo de la concesión solicitada se hallaba comprendido un terreno de su propiedad conocido con el nombre de **Río de pescado**, cuyo subsuelo petrolífero era de propiedad particular por haber salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Entre los hechos de la oposición se destacan los marcados con los números 3º, 4º, 5º, 6º y 7º, que son del tenor siguiente:

"3º Dicha propuesta se refiere a terrenos de los cuales gran parte de su área se superpone o cubre gran parte también de un terreno conocido con el nombre de **Río del pescado**, ubicado en el Municipio de Río de Oro, Departamento del Magdalena, deslindado así: "Desde el paso real de la quebrada de Las Guaduas, por el antiguo camino de San Vicente, aguas arriba por dicha quebrada hasta ponerse en frente de una posesión de Germán Salazar, hacia el norte: de este punto en línea recta al oriente, hasta encontrar la quebrada de San Andrés, llamada también de San Alberto o Espíritu Santo, aguas abajo hasta su desembocadura en el río Lebrija, siguiendo éste aguas abajo hasta la desembocadura o confluencia de la quebrada de La Raya en dicho río; tomando éste aguas arriba hasta el punto de La Barqueta o Astillero; de aquí se toma en línea recta hasta encontrar con terrenos del señor Manuel María Ujueta, y siguiendo la misma dirección hasta encontrar la quebrada de Tisquirama; siguiendo ésta aguas arriba hasta encontrar el lindero que tiene en su escritura el señor Felipe Quintero Navarro, y de este punto línea recta hasta encontrar el paso real, camino de San Vicente, de la quebrada de Las Guaduas, primer lindero.

"4º El lote de terreno descrito por sus linderos en el hecho 3º se encuentra comprendido dentro de otro con mayor extensión, deslindado así: "Por el río del Pescado, desde donde se junta dicho río con el de Cachirí, siguiendo para el occidente hasta juntarse con el río llamado Lebrija; siguiendo éste para el mismo occidente hasta encontrar el río Magdalena; de este punto siguiendo río abajo para el norte hasta ponerse al frente del "Cerro Pelado", que está hacia el oriente; de este punto siguiendo para dicho oriente por sobre el citado "Cerro Pelado" y línea divisoria de las antiguas provincias de Ocaña y Pamplona, hasta la cabecera de la quebrada de San Pablo y las jurisdicciones; de este punto siguiendo toda la quebrada dicha de San Pablo para el sur, hasta entrar al citado río del Pescado; de este abajo a su primer lindero, juntas de este río con el de Cachirí, lindando quebrada de San Pablo por medio con terrenos que fueron de Luciano Jaimes, y río del Pescado por medio con terrenos de José María Valenzuela.

"5º El lote de terreno descrito por linderos en el hecho 4º hace parte a su vez de un terreno con mayor extensión que fue concedido mediante mercedes hechas en la época colonial por el Soberano Español al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, a Joseph Naranjo y a Cristóbal Vallejo, como se acredita plenamente con copia auténtica de los documentos que luego mencionaremos y que acompañamos a esta demanda.

"6º Los terrenos de las referidas mercedes reales que cubren los lotes de terreno descritos en los hechos 3º y 4º salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y desde entonces no han vuelto a ingresar a dicho patrimonio.

"7º Los dueños de la superficie del terreno determinado en el hecho 3º de esta demanda son dueños igualmente del subsuelo de dicho terreno y, consecuencialmente, del petróleo que se encuentre tanto en sl suelo como en el subsuelo de los mismos terrenos".

En vista de los hechos alegados por los opositores y de las pruebas acompañadas con su demanda, el Ministerio de Minas y Petróleos remitió el asunto a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, donde ahora se procede a dictar el correspondiente fallo de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, con la advertencia de que durante el trámite de esta etapa judicial no se solicitaron nuevas pruebas por los opositores, que ni siquiera alegaron ante la Sala.

Las pruebas de la oposición

Las únicas pruebas aducidas por los opositores, con el propósito de demostrar el derecho que les asiste en su demanda, son las siguientes:

a) Copia de las hijuelas de los opositores Carlos Daniel Roca Niz, Joaquín Roca Niz, Manuel Roca Niz, María Roca de Brokate y Magdalena Roca de Jácome Niz en la sucesión del señor Manuel Roca Rincón, hijuelas que se hallan debidamente registradas y en las cuales aparece que a cada uno de tales opositores se le adjudicó una

"séptima parte de los terrenos denominados Río del Pescado", por los linderos enunciados en el hecho 3º de la demanda. (Escritura número 294 de 17 de julio de 1914 de la Notaría de Ocaña).

b) Copia de las hijuelas de Sara Roca de Jácome y Luis Felipe Roca Niz en la expresada sucesión del señor Manuel Roca Rincón, en que consta que a cada uno de ellos, que no son opositores, se le adjudicó también una séptima parte de los terrenos del Río del Pescado. (Escritura número 294 de 17 de julio de 1914 de la Notaría de Ocaña).

c) Copia de la escritura pública número 372 de 24 de mayo de 1920 de la Notaría de Ocaña, por medio de la cual los señores Ulpiano A. de Valenzuela, Carlos de Valenzuela y Elvira Valenzuela de Germán Ribón, de una parte, y los herederos antes nombrados del señor Manuel Roca Rincón, de otra parte, precisaron la línea divisoria de los terrenos del Río del Pescado con terrenos de los señores Valenzuela.

d) Copia de la escritura pública número 583 de 16 de septiembre de 1893 de la Notaría de Ocaña, por medio de la cual el señor Manuel Márquez vendió a Manuel Roca Rincón y a Natividad Posada R., "la mitad de los terrenos conocidos con el nombre del 'Río del Pescado'", por los linderos a que se refiere el hecho 3º de la demanda de oposición. La copia figura con el correspondiente registro.

e) Copia debidamente registrada de la escritura número 203 de 9 de octubre de 1877 de la Notaría del Circuito de Girón, por la cual Samuel Gómez vendió el mencionado terreno del "Río del Pescado" a Manuel Márquez.

f) Copia debidamente registrada de la escritura pública número 168 de 14 de abril de 1873 de la Notaría del Circuito de Bucaramanga, en la cual consta que el señor Juan de Dios Vargas Parra dio en venta a Samuel Gómez un globo de tierra ubicado en el sitio del "Río del Pescado", comprendido este globo por los linderos de que trata el hecho 4º de la demanda de oposición.

g) Copia de tres escrituras sobre venta de derechos en la herencia de Antonio José Rincón y Antonia Moreno, vinculados a varios terrenos, entre otros el del Pescado; ventas hechas a favor de Juan de Dios Vargas Parra por Evangelista Rincón, Fermín Rincón y Timoteo Rincón en 1840, 1843 y 1853. La primera de estas escrituras no aparece registrada.

h) Copia de la escritura pública número 1087 de 22 de julio de 1937, de la Notaría Primera de Bucaramanga, sobre protocolización de documentos en que aparece que Antonio José del Rincón remató en 1768 la hacienda de Cáchira de Tejada, "inclusive las diez y nueve estancias del Río del Pescado", en la sucesión del presbítero Bartolomé Sánchez de Molleda.

i) Copia del expediente contentivo de la Capellanía constituída por Angela Rodríguez de León sobre la hacienda denominada Río del Pescado, en el año de 1752.

j) Y Copia auténtica de las mercedes coloniales hechas en la primera mitad del siglo XVIII al Gobernador Juan Marrufo y Negrón, a Miguel Francisco de los Ríos Redondo, a Joaquín Naranjo y a Cristóbal Vallejo, mercedes de las cuales se hace derivar la propiedad privada del petróleo que pueda existir en el terreno de la oposición.

Concepto de la Procuraduría

Opina el señor Procurador Delegado en lo Civil que en el presente caso debe acogerse el concepto emitido por la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, según el cual el terreno de las mercedes coloniales invocadas por los interesados no se superpone en el de la propuesta de la Compañía de Petróleo Atlántico S. A. considera el señor Procurador Delegado que ese concepto técnico debe ser estimado por la Corte, ya en razón de sus fundamentos, ya por no haber sido desvirtuado en el curso del juicio.

Dice así el señor Agente del Ministerio Público:

"No habiendo sido desvirtuadas, pues, en el presente juicio las conclusiones a que llegaron los funcionarios del Servicio Técnico del Ministerio, ellas siguen en pie y, en opinión de este despacho, deben acogerse al pronunciarse el fallo definitivo. Porque si es cierto que los conceptos de esta naturaleza, emitidos por funcionarios técnicos, en principio no obligan a la H. Corte en sus decisiones, no es menos cierto que ésta no puede desconocerlos cuando tales conceptos no se hayan desvirtuado suficientemente en el juicio breve y sumario o no aparezcan claros motivos de orden legal que los contradigan. Refiriéndose a los conceptos de carácter técnico emitidos por los funcionarios del Ministerio de Minas y Petróleos, ha dicho esa H. Corte que 'ésta debe tener claros fundamentos de orden legal para apartarse de ellos cuando no han sido desvirtuados por los interesados por los medios probatorios conducen-

tes, ya ante el Ministerio, ya ante la Corte, sobre todo cuando tales conceptos y observaciones emanan de una oficina de carácter técnico, como lo es la adscrita al Ministerio para la ejecución de planos, medidas, etc.' ".

Consideraciones de la Sala

Según se ha visto, los opositores afirman que dentro del lote de la propuesta de la Compañía de Petróleo Atlántico S. A. se encuentra comprendido un terreno —el descrito en el hecho 3º de la demanda— cuyo subsuelo es de propiedad particular. De consiguiente a ellos les correspondía, tanto por esta circunstancia cuanto por la índole de sus pretensiones, demostrar el hecho de la superposición alegada.

Ocurre, sin embargo, que esta prueba no se ha aportado al proceso. Los opositores apenas se han limitado a anotar la circunstancia de que el río San Alberto del Espíritu Santo figura como lindero de la propuesta y al propio tiempo como lindero del terreno de la oposición. Pero es claro que esto solo no es suficiente para demostrar la superposición alegada, ya que puede suceder que únicamente se trate de terrenos limítrofes, o que el río San Alberto del Espíritu Santo le sirva de lindero a uno y otro terreno en distinto sector de su curso.

De otro lado, la Corte carece de fundamento para deducir si el terreno de la oposición hace parte, como lo sostienen los interesados, de las tierras a que se refieren las mercedes coloniales otorgadas a favor de los señores Juan Marrufo y Negrón, Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Joaquín Naranjo y Cristóbal Vallejo .A la luz de la simple tradición que reflejan los títulos, cómo se podría saber, por ejemplo, si las tierras rematadas en 1768 por Antonio José del Rincón dentro de la sucesión del presbítero Bartolomé Sánchez de Molleda —"la hacienda de Cáchira de Tejada con su anexo, inclusive las diez y nueve estancias del Río del Pescado"— corresponden a las mismas tierras de las mercedes coloniales aludidas, las cuales sólo se sabe que debían quedar "en el sitio que llaman la quebrada da La Mona jurisdicción de la ciudad de Pamplona, río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena"?

Agrégase a lo expuesto que ya la Corte hubo de fijar el alcance y eficacia de las mercedes coloniales de que ahora se trata por sentencia de fecha catorce de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, cuyas razones ni siquiera han intentado rebatir los opositores a la propuesta de la Compañía de Petróleo Atlántico S. A. En ese fallo dijo la Corte, refiriéndose a la presunta ubicación de las tierras objeto de tales mercedes:

"Para la Corte el área comprendida por las mercedes coloniales hay que entenderla localizada en una zona del río del Pescado, muy distante del río Magdalena, lo que no le permite aceptar como válidos los títulos en que se apoya la oposición en cuanto se pretende que abarcan una extensa porción de terrenos, limítrofe del río Lebrija. Y como la propuesta del señor Hernando Franco se extiende a ambas márgenes de este río, en una zona a la cual, en opinión de la Sala, no llegarían las mercedes coloniales, dedúcese claramente, por esta última consideración, síntesis de todas las que se han hecho referentes a la oposición de la Richmond Petroleum Company of Colombia, que esa oposición es infundada porque los títulos en que se basa son ineficaces, porque el área presunta que jurídicamente deben encerrar no se extiende al área de la propuesta". (Gaceta Judicial. Tomo LVIII, Nº 2016, pág. 437).

Esta apreciación de la Corte, que no hay razones para rectificar ahora, le sirvió a la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos para emitir el siguiente concepto, al estudiar la oposición de que se viene hablando:

"Ahora bien: si la H. Corte Suprema de Justicia conceptuó que "el área comprendida por las mercedes coloniales hay que entenderla localizada en una zona del río del Pescado', y que 'la propuesta del señor Hernando Franco (la Nº 58) se extiende a ambas márgenes' del río Lebrija, 'en una zona a la cual, en opinión de la Sala, no llegarían las mercedes coloniales', puesto que entre éstas y aquélla hay una distancia aproximada de 18 kilómetros, lógicamente se deduce que el área solicitada por el señor Miguel Samper (propuesta Nº 144), menos puede superponerse en la de tales mercedes, ya que entre una y otras se lee una distancia mínima de 37 kilómetros, o sea que su separación es más del doble de la que le sirvió a la H. Corte para dictar el precitado fallo, el cual es aplicable en un todo al caso que nos ocupa".

De donde se desprende que ni en el supuesto de que los títulos de origen cobijaran el terreno de la oposición —el descrito en el hecho 3º de la demanda— podría aceptarse la superposición de dicho terreno en el de la propuesta, desde luego que esta circunstancia carece de todo res-

paldo probatorio en el proceso. Antes bien, según el concepto de la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, entre la zona en que pudieran quedar las tierras de las mercedes coloniales y el área de la propuesta media una distancia mínima de 37 kilómetros.

No sobra agregar, por último, que el señor Guillermo Roca Niz ni siquiera ha demostrado ser condueño en el terreno sobre que versa la oposición de que se viene hablando.

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, **declara** que es infundada la oposición de los señores Carlos Daniel Roca Niz, Joaquín Roca Niz, Manuel Roca Niz, María Roca de Brokate, Magdalena Roca de Jácome Niz y Guillermo Roca Niz a la propuesta de exploración y explotación de petróleos de la Compañía de Petróleo Atlántico S. A. propuesta registrada en el Ministerio del ramo bajo el número 144.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry—Gerardo Arias Mejía—Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles— Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE DECLARACION DE QUE UN AS TIERRAS Y EL SUBSUELO DE ELLAS SON DE DOMINIO PRIVADO.—EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

A no dudarlo, bien se puede afirmar que tanto el Tribunal como el señor Procurador Delegado en lo Civil han informado su criterio, para llegar a la conclusión en que están acordes, de que el Tribunal no tiene competencia y la demanda es inepta, en considerar que las peticiones que se formulan en la demanda sobre exclusión de los terrenos o haciendas de que ella trata, de la superficie del globo general a que se contraen las propuestas hechas, una vez que se declare que el subsuelo es de propiedad particular, tienen el carácter de oposición a dichas propuestas, sin considerar asimismo que una petición de tal naturaleza es apenas la consecuencia jurídica obligada de la declaración de dominio, porque es lógico suponer que, aún sin que lo pidiera el demandante al hacer la declaración de dominio particular, implícitamente se dispondría que el terreno sobre el cual versa quedara excluído de las propuestas o del contrato ya celebrado, por cuanto precisamente esa es la finalidad práctica que se persigue con esta clase de litigios, y no una mera declaración platónica de dominio, como lo dijera esta Sala al conocer de un caso semejante al que hoy ocupa su atención.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor Simón Gómez de Lavalle manifestando obrar en su propio nombre y como mandatario judicial de los señores Luis Bustamante Rodríguez, Francisco Bustamante Iriarte, Luis Mariano Bustamante Iriarte, Vicente Bustamante Iriarte y Alfonso Patrón Bustamante, todos como sucesores y causahabientes de Antonio Rodríguez de la Torre y el Capitán don Toribio de Bustamante y Mier, en libelo fechado el 24 de agosto de 1946, propuso, ante el Tribunal Superior de Cartagena, demanda ordinaria contra la Nación, representada por el respectivo Fiscal, tendiente a obtener: declaración de dominio, a favor de los sucesores y causahabientes de los mentados Rodríguez de Latorre y Bustamante y Mier, de los globos de terreno o haciendas de campo denominadas **Zispataca, Zispataca la Vieja** y **Castillejo,** la una, y **San José del Algarrobo,** la otra, así del suelo como del subsuelo petrolífero, ubicadas ambas en jurisdicción del Distrito de San Benito Abad, en el Departamento de Bolívar, por los linderos que se mencionan en la primera petición de la demanda; exclusión de dichos globos de terreno de la superficie de las propuestas números 191 y 192, formuladas por los señores Alfredo Londoño y Guillermo Uribe Holguín, respectivamente, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, según aviso publicado en el número 25600 del "Diario Oficial", páginas 298 y 299, así como del contrato o contratos correspondientes que se perfeccionen o se hubieren perfeccionado entre el Gobierno Nacional y dichos señores, y, además, como consecuencia de las anteriores peticiones, que los demandantes tienen derecho a solicitar la restitución de los productos que se exploten o hubieren explotado del subsuelo de tales terrenos al tiempo de pronunciarse la sentencia definitiva favorable para los propietarios de esos terrenos y del petróleo que en ellos se contenga, o su valor en dinero, a juicio de peritos. Subsidiariamente, que se declare que esos terrenos salieron legalmente del dominio del Estado y se radicaron en el patrimonio de los demandantes a virtud de hechos anteriores al 28 de octubre de 1873, perteneciendo por tanto el petróleo y demás substancias del subsuelo a personas particulares y no a la reserva del Estado; que los actuales propietarios de esos terrenos tienen derecho a solicitar del Gobierno Nacional la exclusión del área correspondiente a los mismos de la referente a las propuestas mencionadas formuladas por los señores Londoño y Uribe Holguín y asímismo de los contratos correspondientes celebrados o que llegaren a celebrarse; como también, que se deben las prestaciones y restituciones correspondientes a los productos explotados, a cargo de la

Nación. Subsidiariamente se piden también otras declaraciones cuya enunciación no se estima indispensable por ahora. La acción se apoya, en derecho, en el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, en la Recopilación de Indias de 1680, en la Real Cédula de San Ildefonso y en las disposiciones vigentes sobre dominio privado.

El Tribunal Superior de Cartagena, mediante auto de simple carácter interlocutorio proferido el 30 de noviembre de 1948, oportunamente apelado por los actores, se abstiene de fallar el negocio por ser inepta la demanda. Dice sobre el particular, que si bien el Tribunal "tiene competencia para conocer de las acciones de declaración de dominio de los terrenos a que el libelo se refiere y de los yacimientos de petróleo allí existentes, no la tiene en cambio para la oposición que en el libelo se formula a las propuestas números 191 y 192 hechas por los señores Alfredo Londoño y Guillermo Uribe Holguín ante el Ministerio de Minas y Petróleos, según el aviso publicado en el "Diario Oficial" número 25.600 de fecha 24 de julio de 1944, páginas 298 y 299. Tal oposición, por ministerio del artículo 5 de la Ley 160 de 1936, debe presentarse ante el Ministerio respectivo, y es de privativa competencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales".

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa que debe mantenerse la resolución recurrida en razón de parecerle jurídica la conclusión a que llega el Tribunal, de estarse en presencia de una indebida acumulación de acciones que deben proponerse ante distintas autoridades, en épocas y dentro de términos distintos, tramitarse por procedimientos exclusivos para cada una, y fallarse por funcionarios de no idéntica jerarquía judicial, por cuanto en su sentir, evidentemente, según lo apreció el Tribunal, unas súplicas entrañan acción de dominio, configurada en peticiones declaratorias de pertenencia y demandas de restitución, al paso que otras (principal y subsidiarias) constituyen una acción de oposición a las propuestas de contrato para explorar y explotar petróleos nacionales, formuladas ante el Ministerio del ramo por los prenombrados señores Londoño y Uribe Holguín, siendo competente para conocer de ésta, en única instancia, y por el procedimiento breve y sumario del artículo 1603 del C. J., esta Sala de Negocios Generales de la Corte, y de aquélla, en primera instancia, el respectivo Tribunal Superior, mediante juicio ordinario de mayor cuantía.

El apoderado del recurrente en esta instancia no presentó alegato alguno.

La Corte considera:

A no dudarlo, bien se puede afirmar que tanto el Tribunal como el señor Procurador Delegado en lo Civil han informado su criterio, para llegar a la conclusión en que están acordes, en considerar que las peticiones que se formulan en la demanda sobre exclusión de los terrenos o haciendas de que ella trata, de la superficie del globo general a que se contraen las propuestas hechas, distinguidas con los números 191 y 192, una vez que se declare que el subsuelo es de propiedad particular, tienen el carácter de oposición a dichas propuestas, sin considerar asimismo que una petición de tal naturaleza es apenas la consecuencia jurídica obligada de la declaración de dominio, porque es lógico suponer que, aún sin que el demandante lo pidiera, al hacer la declaratoria de dominio particular, implícitamente se dispondría que el terreno sobre el cual versa quedara excluído de las propuestas o del contrato, ya celebrado, por cuanto precisamente esa es la finalidad práctica que se persigue con esta clase de litigios y no una mera declaración platónica de dominio, como lo dijera esta Sala al conocer de un caso semejante al que hoy ocupa su atención.

En providencia de fecha 24 de marzo de 1949 (G. J. números 2070-2071), dictada en un juicio en que se planteaba idéntico problema jurídico, dijo la Corte lo siguiente, que se transcribe como fundamento de esta decisión:

"La expresión 'ineptitud sustantiva de la demanda' no se halla en las disposiciones sobre procedimiento. Fuera del caso especial del artículo 215 del C. J., los tres casos en que la demanda es inepta, indicados en el artículo 333 ibídem, se refieren a cuestiones de forma y no a lo sustancial de la litis. (G. J. T. XXX, pág. 97). En la doctrina se toma esta expresión como equivalente a carencia de acción, o sea para afirmar que la petición no es apta para obtener la declaración del derecho invocado. Pero la esencia del medio exceptivo o de defensa que el demandado opone al derecho del demandante con el fin de diferir, dilatar o enervar el adelantamiento del juicio, o para hacer extinguir o para negar la existencia del derecho que el actor hace valer, o cuyo reconocimiento o efectividad exige, no consiste en simples palabras sino que radica en el hecho propuesto o hallado por el juez como bastante para poner fin a la acción, al juicio, o para

dilatar éste. Por no radicar la excepción en las solas palabras, ha dicho la Corte que "El error en la denominación precisa de una excepción pertinente no puede ser obstáculo para que ella se tome en consideración y se reconozca si verderamente existe". (G. J. T. XLII, pág. 86).

"El hecho que el Tribunal aduce como fundamento de la sentencia que se revisa consiste en no ser él sino la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia la competente para decidir la cuestión de fondo, hecho que no tiene la calidad de perentorio de la acción sino del juicio, pues deja subsistente aquélla. Ese fundamento del fallo tiene, pues, la fisonomía legal de incompetencia de jurisdicción. La jurisdicción en lo judicial o tomada en función de justicia, y en cuestión 'internolentes' es la soberanía ejercida por el Estado por medio de los órganos respectivos, para declarar o imponer el derecho, o, como decía el artículo 75 de la Ley 72 de 1890, la facultad de administrar justicia, facultad limitada por el lugar donde se ejerce y por la competencia. La competencia la determina un elemento subjetivo, objetivo o territorial. En este juicio se contempla el primero de estos elementos, o sea el relacionado con el empleado o corporación llamada a conocer del pleito, pues el Tribunal afirma que no corresponde a él conocer de la controversia, luego plantea un caso de incompetencia de jurisdicción. Se dijo antes que el inconforme con una propuesta sobre exploración y explotación de hidrocarburos que no se opónga ante el ministerio del ramo y pierda así la oportunidad de que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema conozca del respectivo juicio sumario, puede, dentro de los dos años siguientes, contados como lo indica el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, intentar demanda ordinaria contra la Nación, juicio del cual corresponde conocer al Tribunal Superior en primera instancia. Como la incompetencia de jurisdicción no existe en el caso que se estudia y ella fue el fundamento aducido por el Tribunal para declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, la revocación de la sentencia se impone. El problema que con el recurso se ha planteado a la Sala y que circunscribe la competencia para resolver no se relaciona directamente con la cuestión de fondo sino con cuestión incidental, ocurrencia que no permite entrar ahora a lo que es materia propia del juicio, porque esa materia no fue siquiera tratada por el Tribunal y menos resolvió acerca de ella".

En razón de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, RESUELVE:

Revocar el auto dictado en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena, con fecha 30 de noviembre de 1948, y ordenar devolver el asunto a dicho Tribunal para que dicte sentencia definitiva sobre todas las súplicas de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y cúmplase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña — Jorge García Merlano, Oficial Mayor en ppdad.

MEDIDAS CAUTELARES DE SUSPENSION EN JUICIOS SOBRE DOMINIO DE PETROLEOS. — ESTAS MEDIDAS NO EXISTEN EN LA ACTUAL LEGISLACION. — MOMENTO DESDE EL CUAL EL DEMANDANTE EN ESTA CLASE DE JUICIOS PUEDE IMPETRAR LAS MEDIDAS PRECAUTELATIVAS DE QUE TRATA EL ARTICULO 959 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 28 de la ley 37 de 1931 fue sustituído por el artículo 7º de la ley 160 de 1936, que suprimió las referencias expresas que aquella disposición hacía a los artículos 407 y siguientes del anterior Código Judicial. De donde se sigue que la acción accesoria llamada "de suspensión", que solamente se dejó vigente en el actual Código Judicial "para los efectos del artículo 28 de la ley 37 de 1931" —según reza el artículo 1229 de dicha obra—, ni siquiera tiene hoy cabida en los juicios ordinarios sobre petróleo seguidos por el Estado, como ocurría en los casos previstos por la disposición que fue sustituída.

Por esto cuando el artículo 7º de la ley 160 de 1936 habla de la caución que puede dar el demandado para HACER CESAR LA SUSPENSION, tales expresiones no pueden tener otro sentido que el siguiente: si el demandado por la Nación no presta caución suficiente de conservación y restitución del inmueble y por eso el demandante pide el secuestro, se le suspende al demandado el goce de la cosa: no desde que se profiera contra él sentencia desfavorable y definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada (artículo 959, inciso 1º, del C. C.), ni desde que la Nación obtenga sentencia favorable de primera instancia (artículo 275 del C. J.) sino desde la presentación de la demanda (artículo 7º, inciso 5º de la ley 160 de 1936).

Es claro que en estos juicios sobre dominio en materia de petróleos el demandante puede impetrar las medidas preservativas de la cosa demandada de que trata el artículo 959 del Código Civil, pero siendo entendido que esas medidas no pueden ser hoy otras que el secuestro previsto expresamente en el artículo 275 del C. J. en vigencia, única disposición procedimental que reglamenta la facultad concedida en aquella norma. Sin embargo, la oportunidad para el secuestro es distinta según los casos: si el demandante es la Nación, el secuestro podrá solicitarse desde la presentación de la demanda, de acuerdo con el artículo 7º de la ley 160 de 1936; mientras que si se trata de un demandante particular, tal secuestro sólo podrá pedirse desde que se obtenga sentencia favorable de primera instancia, de conformidad con la norma general del precitado artículo 275 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro del juicio ordinario seguido ante el Tribunal Superior de Cartagena por el Municipio de San Jacinto contra la Nación, para que se declare que es de propiedad del demandante el petróleo que se encuentre en un globo de terreno conocido con el nombre de "Tierras de San Jacinto", solicitó el apoderado de dicho Municipio que se le ordene a la Nación, como entidad demanda, que suspenda cualquiera transacción u operación industrial que pueda perjudicar sus derechos, "como venta, cesión o transformación de la cosa demandada, y especialmente la celebración de contratos de exploración y explotación de petróleos, gases y demás hidrocarburos dentro del área del terreno a que se refiere la demanda".

Apoyó su solicitud el peticionario en el artículo 959 del Código Civil, en los artículos 407 y siguientes del anterior Código Judicial y en el artículo 28, inciso 2º, de la ley 37 de 1931.

El Tribunal de Cartagena negó la expresada petición del demandante por providencia de fecha veintitrés de julio de mil novecientos cuaren-

ta y nueve, basándose en que la medida impetrada no era procedente en el presente caso, especialmente por haber sido reemplazado el artículo 28 de la ley 37 de 1931 por el artículo 7º de la ley 160 de 1936, el cual no hace referencia a las disposiciones del antiguo Código Judicial que regulaban la acción accesoria "de suspensión".

Como el auto de que se trata fue apelado por el apoderado del demandante, la Corte procede ahora a revisarlo, después de agotado el trámite previsto por el artículo 502 del C. J.

Se considera:

Como lo observa el Tribunal, el artículo 28 de la ley 37 de 1931 fue sustituído por el artículo 7º de la ley 160 de 1936, que suprimió las referencias expresas que aquella disposición hacía a los artículos 407 y siguientes del anterior Código Judicial. De donde se sigue que la acción accesoria llamada "de suspensión", que solamente se dejó vigente en el actual Código Judicial "para los efectos del artículo 28 de la ley 37 de 1931"— según reza el artículo 1229 de dicha obra—, ni siquiera tiene hoy cabida en los juicios ordinarios sobre petróleo seguidos por el Estado, como ocurría en los casos previstos por la disposición que fue sustituída.

Por esto cuando el artículo 7º de la ley 160 de 1936 habla de la caución que puede dar el demandado para **hacer cesar la suspensión,** tales expresiones no pueden tener hoy otro sentido que el que le da el señor Procurador Delegado en lo Civil en el siguiente aparte de su alegato ante la Corte:

"Para dar hoy a este precepto una interpretación racional y útil, debe entenderse, a mi juicio, que su significado no puede ser otro que el siguiente: si el demandado por la Nación no presta caución suficiente de conservación y restitución del inmueble y por eso el demandante pide el secuestro, se le suspende al demandado el goce de la cosa: no desde que se profiera contra él sentencia desfavorable y definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada (artículo 959, inciso 1º, del C. C.), ni desde que la Nación obtenga sentencia favorable de primera instancia (artículo 275 del C. J.), sino desde la presentación de la demanda (artículo 7º, inciso 5º, de la ley 160 de 1936)".

Es claro que en estos juicios sobre dominio en materia de petróleos el demandante puede impetrar las medidas preservativas de la cosa demandada de que trata el artículo 959 del Código Civil, pero siendo entendido que esas medidas no pueden ser hoy otras que el secuestro previsto expresamente en el artículo 275 del C. J. en vigencia, única disposición procedimental que reglamenta la facultad concedida en aquella norma. Sin embargo, la oportunidad para el secuestro es distinta según los casos: si el demandante es la Nación, el secuestro podrá solicitarse desde la presentación de la demanda, de acuerdo con el artículo 7º de la ley 160 de 1936; mientras que si se trata de un demandante particular, tal secuestro sólo podrá pedirse desde que se obtenga sentencia favorable de primera instancia, de conformidad con la norma general del precitado artículo 275 del C. J.

En todo caso, es lo cierto que actualmente no hay lugar a las medidas cautelares "de suspensión" impetradas por el apoderado del Municipio de San Jacinto, medidas que ni siquiera podían proponerse contra el Estado durante la vigencia del anterior Código Judicial, como lo disponía el artículo 415 de dicha obra.

Por lo tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS — NULIDADES

1.—La validez o ineficacia de la prueba con que una de las partes busca acreditar los fundamentos de su demanda dentro del juicio no está definida por la ley como causal de nulidad, cuyos motivos taxativamente concreta a la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería y la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio (artículos 448 y ss. del C .J.).

2.—La Procuraduría impugna el cálculo de probabilidades de la vida de las personas certificado por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, por no estar precisamente catalogada esta certificación en la tarifa de pruebas señalada por la ley, pero esa certificación hace plena fe, como lo ha sostenido la Corte en repetidas ocasiones, por cuanto descansa en estudios técnicos hechos precisamente para la fijación de las primas de seguros de vida, y que por lo mismo convencen mucho más que lo que podría hacer un dictamen pericial ordinario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Por sentencia de fecha doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, la Corte Suprema de Justicia declaró lo siguiente:

"La Nación Colombiana es responsable civilmente de los perjuicios materiales sufridos por el Coronel Gabriel Collazos Quintana en el accidente de aviación ocurrido el 22 de abril de 1941, cuando el trimotor 643 cayó sobre la selva amazónica, a inmediaciones del río Puritú.

"Condénase, en consecuencia, a la Nación a pagarle los mencionados perjuicios, que se liquidarán por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases indicadas en la parte motiva del presente fallo...".

Adelantado el incidente de regulación de perjuicios ante el Tribunal de primera instancia, sobrevino la destrucción del expediente con motivo de los sucesos de abril, cuando apenas se estaban practicando las pruebas pedidas por el actor. En consecuencia, hubo de procederse a la correspondiente reconstrucción, sobre la cual el Tribunal pronunció el auto de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, negatorio de la regulación por falta de pruebas, y que ahora se encuentra en apelación ante la Corte.

Para resolver, se considera:

La actuación

En el escrito por medio del cual contestó el traslado, la Procuraduría General de la Nación plantea, en primer término, la tesis de invalidez de la actuación, para que la Corte defina previamente lo que corresponda al respecto, y la cual funda en los siguientes razonamientos:

La naturaleza jurídica de la prueba de juramento a que se refiere el Decreto 1683 de 1948 "por el cual se provee a la reconstrucción de unos procesos civiles", se acerca más a la **confesión provocada** que a cualquiera otra de las especies de juramento conocidas en derecho, según doctrina de la misma Corte. Pero como el artículo 170 del C. J. establece que las confesiones de los Agentes del Ministerio Público "no perjudican a la parte que representan", y el Decreto en cuestión no modificó en forma alguna este principio, ni estableció forma específica distinta para fijar el modo como dichos funcionarios debieran proceder en la reconstrucción de procesos en que fueran parte las entidades de derecho público, resulta entonces que la confesión que se provocó al señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá no puede tenerse como prueba contra la Nación, y por lo tanto el procedimiento reconstructivo sobre el cual se ha proferido la providencia apelada es nulo, y así debe declararlo la Corte.

Se observa:

La validez o ineficacia de la prueba con que una de las partes busca acreditar los fundamentos de su demanda dentro del juicio, no está de-

finida por la ley como causal de nulidad, cuyos motivos taxativamente concreta a la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería y la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio (artículos 448 y ss. del C. J.). Y si a esta consideración se agrega que la calificación del reconocimiento hecho por el señor Agente del Ministerio Público sobre la existencia y estado del juicio que desapareció con motivo de los sucesos de abril, lo fue dentro del propio incidente de reconstrucción, y mediante providencia ejecutoriada, se ve muy claro entonces cómo, sin lugar a otras consideraciones de fondo que conducirían al mismo resultado, la declaración de invalidez que suscita la Procuraduría en este nuevo incidente de regulación, es totalmente improcedente.

La regulación de perjuicios

Conforme a la sentencia de cuya ejecución se trata, la Nación está obligada a resarcirle al demandante Coronel Gabriel Collazos, el daño material que éste recibió, con motivo del accidente de aviación que sirvió de fundamento a la demanda. "Las operaciones de liquidación, agrega la Corte, se harán teniendo en cuenta:

"a) El valor del sueldo de actividad de que goza un Coronel del Ejército; b) La época en que, de acuerdo con las leyes militares ha debido otorgarse al demandante el grado de General; c) El tiempo en que, según las mismas disposiciones, habría permanecido en actividad con el carácter de General; d) La época en que por edad habría pasado a la situación de retiro; y e) Las asignaciones correspondientes a un General en servicio activo y las que se cubren a los oficiales retirados con el mismo grado, hasta el término de la vida probable del Coronel Collazos.

"De la cantidad que resulte, deberá descontarse lo recibido por el demandante a título de sueldo de retiro y de recompensa, hasta que se haga la liquidación definitiva".

Consideraciones previas

a) Dados los términos literales de que se valen los apartes resolutivos de la sentencia de cuya ejecución se trata, pudiera a primera vista pensarse que la indemnización por el concepto de sueldos, debe responder exclusivamente a la cuantía del estipendio fijo que por sus servicios reconoce el Estado a los Coroneles y Generales del Ejército, sin tener en cuenta lo correspondiente a prestaciones accesorias que también les garantiza la ley. No obstante, rectamente analizadas las cosas, no es ésta la situación jurídica en que, a través del fallo, se encuentra el demandante Collazos: De un lado ,porque la sentencia misma expresa en su parte motiva el concepto de que "la reparación del daño de carácter material se concreta al reconocimiento de los sueldos **o prestaciones futuras** que hubiera podido obtener el Coronel Collazos de acuerdo con el grado militar que tenía en la época del accidente y el que hubiera podido alcanzar después conforme a las leyes y reglamentos sobre la materia"; lo que comprueba que en el concepto del sentenciador estùvo el que la indemnización se extendiera tanto al sueldo fijo como a las prestaciones accesorias no recibidas. Y porque, además, si "en donde hay una misma razón de hecho debe también aplicarse la misma disposición de derecho", la liquidación que se hiciera sobre la base única del sueldo propiamente dicho, violaría la equidad de este justísimo principio, dejando sin reparación una parte cierta del perjuicio recibido.

b) No coinciden precisamente las asignaciones que describe el actor en su escrito de liquidación, con las que anota el certificado expedido por el Departamento de Control y Ejecución del Presupuesto del Ministerio de Guerra (fls. 49 v. y 50, C. Nº 1º y 2 v. C. Nº 2); por esto, omitida en el primero, lo que corresponde a **prima móvil** que relaciona uno de los segundos, la Corte debe abstenerse de toda consideración al respecto, ya que la justicia en caso alguno podría exceder las pretensiones del demandante.

c) Conforme a lo sostenido por la Procuraduría General de la Nación, la regulación de perjuicios por concepto de las diversas asignaciones que deben tenerse en cuenta, no puede hacerse sobre la base única de la cuantía de las actuales, como lo pretende el actor, sino proporcionándolas al valor de las fijadas para cada época, de acuerdo con la ley.

d) En relación con la edad, tiempo de servicio, fecha de retiro y vida probable del demandante Collazos, cuestiones sobre las cuales difieren las partes ,observa la Corte lo siguiente.

Según la partida de origen eclesiástico que obra a fl. 41 del C. Nº 1º, el día 10 de febrero de 1896 en que fue bautizado, tenía Collazos diez

meses y tres días de nacido; en consecuencia ese hecho se produjo el siete de abril de 1895.

Entró a la categoría de Oficial del Ejército el día 16 de noviembre de 1917, en que fue dado de alta como Subteniente, según así lo demuestra la documentación anexa (fl. 20 ibídem).

Fue retirado del servicio activo el día primero de julio de 1943; pues aun cuando el Decreto correspondiente aludió al 1º de abril anterior, le dio al mismo tiempo de alta por tres meses en la Sección de Caja y Pagaduría del Departamento de Control y Contabilidad del Ministerio de Guerra, para la formación de la respectiva hoja de servicios (fls. 39 y s., C. Nº 1º); y en este lapso, continuó recibiendo las prestaciones y sueldos a que tenía derecho en su condición de Coronel.

Debía recibir su ascenso a General, el 1º de enero de 1944, y continuar en funciones de dicho grado, hasta el día 7 de abril de 1951, fecha para la cual cumplía los cincuenta y seis años de edad, y debía ser retirado de las filas por este motivo.

Y según cálculo de probabilidades certificado por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, es probable que llegue a la edad de sesenta y nueve años. Esta certificación que la Procuraduría impugna por no estar precisamente catalogada en la tarifa de pruebas señalada por la ley, hace plena fe, como lo ha sostenido la Corte en repetidas ocasiones, por cuanto descansa en estudios técnicos hechos precisamente para la fijación de las primas de seguros de vida, y que por lo mismo convencen mucho más que lo que podría hacer un dictamen pericial ordinario; máxime cuando en contra de ese concepto general, no se ha producido elemento alguno de convicción que, por circunstancias personales, pudiera demeritarlo para el caso en cuestión.

e) En cuanto a la regulación del perjuicio por concepto de **Prima de alojamiento**, y que la ley ha escalonado en función al estado civil del interesado y del número de hijos, no es posible adoptar un criterio uniforme, a través de las distintas etapas legales que la reglamentan, precisamente por no ser tampoco uniformes las exigencias probatorias requeridas para dicho reconocimiento. La ley 55 de 1938 que la consagró, sólo prescribió como base del mayor porcentaje, que el interesado tuviera hijos, sin necesidad de otras comprobaciones adicionales. En cambio, el parágrafo 1º del artículo 73 de la ley 2ª de 1945, estableció: "Los hijos que se hayan emancipado o que disfruten de becas costeadas por el Estado, no se tendrán en cuenta para el cómputo de la prima." El artículo 5º de la ley 100 de 1946. declaró: "...Para tener derecho a esta prima se necesita que los hijos estén vivos, sean menores y estén a cargo del padre". Y el artículo 20 de la ley 82 de 1947, agregó: "Para tener derecho a la prima de que trata el artículo anterior (alojamiento y gastos escolares) será requisito indispensable que el interesado compruebe que hace vida conyugal, si no tiene hijos, o que sus hijos legítimos dependan económicamente del militar, para efectos de su sostenimiento o educación". De donde se sigue que, no habiéndose hecho por el interesado la comprobación de los hechos circunstanciales a que aluden las tres últimas leyes citadas, no será posible tener en cuenta el factor de los hijos, sino hasta el 19 de febrero de 1945 en que dejó de regir la ley 55 de 1938.

f) Conforme a la sentencia de cuya ejecución se trata, para la regulación del perjuicio correspondiente a **sueldo de retiro**, deben tenerse en cuenta "las asignaciones.... que se cubren a los Oficiales retirados con el mismo grado (el de General), hasta el término de la vida probable del Coronel Collazos". Lo cual no quiere decir, como lo sostiene el demandante, que tal liquidación deba hacerse sobre la base del **sueldo total** que devenga un general en retiro, sino sobre la **diferencia** que medie entre ese sueldo, y el que como Coronel tiene derecho a continuar percibiendo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Y esto, por dos razones fundamentales: Porque al retirarse el señor Coronel Collazos de las filas del ejército en fuerza del accidente que ha determinado la obligación indemnizatoria de la Nación, el único y exclusivo menoscabo que, por tal concepto, sufrió en su patrimonio, fue el de verse privado del **mayor sueldo o pensión**, o sea la diferencia entre las asignaciones correspondientes a uno y otro grado, ya que el que le corresponde a su categoría de Coronel, lo ha estado y tiene derecho a continuar percibiendo de la Caja de Retiro. Y porque, además, jurídicamente sería un absurdo trasladar la obligación de la Caja a la Nación, cuando las dos entidades son personas jurídicas distintas; o más aún, dejar vigente la obligación a cargo de la primera, y a la vez indemnizarle por el Estado el daño que realmente no recibió. Ni tampoco es siquiera posible formalizar dicha liquidación sobre el producto resultante de multiplicar **la diferencia entre los dos sueldos** por los 156 meses en que, a partir del 7 de abril de 1951 (fecha de retiro)

se le ha calculado la supervivencia al Coronel Collazos, ya que ello equivaldría a anticiparle la totalidad de una acreencia que sólo tiene derecho a percibir mediante cuotas periódicas mensuales. Será entonces preciso adoptar el criterio seguido por la Jurisprudencia en el particular, consistente en descontar los intereses legales correspondientes a los anticipos periódicos que integran el monto de la liquidación, tomando como base las Tablas de Garuffa, que establecen la cantidad precisa que habría de depositarse para obtener un peso ($ 1.00) cada año, y durante el número de los que forman la vida probable de la víctima del daño.

g) Por lo que hace a la **recompensa** pedida, no cabe regulación. Porque el artículo 22 de la ley 82 de 1947 bajo cuya vigencia se supone cumplido el retiro del señor Collazos (1951) estableció "una recompensa igual a un mes de sueldo de actividad por cada año o fracción de seis meses **que exceda del tiempo de servicio establecido para cada categoría**"; y al retirarse por edad, el señor Collazos, no ha tenido tiempo alguno de excedencia sobre el cual pudiera fundar esta reclamación.

h) Conforme a las certificaciones expedidas por el Ministerio de Guerra (fls. 49 v. y 50, C. Nº 1º y 2 v. y 3, C. Nº 2), las asignaciones correspondientes a Coroneles y Generales del ejército en el período comprendido entre el 1º de julio de 1943, fecha en que fue retirado por invalidez absoluta, y el 7 de abril de 1951, fecha en que debía serlo por edad, son las siguientes, a más de la **prima móvil,** que por lo dicho atrás, no se tiene en cuenta: CORONEL en servicio activo en el período comprendido entre el 1º de julio de 1943 y el 1º de enero de 1944 en que debía ser ascendido a General el demandante: Sueldo, $ 357.00 mensuales. **Prima de alojamiento:** 8% del sueldo, para los casados sin hijos y 15% para los casados y viudos con hijos. GENERAL: Sueldo, enero 1º de 1944 a 30 de junio del mismo año, $ 440.00 mensuales; 1º de julio de 1944 a 30 de marzo de 1945, $ 480.00; 1º de abril de 1945 a 30 de abril de 1946, $ 500; mayo 1º a 30 de diciembre de 1946, $ 600.00; y de enero 1º de 1947 hasta la fecha, $ 700.00. **Prima de alojamiento:** Enero 1º de 1944 a 18 de febrero de 1945: Casados sin hijos, el 8% del sueldo mensual; casados y viudos con hijos, el 15%; del 19 de febrero de 1945 a diciembre 30 de 1946: Casados sin hijos, el 8%...; de enero al 30 de diciembre en adelante: Casados sin hijos, el 10%... **Prima de Servicio:** A los 15 años de servicio, el 10% del sueldo; y por cada año de excedencia, un 1 % más. **Prima de gastos de representación:** A partir del 1º de enero de 1948 (Ley 82, artículo 27), un 30% de sueldo mensual. **Alimentación, lavado y peluquería. Diariamente:** del 1º de marzo de 1945 a septiembre 30 de 1946, $ 0.52; de octubre 1º de 1946 a junio 30 de 1947, $ 0.60; de julio 1º de 1947 a abril 8 de 1948, $ 0.75; del 9 de abril de 1948 en adelante, $ 1.50. **Prima de Navidad:** A partir del año de 1947 (artículos 24 y 41, Ley 82), 50% del sueldo devengado en el mes de noviembre.

Liquidación

Sueldos: En 93 meses y 7 días, o sea del 1º de julio de 1943 al 7 de abril de 1951 (6 meses como Coronel, 87 meses y 7 días como General), le corresponde al actor, según lo visto antes:

6 meses a $ 357.50	$ 2.145.00	
6 meses a $ 440.00	2.640.00	
9 meses a $ 480.00	4.320.00	
13 meses a $ 500.00	6.500.00	
8 meses a $ 600.00	4.800.00	
51 meses 7 días a $ 700.00	35.863.32	
93 meses 7 días	$ 56.268.32	$ 56.268.32
Prima de alojamiento:		
15% de $ 8.449.00 o sean 19 meses y 19 días (julio 1º/43 a feb. 19/45)	$ 1.267.35	
8% de $ 11.956.00 o sean 22 meses y 11 días (feb. 19/45 a dic. 30/47)	956.48	
10% de $ 35.863.32 o sean 51 meses y 7 días (ene. 1º/48 a abril 7/51)	3.586.33	
Suma el valor de la prima de alojamiento	$ 5.810.16	$ 5.810.16
Prima mensual de Servicios: El artículo 21 de la ley 82 de 1947 que la estableció entró en vigencia el 1º de enero de 1948, fecha para la cual el señor Collazos debía tener una asignación mensual de $ 700.00, y un tiempo de servicio de **treinta años,** contados desde el 16 de noviembre de 1917. Por tanto, y sobre la base del 15 % para los primeros quince		
Suman y pasan		$ 62.078.48

Vienen		$ 62.078.48
años y un 1% más por cada año de excedencia, Collazos tenía derecho a recibir por el concepto de que se trata lo siguiente: 30% de $ 700.00, en los 10½ meses trascurridos de enero 1º/48 a noviembre 16 del mismo año	2.205.00	
31% en los doce meses de 16 de noviembre de 1948 a noviembre 16/49 ..... $	2.604.00	
32% en los 12 meses, de nov. 16/49 a nov. 16/50.....	2.688.00	
33 % en los 4 meses y 22 días transcurridos de esta última fecha al 7 de abril de 1951	1.093.38	
Suma el valor de la prima de Servicios ..... $	8.590.38	$ 8.590.38
Prima de gastos de representación		
El artículo 27 de la ley 82 de 1947 estableció en favor de los Tenientes Generales en servicio activo esta asignación por valor del 30 % del sueldo mensual. Del 1º de enero de 1948 en que principió a regir, al 7 de abril de 1951 en que debía ser retirado el Sr. Coronel Collazos del ejército por edad, transcurrieron 39 meses y 7 días, durante los cuales debía devengar, a $ 700.00 mensuales, un total de $ 27.463.31. Por concepto de gastos de representación le corresponde pues la suma de.....		8.238.99
Alimentación, lavado y peluquería:		
579 días (marzo 1º/45 a Sbre. 30/46), a $ 0.52.....$	301.08	
274 días (Oct. 1º/46 a Jun. 30/47), a $ 0.60.....	164.40	
282 días (Jul. 1º/47 a Abr. 8/48), a $ 0.75.....	211.50	
1.093 días (Abr. 8/48 a Abr. 7/51), a $ 1.50.....	1.639.00	
Suma este renglón .....$	**2.315.98**	**2.315.98**
Suman y pasan		**$ 81.223.83**

Vienen		$ 81.223.83
Prima de Navidad:		
Le corresponde el 50 % de $ 2.800.00, valor del sueldo durante los meses de noviembre de los cuatro años que van de 1947 a 1950.....		1.400.00
Sueldo de retiro:		
Conforme a lo establecido por las leyes 2ª de 1945 (artículos 33 y 39), 100 de 1946 (artículos 1º y 19) y 82 de 1947 (artículo 26), los Oficiales y Suboficiales tienen derecho a una pensión de retiro equivalente al 50% de la correspondiente asignación mensual, y un 4% más por cada año de excedencia, sin pasar del 85%; de donde se sigue que todo Oficial con veinticuatro o más años de servicio, adquiere derecho al máximum del 85% previsto por la ley. Ahora bien: el señor Coronel Collazos permaneció en servicio activo por tiempo mucho mayor al de los veinticuatro años, según se deja visto en otro lugar; y el sueldo mensual que se le presupone para su grado de General, debía ser el de $ 700.00 en la fecha en que por edad debía retirarse. En consecuencia, le correspondería un sueldo o pensión de retiro de $ 595.00 al mes. Pero como en la actualidad como Coronel en retiro devenga una pensión de $ 476.00 mensuales, según lo certifica la Caja (C. Nº, 2 fl. 5), la diferencia por la cual debe responderle la Nación viene a ser de $ 119.00 mensuales. Por lo cual, y haciendo a esta suma el descuento del interés legal que corresponde al anticipo, se tiene conforme a las tablas de Garuffa, que el monto		
Pasan		**$ 82.623.83**

Vienen ..... $ 82.623.83

de la indemnización, por el concepto que se considera, es el resultado de multiplicar la suma de $ 8.353.00, que según dichas tablas deberían depositarse para obtener un peso ($ 1.00) anual de renta durante los trece años de vida probable calculados al demandante, por los $ 1.428.00 a que asciende en el año el valor de la diferencia mensual de $ 119.00. Lo cual da un resultado de 11.928.08

Suma el total de las indemnizaciones $ 94.551.91

Deducciones:

De esta suma debe deducirse, como lo declara la sentencia, "lo recibido por el demandante a título de sueldo de retiro y de recompensa, **hasta que se haga la liquidación definitiva,** que se presupone para el 1º de junio próximo. Según el certificado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que obra al fl. 5 v. del C. Nº 2, el Coronel Collazos recibió hasta el 31 de agosto de 1948 la cantidad de .....$ 23.210.40

Pero como de esta última fecha al 1º de junio próximo (liquidación definitiva) ha debido pagársele la misma pensión mensual de $ 476.00 que es la últimamente recibida, se hace necesario deducirle dicha cantidad durante los 9 meses transcurridos desde entonces, o sea la suma de....$ 4.284.00

Suman las deducciones....$ 27.494.40 27.494.40

Total líquido de la indemnización...$ 67.057.51

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, REVOCA el auto apelado y en su lugar RESUELVE:

Regúlase en la suma de sesenta y siete mil cincuenta y siete pesos con cincuenta y un centavos ($ 67.057.51) moneda corriente, el valor de los perjuicios que la Nación Colombiana debe pagar al señor Coronel Gabriel Collazos por concepto de la indemnización a que fue condenada por la Corte en sentencia de doce (12) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada comuníquese al Ministerio de Guerra para los efectos correspondientes, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



LIQUIDACION DE PERJUICIOS.— PERITAZGO—SU VALOR PROBATORIO

Conforme al artículo 721 del C. J., "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.

"Si hay desacuerdo, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el Juez hace la regulación equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe". En el caso que se contempla, los dictámenes de los señores peritos, aun cuando explicados, no son uniformes, ni debidamente fundamentados, como que en sus apreciaciones han partido de bases que si respetables por la autoridad que les da la especialidad de sus conocimientos, son sin embargo susceptibles de serios reparos y que precisamente han conducido su juicio a conclusiones tan disímiles. De consiguiente no son plena prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El señor Francisco Castro H. demandó a la Nación (República de Colombia), para que se le condenara al pago de los perjuicios que le causó con la infracción parcial del contrato de arrendamiento para explotar las minas del sector "Grupo Sur Superior" conocido con los nombres de "Cienpesos" y "Cerro de Marmato", ubicadas en el Municipio de este nombre, y que se consignó en escritura pública número 2.803 de 20 de septiembre de 1940, otorgada en la Notaría Cuarta de esta ciudad. El monto de dichos perjuicios fue estimado por el actor en la suma de cuarenta mil pesos o la que fijen los peritos durante el juicio, a más de la restitución de las multas que por dos mil pesos se le impusieron por no haber aceptado la orden injusta de entregar la parte de las minas de que se le despojaba.

La Corte, en sentencia de 30 de abril de 1945 desató la litis, en los términos siguientes:

"1º La Nación es responsable y debe pagar los perjuicios causados a Francisco Castro, con la inejecución parcial del contrato de arrendamiento contenido en la escritura pública número 2.803, de 20 de septiembre del año de 1940, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, sobre arrendamiento del sector **Sur Superior** de las minas de Marmato, consistente, esa inejecución, en la orden que recibió el contratista de la entidad arrendadora de suspender la explotación de la mina Caparrosal o Socavón Molino, perteneciente al mencionado sector. Estos perjuicios se liquidarán por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

"2º Condénase a la Nación a devolver inmediatamente al señor Francisco Castro la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal, que le impuso como multa en las resoluciones del administrador de las minas de Marmato, de que se hizo mérito en el curso de esta sentencia, más los intereses legales de esa suma desde el día en que la recaudó hasta el día en que la devuelva".

Como consecuencia de este fallo, el señor Castro promovió el respectivo incidente de regulación, estimando el valor de tales perjuicios, no ya en la suma de cuarenta mil pesos que había fijado en la demanda principal, sino en la de ciento diez mil veinte pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 110.020.84), así:

Daño emergente:

Por el avance de 426 metros de sovacón en la galería de "Caparrosal", "Sovacón Molino" ..... $	7.668.00
Por herramienta dejada dentro de la mina, taladros picas, barras, etc.	200.00
Valor de 200 toneladas de mineral listo para acarrear, a $ 5.00 la tonelada.....	1.000.00
Por intereses de estas sumas, de 2 de junio de 1943	

a agosto 2 de 1945.....	1.152.84	
Suma el daño emergente..$	10.020.84	$ 10.020.84
Lucro cesante:		
Teniendo en cuenta el tiempo que aún le quedaba para la explotación; la facilidad de hacerla por la guía o nivel de Caparrosal para su traslado al Molino El Colombiano; la cantidad y calidad de minerales descubiertos, y en fin, todas las posibilidades que, de haberse cumplido el contrato, le hubiera ofrecido la explotación, estima el valor de esta parte del perjuicio en la suma de		100.000.00
Total de la indemnización.....$		110.020.84

En traslado la anterior liquidación a la Procuraduría General de la Nación fue impugnada por el Procurador Delegado en lo Civil, por encontrar "excesivamente alta la señalada por concepto de daño emergente", y no hallar "fundamento alguno en la estimación hecha en relación con el lucro cesante". Como consecuencia, el incidente se abrió a pruebas, y practicadas las pedidas, corresponde ahora proceder a la fijación definitiva del valor de la indemnización que se reclama. Para hacerlo, se considera:

No fija la sentencia base concreta alguna conforme a la cual deba procederse para la estimación del quantum del perjuicio. Se limita a declarar, que el hecho de no haber hallado los peritos datós para emitir su opinión al respecto, "no autoriza la absolución del demandado". Pues fuera de que eso sería anormal ante el hecho de la paralización de los trabajos de la mina dos años y ocho meses después de haberse iniciado, lo cual es por sí mismo revelador de perjuicio, comoquiera que en tales circunstancias lo natural es que se produjera daño emergente, consistente en las pérdidas inmediatas que al arrendatario le acarreó la orden de suspensión, y lucro cesante, proveniente de las ganancias o utilidades que en adelante dejó de reportar; el artículo 480 del código judicial dispone que cuando no sea posible establecer en la sentencia las bases de la liquidación de perjuicios, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia". En tales circunstancias y para determinar el monto del perjuicio se hace necesario, entrar en el examen de cada uno de los conceptos por los cuales el actor se siente lesionado conforme al detalle que presenta en su escrito de regulación.

El daño emergente.—Lo refiere el demandante, según se ha visto, a las pérdidas que experimentó: por la privación del avance de 426 metros de socavón que él había construído y conservado con miras a la explotación de la mina; por herramientas que había llevado allí para adelantar sus trabajos, y que hubo de abandonar en razón de la orden de suspensión impartida por el Gobierno; por 200 toneladas de material listo ya para el acarreo al molino, y por los intereses correspondientes al valor de dichos bienes en el tiempo comprendido entre la fecha de la infracción del contrato y la en que debía éste expirar de acuerdo con sus estipulaciones.

Muy largas disertaciones se han hecho por los señores peritos que intervinieron en la regulación del perjuicio dentro de este incidente, sobre la naturaleza y extensión del avance que se dice fue en parte construído y en parte solamente mantenido o conservado por el señor Castro, sobre el número y calidad de las herramientas abandonadas, y sobre el número y existencia misma de las toneladas de mineral que se afirma estaban listas para su acarreo al molino, sin que sobre tales hechos ni menos sobre la cuantía de la indemnización que por ellos se reclama, haya podido producirse un acuerdo. La Corte no entra en el análisis de tales opiniones, porque a su juicio, ninguno de estos factores representa "las pérdidas inmediatas que al arrendatario le acarreó la orden de suspensión" y que la sentencia previó como determinantes del daño emergente. En efecto:

Conforme a las estipulaciones contractuales contenidas en la escritura número 2.803 de 20 de septiembre de 1940, a que atrás se hizo referencia, el contratista, señor Castro aceptó, entre otras obligaciones las siguientes: "b) ...ejecutar las obras que a juicio de la Dirección sean necesarias en los socavones, galerías e instalaciones existentes o que se construyan durante la explotación, a fin de asegurar la conservación de la mina y la defensa de los trabajadores; c) ...avanzar los trabajos de exploración de zonas nuevas de acuerdo con la Dirección y a desarrollar o determinar (colgar) anualmente quince mil (15.000) toneladas mínimas de mineral seguro; d) ...sostener los trabajos avanzados has-

ta la fecha, efectuando los cambios de madera que para ello sean necesarios; e) ...establecer como dimensiones mínimas para las cruzadas, galerías, o guías principales, por las cuales vaya a establecer "Cocheaderos", un trapecio de seis y medio (6½) pies de altura, cinco (5) pies de base en el suelo y cuatro (4) pies de base en el techo (sic), y para las cruzadas, galerías o guías secundarias, seis (6) pies de altura, cuatro (4) pies de ancho en la base y tres (3) pies de ancho en el techo.

Quiere decir lo anterior, que las inversiones hechas por el señor Castro en el sostenimiento y construcción del avance de socavón en la galería de "Caparrosal" denominado "Socavón Molino", por estipulación expresa del mismo contrato, formaban dentro de los **gastos de explotación**; luego es claro que, al liquidarse e indemnizarse el monto de las utilidades que debía obtener con el aprovechamiento de esos medios de que injustamente se le privó (lucro cesante); de hecho queda comprendida la reparación del perjuicio que por concepto de aquella privación de medios debió sufrir, y que por lo tanto, no procede como liquidación específica de daño emergente la que en este particular se pretende.

No es distinta la conclusión a que es preciso llegar, respecto de la reparación por concepto de las 200 toneladas de mineral que, se ha dicho, estaban listas para el acarreo al Molino, cuando sobrevino la infracción del contrato por el Gobierno. Porque fuera de no encontrarse debidamente comprobado cuál fuera la cantidad exacta del mineral preparado para el acarreo en aquella época, es lo cierto que ese mineral se encontraba dentro del proceso necesario a la consecución de utilidades que el contratista se proponía con la explotación; de donde resulta que, al liquidar las que por este concepto hubiera podido obtener el contratista, queda por el mismo hecho comprendida también la reparación correspondiente al daño que representan los gastos adelantados para la extracción de dicho mineral.

Y en cuanto a las herramientas que se afirma fueron llevadas por el señor Castro a la mina, y las cuales perdió como consecuencia de la suspensión de trabajos a que el Gobierno le obligó, no cabe ninguna consideración ante la ausencia de pruebas respecto de la cantidad y calidad exactas de las que el demandante pudo haber dejado en la galería de "Caparrosal". El cálculo aproximado en que se sitúan los testigos a este respecto, no funda criterio alguno de certeza, y por lo tanto no puede aceptarse por el juzgador para fundar su decisión.

De esta suerte, y no siendo procedente reparación alguna por concepto de los renglones en que el demandante ha hecho consistir el "daño emergente", sobra toda consideración respecto de los intereses que el monto de esta indemnización hubiera podido producirle.

De lo dicho respecto de los renglones que corresponden al daño emergente se deduce, que dada la naturaleza misma del contrato cuya violación determina las reparaciones que son materia de esta liquidación, la que debe hacerse en relación con el lucro cesante, implícitamente comprende la correspondiente al daño emergente que presupone la sentencia en ejecución, y que por lo tanto, al liquidarse y pagarse el lucro cesante, queda reparada la totalidad del perjuicio.

El lucro cesante.—Como se vio anteriormente, el contrato formalizado entre el Gobierno y el señor Francisco Castro, se suscribió el día 20 de septiembre de 1940 y con duración para cinco años contados desde aquella misma fecha; en consecuencia, al suspender el Gobierno los trabajos del sovacón Molino en mayo de 1943, dicho contrato alcanzó una primera etapa de plena ejecución, de treinta y dos meses, y una segunda de incumplimiento parcial, de veintiocho meses, que es precisamente el lapso a que cumple referir la indemnización por concepto de las utilidades que el contratista dejó de percibir.

Para establecer el monto probable de dichas utilidades, los señores peritos que intervinieron en la regulación dentro de este incidente adoptaron como criterio, el de conformar este valor al de la diferencia entre la producción media de la primera etapa, cuando la explotación se desarrollaba sobre el total del área arrendada, y el producido medio de la segunda, cuando dicha labor hubo de limitarse a la parte sobre la cual se respetó el contrato por el Gobierno: sus conclusiones sin embargo no fueron uniformes, en razón de consideraciones incidentales que cada uno de ellos aprecia de distinta manera.

Desde luego el criterio en que se inspira el concepto de los señores peritos es susceptible de reparos, dadas las posibilidades de distinto orden con que podría desvirtuarse la exactitud del enlace lógico entre el antecedente y la consecuencia. Porque si es verdad que —en igualdad de condiciones— a mayor volumen de área explotable debe corresponder también una mayor uti-

lidad, no lo es menos que, dada la eventual contingencia de la riqueza de las minas y de sus facilidades de explotación, el volumen de sus productos puede estar determinado por este factor antes que por la extensión misma del área de labores; como es posible también, que aún dentro de una comprobada igualdad de circunstancias intrínsecas para dos épocas, el aumento o disminución de los productos obedezca al mayor o menor ritmo del trabajo desarrollado en cada una de ellas.

No obstante estas observaciones, la Corte acoge dicho criterio como base de razonamiento, porque dado el influjo natural que la extensión de una mina ejerce sobre la cantidad de sus productos, no se ha demostrado en forma alguna, qué causas extrañas al acto gubernamental que ha determinado la obligación de indemnizar, hubieran obrado en la disminución de aquellos producidos; y porque dentro del estado de contingencia en que naturalmente se desarrolla esta industria, la misma explotación que posteriormente se hiciera para verificar el **quantum** del perjuicio, dejaría un margen de incertidumbre, que haría impracticable su estimación, por la dificultad de ajustar el desarrollo de estas labores a las mismas e idénticas condiciones en que el perjudicado hubiera podido hacerlo dentro de la normal ejecución de su contrato.

Corresponde, pues, examinar los fundamentos y conclusiones a que en el particular llegan cada uno de los tres señores peritos:

El doctor **Julio Botero Londoño,** nombrado por la Nación, luego de expresar el concepto que para el justiprecio le merecen cada uno de los elementos de juicio que propuso el demandado, concreta así su parecer:

"El tonelaje medio mensual triturado en el molino El Colombiano en la primera etapa, fue de 524,14 toneladas; en la segunda etapa fue de 523,86 toneladas, lo cual arroja una diferencia de sólo 280 kilos al mes, lo que viene a demostrar que la cantidad disponible de mineral para abastecimiento del molino se conservó la misma, y por consiguiente no hubo ninguna disminución en dicho aprovisionamiento. Esto en relación con la cantidad; refiriéndome a la calidad del mineral beneficiado en las dos etapas, se observa que en la primera recibió un total de $ 147.659.09, como producto bruto, y en la segunda, también como producto bruto la suma de $ 76.579.36. De los dos productos anteriores, y una vez descontado el 60 % que se estipula como costo de producción, resultan las cifras de $ 1.845.74 y $ 1.225.27, respectivamente, como utilidad media mensual obtenida por el contratista en cada una de las etapas, de lo cual resulta que en la segunda, sus utilidades líquidas promediadas disminuyeron en la suma de $ 620.47 por mes.

"Ahora bien: si se deduce que por la inejecución parcial del contrato, el contratista se vio privado, o dejó de percibir la suma mensual antes deducida, y por un término de 28 meses, tendríamos como conclusión una cantidad total de $ 17.373.16. Esto en el supuesto, de que los costos de beneficio y explotación se hubieran mantenido iguales desde el año de 1943 hasta el día del vencimiento del contrato; pero se sabe que todas las actividades industriales, y muy especialmente la minería se gravaron ascendentemente por distintos factores, lo cual nos lleva a la conclusión de que la utilidad neta aquí deducida de $ 17.373.16 debió ser necesariamente afectada por las circunstancias anotadas en no menos de un 20%, con lo cual considero que la suma a pagar por parte de la Nación al señor Castro, y por este renglón, sería de $ 13.898.53".

El doctor **Gabriel Sanín Villa,** nombrado por el demandante, hace algunas consideraciones previas sobre los factores circunstanciales que a su juicio deben tenerse en cuenta para el avalúo, y con la aclaración de que para fijar el promedio de producción mensual exacto de la primera etapa debe ajustarse al año de 1943 con la exclusión de los tres meses que duró en reparación el molino, durante los cuales no hubo producción, llega a los siguientes resultados:

"El cuadro número 1º del cuaderno 4, página 5, demuestra para la primera etapa una trituración así:

1940—Septiembre a diciembre.....	2.275.4 tons.
1941 —	6.323.0 —
1942 —	6.617.0 —
1943—Enero a mayo.....	1.557.0 —
Suman.....	16.772.4 tons.

Pero si agregamos para ajustar los meses de la reparación del molino aceptando el promedio mensual de un año normal —como por ejemplo 1942, que trae (pág. 9) (6.617 toneladas por 12 meses, o sea 551 toneladas por mes— se tiene, corrigiendo los meses de la reparación del molino: Cantidad del cuadro Nº 1, pág. 5.. 16.772.4 tons.

Falta por enero (551-268.5, pág. 9).	282.5	—
" " febrero	551.0	—
" " marzo	551.0	—
Suman.....	18.156.9	tons.

"Esta cantidad dividida por 32 meses de la primera etapa, da un promedio de 567.4 tons. de trituración por mes.

"Como el cuadro número 1, página 5, da para la segunda etapa 13.096.5 tons. de trituración, dividiendo por 25 meses de esta etapa, da un promedio de 523.9 tons. de trituración por mes, o sea una diferencia de 43½ tons. mensuales".

Agrega luego que esta deducción es indudablemente benigna, porque se ha comparado una época del molino sin estar reparado, aplicándola a una época en que el molino había sufrido una importante reparación; y que se está más en lo justo tomando como promedio de trituración del molino El Colombiano, el de 600 toneladas que él mismo había señalado en un informe para la Cámara de Representantes; las que al deducir las 523.9 que en promedio extrajo el contratista, dejan una diferencia de 76 toneladas mensuales que éste dejó de beneficiar.

De otro lado, al estudiar los cuadros estadísticos de producción elaborados por el Ministerio de Minas y Petróleos encuentra el perito Sanín Villa, que también la calidad del mineral obtenido por el contratista en la segunda etapa, ofrece un apreciable grado de inferioridad en relación con la del mineral explotado en la primera, equivalente a un 35.8% o sea, más de la tercera parte de oro posible de extraer; y traduce este valor en la diferencia que—proporcionalmente al tiempo de las dos etapas—se encuentra entre los promedios mensuales de $ 4.614.34 que recibió el señor Castro en la primera, y de $ 3.063.17 que obtuvo en la segunda, o sea, en la suma de $ 1.551.17; que multiplicada por los 28 meses de esa segunda etapa, da un total de $ 43.432.76. Pero como a éste debe agregársele el valor de las 76 toneladas que mensualmente dejó de beneficiar el molino, al precio de $ 2.96 en que según los mismos cuadros aparece rebajado el precio en dicha etapa, se tienen entonces para los 28 meses un producido de $ 6.298.88, o sea, en definitiva, un total de $ 49.731.64.

A un resultado sensiblemente igual llega el ingeniero Sanín Villa, mediante la simple operación de multiplicar la diferencia de $ 2.96 que va entre el precio de $ 8.80 la tonelada en la primera etapa y el de $ 5.84 la tonelada en la segunda, por el número total de 600 que ha presupuestado para la producción media mensual, y el de 28 meses que debía durar esa explotación. De tales operaciones resulta un producto de $ 49.728.00, que es la suma en que definitivamente estima el valor del lucro cesante.

Por último, el doctor **Jesús Londoño,** nombrado como perito tercero por los principales, razona:

Según las estadísticas del Ministerio, el promedio de trituración del molino El Colombiano, en la primera etapa, era de 524 toneladas por mes; después de reparado, esa capacidad aumentó en un 25%, con lo cual debía beneficiarse en el curso de esa segunda etapa un promedio mensual de 650 toneladas, o sea un total de 18.200 toneladas durante los 28 meses. Pero como de esta cantidad sólo debió molerse la de 14.668 toneladas, o sea las 13.096.5, que indican los cuadros para los primeros 25 meses, más la de 1.571.7 que deben corresponder a los tres meses restantes no incluídos, quedó una diferencia sin beneficiar por falta de material, de 3.532 toneladas.

En el momento en que se originó el pleito el tenor promedio de los materiales triturados en el molino El Colombiano era de $ 7.12 por tonelada; a esta suma le resta en primer término, el 25% que corresponde a la Nación, o sean, $ 1.78; más el 40% en que calcula el costo de explotación, quedándole así un saldo líquido al contratista de $ 11.302.40, valor de las 3.532 toneladas que dejaron de molerse, a razón de $ 3.20 cada tonelada.

A esta suma agrega el perito la diferencia que media entre el precio de $ 5.84 que recibió el contratista por tonelada explotada y el de $ 7.12 tenor promedio del precio para la época en que se originó la controversia, disminuída en el 40% por costo de explotación, o sean $ 0.76 por tonelada, lo cual da un total de $ 11.147.68 para las 14.668 toneladas; que sumados a los $ 11.302.40 da un resultado de $ 22.450.08. Pero como el monto de esta disminución de utilidades no corresponde exclusivamente a la orden de suspensión del Gobierno, sino también al hecho de no haber trabajado el contratista en el resto del sector que le correspondía, se rebaja esta suma en un 25% que el perito calcula como precio de las pérdidas sufridas por su propia culpa, o sea, en la suma de $ 5.612.52. Lo que da un saldo definitivo de $ 16.837.56 en que el citado perito estima el valor del lucro cesante.

La Corte considera:

Conforme al artículo 721 del C. J., "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. Si hay desacuerdo, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento el Juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe". En el caso que se contempla, los dictámenes de los señores peritos, aun cuando explicados, no son uniformes, ni **debidamente** fundamentados, como que en sus apreciaciones han partido de bases que si respetables por la autoridad que les da la especialidad de sus conocimientos, son sin embargo susceptibles de serios reparos, y que precisamente han conducido su juicio a conclusiones tan disímiles. De consiguiente, no son plena prueba. Tampoco es posible estimarlos como base para deducir un medio aritmético, ya que la diferencia que media entre los dos extremos —$ 13.898.53 que señala el perito Botero Londoño, y $ 49.728, en que estima el perito Sanín Villa el monto del perjuicio— excede en mucho más de un 50% la cantidad menor. Corresponde pues a la Sala, en consonancia con el texto legal transcrito, hacer la regulación que estime equitativa, conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso.

Pues bien: conforme a los cuadros estadísticos de producción y precios elaborados por el Ministerio de Minas y Petróleos, y de los cuales han partido los señores peritos para emitir su concepto, los resultados para cada una de las dos etapas en que se supone dividida la explotación del señor Castro en las minas del sector sur superior (32 meses —octubre de 1940 a junio de 1943— la primera, y 25 meses de esta última fecha a julio de 1945, la segunda, ya que a ésta le faltan en los cuadros los dos meses y 20 días últimos), son los siguientes:

	1ª etapa		2ª etapa		Diferencias
Tonelaje total.. ... ...$	16.772.4	$	13.96.5	$	3.675.9
Promedio mensual...	524.14	"	523.86	"	0.28
Por tonelada	11.86	"	7.79	"	4.07
Valor total...	198.943.36	"	102.095.90	"	96.847.46
Participación Castro.	147.659.09	"	76.579.36	"	71.079.73
Promedio tonelada participación Castro..	8.80	"	5.84	"	2.96

Estos datos, sin embargo, no pueden considerarse en los términos absolutos en que se ofrecen, sino como simple medio de ilustración para deducir los verdaderos resultados que se buscan: Porque en la producción de la primera etapa, se ha tomado en cuenta la totalidad de los 32 meses que en ella transcurrieron, cuando la verdad es que el tiempo de labores fue apenas de treinta meses, en razón de que —como lo asevera el ingeniero de explotación interna Hans von Henning (fl. 54, C. Nº 5) y lo afirman los mismos cuadros estadísticos (fl. 77 ibid.) del 31 de enero al 31 de marzo de 1943, el molino El Colombiano estuvo en reconstrucción, y no pudo por lo tanto funcionar en este lapso; con lo cual el producido medio mensual de esa primera etapa resulta ser de 559.8 en vez de 524.14 que presenta la estadística. Y porque respecto de la producción de la segunda etapa, los mencionados cuadros sólo contabilizan 25 meses, dejando por fuera no propiamente los tres meses a que aluden los peritos, sino dos meses y veinte días (el contrato vencía el 20 de septiembre) que aún le restaban; con lo cual resultan proporcionalmente aumentados en 1.396.96 el tonelaje producido, en $ 10.882.32 el producido bruto, y en $ 8.161.74 la participación del 25% que correspondía al Gobierno; y afectadas consecuencialmente en dichas sumas, las correspondientes diferencias entre las dos etapas.

En consecuencia, los resultados exactos del ejercicio de labores en las dos etapas y su diferencia, son los siguientes:

	1ª etapa		2ª etapa		Diferencia
Tonelaje total	$ 16.772.4	menos	$ 14.493.46	=	$ 2.278.94
Promedio mensual...	559.8	,,	,,	=	,, 35.22
Por tonelada...	11.86	,,	,, 7.79	=	,, 4.07
Valor total...	198.943.36	,,	,, 112.978.22	=	,, 85.965.14
Participación Castro.	147.659.09	,,	,, 84.741.10	=	,, 62.917.99
Promedio tonelada participación Castro	8.80	,,	,, 5.84	=	,, 2.96

Del examen atento que ofrece el estado diferencial de las dos etapas en que se supone desarrollado el contrato del señor Castro, o sea la regular del funcionamiento de labores y la del ejercicio parcial de las mismas determinada por la orden de suspensión dada por el Gobierno, se viene en conocimiento de que los beneficios que dicho señor dejó de percibir en la segunda, y por las cuales debe la Nación indemnizarle a título de lucro cesante, se hallan representados por estos dos conceptos: Por el valor que corresponde a la diferencia de $ 2.96, que como producto bruto y deducido apenas el 25% de participación del Gobierno, le resulta para las 14.493 toneladas explotadas en esa segunda etapa a razón de $ 5.84 la tonelada, en relación con el de $ 8.80 a que cotizó las 16.772.4 molidas en la primera. Y por el valor de las 35.22 toneladas mensuales que durante los 27 meses y veinte días que le restaban a la vigencia del contrato hubiera podido beneficiar de más, dentro del ritmo ordinario de labores que desarrolló en la primera etapa, a razón de $ 8.80 tonelada. Deducidos de estos resultados, y como es natural, lo correspondiente a costo de producción, que para nada se ha tenido en cuenta dentro de los cálculos anteriores. La indemnización por el primero de estos conceptos, cubre el perjuicio proveniente de la probable menor calidad del mineral beneficiado; la del segundo cancela el daño derivado del defecto de cantidad.

No se toma en cuenta para esta segunda estimación el aumento de producción que habría podido obtener con las reparaciones que se hicieron al molino, por dos razones fundamentales: Porque no se ha demostrado en forma alguna a través del expediente, cuál fue ese aumento de capacidad conseguida con las reparaciones; por lo cual sería arbitrario todo señalamiento que en el particular se pretendiera. Y porque las diferencias de producción resultantes para el ejercicio normal de actividades de la primera etapa, están indicando que nunca el contratista utilizó esa plena capacidad; por el contrario, los peritos que intervinieron en la primera diligencia, y a quienes cita el ingeniero Sanín Villa en su concepto, hacen constar el hecho "de que el molino **El Colombiano pierde más tiempo ahora que antes, por falta de material"** (fl. 110 v. C. Nº 5); lo que demuestra que esa plena capacidad no fue utilizada por Castro ni siquiera en la primera etapa cuando era inferior, menos probable es que hubiera podido serlo después.

Según esto, se tienen los siguientes resultados:

Por defecto de calidad: 14.493.46 × $ 2.96 = ...	$ 42.900.64
Por defecto de cantidad: 35.22 × 27.20 = 974.42 × 8.80 = ...	8.574.90
Suma total.....	$ 51.475.54

A esta suma debe deducírsele la correspondiente a costos de explotación o beneficio; el monto de tales costos los fija el perito Botero Londoño en un 60 % del producido, más un aumento del 20% más sobre aquel porcentaje en razón a que para la época de la segunda etapa "todas las actividades industriales, y muy especialmente la minería se gravaron ascendentemente por distintos factores"; el perito Sanín Villa no hace estimación al respecto, y el ingeniero Londoño los calcula en suma equivalente al 40 % del producido.

Ninguno de los peritos da a su concepto un respaldo diverso al que se deriva de su propia autoridad. Con todo, los balances de explotación

relativos a los meses de junio a diciembre de 1943, y que obran a folios 92 a 102 del C. número 5, suministran un fundamento muy apreciable para hacer con justicia dicha estimación. Según dichos balances, los costos de beneficio y explotación llegaron en los siete meses antes mencionados, a la suma global de $ 26.172.40, y el producido neto en el mismo período alcanzó a la suma de $ 19.169.15; lo que quiere decir que el costo de producción fue de 57.8 % en este lapso. Este mismo porcentaje sobre la suma de $ 51.475.54, traduce los gastos de producción que deben liquidarse. En consecuencia se tiene: Producido bruto: cincuenta y un mil cuatrocientos setenta y cinco pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 51.475.54); menos 57.8 % (veintinueve mil setecientos cincuenta y dos pesos con ochenta y seis centavos) ($ 29.752.86), igual veintiun mil setecientos veintidós pesos con sesenta y ocho centavos ($ 21.722.68), que es el valor total de la indemnización.

Por lo anteriormente expuesto, se RESUELVE:

Regúlase en la suma de veintiun mil setecientos veintidós pesos con sesenta y ocho centavos ($ 21.722.68) moneda corriente, el valor de la indemnización de perjuicios que la Nación debe pagar al señor Francisco Castro H., conforme al fallo pronunciado por esta Corporación con fecha treinta (30) de abril de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INDICE

PAGS.

SALA DE CASACION CIVIL

Acción sobre la extensión de un legado.—En el juicio ordinario seguido por los doctores Crisanto Luque, Obispo de Tunja, y Marceliano Pulido contra la señora Margarita Parra de Rosas, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 113

Acción de nulidad de un contrato por haber sido simulado.—Cuándo procede la declaración judicial oficiosa de nulidad de un acto o contrato. — Técnica de casación.— Error de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Adriano Romero contra Briceida v. de Romero y contra Gustavo Romero. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 118

Acción de resolución de un contrato por incumplimiento de la contraparte—La acción de incumplimiento del contrato consagrada por el artículo 1546 del C. C. corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido sus obligaciones contractuales. — No basta para el ejercicio legal y correcto de esta acción, que el demandado haya dejado de cumplir sus obligaciones nacidas del contrato, sino debe también estar en mora de hacerlo.—Para el uso eficaz de la excepción de contrato no cumplido, no es necesario que el demandado aduzca ninguna prueba especial.—En el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Luisa Schrader de Klinge contra Drigelio Corredor L., se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar se declara probada la excepción de contrato no cumplido, propuesta por la parte demandada, y que, por consiguiente no es el caso de hacer las declaraciones impetradas en la demanda. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 123

Cumplimiento de sentencias extranjeras.— Se declara que no es el caso de decidir sobre el **exequatur** de la sentencia pronunciada con fecha 18 de julio de 1929 por el Juez Sinodal Edouard Fourniel, Delegado Especial del Oficial del Arzobispado de París, sentencia por la cual se decretó la separación de cuerpos, efectiva y perpetua, de los cónyuges José Jesús Gutiérrez Céspedes y María Rafaela Gutiérrez y Montejo, decisión de **exequatur** solicitada por Elena Gutiérrez Montejo. Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo 130

Acción reivindicatoria—En el juicio ordinario sobre reivindicación seguido por la sociedad "Hacienda de Perodías, Limitada", contra Cirilo Lasso, se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, y reformando la de primera instancia, se declara probada en favor del demandado la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, propuesta por el mismo. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 133

Recurso de hecho—La competencia de la Corte como tribunal de casación no corresponde a la clasificación legal de competencia, fundada en el objeto, el sujeto, el teritorio y la cuantía, sino que pertenece a la que los tratadistas denominan competencia funcional. — Las cuantías señaladas en el artículo 519 del C. J. ninguna relación tienen con las que exige la ley para fijar la competencia, ni con la manera legal de su determinación (arts. 205 y 206,

PAGS.

C. J.)—**Esas cifras se refieren propiamente a la pretensión del demandante, a "lo que se demanda" (relación sustancial), y no a lo que para efectos de competencia llama el código cuantía, que es relación simplemente procesal.**—Se admite el recurso de hecho de la parte demandante en el juicio ordinario sobre reivindicación seguido por Jacinta María Contreras contra Rufino Narváez, y cuya segunda instancia tuvo lugar ante el Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 139

Salvamento de voto de los HH. Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza y Arturo Silva Rebolledo al auto anterior..... 144

Acciones de simulación de un contrato y de nulidad de uno de compraventa. — Prueba de la simulación. — Estipulación para otro. Causal 1ª de casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por Jesús María Cedeño contra Juan Pablo Cedeño e Hilda Cedeño de Rodríguez y contra Santiago, Marta y María Cedeño. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 145

Se declara inadmisible un recurso de casación por no haber sido interpuesto por persona hábil.—Se declara inadmisible el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Juan de Dios Sossa contra José Antonio Muñoz P., por el doctor Jorge Enrique Velasco, por cuanto el poder que a este abogado había sido concedido por una de las partes había expirado con la terminación de la segunda instancia. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 150

Objeciones a una partición de bienes hereditarios.—Causal 1ª de casación—No puede fundar casación la pretendida violación directa del artículo 1394 del Código Civil.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga aprobatoria de la partición de los bienes hereditarios de Numa Pompilio García. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 151

Acciones de pago de las costas de crianza y educación de una niña por abandono de ésta. — Interpretación del artículo 268 del Código Civil.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio ordinario seguido por Pedro Antonio de la Pava y su esposa Rosa Elvia Arias de de la Pava contra Lázaro Bustamante y su esposa Belarmina Arias de Bustamante, y por éstos contra aquéllos en demanda de reconvención. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 155

Acción de indemnización de perjuicios.—En el juicio ordinario seguido por Félix Mejía A. contra la Caja de Crédito Agrario de Medellín, sobre el objeto expresado, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.... 160

Acción de indemnización de perjuicios causados con un denuncio criminal infundado. Técnica de casación.—En el juicio ordinario seguido por Aníbal Robledo contra Arcesio Jaramillo J., no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 163

Acciones de nulidad de un remate y de reivindicación.—Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por Macario Tangarife, como curador de Pedro Luis Tangarife, contra Samuel Castrillón y contra Francisco Eladio y Manuel Salvador Tangarife y, en demanda de reconvención, por Castrillón contra el primer demandante. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 167

Acción reivindicatoria.—Reformatio in pejus. Nulidades.—No constituye nulidad por incompetencia de jurisdicción el hecho de

PAGS.

que el superior, con desconocimiento del precepto del artículo 494 del C. J., agrave la situación del recurrente.—Causal sexta de casación.—Testimonio.—En el juicio ordinario seguido por la Magdalena Fruit Company contra Jorge A. Bohórquez, se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, y en su lugar se declara que el terreno objeto de la demanda no es baldío y, en consecuencia, se condena al demandado a restituírlo a la sociedad demandante. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 170

No es legalmente posible la revisión por la vía ordinaria de la sentencia proferida en juicio de lanzamiento. — Nulidades. — Cuáles pueden alegarse en juicio ordinario distinto de aquél en que se incurrió en ellas. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Alcibíades Garavito contra Salvador Duque. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 179

Recurso de hecho.—Cuantía para el recurso de casación. — Admite la Corte el recurso de hecho interpuesto por la parte demandante contra la providencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario seguido por María Belisa Hoyos viuda de Casasfranco contra el doctor José Castro Borrero, providencia que negó el recurso de casación interpuesto por la misma parte contra la sentencia del mencionado Tribunal, para resolver, previo el trámite del artículo 524 del C. J., si es o no el caso de conceder el recurso de casación. Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 183

Salvamento de voto del conjuez doctor Manuel F. Caamaño..... 187

Requisitos para que sea admisible el recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición.—Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto por Juan Pablo Díaz contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, aprobatoria de la partición en el juicio de división de un bien común instaurado por Teresa Hincapié viuda de García contra el nombrado Díaz. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 189

Acción reivindicatoria—Casación por errónea apreciación de pruebas—Sociedad de hecho entre concubinos.—Valor probatorio de las declaraciones de edificación.—La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Clemente Hernández contra Carlina Pérez viuda de González. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 192

SALA DE CASACION PENAL

Impedimentos y recusaciones.—Procedimiento que debe seguirse cuando se trata de decidir del impedimento o de la recusación de un magistrado de Tribunal. — Se resuelve que no puede la Corte entrar a decidir de la recusación propuesta por el doctor Aquileo Roa Bulla, en sumario contra él por delitos contra el sufragio, contra el Magistrado del Tribunal Superior de Tunja doctor José Antonio Reyes, por no haberse seguido en el Tribunal las normas procedimentales del caso, y se ordena devolver el negocio a la oficina de origen para que se dé cumplimiento a esas normas 198

Ira o intenso dolor.—Diferencia entre la circunstancia modificadora regulada por el artículo 28 del C. P. y la de menor peligrosidad.—Interpretación del veredicto del Jurado.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Benjamín y Desiderio Sierra por el delito de homicidio (asesinato). Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 200

Delito de abuso de autoridad (demoras).—El Juez no es responsable por la paralización de los trámites procesales por omisiones causadas por la Secretaría.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor

PAGS.

Gerardo Aguirre Calle por los cargos de abuso de autoridad (demoras) en el proceso por lesiones personales contra Heliodoro García Fernández y otro, para lo cual se confirma la providencia dictada en el mismo sentido por el Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 204

Recurso de casación en procesos de los cuales hayan conocido en primera instancia los jueces de Circuito—Cuál es la pena que debe tomarse en cuenta en estos casos para decidir de la procedencia y admisibilidad del recurso.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Pablo Rodríguez por el delito de lesiones personales en Antonio Beltrán. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno.... 206

Cambio de radicación de un proceso.—Emite la Corte concepto desfavorable a que se cambie la radicación del proceso por el delito de homicidio, seguido contra Rafael Sánchez Prado en el Distrito Judicial de Tunja. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 211

Impedimentos y recusaciones.—No es causal de impedimento la amistad íntima o la enemistad grave del juzgador con el denunciante, si éste no se ha constituído parte civil.—Se declara que no es oportuno ni legal el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor José Luis Alandete, para conocer de un denuncio presentado ante el mismo Tribunal por el doctor Santiago Rozo contra el señor Reinaldo Acosta Polo. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 214

La prueba pericial no es la única eficaz para comprobar la violencia cuando ella es elemento del delito. — Las condenaciones anteriores en que haya incurrido el procesado sólo pueden demostrarse con las copias de las sentencias. — Casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Ricardo o Ricaurte Rozo Bernal por el delito de robo. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 215

Requisitos para que un acto sea delito—Prueba del dolo.—La Corte absuelve a los doctores Miguel Roa Medina y Miguel de J. Niño Leal, Magistrados del Tribunal Superior de Tunja; Virgilio J. Suárez, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo; y Baudilio Galán Rodríguez, Magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, de los cargos que se les hicieron en el auto de proceder, como responsables de haber infringido "alguna o algunas de las disposiciones contenidas en el Capítulo VI del Título III, Libro II del Código Penal, que trata de los abusos de autoridad y otras infracciones". Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 219

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Gómez Prada y Bruno a la sentencia anterior 225

Reincidencia.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida en el proceso contra Rafael Loaiza Giraldo por el delito de lesiones personales en Antonio Lazo. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 227

Para que en juicios en que interviene el Jurado pueda haber lugar a la aplicación de la circunstancia modificadora regulada por el artículo 28 del C. P., es necesario que en el veredicto se haya reconocido expresamente que la provocación fue grave e injusta, y no basta que se haya reconocido solamente su gravedad o su injusticia.—Coparticipación principal. —Cuando varias personas participan en la ejecución de un delito, con la actividad adecuada al propósito perseguido, todas son solidariamente responsables, cualquiera que sea el resultado de su actividad.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, por la cual se condenó a Ernesto Flórez Esparza y a Saúl Navas Luna como responsables del delito de ho-

PAGS.

micidio en Hilvanio o Elvanio Meneses. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 230

Técnica de casación. — Causales primera y segunda.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso por el delito de lesiones personales seguido contra Gilberto Franco Villegas. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 241

Impedimentos y recusaciones de Magistrados de Tribunales Superiores.—Quiénes deben decidir de ellos.—La Corte se abstiene de conocer del auto proferido por el Tribunal Superior de Quibdó en el proceso contra Hermógenes Hinestrosa por el delito de homicidio y por el cual se calificó el impedimento manifestado por el Magistrado del dicho Tribunal doctor Gabriel Meluk Alema, por cuanto el referido auto fue dictado sólo por uno de los Magistrados de la Sala de Decisión. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 243

Delito de lesiones personales.—Ira o intenso dolor.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el proceso contra Fideligno Bustos por el delito de lesiones personales en su legítima esposa Sacramento Casas. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 244

Requisitos para el cambio de radicación de un proceso.—El cambio de radicación puede ser solicitado por el Agente del Ministerio Público.—Emite la Corte concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso adelantado en el Distrito Judicial de San Gil (Juzgado Superior de El Socorro) contra Efraín Gómez Arias, Víctor M. Clavijo y otros, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 246

La necropsia no es la prueba única del cuerpo del delito en el homicidio.—Causal segunda de casación.—En el proceso contra Arturo Pérez Valdés por homicidio en Fidel González, no se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 248

Delito de prevaricato.—Confirma la Corte el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín en favor del doctor J. Guillermo Restrepo, por cargos de responsabilidad que se le imputaron como Juez del Circuito de Turbo. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 255

Legítima defensa y estado de necesidad.—Requisitos para que proceda la reducción de la pena conforme al artículo 429 del Código Penal. — Invalida la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso por el delito de robo seguido contra Humberto Villegas Gómez. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 258

Delito de detención arbitraria—Detención de miembros de la Policía Nacional (Oficiales, Suboficiales y Agentes).—Confirma la Corte la orden de cesar todo procemiento contra el doctor Juan E. Bustamante Ayola, Juez Promiscuo del Circuito de Santuario (Caldas), por los cargos de detención arbitraria que le formuló el doctor Pablo Alzate Fernández, orden proferida por el Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 261

Impedimentos y recusaciones. — Cuándo está impedido un funcionario por haber emitido opinión.—Se declara infundado el impedimento manifestado por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Medellín para actuar en un proceso por los delitos de falsedad y estafa seguido contra Jorge Uribe Lince y otros. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 270

Cambio de radicación de un proceso. — La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso contra Rafael Sánchez Prado por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 272

PAGS.

Abuso de autoridad.—Declara la Corte que el hecho imputado al doctor José Vicente Morales, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, no ha existido como delito y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento contra él. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 274

Legítima defensa. — Condena condicional.— Desfiguración facial transitoria y desfiguración facial reparable—Nulidades.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Laurentino González por el delito de lesiones personales en Carlos Heredia. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 278

Causal 4ª de casación. — Cuándo es procedente el recurso en procesos fallados en primera instancia por Jueces de Circuito. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso contra Aníbal Ramírez y Rogelio Salgado López por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 283

Nulidad por incompetencia de jurisdicción. Competencia de la justicia penal militar. Sólo quien interpuso el recurso de casación puede fundarlo.—Se invalida la sentencia proferida por el Jefe del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares en el proceso contra Bernardo Angulo Vera por el delito de robo; se declara nulo lo actuado en dicho proceso y se ordena pasarlo a las autoridades ordinarias. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 284

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada 290

El parentesco, los antecedentes de libertinaje y depravación y los motivos innobles o fútiles como circunstancias de mayor peligrosidad. — En el proceso por homicidio seguido contra Gustavo Orozco Palacio se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 292

PAGS.

Extradición—Normas aplicables cuando existe tratado público sobre el particular.—La Corte emite concepto favorable sobre la solicitud de extradición de Miguel de la Cruz Ceballos. Magistrado ponente Dr. Alejandro Camacho Latorre 304

Cambio de radicación de un proceso. — La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso adelantado contra el doctor Julio César Henríquez por el delito de homicidio. Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 306

Extradición.—A qué se extiende la facultad de la Corte en relación con una solicitud de extradición.—Emite la Corte concepto favorable sobre la solicitud de extradición de Efraín Celestino Espinosa. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 308

Delito de homicidio.—Culpa. — Embriaguez. Su influencia en la responsabilidad. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Humberto Montoya Ospina por el delito de homicidio en Manuel José Correa. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 311

Delito de peculado y delito de concusión.— Confirma la Corte con algunas reformas la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué condenó al doctor Gil Antonio Caicedo por el delito de peculado. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 315

Delito de prevaricato.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual ordenó cesar el procedimiento que se seguía al doctor Francisco Eladio Gómez por los cargos de prevaricato que le formuló José J. Ossa. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 319

Causales segunda y cuarta de casación.—Lo relativo a la prueba del cuerpo del delito es materia de la causal segunda, y no de la cuarta—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Mede-

PAGS.

llín en el proceso contra Ciriaco Rivas Maturano por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 321

Delito de prevaricato.—Confirma la Corte la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Pamplona sobreseyó definitivamente en favor del señor Rodolfo Martínez Molina por unos cargos que le hiciera Rafael María Rizo Lobo y la revoca por cuanto sobreseyó definitivamente en favor del mismo Martínez Molina por otros cargos hechos por el dicho denunciante, cuyo conocimiento no es de competencia del Tribunal y de la Corte. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M... 323

Delito de abuso de autoridad (demoras).—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Rodrigo Peña Baena por el delito de demoras. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M... 325

Delitos de abuso de autoridad (intervención en política).—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que absolvió al doctor Mario Escobar Marulanda de los cargos de abuso de autoridad y otras infracciones por los cuales se le había llamado a juicio. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 327

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional en un globo de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Montería (Departamento de Bolívar).—Se declaran infundadas las oposiciones de la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A. formuladas a la propuesta de exploración y explotación de petróleos hecha por el señor Homer J. Smith, en relación con las minas "López" y "Galbán". Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 332

Al demandante incumbe la prueba tanto de su personería como de la del demandado y de la personería de aquel a quien designa como representante de éste.—Se revoca el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Marta decidió desconocer la personería del doctor Rafael Martínez Sarmiento para actuar como apoderado del Departamento del Magdalena en un juicio. Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 335

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional.—A los opositores corresponde demostrar el hecho de la superposición del terreno de la propuesta y del que afirman es de propiedad privada. — Se declara que es infundada la oposición hecha por el señor Daniel Roca Niz y otros a la propuesta de exploración y explotación de petróleos formulada por la Compañía de Petróleo Atlántico, S. A. y registrada bajo el número 144. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 337

Acción de declaración de que unas tierras y el subsuelo de ellas son de dominio privado.—Excepción de inepta demanda.—En el juicio ordinario seguido contra la Nación por el doctor Simón Gómez de Lavalle y otros causahabientes de Antonio Rodríguez de la Torre, se revoca el auto del Tribunal Superior de Cartagena por medio del cual se declaró probada la excepción de ineptita demanda, y en su lugar se ordena devolver el asunto a dicho Tribunal para que dicte sentencia definitiva sobre todas las súplicas de la demanda. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 342

Medidas cautelares de suspensión en juicios sobre dominio de petróleos.—Estas medidas no existen en la actual legislación.—Momento desde el cual el demandante en esta clase de juicios puede impetrar las medidas precautelativas de que trata el artículo 959 del Código Civil.—En el juicio ordinario seguido por el Municipio de San Jacinto contra la Nación sobre propiedad de un yacimiento de petróleo, se confirma el auto del Tribunal Superior de Cartagena por medio del cual negó la petición de

PAGS.

la parte demandante de que se ordene a la Nación, como entidad demandada, que suspenda cualquier transacción u operación industrial que pueda perjudicar los derechos de aquélla. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 345

Incidente de liquidación de perjuicios.—Nulidades.—Se revoca el auto por el cual el Tribunal Superior de Bogotá negó, por falta de pruebas, la regulación de perjuicios en el juicio ordinario seguido por el Coronel Gabriel Collazos Quintana contra la Nación, y en su lugar se fija en la suma de setenta y siete mil cincuenta y siete pesos con cincuenta y un centavos el valor de la indemnización que la entidad demandada debe pagar al Coronel Collazos en cumplimiento de lo ordenado por sentencia de la Corte de 12 de septiembre de 1947. Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 347

Liquidación de perjuicios—Peritazgo.—Su valor probatorio. — Regula la Corte en la suma de veintiun mil setecientos veintidós pesos con sesenta y ocho centavos el valor de la indemnización de perjuicios que la Nación debe pagar al señor Francisco Castro H. conforme al fallo pronunciado por la Corte con fecha 30 de abril de 1945, por incumplimiento de un contrato. Magistrado ponente Dr. Rodríguez Peña..... 353

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXVII - BOGOTA, COLOMBIA. - JUNIO Y JULIO DE 1950 - NUMEROS 2083 - 2084

S A L A P L E N A

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE UNA LEY

1.—No por ser una acción pública, ésta de inexequibilidad, puesta por la ley a disposición de cualquier ciudadano y fuera de la reglamentación profesional de la abogacía, deja de estar sujeta a una preceptiva técnica legal en su planteamiento y en la formulación de la demanda, cuya omisión la afecta de ineptitud sustancial. En la ley 96 de 1936 se hallan establecidas estas normas de excepcional amplitud y sencillez, que, como todos los procedimientos, representan el aspecto práctico de orden jurídico. Todas las condiciones formales a que es preciso sujetarse en el ejercicio de esta acción se refieren a la demanda, que es la pieza que estructura y compendia todo procedimiento en acciones de esta naturaleza, de modo que se justifica el puntual y riguroso cumplimiento de los requisitos de forma que representan el mínimum de técnica exigida necesariamente para el adecuado ejercicio de la acción pública de inexequibilidad.

La exigencia formal de expresar en la demanda razonadamente la incongruencia de las disposiciones acusadas con la Constitución y el concepto jurídico de la violación de ésta en que se apoya la acción, como ocurre dentro de la preceptiva técnica del recurso extraordinario de casación, obedece a la necesidad de dar base al estudio de la sentencia. Tales razones, ordenadamente expuestas, forman el temario indispensable, los puntos de referencia doctrinal en el examen que ha de hacer la Corte sobre constitucionalidad de la norma acusada y en cuya presentación debe ser exigente, porque sólo de esta manera, contando con esta base conceptual mínima, se puede explicar la amplitud que la parte final del artículo 2º de la citada ley 96 da a las decisiones sobre inexequibilidad cuando establece que "si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad". ... ...

..La amplitud en la calificación y exigencias de estas calidades de forma y sustancia que debe tener una demanda de inexequibilidad para que sea capaz de mover la jurisdicción constitucional de la Corte, podría conducir a la proliferación inconveniente, por irresponsabilidad jurídica de estas acciones a que ya es notoria la abusiva tendencia a ocurrir al primer choque de la norma con el interés particular, todo aconseja la conveniencia de mantener el am-

biente de alta doctrina constitucional en que debe moverse la tesis de la llamada casación constitucional, sin estorbar el democrático ejercicio que corresponde a las acciones públicas, pero sin dejar de lado la rigurosa calificación de las fórmulas para que no sea cualquier demanda la que obligue a la Corte a entrar en el estudio sin límites de la constitucionalidad de cualquier precepto que ante ella se acuse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

El señor J. Ismael Pedraza R., ejerciendo la acción pública que a todo ciudadano colombiano confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicita a la Corte Suprema de Justicia que decrete la inexequibilidad de los artículos 1º a 6º del Decreto Legislativo número 2473, el artículo 27 de la ley 90 y el Decreto número 4133, actos todos expedidos en el año de 1948, por considerar que son violatorios de diversas normas de la Carta Fundamental.

Ordenada y producida la previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, como lo ordenan la Constitución y la Ley, se considera para resolver.

Estima la Procuraduría que el demandante no cumplió con las exigencias formales del artículo 2º de la ley 96 de 1936 porque omitió transcribir literalmente en su demanda las disposiciones acusadas como inconstitucionales y, porque entre las razones de la acusación, expresadas sin ningún orden, no es posible discernir la relacionada con cada uno de los textos atacados y el concepto preciso de la incongruencia constitucional que se les achaca, y con apoyo en estas circunstancias invita a la Corte a que se abstenga de examinar el fondo de la cuestión, para lo cual invoca y recuerda diversas decisiones de esta Sala Plena, que estima acertadas y conformes con el espíritu y la letra de la citada ley 96 de 1936.

"En reciente fallo proferido por vosotros unánimemente —dice el Procurador General en su concepto— después de transcribir el numeral 1º del artículo 2º de la citada ley 96, dijisteis:

"En acatamiento a ese precepto legal ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte que una demanda de la naturaleza de la presente necesariamente debe reunir los requisitos formales que acaban de citarse y que cuando tal cosa no ocurre, ella no puede servir de base para un pronunciamiento de fondo, y lo pertinente es desecharla, en consecuencia, por inepta. Así se resolvió, entre otras, en sentencia de 12 de septiembre de 1937 (G. J. Tomo XLV, pág. 698). Y en sentencia de 11 de octubre de 1945, se dijo:

"La técnica aconsejable en esta clase de acciones exige que se acusen separadamente los textos que se reputan inconstitucionales. Además deben cumplirse los requisitos establecidos en la ley 96 de 1936 designando los preceptos de la Carta que se consideran infringidos por las disposiciones acusadas, sin mezclar aquéllos sin orden ni concierto, circunstancia que le impide a la Corte precisar en cada caso cuál es la violación que se invoca. Finalmente, deben expresarse las razones de inconstitucionalidad, como la ley lo ordena, a fin de que le sea posible al fallador, examinar los motivos en que la acción se funda y determinar, sobre bases ciertas, el ejercicio de la tutela jurídica que la misma Constitución le ha confiado". (G. J. Tomo LIX, pág. 633).

"En el caso en estudio, la demanda ni transcribe el texto de las disposiciones legales motejadas de inconstitucionales ni expresa las razones de orden jurídico que demuestren que determinada norma de la Carta haya sido infringida, pues lo que el memorialista dice, posiblemente en orden a llenar esta finalidad, es tan inconducente y carente de seriedad, que la Corte no puede tomarlo en cuenta como tal para dedicarse a la inútil tarea de transcribirlo para poner de relieve la impertinencia de las aludidas elucubraciones".

"En síntesis: la demanda no reúne los requisitos formales a que debe sujetarse conforme a lo prescrito en el citado artículo 2º de la ley 96 de 1936 y por este motivo no puede ser admitida ni tenida como base para un estudio de fondo sobre inexequibilidad de los preceptos legales arriba citados".

No por ser una acción pública ésta de inexequibilidad, puesta por la ley a disposición de cualquier ciudadano y fuera de la reglamentación profesional de la abogacía, deja de estar sujeta a una preceptiva técnica legal en su planteamiento y en la formulación de la demanda, cuya omisión la afecta de ineptitud sustancial. En la ley 96 de 1936 se hallan establecidas estas normas de excepcional amplitud y sencillez, que, como todos los procedimientos, representan el aspecto

práctico del orden jurídico. Todas las condiciones formales a que es preciso sujetarse en el ejercicio de esta acción se refieren a la demanda, que es la pieza que estructura y compendia todo el procedimiento en acciones de esta naturaleza, de modo que se justifica el puntual y riguroso cumplimiento de los requisitos de forma que representan el mínimum de técnica exigida necesariamente para el adecuado ejercicio de la acción pública de inexequibilidad.

La exigencia formal de expresar en la demanda razonadamente la incongruencia de las disposiciones acusadas con la Constitución y el concepto jurídico de la violación de ésta en que se apoya la acción, como ocurre dentro de la preceptiva técnica del recurso extraordinario de casación, obedece a la necesidad de dar base al estudio de la sentencia. Tales razones, ordenadamente expuestas, forman el temario indispensable, los puntos de referencia doctrinal en el examen que ha de hacer la Corte sobre constitucionalidad de la norma acusada y en cuya presentación debe ser exigente, porque sólo de esta manera, contando con esta base conceptual mínima, se puede explicar la amplitud que la parte final del artículo 2º de la citada ley 96 da a las decisiones sobre inexequibilidad cuando establece que "si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

La amplitud en la calificación y exigencias de estas calidades de forma y sustancia que debe tener una demanda de inexequibilidad para que sea capaz de mover la jurisdicción constitucional de la Corte, podría conducir a la proliferación inconveniente, por irresponsabilidad jurídica de estas acciones a que ya es notoria la abusiva tendencia a ocurrir al primer choque de la norma con el interés particular, todo aconseja la conveniencia de mantener el ambiente de alta doctrina constitucional en que debe moverse la tesis de la llamada casación constitucional, sin estorbar el democrático ejercicio que corresponde a las acciones públicas, pero sin dejar de lado la rigurosa calificación de las fórmulas para que no sea cualquier demanda la que obligue a la Corte a entrar en el estudio sin límites de la constitucionalidad de cualquier precepto que ante ella se acuse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que no es el caso de proferir resolución de fondo por ineptitud de la demanda presentada por el señor J. Ismael Pedraza R., a que se ha hecho referencia.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Domingo Sarasty M. — Gerardo Arias Mejia. Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre. Pedro Castillo Pineda — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Ricardo Hinestrosa Daza—Alberto Holguín Lloreda — Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Monotas—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 9° DE LA LEY 56 DE 1947 SOBRE OBLIGACION DE CIERTAS EMPRESAS DE ESTABLECER Y SOSTENER ESCUELAS DE ALFABETIZACION PARA LOS HIJOS DE SUS TRABAJADORES. — ALCANCE DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY.—LIBERTAD DE ENSEÑANZA

1.—El principio de la igualdad ante la ley no es una norma rígida y absoluta que indiscriminadamente pueda aplicarse a todas y cada una de las personas o entidades a las cuales se dirige, sino muy por el contrario, de naturaleza relativa a las múltiples aptitudes de quienes deben contribuir al bienestar común, y a las necesidades que está llamada a satisfacer, para que —como dice un conocido tratadista— "quien tiene mucho pague mucho, el que posee poco pague poco y el indigente no pague nada". Dentro de ese concepto de la relatividad en la aplicación del principio, la ley inferior no puede reputarse incompatible con el contenido de aquél, sino cuando los términos concretos y específicos de que se valga, consagren la desigualdad, pues la que se funda en la naturaleza misma de las cosas y no en los términos mismos de la ley, no es susceptible de violar el principio constitucional, como ocurre, por ejemplo, con la norma civil que, traduciendo elementales obligaciones de derecho natural, impone al padre el deber de criar y educar a sus hijos sin consideración alguna al número de éstos o a las aptitudes económicas de aquél, norma que no es susceptible de violar el principio constitucional.

2.—La libertad de enseñar, como facultad del individuo para llevar o no a otros determinados conocimientos, no es una potestad absoluta e ilimitada en el orden natural ni en el social. Dentro del primero, el padre tiene la obligación ineludible, definida en el Código Civil, de educar a sus hijos, sin que, por lo tanto, sea libre para no hacerlo; y dentro del orden social, la propia Constitución tiene establecido que "la propiedad es una función social que implica obligaciones"; luego, si una de las primordiales necesidades de la sociedad es precisamente la de darle instrucción al pueblo, a satisfacerla tiene que corresponder la consiguiente obligación del particular, en los términos y condiciones que señale la ley. Como sucede exactamente con la "asistencia pública", que no obstante hallarse definida como una clara función del Estado (artículo 19 de la Constitución), puede, en determinados casos previstos por el legislador, desplazarse a cargo de los particulares en cuyo servicio trabaja quien debe recibirla, o sus familiares, sin que por ello pueda deducirse razón alguna contra los deberes del Estado o contra el principio de libertad de industria que la Carta garantiza.

3.—No puede sostenerse que la obligación impuesta a determinadas empresas de dar enseñanza primaria a los hijos de los trabajadores, sea violatoria del principio de la Constitución conforme al cual "la enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado", porque ni ese deber es privativo del Estado, ni el que se impone al particular puede reputarse como suministrado a simple título gratuito, sino más exactamente, como una contraprestación de índole social para el esfuerzo que el empleado incorpora al servicio de la empresa, y que desde luego encuentra un límite natural en las propias capacidades económicas del empleador y en las necesidades que la propiedad como función social está llamada a satisfacerle al empleado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante escrito presentado en el mes de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, el doctor

Arturo Tapias Pilonieta, en uso de la facultad contenida en el artículo 214 de la Carta, demandó ante esta Corporación la inexequibilidad del artículo 9º de la ley 56 de 1947, sobre escuelas de alfabetización, por considerarlo contrario a textos expresos constitucionales "y a principios primarios de derecho público, fuente e inspiración de la misma".

Admitida la anterior demanda se ordenó darla en traslado al señor Procurador General de la Nación, quien la contestó oponiéndose a las pretensiones del actor, y solicitando se declare la exequibilidad del texto acusado. En consecuencia, y cumplido como se halla el trámite correspondiente, es el caso de proceder a la decisión del negocio, para lo cual se considera:

Texto acusado, y fundamentos de la demanda

El artículo 9º de la ley 56 de 1947, "por la cual se crean Escuelas de Artesanos e Institutos Politécnicos Complementarios, para Señoritas, y se dictan otras disposiciones", dice textualmente así: "Las empresas industriales, agrícolas, ganaderas, mineras, petroleras o de cualquiera otra clase, establecidas o que se establezcan en el país, estarán obligadas a establecer y sostener una escuela de alfabetización por cada cuarenta (40) niños, hijos de sus trabajadores. Este artículo será reglamentado de acuerdo con las circunstancias, en forma que asegure su cumplimiento".

A juicio del abogado demandante esta disposición vulnera dos órdenes de preceptos constitucionales: los que llevan implícito el principio democrático de la igualdad ante las cargas públicas, y de manera particular los artículos 16 y 30 de la Carta Fundamental; y el que establece como gratuita y obligatoria la enseñanza primaria en las escuelas del Estado, contenido en el artículo 41 de la misma Constitución.

Conforme al artículo 16 citado, "Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Y según el artículo 30 subsiguiente, "Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. "La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Estos preceptos constitucionales que, como muchos otros, se inspiran en el principio fundamental de la "igualdad ante la ley", para que todos los ciudadanos tengan frente a ella unas mismas e idénticas oportunidades, y para que las cargas públicas no se distribuyan o los graven sino en función a la capacidad económica de cada cual, resultan quebrantados por la disposición legislativa que se demanda. Porque al crear para las empresas, sin discriminación alguna de capital ni de utilidades, una obligación docente arbitrariamente fundada en el número de hijos de sus trabajadores, consagra una injusta desigualdad entre el empresario de grandes posibilidades económicas que con una mínima parte de las ganancias puede cumplir a cabalidad esa obligación, y el modestísimo industrial que principia a organizarse, con escasos rudimentos y talvez hasta con pérdidas, y que por lo tanto no estará en aptitud de satisfacerla, sino a base de una nueva inversión de capital. Y porque, además, establece un privilegio de excepción para el rentista que no tiene necesidad de emplear un gran número de trabajadores y sigue por lo tanto al margen de esta nueva carga, en contra del creador de riqueza y hombre de trabajo que debe soportarla.

De otro lado, agrega el demandante, el artículo 41 de la misma Constitución, tiene establecido: "Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos. "La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señale la ley".

Luego al imponerse a los particulares la obligación de dar a sus expensas enseñanza primaria, como lo ordena el texto legal acusado, se quebranta el principio de libertad para enseñar que, con la sola limitación de la vigilancia e inspec-

ción oficial, garantiza el precepto constitucional; se desplaza sobre los particulares como función social suya, el deber de prestar enseñanza primaria gratuita que, en el concepto de la Carta, es función privativa del Estado; se desconoce el principio sobre libertad de empresa y de trabajo, en cuanto impone a una determinada clase de ciudadanos la obligación de destinar una parte de su capital a la prestación del servicio; y aun se quebranta el derecho de libre estipulación, porque arbitrariamente aumenta para el empleador el costo del salario convenido con el empleado, sin que en este camino pueda verse un límite a las obligaciones con que la ley podría gravar las empresas.

Estas, en síntesis, las razones en que funda el demandante la inexequibilidad del texto legal arriba transcrito.

Concepto de la Procuraduría

A juicio del señor Procurador la acción que se ha propuesto es cuando menos anticipada, porque definido por el propio legislador que el mencionado precepto "será reglamentado de acuerdo con las circunstancias, en forma que asegure su cumplimiento", aquél no actúa, ni puede por consiguiente aplicarse, ya que todo lo alegado por el demandante dice relación a las "circunstancias" que el Gobierno ha de tener en cuenta para asegurar el cumplimiento de la disposición, y que desde luego no pueden ser otras, que las de la capacidad económica de las empresas, la existencia de un cierto número de hijos de trabajadores analfabetos, la dificultad para ellos de asistir a las escuelas oficiales, etc.

De otro lado, si se compara el texto legal que se acusa con el contenido de los preceptos constitucionales que se dicen quebrantados por aquél, no se ve por qué exigir a las empresas la fundación de escuelas de alfabetización, sea antagónico con los deberes del Estado o con los deberes sociales de los particulares. "Ni en cuanto al artículo 30, que consagra la inviolabilidad de los derechos adquiridos, el principio de que la propiedad debe cumplir una función social, y el de que el interés social prevalece sobre el interés particular, se ve una oposición con el deber que se impone a las empresas de crear escuelas de alfabetización. Tampoco se encuentra contradicción entre el deber que tiene el Estado de no cobrar por la enseñanza en sus escuelas primarias, bien distintas por cierto, de las de alfabetización, y la obligación que impone el artículo acusado. Más bien, a primera vista puede entenderse que el artículo 9º transcrito, es un desarrollo natural de los mencionados textos constitucionales".

Por todo lo cual, considera, que la disposición acusada debe declararse exequible.

Consideraciones de la Corte

En relación con el concepto por el cual se reputan violados los artículos 16 y 30 de la Constitución conviene recordar, que conforme al artículo 2º de la ley 96 de 1936, la inexequibilidad de una disposición puede fundarse, no solamente en la contradicción o pugna con un texto expreso de la Carta, sino en el hecho de ser ella violatoria de "principios constitucionales" o sea, de aquellas normas abstractas que concretan el orden jurídico en que se traduce la Constitución. De ahí, por qué, al fundarse la demanda en el concepto de ser el artículo 9º de la ley 56 de 1947 violatorio del principio de "igualdad ante la ley" en que se inspira la organización democrática de los Estados, y más concretamente, las normas contenidas en los artículos 16 y 30 de nuestra Carta Fundamental, deba la Corte analizar el modo como la disposición acusada puede quebrantar, no propiamente el texto concreto de estos preceptos constitucionales, sino el principio de justicia o igualdad en que ellos traducen el orden jurídico del Estado.

Ahora bien. El principio de la igualdad ante la ley, no es una norma rígida y absoluta que indiscriminadamente pueda aplicarse a todas y cada una de las personas o entidades a las cuales se dirige, sino muy por el contrario, de naturaleza relativa a las múltiples aptitudes de quienes deben contribuir al bienestar común, y a las necesidades que está llamado a satisfacer, para que —como dice un conocido tratadista— "quien tiene mucho pague mucho, el que posee poco pague poco y el indigente no pague nada". Dentro de ese concepto de relatividad en la aplicación del principio, la ley inferior no puede reputarse incompatible con el contenido de aquél, sino cuando los términos concretos y específicos de que se valga, consagren la desigualdad. Y esa contradicción o pugna no aparece en los términos concretos del artículo 9º de la ley 56 de 1947 que se acusa, por cuanto apenas se limita a de-

clarar una obligación que es general para todas las empresas cuyos trabajadores tengan no menos de cuarenta niños; y que lejos de ser antagónica con los textos constitucionales que se reputan quebrantados, se conforma exactamente al deber que tienen las autoridades de la República de "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", de que habla el artículo 16, y al de las obligaciones que implica la propiedad privada como función social, según lo expresa el artículo 30.

Claro está que —como lo observa el demandante— el cumplimiento de esa obligación legal, no puede producirse en los términos de absoluta igualdad, en que se inspira el principio, como tampoco ninguna de las medidas que implican gravámenes o cargas propiamente dichos, o que simplemente participan de la calidad de deberes o prestaciones sociales. Pero esa desigualdad que se funda en la naturaleza misma de las cosas y no en los términos mismos de la ley, no es susceptible de violar el principio constitucional, como tampoco podría quebrantarlo la norma civil que, traduciendo elementales obligaciones de derecho natural, impone al padre el deber de criar y educar a sus hijos sin consideración alguna al número de éstos o a las aptitudes económicas de aquél. Luego no habiendo consagrado el texto legal que se acusa una norma concreta de desigualdad, sino antes bien, reservado al Gobierno la facultad de reglamentarla "de acuerdo con las circunstancias, en forma que asegure su cumplimiento," mal puede sostenerse respecto de ella el concepto de inexequibilidad que se pretende.

Se ha dicho, en segundo lugar, que la disposición legal que se acusa es violatoria del artículo 41 de la Constitución, porque atenta contra los principios de la libertad de enseñanza y de empresa, en cuanto impone al particular la obligación onerosa de entregarse a una determinada actividad; porque desplaza hacia el empresario privado el cumplimiento de un deber que es privativo del Estado; y porque, finalmente, interfiere los términos mismos del contrato de trabajo, haciéndolos más gravosos para el empleador, y en forma que no podría tener límites. A lo cual observa la Corte:

La libertad de enseñar, como facultad del individuo para llevar o no a otros determinados conocimientos, no es una potestad absoluta e ilimitada en el orden natural ni en el social. Dentro del primero, el padre tiene la obligación ineludible definida en el Código Civil, de educar a sus hijos, sin que, por lo tanto, sea libre para no hacerlo; y dentro del orden social, la propia Constitución tiene establecido, que "la propiedad es una función social que implica obligaciones"; luego si una de las primordiales necesidades de la sociedad es precisamente la de darle instrucción al pueblo, a satisfacerla tiene que corresponder la consiguiente obligación del particular, en los términos y condiciones que señale la ley. Como sucede exactamente con la "asistencia pública", que no obstante hallarse definida como una clara función del Estado (artículo 19 de la Constitución), puede, en determinados casos previstos por el legislador, desplazarse a cargo de los particulares en cuyo servicio trabaja quien debe recibirla, o sus familiares, sin que por ello pueda deducirse razón alguna contra los deberes del Estado o contra el principio de libertad de industria que la Carta garantiza.

Ni puede tampoco sostenerse que la obligación impuesta a determinadas empresas de dar enseñanza primaria a los hijos de sus trabajadores, sea violatoria del principio de la Constitución conforme al cual, "la enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado"; porque ni ese deber es privativo del Estado, como acaba de expresarse; ni el que se impone al particular puede reputarse como suministrado a simple título gratuito, sino más exactamente, como una contraprestación de índole social para el esfuerzo que el empleado incorpora al servicio de la empresa, y que desde luego encuentra un límite natural en las propias capacidades económicas del empleador, y en las necesidades que la propiedad como función social está llamada a satisfacerle al empleado.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara exequible el artículo 9º de la ley 56 de 1947, objeto de esta demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno, insértese en el "Diario Oficial" y en la GACETA JUDICIAL, y archívese el expediente.

Domingo Sarasty M. — Gerardo Arias Mejía.— Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.— Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada—Ricardo Hinestrosa Daza—Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charry—Pablo E. Manotas—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas — Angel Martín Vásquez — Pedro León Rincón, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE SEPARACION DE BIENES PERTENECIENTES A UNA SOCIEDAD CONYUGAL. — LAS ALEGACIONES SOB RE VIOLACIONES DE LA LEY SON IMPROCEDENTES DENTRO DEL MOTIVO SEGUNDO DE CASACION. — CAUSAL PRIMERA DE CASACION.—ERROR EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

1.—No desvirtúa el hecho de que se trata de una acción de separación de bienes pertenecientes a una sociedad conyugal, la circunstancia de que entre los hechos de la demanda se encuentren algunos que improcedentemente hablen de bienes aportados al matrimonio por la mujer o adquiridos durante él con el producto de los mismos, porque las cuestiones relativas a la determinación de los bienes de la sociedad conyugal o que deban reputarse sociales son ajenas al juicio de separación, como que sólo tienen su oportunidad cuando, por haberse decretado aquélla, deba practicarse posteriormente la liquidación de la sociedad con sujeción a las reglas legales correspondientes. La anotada circunstancia no desnaturaliza, pues, la verdadera índole de la acción.

2.—Las alegaciones sobre violaciones de la ley son improcedentes dentro del motivo segundo de casación, que es enteramente formal, como que apenas da ocasión para esclarecer si la sentencia está o no en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

3—Muchas veces ha repetido la Corte 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 si cuando se hace no es necesaria, y cuyo quebrantamento, 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 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 1ª 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 de acceso a la casación".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, abril diecisiete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ester Rosero de Hidalgo propuso ante el Juez 1º Civil del Circuito de Pasto, juicio ordinario contra su legítimo esposo Rosendo Hidalgo, para que "se declare la separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal" por ambos formada, fundándose, entre otros hechos, en que el demandado ha abandonado por completo el cumplimiento de sus deberes de esposo; que vive en amancebamiento, y que en forma diaria la ultraja y trata cruelmente hasta el punto de que su vida corre peligro.

Tramitado el juicio con la oposición del demandado, el Juez del conocimiento lo falló en sentencia de nueve de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, decretando la separación demandada.

Después de algunas incidencias, en 31 de octubre de mil novecientos cuarenta y seis se concedió al demandado el recurso de apelación que contra dicha decisión interpuso. Remitido por tal motivo el negocio al Tribunal Superior de Pasto, éste, al término de la tramitación propia del segundo grado, dictó la sentencia de 23 de agosto de 1947, por medio de la cual revocó la apelada, en el sentido "de decretar, como en efecto decreta, la simple separación de bienes de la sociedad conyugal habida entre el señor Rosendo Hidalgo y la señora Ester Rosero de Hidalgo en virtud del matrimonio que celebraron el 21 de octubre de 1933, debiéndose proceder en cuanto a la liquidación de gananciales en la forma prevista en el artículo 203 del Código Civil".

Esa decisión la fundó, en síntesis, el Tribunal en que con los elementos de convicción aportados al proceso estaban probadas las causales 2ª y 5ª del artículo 154 del C. C., que origina la simple separación de bienes, conforme al artículo 2º de la ley 8ª de 1922.

Al demandado se concedió el recurso de casación que, debidamente tramitado, se procede a decidir.

El recurrente invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J. formula contra la sentencia los tres cargos que se sintetizan a continuación:

a) Con apoyo en la citada causal segunda sostiene que la sentencia está en desacuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio, pues dice que en aquélla se decreta la separación de bienes de la sociedad conyugal Hidalgo-Rosero y que en ésta lo que se pide es sólo la separación y liquidación con respecto a determinados bienes, taxativamente indicados en los hechos de la demanda que son, precisamente, los que, según la actora ha adquirido el marido durante el matrimonio, excluyendo los que a ella le pertenecen o administra; que así lo que en realidad se busca es la liquidación de un negocio de bienes comunes, para lo cual resulta improcedente la acción de separación, ya que ésta comprende la totalidad de los que forman el haber de una sociedad conyugal, y que al decretar la sentencia la separación de bienes de la sociedad conyugal no se ajustó a lo pedido, con olvido y quebranto de las disposiciones legales que cita.

Se considera:

Todas las disquisiciones que el recurrente hace en el cargo precedentemente sintetizado parten de la base que —según su parecer— en el libelo inicial del pleito no se propuso en realidad una acción de separación de bienes; pero tal alegación carece por completo de fundamento, pues los términos inequívocos de la demanda demuestran con absoluta evidencia que la acción incoada es la que el Tribunal estudió y decidió en la sentencia. En efecto, en la única súplica que contiene el libelo se pide que, mediante los trámites del juicio ordinario, "se decrete la separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal formada entre el demandado y la suscrita demandante; en el aparte marcado con la letra f) se puntualizan los cargos que motivan la acción, los cuales constituyen nada menos que tres de las causales que conforme a los numeral 2º, 4º, 5º del artículo 154 del C. C. en armonía con el 2º de la ley 8ª de 1922 autorizan la separación de bienes. Además, entre las razones de derecho citadas como fundamento de la demanda se encuentran las del Capítulo 3º, Título 9º del Libro 1º del C. C. que contiene las reglas "relativas a la simple separación de bienes", y las de los artículos 154 del C. C. y 2º de la ley 8ª de 1922, ya mencionados, que versan precisamente sobre el mismo juicio de separación.

No desvirtúa la aseveración precedente la circunstancia de que entre los hechos de la demanda se encuentren algunos que improcedentemente hablen de bienes aportados al matrimonio por la mujer o adquiridos durante él con el producto de los mismos, porque las cuestiones relativas a la determinación de los bienes de la sociedad conyugal o que deban reputarse sociales son ajenas al juicio de separación, como que sólo tienen su oportunidad cuando, por haberse decretado aquélla, deba practicarse posteriormente la liquidación de la sociedad con sujeción a las reglas legales correspondientes. La anotada circunstan-

cia no desnaturaliza, pues, la verdadera índole de la acción ejercitada en el presente caso.

Finalmente, debe anotarse que las alegaciones sobre violaciones de la ley son improcedentes dentro del motivo segundo de casación, que es enteramente formal, como que apenas da ocasión para esclarecer si la sentencia está o no en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Invocando la causal 1ª del atrículo 520 del Código Judicial, propone el recurrente dos cargos contra el fallo del Tribunal, por considerar que éste incurrió en errores de hecho y de derecho al estimar unas pruebas y dejar de apreciar otras. En el primero de ellos hace la crítica del concepto que sobre "amancebamiento del marido" acoge el sentenciador y lo estima equivocado; luego hace algún análisis sobre la prueba testimonial que se tuvo en cuenta para dar por acreditado ese hecho y va analizando su mérito probatorio en frente de los siguientes artículos del Código Judicial: del 593 que estatuye que los hechos en que se funde una sentencia deben estar demostrados en forma plena y completa; del 697 que prescribe que dos testigos hábiles y concordantes forman plena prueba; del 698 que establece que el dicho del testigo de referencia no tiene fuerza, salvo que se trate de probar un hecho antiguo o la fama pública; del 699 que enseña que las declaraciones sobre palabras no forman prueba sobre los hechos. En el segundo de los cargos el recurrente hace la crítica de los testimonios acogidos por el Tribunal para dar por demostrada la causal de separación de bienes por ultrajes y maltratamientos de obra para concluir que ellos no forman plena prueba y que además son desechables por estar afectados de parcialidad. Alega también que el sentenciador dejó de apreciar otras pruebas contradictorias con las que tuvo en cuenta. Cita en respaldo de su tesis los siguientes artículos del Código Judicial: el 688 en su aparte 3º que impone al testigo el deber de explicar cada respuesta; el 687 que prescribe cómo deben formularse las preguntas al testigo; el 689 referente a las respuestas que deben dar; el 697, a cuyo contenido ya se aludió; el 669, numeral 2º, que dispone que están impedidos para declarar por parcialidad, que se supone, entre otros, en los sirvientes o criados del que es parte en el pleito; el 702 que da reglas al Juez para la valoración de testimonios contradictorios entre sí, y el 601, que establece la manera como deben apreciarse las pruebas. Al final de ambos cargos dice el recurrente que "las disposiciones violadas por la apreciación errónea se han puntualizado".

Se considera:

Para rechazar los dos cargos que acaban de sintetizarse es suficiente reproducir por una vez más la siguiente constante doctrina, de estricta aplicación en el presente caso, que esta Sala ha sostenido con ocasión de recursos en que se invocan como quebrantadas normas legales sobre pruebas: "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 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 reglamentárias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz si 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 se-

ñalar 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 1ª 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 de acceso a la casación". (G. J. número 1986, pág. 640).

Y si pudiera pensarse que el recurrente, por el hecho de decir en algún otro aparte de la demanda que el Tribunal funda su sentencia sobre la base de considerar probadas las causales 2ª y 5ª del artículo 154 del C. C., pretendió también incluir esa disposición entre las que alude como violadas por la decisión recurrida, entonces habría que observar que dicha norma legal apenas prevé las causas o motivos que dan lugar al divorcio y que sólo vienen a estar erigidas en causales de separación de bienes por razón de lo expresamente estatuído en el artículo 2º de la ley 8ª de 1922, que es, de consiguiente, la disposición legal sustantiva cuya cita, que no se hizo, habría sido la pertinente para poder entrar a estudiar a fondo las alegaciones del recurrente.

No prosperan, pues, los cargos.

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 veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alberto Holguín Lloreda—Hernán Salamanca—Arturo Silva Rebolledo—Emilio Prieto H., Ofl. mayor en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA. — ERROR DE HECHO. — CUANDO DA LUGAR A LA CASACION DEL FALLO RECURRIDO

1.—El error de hecho en que puede incurrir el juzgador de segunda instancia al apreciar las pruebas del proceso, y que da lugar a la prosperidad del recurso de casación cuando a consecuencia de él se incurre en violación de la ley sustantiva, tiene que aparecer "de modo manifiesto en los autos" como así lo requiere y prescribe el inciso 2º del artículo 520 del Código Judicial, y para que se produzca esa clase de error es necesario —como lo ha pregonado la Corte en constante jurisprudencia— que la equivocación del sentenciador haya sido de tal magnitud que sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas se vea que la apreciación probatoria pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso. La duda que genera el punto de hecho o la pluralidad de las interpretaciones que sugiera, excluye, en consecuencia, la existencia de un error de la naturaleza indicada.

2.—Ha sostenido invariablemente la Corte que los errores en que incurra un Tribunal al interpretar un contrato o convención entre las partes, de acuerdo con su contexto y con la materia sobre la cual se ha contratado, y en la apreciación relativa a la intención de las partes en las cláusulas de un contrato, son errores de hecho que no dan cabida al recurso de casación sino cuando se alegan y constan de modo evidente en el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio trece de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez Civil del Circuito de Cartago, María Luisa Lasso propuso, por medio de apoderado, juicio ordinario contra Cayetano García para que se le condene a restituírle la casa marcada con el número 5-58 de la actual nomenclatura de la expresada población, constante de cuatro piezas, cocina y corredor, con la alinderación que se describe en la súplica primera de la demanda.

En los hechos fundamentales aseveró la actora que por escritura pública número 426 de 1º de noviembre de 1933, de la Notaría de Cartago, Encarnación Lasso compró al citado García, el lote de terreno a que ese instrumento se contrae; que en éste consta que la compradora tenía construída ya, con sus propios recursos, una casa de dos piezas y cocina, de paredes de bahareque y techo de tejas; que en el mismo lote y hacia la parte sur, contigua a la anterior, construyó posteriormente la compradora con sus propios recursos, otra casa que es la reivindicada; que en la sucesión de Encarnación Lasso se le adjudicaron a la demandante los inmuebles referidos, y que Cayetano García es el poseedor material de la casa que se reivindica.

Al contestar esa demanda, el demandado se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas, alegando que la compraventa quedó afectada de la condición resolutoria que se expresa en el mismo instrumento y que todo el contexto de éste "no tuvo otro objeto que el de crear ciertas apariencias contractuales, por razones íntimas de los pactantes".

Al cabo de la tramitación propia de la primera instancia, el Juzgado profirió la sentencia de seis de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, condenando al demandado al tenor de las peticiones del libelo.

A aquél se le concedió recurso de apelación y el Tribunal Superior de Buga lo decidió en sentencia de veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, que revocó la apelada, y absolvió al demandado de los cargos que se le formularon.

Para llegar a esa solución el Tribunal tomó en cuenta la declaración que hizo Encarnación Lasso en la escritura número 426 por medio de la cual compró a Cayetano García el lote de terreno allí descrito, en la que dijo: "Que acepta la presente escritura en todas y cada una de sus cláusulas, y que, en caso de que la exponente fa-

lleciere antes que su vendedor, de hecho pasarán los inmuebles referidos a poder de él".

Acerca de esta declaración observó el sentenciador que está concebida en términos ambiguos, que dan lugar a distintas y opuestas interpretaciones sobre la verdadera voluntad allí contenida, pues considerada aislada y literalmente, bien podría reputarse como una asignación gratuita por causa de muerte, que sería inválida por no haberse acudido a las formalidades del testamento; pero que examinada como un pacto accesorio a un contrato principal, con el cual debe guardar relación y armonía "la mencionada estipulación tiene el carácter de un verdadero pacto resolutorio del contrato de compraventa celebrado entre Encarnación Lasso y Cayetano García. "En tal sentido considerado quiere decir que el contrato convenido y formalizado mediante la escritura número 426 quedaría deshecho o resuelto en el evento de acaecer la muerte de la compradora antes que el vendedor, acontecimiento futuro e incierto que podría suceder o no. "El pacto resolutorio así estipulado para el referido contrato de venta no altera aspecto alguno de la esencia de dicho contrato, ni va contra precepto alguno de orden público o de buenas costumbres, ni ha sido por ningún otro aspecto prohibido por la ley, y resulta antes autorizado por el artículo 750 del C. Civil, según el cual "la tradición puede transferir el dominio bajo la condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese".

"Esta interpretación de la referida cláusula como pacto resolutorio, no sólo encuadra dentro de la naturaleza misma del contrato de venta contenido en la escritura número 426, formando con las cláusulas de aquél un todo armónico y homogéneo, sino que permite que la comentada estipulación produzca efectos válidos, lo que es regla fundamental que no debe olvidarse en la labor interpretativa de todo acto o declaración de voluntad".

"Es verdad que lo vendido por Cayetano García fue simplemente el lote de terreno escueto o desnudo de toda edificación o mejora y, por lo tanto, la resolución de dicho contrato por muerte de la compradora en los términos antes analizados no comprendía, por sí misma, sino la reversión del dominio del objeto vendido. Pero la reversión del dominio del suelo o lote de terreno, llevaba consigo, por ley de arrastre, la propiedad de las edificaciones o mejoras allí plantadas, dentro del criterio en que aún se informa nuestra legislación al considerar estas mejoras como simples bienes accesorios al suelo, que pasan en propiedad a quien sea el titular de éste. Por tal razón se explica, que el pacto que se viene analizando comprenda "los dos inmuebles", o sea, el lote vendido y la edificación ya plantada por la compradora.

"Pero esta interpretación no significa, claro está, que la reversión del dominio de los inmuebles pertenecientes a Encarnación Lasso se operase a favor de Cayetano García en forma gratuita y sin compensación alguna. La resolución de la venta en cuanto al lote mismo de terreno, implica para el comprador la restitución de la prestación recibida, y el reconocimiento y pago del derecho de crédito del comprador por las mejoras que haya plantado o incorporado en el objeto y que pasen también con la resolución al vendedor por razones de accesión.

"En síntesis, y concretando al presente negocio, se tiene que la señora Encarnación Lasso, con su fallecimiento, no traspasó a sus herederos el dominio del inmueble comprado por escritura número 426 ni sus accesorios —derecho éste que se revertió en cabeza del vendedor Cayetano García— y únicamente les transmitió los derechos créditos que surgieron como consecuencia de tal evento resolutorio o sea esa restitución de precios e indemnización por mejoras plantadas en el lote de terreno, cuestiones éstas cuya decisión no ha sido provocada en este juicio y son, por lo tanto, extrañas al fallo".

A la demandante se le concedió recurso de casación, el que en la debida oportunidad ha sustentado ante la Corte, invocando el primer motivo establecido en el artículo 520 del C. J., por considerar que el fallo recurrido viola la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en que incurrió en la apreciación de la escritura pública número 426 de 1º de noviembre de 1933, corrida en la Notaría de Cartago, por las siguientes razones:

"Primera—Porque lo que el sentenciador aprecia con error de hecho como pacto accesorio al contrato de compraventa, es una manifestación unilateral e inválida de la compradora, puesto que está concebida en los siguientes términos:

"Presente la compradora Encarnación Lasso, mayor y vecina de esta ciudad, a quien personalmente conozco, manifestó: Que acepta la presente escritura en todas y cada una de sus cláusulas, y que en caso de que la exponente falleciere antes que su vendedor, de hecho pasarán los dos inmuebles referidos a poder de él".

"La circunstancia de sujetar la eficacia de la donación al evento de fallecer la donante antes que el donatario, no le da a la disposición el carácter de pacto accesorio al contrato de venta, puesto que todo asignatario debe existir naturalmente al tiempo de deferírsele la asignación. No envuelve por consiguiente, condición resolutoria la compraventa, porque la materia de éste fue el solar y no la casa, en tanto que la donación se quiso referir a los dos inmuebles.

"Segunda.—Porque la invalidez de tal declaración es manifiesta de conformidad con el artículo 1056 del Código Civil, a cuyo tenor, 'toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento'. Por este aspecto es de derecho el error de apreciación del Tribunal, porque ningún acto de tal naturaleza puede quedar sujeto a vínculo contractual alguno.

"Tercera. — Porque la citada escritura 426 de 1933, en que consta la donación **mortis causa** que presumió hacer Encarnación Lasso a favor del demandado Cayetano García no está rodeada de las solemnidades prescritas por la ley para garantizar la verdadera, libre y espontánea voluntad de las disposiciones testamentarias".

Para resolver se considera:

El error de hecho en que puede incurrir el juzgador de segunda instancia al apreciar las pruebas del proceso, y que da lugar a la prosperidad del recurso de casación cuando a consecuencia de él se incurre en violación de la ley sustantiva, tiene que aparecer "de modo manifiesto en los autos" como así lo requiere y prescribe el inciso 2º del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial y para que se produzca esa clase de error es necesario —como lo ha pregonado la Corte en constante jurisprudencia— que la equivocación del sentenciador haya sido de tal magnitud que sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas se vea que la apreciación probatoria pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso. La duda que genera el punto de hecho o la pluralidad de las interpretaciones que sugiera, excluyen, en consecuencia, la existencia de un error de la naturaleza indicada.

"Hay error evidente en la apreciación de las pruebas cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del proceso. En otros términos, para que haya esta clase de error en la apreciación de pruebas, es necesario que resulte demostrado de modo evidente en esas pruebas y de otros comprobantes del proceso, que el juicio del Tribunal es contradictorio a la realidad de las cosas". (Jurisprudencia de la Corte, Tomo III, número 1531).

"Por otra parte cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho originada en las pruebas mismas que se han aducido no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar una de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa". (Obra y tomo citados, número 1518).

"De manera que para aceptar el cargo por error de hecho en relación con la apreciación de una prueba, tiene que aparecer manifiesto que esa apreciación es contraria a la evidencia misma de los hechos". (Casación de 22 de junio de 1945. G. J. Nº 2019, pág. 165).

También ha sostenido invariablemente la Corte que los errores en que incurra un Tribunal al interpretar un contrato o convención entre las partes, de acuerdo con su contexto y con la materia sobre la cual se ha contratado, y en la apreciación relativa a la intención de las partes en las cláusulas de un contrato son errores de hecho que no dan cabida al recurso de casación sino cuando se alegan y constan de modo evidente en el proceso.

En el caso de autos el Tribunal entendió que la cláusula arriba copiada envuelve una condición resolutoria del contrato de compraventa celebrado entre García y la Lasso, y el recurrente considera que en esa operación se incurrió en error de hecho, porque allí no se encuentra sino una manifestación unilateral e inválida de la compradora, que constituye una donación por causa de muerte, que es nula por la ausencia de las solemnidades a que como tal debió sujetarse, y que por este último aspecto es también de derecho el error en que se incurrió.

Pero para la Corte no se configura en la interpretación del Tribunal un error de hecho manifiesto en las condiciones ya anotadas, es decir, que pugne evidentemente con lo que consta y resulta de la escritura pública contentiva de la compraventa, por las siguientes razones:

1ª—Porque no se está en presencia de una manifestación unilateral de la compradora, sino de

una cláusula incorporada en el pacto por voluntad de los contratantes, aunque hubiera sido la compradora quien la dictó, pues en la escritura (páginas 4 a 5, cuaderno 1º), consta expresamente, bajo la fe pública que le es debida al acto notarial, que leído el "instrumento a los otorgantes en presencia de los testigos instrumentales nombrados y advertidos de la formalidad del registro, lo aprobaron y firmaron con dichos testigos...", etc. Luego nó puede remitirse a dudas que existió un acuerdo de voluntades entre ambos contratantes sobre los términos de la referida cláusula, lo que excluye el que pueda considerársele como una "manifestación unilateral de la compradora". Además, de no existir la expresa aprobación del vendedor a todo el contenido del instrumento, del simple hecho de haberlo suscrito sin reparo alguno habría que deducir cuando menos una aceptación implícita.

2ª—Porque la interpretación que a dicha estipulación le dio el Tribunal cabe dentro de su contexto, puesto que si por condición debe entenderse "un acontecimiento futuro, que puede suceder o no" (artículo 1530 del C. C.) y por condición resolutoria, aquella por cuyo "cumplimiento se extingue un derecho" (artículo 1456 ibídem), el convenio de los contratantes sobre que si la compradora fallecía antes que el vendedor pasarían los dos inmuebles de que en el instrumento se habla al dominio del último, envuelve un acontecimiento futuro e incierto; futuro porque no se había realizado al momento de contratarse y debía realizarse después; e incierto, porque no se sabía quién moriría primero, si el vendedor o la compradora; y porque de ocurrir, como ocurrió, extinguía el derecho de aquélla. Luego, dicha cláusula podía ser entendida como una condición resolutoria del contrato de compraventa.

3ª—Porque adoleciendo de suficiente claridad, la interpretación que de esa cláusula hizo el sentenciador se ciñó a las reglas sobre la materia, contenidas en los artículos 1620 y 1621 del Código Civil, que enseñan que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno y que en la interpretación debe estarse a la que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, siempre que no apareciere voluntad contraria entre las partes.

4ª—Porque la venta hecha bajo condición resolutoria cabe dentro de la naturaleza de ese contrato, como que está expresamente prevista y permitida por el artículo 1863 del Código Civil.

5ª—Porque de la mera forma plural empleada en la dicha estipulación, cuando habla de que "los dos inmuebles" pasarán a poder del comprador en el evento allí contemplado, comprendiendo así tanto el solar comprado como la edificación levantada por la compradora, tampoco se desprende claramente que la intención de ésta hubiera sido la de hacer una donación, pues el entendimiento que de esa forma plural hizo el sentenciador en los respectivos apartes que del fallo se dejaron copiados se acomoda a lo estatuído en el artículo 739 del C. C. Es decir, que como los contratantes debían saber que al verificarse la reversión del dominio, por el cumplimiento de la condición resolutoria, el dueño del suelo se hacía, por ministerio de la ley, dueño de las mejoras, quedando sólo obligado al pago de las indemnizaciones correspondientes, la forma plural a que acudieron les resultaba ajustada a las previsiones legales.

6ª—Finalmente, porque la citada cláusula puede ser interpretada en realidad de dos maneras: la que le da el recurrente y la que le otorgó el sentenciador, lo cual determina que el caso sea dudoso y que no se presente, por las razones arriba expuestas, un error evidente en la conclusión a que llegó la sentencia.

No está, por tanto, demostrado el error de hecho manifiesto que invoca el recurrente en el primero de sus cargos y como las alegaciones restantes se basan en el supuesto de que la equivocación del sentenciador al calificar como condición resolutoria lo que es una donación, y esa equivocación en forma manifiesta no ha existido, las razones que quedaron expresadas son de suyo suficientes para rechazar todas las acusaciones que contra el fallo se propusieron.

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 de 20 de febrero de 1948, proferida por el Tribunal Superior de Buga en este negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas — Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA — ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE INDICIOS Y EN CUANTO A LA DE LA CONFESION EXTRAJUDICIAL. — DERECHOS DEL POSEEDOR DE BUENA FE VENCIDO EN JUICIO REIVINDICATORIO

1.—El error de hecho procede cuando el recurrente puede presentar ante la Sala de Casación Civil la contraevidencia de los hechos tenidos como ciertos en la sentencia acusada, y esto no se realiza en caso de que el Tribunal no le otorgó o dejó de otorgarle la categoría de indicio a un elemento probatorio allegado al proceso, dentro de la autonomía de apreciación que la ley, la doctrina y la jurisprudencia le tienen otorgada.

En los casos de indicios necesarios, cuando sucesos cuyo acaecimiento implica obligadamente el de otro determinado, entonces puede prosperar una acusación fundada en la falta de apreciación de aquéllos, pero esto no es posible cuando, como en el caso de autos, el recurrente apenas establece como punto de reparo, la conexidad que de acuerdo con su criterio tienen ciertas manifestaciones con el hecho que él mismo afirma, a la ninguna o inferior que el Tribunal halló en su libre y autónoma apreciación.

Los artículos 663, 664 y 665 del C. J., que tutelan el mérito probatorio de los hechos indiciarios, le confieren al Juez la facultad para determinar de acuerdo con su criterio, en cada caso concreto, el alcance de los elementos probatorios incompletos, según la certidumbre o duda que produzcan en su ánimo. Cuando aquél no los aprecia o los desecha, no vulnera las disposiciones citadas, porque los efectos jurídicos que puedan producir esas normas están condicionados a su criterio, y sólo puede "lesionarlos cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dado por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos y por establecida su gravedad, precisión, conexidad e indubitable incidencia sobre los hechos controvertidos, se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el artículo 665 del C. J. para ellos prevé".

2.—La confesión extrajudicial la estima el artículo 608 del C. J. como prueba deficiente e incompleta y su fuerza probatoria depende exclusivamente de la que le confiera el Juez, y no puede invocarse y radicarse el error de hecho, cuando se quiere hacer depender su existencia, del uso de una facultad legal y amplia por parte del Juzgador de instancia, cuya finalidad objetiva, ha dicho la Corte, no puede ser rectificada por persona distinta al mismo juzgador.

3.—El inciso 3º del artículo 946 del C. C. dispone expresamente que el poseedor de buena fe vencido en juicio reivindicatorio no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; pero en cuanto a los percibidos después de esa fecha, sí está en la obligación de restituírlos, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

Las obligaciones que nacen a cargo del poseedor de buena fe como consecuencia de la acción reivindicatoria, pueden ser reconocidas oficiosamente por el juzgador, más, cuando han sido motivo de peticiones en la demanda. Lo mismo puede afirmarse del derecho del poseedor de buena fe, tutelado por los artículos 965 y 966 del C. C. en relación con las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda y el de retención de la misma cosa hasta que el pago se verifique, o se le asegure a su satisfacción. Así lo ha admitido la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, junio trece de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

La Sociedad "Castro Martínez & Cía., Limitada", con domicilio en la ciudad de Barranquilla, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de la ciudad antes dicha, en acción ordinaria de reivindicación a la señora Herminia Cabrera v. de Gambín, para que se declare que la mencionada sociedad es dueña exclusiva del inmueble situado en la calle de Obando, entre las carreras La Paz y Ricaurte, en la mencionada ciudad de Barranquilla y alinderado como allí se expresa, y que en consecuencia, se condene a la demandada a restituir el inmueble junto con el pago de los frutos civiles contados a partir de la contestación de la demanda, así como el pago de las costas del juicio.

El actor en la fundamentación de la demanda sostiene que la Sociedad "Castro Martínez & Cía. Limitada" es dueña del inmueble citado, por adquisición que de él hizo, según escritura pública número 163 de 21 de enero de 1946, de la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla debidamente registrada, y además, tener la entidad propietaria en su favor una titulación ininterrumpida de más de treinta años hacia atrás. Explica la posesión de su demandada diciendo que hace aproximadamente unos siete años uno de los antecesores de la entidad actualmente propietaria, señor Pedro A. Márquez, permitió a la señora Cabrera v. de Gambín, que habitara el mencionado inmueble sin pagarle arrendamiento a su propietario, señor Pedro A. Márquez, y que desde esa fecha para acá dicha señora ha venido habitando el citado inmueble. Advierte el demandante, que la señora Cabrera v. de Gambín, afirma que ella está en posesión material de la casa con ánimo de dueña y que la posesión se la dio su hermano Pedro A. Márquez desde hace aproximadamente unos siete años, sin que ella, desde entonces, haya reconocido derecho de dominio a nadie.

Surtido el traslado legal de la demanda, la demandada por medio de apoderado la contestó sin oponerse a las pretensiones del actor, pero con la advertencia que ella jamás se había negado a la entrega de dicha finca a quien demostrare ser el verdadero dueño y que la habitaba con la sana creencia de que su hermano cumpliría la promesa verbal que le había hecho de donación legal de la casa. Posteriormente en demanda de reconvención solicitó se condenara a la Sociedad demandante al pago de la cantidad de dos mil setecientos treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 2.737.50), valor de algunas mejoras, reparaciones, custodia y conservación hechas en el inmueble que ha sido objeto de la acción reivindicatoria por parte de la sociedad contrademandada.

Concretadas en estos términos las pretensiones de las partes, se desarrolló la acción de dominio hasta finalizar su primer grado con sentencia de 4 de marzo de 1948, en que se decretó la reivindicación del inmueble, se condenó a la demandada a su restitución tan pronto como quedara en firme el fallo y al pago de los frutos civiles percibidos a partir de la notificación de la demanda y hasta la entrega del bien, "como poseedora de mala fe", y además, al pago de las costas del juicio. En cuanto a la demanda de reconvención, absolvió a la Sociedad contrademandada de los cargos en ella propuestos.

Sentencia acusada

La apelación de la parte demandada dio lugar a la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que la finalizó con la sentencia de 18 de octubre de 1948, la que reformó la de primera instancia y en su lugar decidió: "Primero.—Declárase que la Sociedad "Castro Martínez & Cía., Limitada" es propietaria del inmueble individualizado en el hecho primero de la demanda. Segundo.—Condénase a la demandada, señora Herminia Cabrera v. de Gambín, a entregar a la Sociedad demandante el citado inmueble. Tercero. Condénase a la Sociedad "Castro Martínez & Cía. Limitada", a pagar a la señora Herminia Cabrera v. de Gambín la suma de mil doscientos setenta y siete pesos con diez centavos ($ 1.277.10). Cuarto.—Absuélvese a la nombrada señora Herminia Cabrera v. de Gambín de los demás cargos formulados en la demanda. Quinto.—La entrega del inmueble deberá hacerse inmediatamente que la Sociedad "Castro Martínez & Cía. Ltda." pague a la señora Herminia Cabrera v. de Gambín la suma a que se refiere el punto tercero de este fallo. Sin costas".

Como razones fundamentales de su fallo, el Tribunal advierte que "la señora Cabrera v. de Gambín en su demanda de reconvención, pide que la Sociedad "Castro Martínez & Cía., Ltda." sea condenada a pagarle la cantidad de dos mil setecientos treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 2.737.50) por concepto de mejoras, reparaciones, custodia y conservación de la finca raíz urbana, materia de este juicio.

"La contrademandante, en esta segunda instan-

cia con los testimonios de los señores Justiniano Pérez, Felipe Díaz, Rafael Malvido, Alfonso Aranguren y la inspección ocular practicada, ha demostrado que hizo en el citado inmueble algunas reparaciones que los peritos aprecian en la suma de mil doscientos setenta y siete pesos con diez centavos ($ 1.277.10).

"Ese experticio lo encuentra la Sala debidamente fundamentado y explicado por lo que tiene la fuerza de plena prueba para acreditar la existencia y valor de las mejoras efectuadas por la señora Cabrera v. de Gambín en el bien materia del litigio.

"Esa señora entró a ocupar el mentado inmueble por voluntad de su hermano, difunto Pedro A. Márquez, de quien lo heredó la señora de Castro Martínez. En este hecho están de acuerdo demandante y demandado, por lo que se puede afirmar que la demandada no es poseedora de mala fe y por ende no sujeta a las prestaciones a que obliga la ley a aquéllos".

El recurso

Al demandante se le concedió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha 18 de octubre de 1948, después de fijarse la cuantía por el procedimiento señalado en el artículo 524 del C. J., declarado admisible por la Sala y debidamente tramitado se procede a decidir.

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia, todos con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. pero por causas o motivos distintos. El primero por violación directa de ley sustantiva —artículo 964 del C. C.— por falta de aplicación de esta norma; el segundo por aplicación indebida e interpretación errónea como consecuencia de apreciación errónea de las pruebas, con error de hecho y de derecho manifiesto, a virtud de los cuales fueron violados los artículos 697, 720, 730 y 723 del C. J. y 966 y 720 del C. C.; y el tercero por error de hecho por falta de apreciación de la prueba indiciaria llevada al juicio, que indujo a error de derecho, a consecuencia del cual se violaron los arts. 663, 665, 604, 606 y 607 del C. J. y consecuencialmente los artículos 966 y 970 del C. C.

Para orden en la decisión del recurso, la Sala procede al estudio de los cargos por separado, dejando para último el primero, ya que éste ha de prosperar y porque ellos inciden en partes distintas de la sentencia.

Segundo cargo. — El recurrente, en este cargo afirma que el sentenciador, en la parte motiva de su sentencia, estimó que con los testimonios de Justino Pérez, Felipe Díaz, Rafael Malvido, Alfonso Aranguren y en la inspección ocular, pruebas practicadas en la segunda instancia a petición de la parte demandada, ésta demostró haber hecho en el inmueble objeto de la acción reivindicatoria algunas reparaciones que los péritos aprecian en la suma de un mil doscientos setenta y siete pesos con diez centavos ($ 1.277.10). Que este experticio lo consideró el Tribunal sentenciador debidamente fundamentado y explicado, por lo que le dio la fuerza de plena prueba para acreditar la existencia y valor de las mejoras efectuadas por la señora Cabrera v. de Gambín en el bien materia del litigio. Que en la sentencia que acusa, hay error manifiesto de hecho por cuanto el Tribunal estimó que las mejoras habían sido hechas por la demandada, siendo así que en las declaraciones a que el mismo Tribunal se refiere en la parte motiva de su sentencia, no aparece demostrada, evidenciada ante los ojos del sentenciador, la época en que fueron ejecutadas esas supuestas mejoras, pues ninguno de los declarantes habló de época alguna en que hubieran sido hechas. Violó el Tribunal sentenciador con esto, el artículo 697 del C. J. que ordena que para que los testimonios formen plena prueba, deben concordar en las circunstancias de modo, tiempo y lugar; y precisamente en el caso de autos ninguno de los declarantes llevados por la contrademandante, habló del tiempo en que fueron hechas las mejoras de que los mismos declarantes hablan; que con la violación anotada y como consecuencia de ella, el Tribunal violó también los artículos 966 y 970 del C. C. Que en idénticas violaciones incurrió el Tribunal al darle un mérito probatorio que no tienen, ni la inspección ocular ni el experticio consumados en la segunda instancia, que lo llevó a cometer error manifiesto de hecho que a su vez lo indujo a un manifiesto error de derecho.

Se considera:

Basta con un ligero examen de los elementos probatorios a que alude el recurrente, para llegar a la conclusión de que este cargo es infundado. En efecto, los testimonios en la parte referente al tiempo y a la persona por cuenta de quien se efectuaron las mejoras, están de acuerdo en señalar el año de 1942 como época de su ejecución y a la señora Herminia Cabrera v. de Gambín como la persona por cuenta de quien se

ecutaron. Estos testimonios, como puede observarse, no sólo concuerdan en la circunstancia específica de tiempo, sino en las de modo y lugar, como este medio de prueba es admisible en el aso en estudio, se llenaron las exigencias del rtículo 697 del C. J. que se afirma violado, para stimar como plenamente probados: la existencia e las mejoras, el tiempo en que ellas fueron hehas y la persona por cuenta de quien se hicieon.

Por otra parte, los testimonios coinciden con a inspección ocular practicada en la primera nstancia y con el dictamen de los peritos que fectuaron el avalúo de las mejoras, diligencias racticadas con intervención directa del demanante. En estas diligencias se constata la exisencia de las mejoras, se hace la discriminación e la construcción antigua y de las nuevas consrucciones o mejoras y se acredita que fueron echas antes de la notificación de la demanda.

Así las cosas, mal pudo haber aplicación indeida, ni errónea del artículo 697 del C. J. y muho menos violación de las disposiciones de los rtículos 720, 723 y 730 del mismo estatuto proesal. La primera disposición hace referencia a a facultad que tienen las partes para objetar el ictamen pericial por error grave, fuerza, dolo, ohecho o seducción, dentro de los tres días siuientes al en que sea puesto en su conocimiento, de este derecho no hicieron uso las partes, perliendo así el demandante recurrente, la oportuidad de atacar el dictamen; la segunda hace reerencia a la manera como el Juez debe apreciar a fuerza probatoria del dictamen pericial en los asos en que no se trate de avalúos y en los de niformidad del dictamen de peritos, sobre hehos sujetos a los sentidos y lo que expongan seún su arte, profesión y oficio.

No habiéndose evidenciado un error de hecho, i de derecho en el examen que el Tribunal hizo le los elementos probatorios que le sirvieron de ase a la decisión, no existe la violación invocada or el recurrente de los artículos 966 y 970 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887. En consecuenia el cargo no prospera.

Tercer cargo.—El error de hecho invocado por el recurrente, consiste en no haber apreciado el Tribunal, los indicios graves, precisos y conexos entre sí, que revelan el estado de pobreza de la demandada y que se hace patente en el hecho segundo de la demanda de reconvención y en la confesión extrajudicial de la demandada hecha en un requerimiento que se le hizo ante el Juzgado Primero Civil de Barranquilla para que entregara el inmueble materia de la demanda y se sintetiza así:

"Consistente en que dado el estado de pobreza de la demandada no podía estar en condiciones económicas para llevar a cabo las mejoras, circunstancia que no tuvo en cuenta el Tribunal y que lo indujo al error de derecho, a consecuencia del cual violó los artículos 663 y 665 del C. J., 604, 606 y 607 **ibídem**, y consecuencialmente los artículos 966 y 970 del C. C.

En este cargo se trata de la apreciación de la prueba indiciaria y como tal es suficiente observar para destruírlo, "que el error de hecho procede cuando el recurrente puede presentar ante la Sala de Casación Civil la contraevidencia de los hechos tenidos como ciertos en la sentencia acusada", y esto no se realiza en caso como el sometido a su estudio en que el Tribunal no le otorgó o dejó de otorgarle la categoría de indicios a un elemento probatorio allegado al proceso, dentro de la autonomía de apreciación que la ley, la doctrina y la jurisprudencia le tienen otorgada.

En los casos de indicios necesarios, cuando sucesos cuyo acaecimiento implica obligadamente el de otro determinado, entonces puede prosperar una acusación fundada en la falta de apreciación de aquéllos, pero esto no es posible cuando, como en el caso de autos, el recurrente apenas establece como punto de reparo, la conexidad que de acuerdo con su criterio tienen ciertas manifestaciones con el hecho que él mismo afirma, a la ninguna o inferior que el Tribunal halló en su libre y autónoma apreciación.

Los artículos 663, 664 y 665 del C. J., que tutelan el mérito probatorio de los hechos indiciarios, le confieren al Juez la facultad para de acuerdo con su criterio determinar, en cada caso concreto, el alcance de los elementos probatorios incompletos, según la certidumbre o duda que produzcan en su ánimo. Cuando aquél no los aprecia o los deshecha no vulnera las disposiciones citadas, porque los efectos jurídicos que puedan producir esas normas están condicionados a su criterio, y sólo puede "lesionarlas cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dado por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos y por establecida su gravedad, precisión, conexidad e indubitable incidencia sobre los hechos controvertidos, se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el artículo 665 del C. J. para ellos prevé".

En cuanto a la confesión extrajudicial, el artículo 608 del C. J. la estima como prueba deficiente e incompleta y su fuerza probatoria depende exclusivamente de la que el Juez le confiera, y no puede invocarse y radicarse el error de hecho, cuando se quiere hacer depender su existencia, del uso de una facultad legal y amplia por parte del Juzgador de instancia, cuya finalidad objetiva, ha dicho la Corte, no puede ser rectificada por persona distinta al mismo Juzgador.

En consecuencia, la Sala no puede entrar a rectificar la no apreciación que de la confesión extrajudicial hizo el Tribunal en su sentencia recurrida.

No existiendo error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria y no produciéndose la vulneración de las disposiciones del código judicial, a que alude el recurrente como violadas, es obvio concluir que no existe violación de las disposiciones sustantivas que consecuencialmente se estiman violadas. Por consiguiente no es fundado el cargo.

Primer cargo.—Acusa el recurrente, con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J., la sentencia por violación directa de la ley sustantiva —el artículo 964 del C. C.— que el Tribunal dejó de aplicar, por desestimación en la parte resolutiva de dicha sentencia de la pretensión del demandante, formulada en la súplica tercera del libelo primitivo de la demanda. Consiste el cargo en el hecho de haber el Tribunal considerado que las partes estaban de acuerdo en que la demandada era poseedora de buena fe, afirmación que se consignó en la motivación de la sentencia y que como consecuencia de ella, se declaró a la demandada, no sujeta a las prestaciones a que obliga la ley para los poseedores que tienen aquella calidad. En síntesis, que el Tribunal violó el artículo 964 del C. C. al dejarlo de aplicar en la parte resolutiva de la sentencia recurrida en casación.

Considera la Sala:

Descartada la discusión sobre la situación de poseedora de la demandada, por habérsela reconocido así los juzgadores de instancia y aceptada por las partes, la cuestión se limita a definir la condición de buena o mala fe de esa posesión.

Aceptando, como ha de aceptarse, la calidad de poseedora de la demandada, por las circunstancias anotadas, se ve claramente que el Tribunal en el caso de autos, incurrió en la causal de violación directa de la ley sustantiva por falta de aplicación, invocada por el recurrente. El demandante acepta la posesión de buena fe, por lo menos en sus comienzos, en el hecho segundo de la demanda, al afirmar "hace aproximadamente siete años uno de los antecesores de la entidad actualmente propietaria, señor Pedro A. Márquez permitió a la señora Cabrera v. de Gambín, que ésta habitara sin pagarle arriendo a su propietario señor Pedro A. Márquez y desde esa fecha para acá la señora Herminia Cabrera v. de Gambín ha venido habitando en la precitada casa" aceptación que fue ratificada implícitamente en la súplica segunda de la demanda, al solicitar "que se condene a la demandada a restituírsele —el inmueble— junto con el pago de los frutos civiles contados a partir de la contestación de la demanda". Por otra parte, la demandada al sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, consignó su aprobación a esa situación al afirmar: "que no es propietaria absoluta ni mera tenedora precaria, sino propietaria de un derecho de usufructo; que por tal motivo no se explica la condenación en la parte resolutiva de la sentencia apelada, a pagar frutos civiles, pero acepta esta forma porque la condenación es a partir de la notificación de la demanda, lo que hace presumir legalmente la buena fe" y que "en caso de no absolverla de los cargos de la demanda, entonces se le reconozca el derecho explícito de las mejoras introducidas por ella, para no patrocinar un enriquecimiento sin causa, además de que así lo ordenan las disposiciones pertinentes de nuestro código civil".

Estuvo acertado el Tribunal al considerar de acuerdo a las partes en cuanto al punto relativo a la buena fe de la posesión de la demandada. La condición de pacífica y sin clandestinidad como la ejercía, la enmarcó dentro de la autorización de los incisos 2º y 3º del artículo 764 del C. C., en los cuales se expresa, que posesión regular es la que procede de justo título y buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión y que por consiguiente, se puede ser poseedor regular de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. Esta última situación es la real o correspondiente a la demandada en este juicio: la de poseedora irregular de buena fe, conforme al artículo 770 del C. C., porque su posesión no procedía de justo título, no adquirida por ninguno de los que señala el artículo 765 ibídem, y como ya se dijo antes, basta que haya existido buena

e al tiempo de la adquisición de la posesión, unque no subsista después de adquirida.

Ahora bien, el inciso 3º del artículo 964 del . C. dispone expresamente que el poseedor de uena fe vencido en juicio reivindicatorio no es bligado a la restitución de los frutos percibidos ntes de la contestación de la demanda; pero en uanto a los percibidos después de esa fecha, sí stá en la obligación de restituírlos, y no sólo los ercibidos sino los que el dueño hubiera podido ercibir con mediana inteligencia y actividad teiendo la cosa en su poder.

Las obligaciones que nacen a cargo del poseelor de buena fe como consecuencia de la proseridad de la acción reivindicatoria, pueden ser econocidas oficiosamente por el juzgador, más uando han sido motivo de peticiones en la denanda. Lo mismo puede afirmarse del derecho del poseedor de buena fe, tutelado por los artículos 965 y 966 del C. C. en relación con las xpensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, las mejoras útiles hechas antes de la ontestación de la demanda y el de retención de a misma cosa hasta que el pago se verifique, o e le asegure a su satisfacción. Así lo ha admiido la jurisprudencia.

En el caso de autos, el Tribunal sentenciador o tuvo en cuenta, en la parte resolutiva de la entencia recurrida, el derecho que nace para el ueño del inmueble reivindicado, de obtener la estitución de los frutos civiles en los términos el artículo 964 del C. C., y la obligación correativa en que está el poseedor vencido de hacero, y aplicó la disposición citada, fraccionándola, econociéndole el derecho del poseedor vencido l pago de las mejoras útiles comprobadas en el uicio y absteniéndose de reconocer el del demandante, a la restitución de los frutos civiles or parte de aquél a partir de la fecha de la ontestación de la demanda, como estaba preisto en la sentencia de primer grado, con lo cual e violó la disposición expresa del inciso 3º del rtículo 964 del C. C. dejándola de aplicar, omiión ésta que determina la procedencia de la caual primera invocada por el recurrente, por lo ue hay que casar parcialmente la sentencia y roveer en el sentido indicado antes, o sea subanando la omisión del Tribunal sentenciador.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de usticia, Sala de Casación Civil, administrando usticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha 18 de octubre de 1948, y reforma la de 4 de marzo del mismo año, de primera instancia, la que quedará así:

Primero. — Declárase que la Sociedad "Castro Martínez & Cía. Ltda.", con domicilio en la ciudad de Barranquilla, es propietaria del inmueble descrito en el punto primero de la demanda.

Segundo.—Condénase a la demandada Herminia Cabrera v. de Gambín, como consecuencia de la declaración anterior, a restituir a la mencionada Sociedad "Castro Martínez & Cía. Ltda." domiciliada en Barranquilla, el inmueble a que se refiere el punto anterior.

Tercero.—Condénase asimismo a la demandada a restituir a la Sociedad demandante los frutos civiles percibidos y los que hubiere podido percibir, a partir de la contestación de la demanda, 2 de mayo de 1947, hasta que se verifique la restitución del inmueble.

Cuarto—Condénase a la Sociedad "Castro Martínez & Cía. Ltda." de Barranquilla, a pagar a la señora Herminia Cabrera v. de Gambín, la suma de mil doscientos setenta y siete pesos con diez centavos ($ 1.277.10), por concepto de mejoras útiles y gastos de conservación del inmueble individualizado en el punto primero, más los intereses legales de esta suma a partir del 9 de junio de 1947, fecha de la contestación de la contrademanda, hasta cuando el pago se verifique.

Quinto.—Reconócese a la señora Herminia Cabrera v. de Gambín el derecho a retener el inmueble antes descrito hasta cuando se verifique el pago de que trata el punto anterior, o se le asegure a su satisfacción, y

Sexto. — Sin costas en las instancias y en el recurso de casación.

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

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

VALOR LEGAL DE LA PROMESA DE CONTRATO

La promesa de celebrar contratos, que no producía efecto alguno según el artículo 1611 del Código Civil, lo puede producir excepcionalmente desde que entró a regir la ley 153 de 1887, ya que su artículo 89, conservando en principio ese precepto, permite como excepción la validez de la promesa, en cuanto reúna todos los requisitos que taxativamente establece. Entre ellos figura el de que para que el contrato se perfeccione no falte sino la tradición de la cosa o el lleno de las formalidades legales, por estar plenamente determinado el contrato hasta tal punto.

De esto se sigue que, si sólo por excepción vale una promesa de contrato y si para entenderla colocada en la excepción es preciso el lleno de todos los requisitos establecidos por el artículo 89, en faltando uno cualquiera que sea de éstos, la promesa no tiene valor legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Por medio de apoderado demandó José Manuel Llanes Fornaris a la United Fruit Company en el Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta para que se la declare obligada a entregarle el título de propiedad del terreno ubicado en Ciénaga, denominado Ceibalito, y que esa obligación pesa sobre ella desde el 31 de agosto de 1938, y para que se la condene a pagarle los perjuicios que le ha ocasionado con la demora en otogarle ese título. Pide también condenación en costas, caso de contradicción.

Los hechos fundamentales se resumen así en lo pertinente:

Había pleitos entre los actuales litigantes, quienes los transigieron en forma de quedar convenido el arrendamiento de ciertas tierras. No habiéndoselas entregado a Llanes, éste demandó a la empresa para que le cumpliera y le indemn zara perjuicios en juicio que terminó con abs lución de ella por haberse comprobado la inexi tencia de tal obligación suya, reemplazada e novación por un convenio en cuya virtud la em presa transferiría en dominio tierras del Ceibali a Llanes, quien alegando el incumplimiento d este pacto y el perjuicio que por ello ha sufrid formula la demanda del presente pleito.

El Juzgado lo desató el 10 de noviembre d 1947 condenando a la parte demandada a entre gar al actor el dicho título de propiedad y ab solviéndola de los demás cargos. Ambas parte apelaron, y el Tribunal, sustanciada la instanci confirmó la sentencia del Juez en la de 1º de fe brero de 1949, contra la cual los dos litigante interpusieron casación, recurso que fundaron am bos en oportunidad y que hoy, concluída su tra mitación, se decide.

El Tribunal encuentra probada la obligació de otorgar el título y sobre tal base condena a l compañía a entregárselo u otorgárselo a Llane pero no halla probada la mora que éste afirm y por eso la absuelve de los perjuicios.

Ordenando los cargos de casación con la lógic a que se refiere el artículo 537 del C. J., la Sal estudia en primer lugar el que pasa a analizar e seguida, y hallándolo justificado, procede com disponen los artículos 538 y 539 de esa obra.

Ese cargo es el de error de derecho en la apre ciación de las pruebas que en sentir del Tribuna acreditan la obligación demandada, y en la con secuencial violación de las disposiciones sustan tivas que cita.

En efecto: esas pruebas consisten en estas car tas:

La de 22 de agosto de 1938 en que dijo Llane a la compañía: "En el caso de llegar a un arre glo amistoso con la empresa, le propongo: o qu me arriende las tierras que yo le he señalad arrendamiento que deberá celebrarse en est mes, o que me dé en cambio el título sobre Ce balito, cuyas mejoras o cultivos pertenecían Manuel Huguet y hoy me pertenecen por habé selas comprado yo. En este último caso, el títul sería en compensación del arrendamiento...".

La de 27 de ese mes, en que ella en lo pertinente, contestó: "...la compañía no tiene inconveniente en entrar en negociación con usted a fin de concederle título sobre una porción de tierra de Ceibalito, bajo las siguientes expresas condiciones" .(Estas fueron las de renuncia de Huguet al derecho de comprar las tierras, la de no salir la compañía al saneamiento, en especial en lo atañedero a colonos, la de que Llanes a su costa seguiría las gestiones necesarias para sacar a los colonos, y les compraría, en su caso, las mejoras; y que los gastos de escritura serían de cargo de él).

La del 31 del mismo agosto en que Llanes aceptó diciendo: "Estoy conforme con las condiciones impuestas en la carta citada y espero que se corra la correspondiente escritura cuanto antes". Agregó que Huguet en prueba de renunciar, firmaba también.

La del 1º del siguiente octubre en que aquella compañía dice a Llanes: "Por medio de la presente confirmo mis cartas pasadas, manifestándole que al hacerse el traspaso, de acuerdo con Huguet, será el de un lote que la compañía llama Ceibalito, según el plano que usted conoce, y dejando constancia de que la Compañía no tiene la obligación ni se obliga para con usted a entenderse con colonos y ocupantes o poseedores, sea para demandarlos o para compraries mejoras, responder por ellos, sanear, etc., ni respecto de aguas. Es decir, la escritura se servirá al **standard** empleado por la empresa en la venta o traspaso de tierras. Espero su última respuesta por escrito para dar los pasos tendientes al otorgamiento del título, que tomará un tiempo de varios meses".

El 14 del mismo octubre Llanes le dice: "Doy contestación a su carta de fecha 1º de los corrientes, manifestándoles que acepto el **standard** fijado, o sea, al que siempre se ciñe esa compañía en la venta o traspaso de tierras. Dejo en estos términos contestada su carta".

En carta de 28 de abril de 1939 le avisa la compañía que está formalizando el poder necesario para traspasarle el lote y le pide el certificado de paz y salvo por impuesto sobre renta y patrimonio y número de su cédula y que deposite $ 35.00 para los gastos del otorgamiento de la escritura de traspaso. Tiempo más tarde envió la compañía a la Notaría la minuta correspondiente y Llanes se denegó a concurrir al otorgamiento alegando que los términos sobre irresponsabilidad por los colonos, etc., se la hacían inaceptable.

En las cartas transcritas es en donde encuentra el Tribunal la prueba de la obligación a cargo de la compañía a cuyo cumplimiento la condena. El abogado de ésta en casación acusa de error de derecho en la apreciación de esa prueba, por cuanto al tenerla como tal y darle ese alcance, desoyó el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y deduce de ahí el quebranto de las disposiciones del C. Civil a que el Tribunal ajustó esa condena, entre ellas el artículo 1546 de esta obra, por indebidamente aplicado.

Prospera el cargo, porque la promesa de celebrar contratos, que no producía efecto alguno según el artículo 1611 de este Código, lo puede producir excepcionalmente desde que entró a regir la Ley 153, ya que su dicho artículo 89, conservando en principio ese precepto, permite como excepción la validez de la promesa, en cuanto reúna todos los requisitos que taxativamente establece. Entre ellos figura el de que para que el contrato se perfeccione no falte sino la tradición de la cosa o el lleno de las formalidades legales, por estar plenamente determinado el contrato hasta tal punto.

Y aquí, aunque se acogiera la aseveración del actor sobre que su aceptación pronunciada en la carta de 14 de octubre versa sólo sobre el plazo y que, siendo éste de meses, no podía pasar de un año, detalles éstos sobre los cuales detenidamente han contendido las partes, ello es que se trata de una promesa de transferencia de un inmueble y que brilla por su ausencia la precisión del mismo, su alindación, de la cual nada obra en el proceso antes de la que describe la demanda inicial del juicio. Y la expresión de los linderos es indispensable ante el artículo 2594 del C. Civil.

Si sólo por excepción vale una promesa de contrato y si para entenderla colocada en la excepción es preciso el lleno de todos los requisitos establecidos por el artículo 89, en faltando uno que sea de éstos la promesa no tiene valor legal. Y como el Tribunal se lo ha dado a esas cartas, incurrió en el error que el recurrente le apunta y en el quebranto de las aludidas disposiciones sustantivas. Esto significa que la sentencia recurrida debe casarse en esa parte.

Para dictar la que ha de reemplazarla queda ya expuesto con lo dicho lo cardinal de su motivación. Apenas habrá para qué agregar que si no puede entenderse legalmente existente, no

cabe pensar en perjuicios ocasionados por mora en cumplirla.

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 PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta de fecha primero de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve y reformando la del Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta de fecha diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, falla este pleito así: No hay lugar a hacer las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la parte demandada.

No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo E. Manotas. Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas— Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO—CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

A partir de la providencia de 14 de diciembre de 1945 (G. J. T. LXII, pág. 85), aceptó la Corte, aunque no de manera unánime, la posibilidad de la existencia del verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J. sobre el valor real del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación aún en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance al mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, con fecha 8 de noviembre de 1949, dictó sentencia definitiva de segunda instancia en el juicio ordinario sobre resolución con indemnización de perjuicios, del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 814 de 13 de diciembre de 1939 de la Notaría Primera de ese Circuito, promovido por la Diócesis de Cartagena contra la señora Amanda Rosales de Martínez. Contra esa sentencia, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación oportunamente, pero el Tribunal en proveído de enero 30 de 1950 denegó su concesión, por estimar que "la cuantía de este negocio no alcanza a la suma de tres mil pesos ($ 3.000)". El recurrente pidió la reposición de ese proveído y, en subsidio, la expedición de copias autorizadas de las piezas procesales necesarias para sostener ante la Corte el recurso de hecho que anunció en el memorial de reposición; así lo ha hecho en oportunidad, y para decidir se considera:

Según los términos del proveído de febrero 15 de 1950, originario del Tribunal de Cartagena, el motivo fundamental que se tuvo en cuenta para denegar el recurso de casación, no fue otro que el de haberse estimado por el demandante en el libelo respectivo la cuantía de la demanda en la suma de mil pesos ($ 1.000.00), suma ésta inferior a la de tres mil pesos ($ 3.000.00), que según jurisprudencia de esta Sala —que transcribe el Tribunal—debe tenerse como inmodificable como cuantía para todos los efectos procesales, inclusive para determinar la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario de casación.

Esta Sala en providencia recientísima, marzo 30 de este año, proferida en el juicio ordinario seguido por Jacinta María Contreras contra Rufino Narváez, sobre reivindicación de una finca rural y con motivo de la decisión del recurso de hecho interpuesto contra el auto del mismo Tribunal de Cartagena que denegó el de casación contra la sentencia definitiva de segunda instancia, en circunstancias iguales al caso de estudio, dijo:

"Esta doctrina, como lo ha advertido ya varias veces esta Sala, ha sido objeto de una rectificación fundamental, aunque no unánime, a partir del 14 de diciembre de 1945 (G. J. Tomo LXII, página 85) en que se aceptó la posibilidad de la existencia del verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J. sobre el valor real del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación aún en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance el mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario.

La competencia judicial que se fija por razón de la naturaleza del asunto, o por la calidad de las partes, o del lugar donde debe ventilarse, con subordinación a la competencia por razón de la cuantía (arts. 150, 154 del C. J.), se vincula a las instancias del juicio y sirve para determinar la competencia necesaria, principal u originaria del primer grado. La competencia de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, colocada en el vértice de la organización judicial con su finalidad primordial de adoctrinar sobre la aplicación de la ley para uniformar la jurisprudencia nacional, no corresponde a esa clasificación legal fundada en el objeto, el sujeto, el

territorio y la cuantía. Pertenece a la que todos los tratadistas de derecho procesal denominan competencia funcional, que aunque no catalogada en el código opera dentro de nuestra organización judicial. Las cuantías señaladas en el artículo 519 del C. J. ninguna relación tienen con las que exige la ley para fijar la competencia, ni con la manera legal de su determinación (artículos 205, 206 ibídem). Esas cifras se refieren propiamente a la pretensión del demandante, a "lo que se demanda" — relación sustancial — y no a lo que para efectos de competencia llama el código cuantía, que es relación simplemente procesal. Como bien se sabe, el recurso de casación, instituído en interés de la ley, por su propia índole y las finalidades que persigue, debería proceder contra toda sentencia de última instancia, como algunas veces lo ha explicado esta Sala, y sólo por consideraciones de orden práctico, para evitar la congestión de la Corte, ha establecido el legislador restricciones para su concesión. Este es el alcance y sentido de las cuantías del artículo 519, que así resultan completamente desconectadas de las que establece el código "para fijar la competencia", que es manera de distribuir los negocios judiciales en su inicio, y no como allí sucede para servir simplemente de cedazo legal. Esta diferencia de fines y de categorías entre la cuantía "para fijar la competencia" y la que abre la puerta a la casación, es visible en la prohibición que la ley hace a la Corte para declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía de la demanda (artículo 529 **in fine**, C. J.), y estaba inequívocamente establecida en el artículo 4º de la ley 90 de 1920, cuya doctrina sigue siendo la que jurídicamente se aviene más con el carácter funcional de la competencia que compete a la Corte en Casación, y que no hay por qué subordinar al concepto y reglas de competencia original por razón de la cuantía. "El Tribunal antes de decidir sobre la concesión del recurso —decía la citada disposición— cuando la demanda no tenga por objeto una cantidad determinada o cuando de las pruebas del proceso no aparezca el valor de las cosas que son materia del pleito, ordenará que por medio de peritos se fije la cuantía de la acción, aunque en la demanda se determinen dichas cuantías".

"No es inútil reproducir una vez más las razones y explicaciones en que se funda la doctrina sobre cuantía para efectos de la casación, visible a páginas 110 a 112 del Tomo LXVI de la GACETA JUDICIAL:

"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. J., 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, 115 y 145 del C. J.) y a mover, en consecuencia, la jurisdicción de los jueces de circuito o municipales, que según el artículo 196 del C. Judicial "en los juicios en que la competencia se fija por el valor de las acciones que se ejercitan, éstas son de mayor o 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 de 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 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 o 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 de que 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 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", como puede verse también en las disposiciones que abren la vía extraordinaria de la casación

los juicios de determinada cuantía mínima (artículo 519 del 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 aprecie 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 el límite aritmético que da acceso a la casación constituye una renuncia implícita a ese 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".

Esta doctrina de la mayoría de la Sala de Casación Civil, corresponde al criterio fijado por la Comisión Redactora del Código Judicial, ampliado con los conceptos jurídicos que se dejan transcritos, en el informe relativo al articulado sobre el recurso extraordinario de casación, que puede leerse en la obra "Ley 105 de 1931 sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil Colombianos", páginas 143 y 144, autor doctor Guillermo Mesa Prieto.

Por otra parte, estudiada la actuación que en copia se ha traído para fundamentar el recurso de hecho interpuesto, se presenta el verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J. En efecto, la demandada recurrente, pidió en el escrito de reposición del auto de 30 de enero de este año —que denegó el de casación— que en vista de que en el solar objeto de la compraventa, existe no sólo la casa incluída en ella, sino también cuatro construcciones accesorias plantadas allí, que han sido motivo de la demanda de reconvención, cuyo valor aunado al del solar en la fecha de la demanda excede a la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00); que en la sentencia recurrida se reconoce la existencia de esas mejoras y para los efectos de su pago, se considera como poseedora de mala fe a la demandada, la práctica de una inspección ocular para constatar su existencia y establecer su justiprecio, con fin de acreditar que su valor sobrepasa en mucho al de la cuantía fijada por el demandante en la demanda para determinar la competencia. Estas afirmaciones están respaldadas con las siguientes piezas procesales: "Memorial en que se pide reposición del auto que denegó el recurso de casación; auto que decidió la reposición en el cual no se tuvo en cuenta la solicitud sobre práctica de la inspección ocular y justiprecio pedidos; sentencia de noviembre 8 de 1949; y demandas principal y de reconvención, piezas que relacionadas entre sí, dan como resultado la existencia de un diferendo entre la cuantía real del litigio y la señalada en la demanda principal, lo que configura un verdadero motivo de duda sobre la cuantía exacta del litigio y por tal motivo, debió darse aplicación al procedimiento indicado en el artículo 524 del C. J. Y como hasta el momento se desconoce o ignora, si el valor del litigio alcanza a la suma de tres mil pesos o si en realidad es inferior o superior a esta suma, lo conducente es ordenar al Tribunal que provea a la práctica de la diligencia pedida para que con base en lo que de ella resulte, conceda o niegue el recurso de casación interpuesto oportunamente.

Por lo expuesto, se resuelve: ADMITESE el recurso de hecho a fin de que el Tribunal de origen proceda en la forma prevista en el artículo 524 del C. J., y para tal fin, envíesele copia de esta providencia una vez ejecutoriada.

Notifíquese, cópiese.

Ricardo Hinestrosa Daza — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Pablo Emilio Manotas — Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

CUANDO PUEDE VARIARSE EN CASACION LA APRECIACION DE UN DICTAMEN HECHA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA.—NULIDAD POR INDEBIDA REPRESENTACION. — REPRESENTACION DE LA HERENCIA

1.—Como ya lo dijo la Corte en sentencia que corre publicada a páginas 474 del Tomo LX de la GACETA JUDICIAL, "Lo fundado del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador y que la Corte no puede variar sino en tanto que se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o manifiesto en los autos".

2.—La causal de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial reza, como lo ha sostenido la Corte en numerosos fallos, con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada.

3.—Los herederos representan al difunto en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Es la herencia una comunidad sui generis sobre la universalidad de los bienes del causante, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios, respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diecinueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Rosaura, Serafina o Cesarfina y Emilio Quintero, diciéndose herederos de Eduvín Quintero, demandaron para la sucesión de éste, por la vía ordinaria, a Daniel A Quintero, para que se declare rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1428 de 18 de diciembre de 1945, de la Notaría de Sevilla (Valle), por medio de la cual Eduvín Quintero vendió a su hijo Daniel A. Quintero el inmueble que en tal instrumento se particulariza y para que se hagan otras declaraciones consecuenciales.

Tramitado el juicio con la oposición del demandado, el Juez del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de Sevilla, lo decidió por sentencia de quince de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, declarando rescindido el contrato en mención, por considerar que se demostró la lesión enorme.

El Tribunal Superior de Buga, que conoció del recurso de apelación que contra esa providencia interpuso el demandado, la confirmó por la de veinticuatro de noviembre del mismo año.

Se funda el Tribunal para fallar de acuerdo con lo demandado, en que el avalúo pericial practicado en primera instancia le señaló al predio de "La Esneda" en el cual Quintero le vendió a su hijo dos terceras partes, un valor de diez y seis mil trescientos pesos ($ 16.300.00) y que un nuevo justiprecio en la segunda instancia le dio el de quince mil pesos ($ 15.000.00), estimativos que guardan relación de cercana conformidad con el certificado expedido por el Tesorero Municipal de Caicedonia, y del cual aparece la finca de "La Esneda" inscrita en los libros de catastro con un valor de diez y seis mil pesos ($ 16.000.00). "Consecuencialmente, continúa el fallo, resulta plenamente demostrado, que los tres mil pesos pagados por Daniel Quintero por las referidas dos terceras partes del inmueble es inferior en mucho a la mitad del justo valor que tenían esas cuotas partes del predio de "La Esneda" en diciembre de 1945, según el valor global que correspondía al referido predio en dicha época".

En cuanto a la alegación del demandado para justificar el bajo precio, de que el contrato de compraventa versó exclusivamente sobre el suelo, por cuanto las mejoras le pertenecían por compra anterior o por su incorporación al terre-

no a sus propias expensas, halla el juzgador que la escritura número 1428 de 1945 en que se legalizó el contrato "son por demás claros los términos usados por ambas partes, vendedor y comprador, para definir la materia de su transacción: "dos terceras partes de una propiedad raíz conocida con el nombre de La Esneda, situada en la región de La Cimitarra, con casa de habitación y pastos, en común y proindiviso con la otra tercera parte que pertenece al comprador...".

No encuentra por otro lado el sentenciador, título alguno que establezca la propiedad de las mejoras, pues fuera de la escritura número 1428, ya comentada, sólo se trajo a los autos la número 142 de 1941 en que el mismo señor Quintero vendió a su hijo una tercera parte y allí también se expresa que la finca está compuesta de casa de habitación y pastos. Y nada se aclara o especifica sobre mejoras de propiedad exclusiva del demandado.

Estudia luego varias declaraciones de testigos traídas a los autos y observa que ellas "simplemente atestiguan el hecho de haber entrado Daniel Quintero a administrar y mejorar con cultivos el predio desde cuando lo adquirió el padre". Advierte que en cuanto la incidencia de este hecho en el verdadero valor de lo que fue objeto del contrato que se controvierte, "es por demás explícita la exposición pericial, porque en el avalúo sólo se tuvieron en cuenta aquellas mejoras que por su edad actual revelan haber existido en diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, fecha de la venta".

Dice también que está demostrada la personería sustantiva que asiste "al menos a uno de los demandantes Serafina o Cesarfina Quintero, cuya identidad no ha sido disentida", para demandar en nombre y para la sucesión de Eduvín Quintero la rescisión de la venta hecha en mil novecientos cuarenta y cinco; todo lo cual llevó al juzgador a confirmar la sentencia condenatoria de primer grado.

En desacuerdo con tal proveído, el apoderado del demandado interpuso recurso de casación, que sustanciado y debidamente tramitado, hoy se decide.

Las causales de casación alegadas

El recurrente acusa la sentencia por las causales 1ª y 6ª.

En cuanto a la primera, se querella por violación de la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de los dictámenes periciales rendidos en el juicio y por la falta de estimación de las deposiciones de testigos que enumera, lo cual llevó al Tribunal —dice— a violar las siguientes disposiciones, a saber: el artículo 697 del Código Judicial por haberlo dejado de aplicar, en relación con el demandado Daniel A. Quintero, y los artículos 721, 722, 723 del mismo Código, por apreciación indebida, lo mismo que el artículo 1947 del Código Civil, que aplicó no siendo el caso de hacerlo.

Dice que el artículo 697 del Código Judicial establece que dos declaraciones de testigos que concuerden en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, hacen plena prueba y que el juzgador no tuvo en cuenta los testimonios de Jesús Monsalve, Pedro Pablo Rodríguez, Antonio Mejía Muñoz y otros más, los cuales afirman que Daniel Quintero es dueño absoluto de las mejoras que valen ocho mil quinientos pesos ($ 8.500.00) sobre un precio de quince mil pesos ($ 15.000.00). Que con sus dichos demostró "que las mejoras de menos de diez años le pertenecen al demandado, no debiendo computar su precio en la estimación de lo comprado a Quintero en 1945".

Se considera:

La sentencia en estudio tiene dos soportes importantes, uno de los cuales pasa por alto el recurrente.

El Tribunal, para llegar a la misma conclusión del Juez de primera instancia, se basa en que el avalúo practicado ante este funcionario le dio a la parte del predio vendido en mil novecientos cuarenta y cinco a Quintero un precio de diez y seis mil trescientos pesos ($ 16.300.00), el cual guarda "relación de cercana conformidad" con la estimación hecha en segunda instancia de quince mil pesos y con el avalúo o justiprecio de la finca en el catastro municipal, donde se le tiene aforada en diez y seis mil pesos ($ 16.000.00). Tomando el menor valor, el de quince mil, de toda la finca, las dos terceras partes valdrían diez mil, precio en más del doble de tres mil en que Quintero adquirió el inmueble, lo que justifica la rescisión por lesión enorme decretada.

Explica el sentenciador y con respecto a ello nada dice el recurrente, que al apreciar la finca los peritos en segunda instancia, "sólo tuvieron en cuenta aquellas mejoras que por su edad actual revelan haber existido en diciembre de 1945". Los avaluadores hicieron un croquis de la propiedad, donde señalan ciertas zonas de pastos que por su edad no pudieron existir para mil nove-

cientos cuarenta y cinco, las cuales no se comprendieron en el conjunto del valor del inmueble.

La sentencia se apoyó también en lo declarado por comprador y vendedor en la escritura de 1941, en que el demandado compró a su padre una tercera parte del predio y lo consignado en el contrato de 1945, cuya rescisión se pide, y en los cuales instrumentos en forma alguna se dijo que en la finca en cuestión existían mejoras de propiedad exclusiva del demandado. Esto es un soporte del fallo que no ataca el recurrente.

El juzgador no encuentra acreditada con los testimonios aducidos la propiedad de las mejoras por parte de Quintero, y observa, como claramente lo indican los peritos en la diligencia de avalúo de segunda instancia, que no incluyeron en la estimación del inmueble las mejoras plantadas con posterioridad a mil novecientos cuarenta y cinco.

En realidad, con un número plural de testigos, se ha establecido que el demandado posee la finca de "La Esneda" desde hace nueve a diez años y que en esa finca ha hecho a sus propias expensas mejoras de pastos, casa de habitación, etc.

Pero contra el dicho de tales testigos, están las escrituras públicas otorgadas entre Quintero y su hijo, en las cuales en la primera le vende una tercera parte del inmueble con casa de habitación y sementeras de pastos e igual cosa se declara en la de mil novecientos cuarenta y cinco, al traspasarle el dominio del resto de su propiedad, o sea, las dos terceras partes que se había reservado. La venta no podía referirse a la tierra vacía, pues claramente se habla en los memorados instrumentos de la transmisión del derecho de propiedad comprendiendo mejoras de pastos y casa de habitación.

El Tribunal, pues, en presencia de la prueba escrita preconstituída sobre el alcance de la negociación y la prueba testimonial, prefirió aquélla, cuya estimación no acusa el recurrente. Además, las mejoras cultivadas con posterioridad a la escritura de adquisición no fueron computadas por los peritos al valorar lo vendido en mil novecientos cuarenta y cinco por la escritura número 1428 de que se ha hecho mérito.

Refiriéndose el juzgador a las deposiciones de los testigos en relación con la incorporación en el predio de mejoras plantadas a expensas del demandado, dice: "Por lo demás, en cuanto a la incidencia de este hecho en el verdadero valor de lo que fue objeto del contrato de venta que aquí se controvierte, es por demás explícita la exposición pericial, ya que en el avalúo sólo se tuvieron en cuenta aquellas mejoras que por su edad actual revelan haber existido en diciembre de 1945".

No se ve, pues, que exista error evidente de hecho en la apreciación de los testimonios que se mencionan, ni en la estimación del dictamen pericial, que encontró suficientemente fundado el Tribunal.

"Lo fundado del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador y que la Corte no puede variar sino en tanto que se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o manifiesto en los autos". (Casación. G. J. Tomo 60, pág. 474).

En el presente caso, no aparece tal error, pues en el avalúo hecho por los peritos se tuvo en cuenta de acuerdo con la escritura de compra, la materia del contrato y se dejaron de incluir y estimar aquellas mejoras que fueron puestas a juicio de los peritos con posterioridad a 1945, fecha del negocio. Tampoco se ve que haya existido error evidente de hecho en la apreciación de los testimonios que indica el recurrente.

Por lo demás, como ya se dijo, la sentencia se apoya también en otros soportes no acusados en casación, como son las escrituras que legalizan los dos contratos llevados a cabo entre los señores Quintero con respecto al predio de "La Esneda".

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

En cuanto a la causal sexta, hace depender el motivo de nulidad que alega, en ilegitimidad de personería de la parte demandante, por no haberse presentado con la demanda la prueba del carácter de heredero de don Eduvín Quintero; porque tanto la sentencia de primera, como la de segunda instancia, hablan sólo del derecho de Serafina o Cesarfina Quintero, cuya identidad no ha sido establecida en el juicio. Manifiesta también que su carácter de hijos del señor Quintero para demandar en nombre de la sucesión, que alegan los demandantes, ha debido demostrarse con las respectivas partidas de estado civil, o copia de la sentencia en que se les hubiera reconocido como hijas naturales de Eduvín Quintero.

Se considera:

Al examinar la capacidad de los demandantes para actuar en el pleito, en representación de la herencia de Eduvín Quintero y para ella, el Tribunal dice lo siguiente: "Por otra parte, aparece también acreditada la personería sustantiva que

asiste, al menos a uno de los demandantes Serafina o Cesarfina Quintero, cuya identidad no ha sido discutida para demandar a nombre de la sucesión de Eduvín Quintero la protección legal en relación con el contrato contenido en la escritura número 1428".

Al dejar solucionado así el punto con respecto al derecho de demandar para la herencia, el sentenciador dilucidó una cuestión sustantiva o de fondo, porque se contrae a esclarecer quién o quiénes integran el sujeto activo de la relación jurídica que se busca definir en el juicio, y a determinar si la acción propuesta lo podía ser por quienes la propusieron, hablando en nombre del causante.

El aspecto jurídico de la cuestión, planteada en tal forma, está muy lejos de constituir la causal de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial, pues ésta reza, como lo ha sostenido la Corte en numerosos fallos, con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada.

En sentencia de casación de veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta, dijo la Corte:

"Las dos clases de personería —la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo del derecho procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo, y la segunda mira a una cuestión rituaria como es la representación en el juicio; la personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe por tanto ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva puede ocasionar la excepción dilatoria que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esas circunstancias, da lugar en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento, o puede determinar también la invalidación de lo actuado". (G. J. Tomo 59, página 843).

Los herederos representan al difunto en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Es la herencia una comunidad **sui géneris** sobre la universalidad de los bienes del causante, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios, respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa.

Los demandantes, para actuar en el juicio en la representación que alegan y para la herencia de su padre, presentaron dentro del término de prueba copia de la providencia por la cual se les reconoció como herederos de Eduvín Quintero en la causa mortuoria.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia

Por las razones expresadas, 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 Buga, de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

RECURSO DE HECHO—CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

Si se observa que la providencia de segunda instancia se limita a condenar a los demandados, por toda monta, al pago de la cantidad de un mil quinientos pesos, y si dada la circunstancia de ser los perdidosos los únicos recurrentes y que según lo preceptuado en el artículo 494 del C. J., que según la jurisprudencia es aplicable en casación, no le sería posible a la Corte, si llegare el caso, al sustituir al Tribunal en instancia, deducir aunque en el proceso haya factores para ello, una condenación más onerosa que la hecha por el Tribunal, lógico es concluir que el interés de los recurrentes al llegar a la Corte su litigio, no alcanza a la cuantía mínima qué requiere la ley para disfrutar del beneficio de la casación.

Se explica, pues, la duda del juzgador de segundo grado y la adopción del medio de estimar la cuantía por peritos, cuyo dictamen justifica la negativa del Tribunal para conceder el recurso de casación interpuesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Con fecha veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y siete, Carmen Gutiérrez de White y Rosa White Gutiérrez demandaron a los señores Julio Villegas Arango e Inés Villegas de Villegas, para que mediante los trámites del juicio ordinario, en sentencia definitiva, se declare que los demandados deben cubrirles en forma solidaria tres mil quinientos pesos, o lo que se pruebe durante el juicio, como rebaja en la venta de la casa que adquirieron de dichos señores, según escritura que mencionan y originada en los vicios ocultos que tenía la propiedad; y cinco mil pesos, o lo que igualmente se demuestre por consecuencia de perjuicios provenientes de la misma causa.

El Juzgado del conocimiento absolvió de todos los cargos propuestos y el Tribunal Superior de Medellín, a donde fueron remitidos los autos en grado de apelación, dictó sentencia definitiva con fecha once de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual revoca en parte la apelada, y en su lugar condena a los demandados a devolver a los demandantes la suma de mil quinientos pesos como rebaja del precio de la compraventa, confirmando en lo demás, lo resuelto por el Juez **a quo**.

Contra este fallo interpusieron casación únicamente los demandados, recurso que el Tribunal niega, apoyado en las siguientes razones: "como la cuantía en este juicio fue avaluada en suma inferior a tres mil pesos, avalúo que quedó en firme, no procede el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal el once de agosto último".

No se conformó con la negativa el apoderado de los recurrentes, por lo cual solicitó reposición y en su defecto exigió se le expidieran las copias conducentes para sustentar el recurso de hecho; alega que no existe verdadero motivo de duda para que se hubiera ordenadó la estimación pericial de la cuantía que autoriza el artículo 524 del C. J., porque "el sentido de la demanda es claro y explícito al señalar la cuantía de ocho mil pesos por las dos acciones que se acumularon en el libelo. En el evento de que sólo se tome una de las acciones es evidente que tiene también el negocio cuantía de casación y que no hay verdadero motivo de duda acerca de este punto".

El Tribunal negó la reposición de su auto por cuanto habiendo, a su juicio, razón suficiente para dudar sobre el monto de la cuantía, había dispuesto su estimación pericial, apoyado en el artículo 524 del C. J., y del justiprecio hecho por los expertos resultó una cuantía inferior a la necesaria para conceder el recurso, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 519 del mismo Código.

Este precepto dispone que gozan del recurso de casación las providencias definitivas de segunda instancia dictadas en juicios ordinarios o de los que se conviertan en tales, cuando su cuantía

es superior a tres mil pesos y las aprobatorias de particiones verificadas en procesos divisorios, sucesorios o de liquidación de sociedades disueltas, de una cuantía superior a quince mil pesos.

El artículo 524 ya citado dispone que cuando sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda acerca de este punto, el Tribunal, antes de otorgar el recurso, dispone que se estime aquélla por peritos.

Ahora bien, si se observa que la providencia de segunda instancia, se limita a condenar a los demandados, por toda monta, al pago de la cantidad de un mil quinientos pesos, y si dada la circunstancia de ser los perdidosos los únicos recurrentes y que según lo preceptuado en el artículo 494 del C. J., que según la jurisprudencia es aplicable en casación, no le sería posible a la Corte, si llegare el caso, al sustituir al Tribunal en instancia, deducir aunque en el proceso haya factores para ello, una condenación más onerosa que la hecha por el Tribunal, lógico es concluir que el interés de los recurrentes al llegar a la Corte su litigio, no alcanza a la cuantía mínima que requiere la ley para disfrutar del beneficio de la casación.

Se explica, pues, la duda del juzgador de segundo grado y la adopción del medio de estimar la cuantía por peritos, cuyo dictamen justifica la negativa del Tribunal para conceder el recurso de casación interpuesto.

La ley deja al juicio del Tribunal la apreciación del verdadero motivo de duda, que el juzgador halló en el presente caso, de ahí, la estimación pericial que decretó, de cuyo resultado aparece que no es posible otorgar el recurso de casación interpuesto.

En mérito de estas consideraciones, se resuelve:

No hay lugar a conceder el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de once de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, en el ordinario propuesto por Carmen Gutiérrez de White y otra, contra Julio Villegas Arango y otra.

Dése cuenta al Tribunal y archívese el expediente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCIÒN DE SIMULACION—SIMULACION RELATIVA.—PRUEBA DE LA SIMULACION.—DIFERENTES HIPOTESIS QUE ES PRECISO DISTINGUIR EN RELACIÓN CON DICHA PRUEBA

Una constante jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, desarrollada y sostenida con base en el artículo 1766 del Código Civil y en la doctrina uniforme de los tratadistas que se han ocupado de la materia, ha venido clasificando el fenómeno jurídico de la simulación en dos grandes tipos o grados: la absoluta y la relativa, y entendiendo que la primera tiene lugar cuando se celebra voluntaria y deliberadamente un acto ostensible de mera apariencia, que carece totalmente de contenido como negocio jurídico, y simultáneamente con él se conviene entre los mismos contratantes en un acto oculto, en una contraestipulación, que están voluntariamente encaminados a destruir en forma completa los efectos del acto aparente; y que la segunda se produce cuando el acto secreto, celebrado también al mismo tiempo con el acto ostensible, está apenas destinado a adicionar, alterar parcialmente o modificar los efectos o la naturaleza del público. "Negocio simulado —lo ha dicho y repetido esta Sala— es el que tiene aspecto contrario a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento de dos actos, uno visible, y el otro invisible. El privado suprime, adiciona, modifica o desvía los efectos del público, y en lenguaje de la Corte, se llama contraestipulación". (G. J. T. XLIV, pág. 167). (G. J. Nº 1966, página 812). (G. J. Nº 2029 a 2031, pág. 79). (G. J. T. LXIII, págs. 72 a 74).

La simulación absoluta tiene lugar—como insistentemente lo ha afirmado la Corte— "cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contraestipulación válida, por medio de la cual se destruyen convencionalmente los efectos del acto ostensible." "Pudiera decirse que en el fenómeno simulatorio existe un verdadero contrato, consistente en la creación de una apariencia jurídica para conseguir determinado fin, con la expresa estipulación, aunque oculta de hacerla desaparecer, de destruírla, una vez alcanzada la finalidad que se propusieron, y que podría tenerse, jurídicamente hablando, como la causa o motivo que los indujo a contratar". (Casación, octubre 22 de 1947. T. LXIII, pág. 72).

Es, pues, conforme a esa jurisprudencia, una de las características especiales de la simulación la de la celebración simultánea de dos actos: el uno aparente, público u ostensible, y el otro oculto, privado o secreto. Y esto, que en relación con la simulación relativa es del todo evidente, no puede tampoco echarse de menos en la absoluta, si se repara en la integridad del mecanismo simulatorio. Obsérvese si no, en el caso más frecuente de esa simulación, como es el de las llamadas ventas de confianza, en que tras del contrato aparente se oculta siempre un convenio entre las mismas partes, que destruye totalmente los efectos de aquél, y en virtud del cual el aparente comprador recibe el encargo o el mandato de mantener en su cabeza la propiedad hasta tanto el aparente vendedor le exija su devolución o el otorgamiento de la correspondiente escritura de venta. He allí una verdadera contraestipulación que puede hacerse o no constar por escrito entre las partes, pero que en atención a la realidad de su existencia, es susceptible de ser probada por los medios adecuados en cada caso, por quien le asista interés en alegarla en la respectiva acción de simulación.

Ahora bien: puede ocurrir que la declaratoria de simulación se invoque por alguna de las partes simulantes o por un tercero que ostente un interés protegido por la ley.

Cuando sucede lo primero y el contrato

consta por escrito, ya porque sea legalmente solemne, o porque las partes lo hubieran consignado en esa forma, las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados sólo pueden éstos desvirtuarlas oponiéndoles una prueba legal de igual categoría o fuerza, que destruya la plena fe que a aquél se le otorga, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios o con todo otro medio probatorio, como así se deduce de la doctrina que informa a los artículos 1759 y 1766 del Código Civil, y 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887. (G. J. Tomo XLIII, pág. 830; Tomo LVI, pág. 172 y Tomo LXIII, pág. 662).

Y, según lo ha sostenido la Corte, "Esta doctrina jurisprudencial sobre admisibilidad y eficacia de los diversos medios legales de prueba, de vigoroso fundamento en la ley, opera según que la declaratoria de simulación se invoque por algunas de las partes simulantes o por un tercero, pero en manera alguna se condiciona, contra lo que sostiene el recurrente, con la calidad de integral o relativa de la simulación demandada". (G. J. Tomo LXIII, pág. 74).

En el segundo caso, los terceros —ha sostenido reiteradamente la Sala de Casación Civil— no tienen por qué presentar la comprobación escrita de la existencia del pacto secreto, ya que, por lo mismo que fueron ajenos al contrato, este pacto secreto se presenta para ellos como un hecho, que como tal es susceptible de ser demostrado acudiendo a todos los medios probatorios consagrados en la ley.

Se ha aceptado también, jurisprudencialmente, que el heredero forzoso de uno de los contratantes puede asumir en el juicio "una de dos situaciones distintas, según que ocupe el puesto que tendría su causante si viviese, caso en el cual va contra el adquirente ficto, o que reclame como lesionado en su derecho herencial porque con la ficción lo haya privado indebidamente de toda o parte de su herencia, caso en el cual ese heredero es un tercero ante el contrato que va contra los dos simulantes. En este último caso su acción arranca del agravio y se encamina a deshacerlo; el heredero obra PER SE y se enfrenta a su autor que lo ha lesionado. En el otro caso obra como continuador de la persona del DE CUJUS, y la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos y es la que habría ejercido el DE CUJUS por sí mismo contra el adquirente fingido". (G. J. Tomo LXIV, páginas 706 y 707). Cuando el heredero ejercita la acción heredada, obra a nombre de su causante y está sujeto, por tanto, a las mismas restricciones probatorias a que estaría éste si viviese; cuando actúa como lesionado en su derecho herencial, es decir, en nombre propio, es un tercero en relación con el acto simulado, y goza, en consecuencia, de entera libertad probatoria para demostrar la simulación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Eusebia Garnica de Campos y Arquimedes Triana Garnica, hablando por medio de apoderado, instauraron ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal juicio ordinario contra Pedro Arias Ortiz para que se declare inexistente, por simulación, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 249 de 1º de junio de 1940, otorgada en la Notaría del Circuito de Girardot, por medio de la cual Josefa Gordillo de Garnica aparece vendiendo a Arias Ortiz el lote de terreno denominado "La Reforma", que en ese instrumento se describe; para que se condene al demando a restituir a la sucesión ilíquida e intestada de Josefa Gordillo de Garnica, representada por sus herederos Eusebia Garnica de Campos y Arquimedes Triana Garnica, el aludido lote junto con sus frutos, más las costas del juicio. En subsidio de la simulación, pidieron que se declare que es nulo, por causa de dolo, el citado contrato y que se hicieran los demás pronunciamientos referidos.

Tramitado el juicio con la oposición del demandado, el Juez del conocimiento lo decidió en su debida oportunidad en sentencia de 21 de agosto de 1945, mediante la cual condenó a aquél al tenor de las peticiones subsidiarias de la demanda.

Arias Ortiz apeló de ese fallo, y el Tribunal

Superior de Ibagué, que conoció del recurso, después de algunas incidencias profirió el de 30 de octubre de 1947, que revocó el apelado y en su lugar absolvió al demandado de todos los cargos que se le formularon, sin costas.

En esa sentencia el Tribunal, después de expresar algunas consideraciones sobre la teoría de la simulación, sus efectos en relación con los contratantes y con terceros, su prueba o demostración cuando sean aquéllos o éstos quienes la invoquen y sobre las distintas posiciones que en el juicio pueden ocupar los herederos de los contratantes, dice:

"En esta litis, la demanda revela claramente que la simulación ha sido ejercida por Eusebia Garnica y Arquimedes Triana en nombre y a favor de la sucesión de Josefa Gordillo de Garnica, y para tal entidad se ha pedido la restitución del inmueble relacionado en la escritura acusada.

"En ninguna parte se expresó, para el efecto de fundamentar las declaraciones solicitadas, que la compraventa celebrada entre Josefa Gordillo de Garnica y Pedro Arias Ortiz, hubiera tenido por objeto defraudar los derechos herenciales de quienes entablaron el juicio.

"En consecuencia, han debido traer prueba escrita o un principio de prueba por escrito del contrato oculto que se hubiera podido celebrar, con el propósito de destruir los efectos del público u ostensible.

"Como no lo hicieron así, y como el demandado en vez de confesar, negó la simulación, necesariamente hay que concluir que la acción principal no puede prosperar".

Entró en seguida en el estudio de la acción subsidiaria, para lo cual principió por puntualizar las condiciones que a su juicio se requieren para que el dolo vicie el consentimiento y siguió con el examen de la prueba testimonial aportada al debate por los actores, en cuya tarea destacó los hechos afirmados por los testigos; los despojó en su mayoría de eficacia para los fines de la prosperidad de la acción, y con respecto a los restantes, se expresó así:

"Se dirá que los testigos de la parte demandante han afirmado que los Arias gozan de mala reputación en la región de Paradero; que al uno le quedaron debiendo algunos cánones de arrendamiento y al otro el valor de unos víveres; y que por haber convivido juntos, Pedro Arias Ortiz ejercía influencia sobre el ánimo de Josefa Gordillo de Garnica.

"Pero se pregunta: ¿acaso esos son indicios tan vehementes que puedan producir la convicción de que Arias procedió dolosamente para conseguir que Josefa Gordillo de Garnica le otorgara la escritura número 249 de 1940?

"En sentir del Tribunal hay que contestar en forma negativa, porque aquello no basta para concluir concretamente que Arias Ortiz se valió de maquinaciones fraudulentas para convencer a la mentada señora, o de que a fuerza de engaños la llevó hasta Girardot para que le entregara la susodicha escritura.

"Por lo menos hay una duda que favorece al demandado, ya que no debe olvidarse que el dolo implica una inculpación tan grave, que su demostración debe establecerse en forma plena o completa".

El demandante interpuso el recurso de casación, que debidamente concedido, tramitado y sustentado se procede a decidir:

El recurrente apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. propone contra la sentencia los dos cargos que se sintetizan y estudian separadamente.

En el primero de ellos afirma que el Tribunal violó la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la misma, y también por falta de apreciación de determinadas pruebas, y luego dice:

"Señalo como violados por indebida aplicación, pues nada tienen que ver con el pleito, los artículos 91 de la ley 153 de 1887, y 1857 del C. C.; infringido, por interpretación errónea el artículo 1766 del C. C., y violado también por interpretación errónea, el artículo 1767 de la misma obra.

"Señalo como violado el artículo 697 del C. J. por no haber el Tribunal tenido en cuenta todas las pruebas, declaraciones de testigos, que en primera y segunda instancia, demuestran la simulación del contrato, omisión ésta que llevó a la infracción de los artículos del Código Civil antes citados.

"Violación de los artículos 661 y 666 del C. J. por no haber tenido en cuenta el Tribunal los vehementes indicios, tan numerosos entre sí y conexos, que demuestran la simulación, indicios que se establecieron con las declaraciones ya mencionadas, y que el Tribunal no estudió, llevando ese procedimiento, esa omisión en el estudio y valoración de la prueba, a la infracción de los artículos del C. C. ya citados".

En la fundamentación del cargo dice, en resumen, el recurrente que en el caso de la simula-

ción absoluta, como es el contemplado en este pleito, existe la libertad de prueba de la parte actora, cualquiera que sea el carácter con que se presente, en atención a que en tal especie de simulación "no puede haber pacto secreto ni contraestipulación", por lo cual el vendedor está en imposibilidad material de presentar ésta o aquél y, si no se le reconociera la facultad de acogerse a toda clase de pruebas se le colocaría en la imposibilidad de reivindicar sus derechos, y que el Tribunal, al exigirle al demandante que presentara la prueba escrita de la contraestipulación o el pacto secreto violó, por los conceptos antes dichos, las normas que dejó citadas.

Sostiene además que el sentenciador al afirmar que los actores no propusieron la acción de simulación en condición de terceros, sino en nombre de la sucesión de Josefa Gordillo de Garnica, incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, pues del hecho duodécimo de ésta se deduce claramente que ellos consideran la venta a que se refiere el pleito como un fraude a sus derechos hereditarios; que en tal condición de terceros, les asiste también plena libertad probatoria y que el Tribunal por virtud de esa errónea interpretación, quebrantó las disposiciones que ha citado.

Finalmente dice que de la prueba testimonial que el Tribunal no tuvo en cuenta por estimar que ha debido presentarse la prueba escrita de la contraestipulación, aparecen demostrados los varios indicios que puntualiza, con los cuales se prueba plenamente la simulación alegada.

La Corte considera:

Una constante jurisprudencia de esta Sala de Casación, desarrollada y sostenida con base en el artículo 1766 del Código Civil y en la doctrina uniforme de los tratadistas que se han ocupado en la materia, ha venido clasificando el fenómeno jurídico de la simulación en dos grandes tipos o grados: la absoluta y la relativa, y entendiendo que la primera tiene lugar cuando se celebra voluntaria y deliberadamente un acto ostensible de mera apariencia, que carece totalmente de contenido como negocio jurídico, y simultáneamente con él se conviene entre los mismos contratantes en un acto oculto, en una contraestipulación, que están voluntariamente encaminados a destruir en forma completa los efectos del acto aparente, y que la segunda se produce cuando el acto secreto, celebrado también al mismo tiempo con el acto ostensible, está apenas destinado a adicionar, alterar parcialmente o modificar los efectos o la naturaleza del público. "Negocio simulado —lo ha dicho y repetido esta Sala— es el que tiene aspecto contrario a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y el otro invisible. El privado suprime, adiciona, modifica y desvía los efectos del público, y en lenguaje de la Corte, se llama contraestipulación". (G. J. XLIV, pág. 167). (G. J. número 1966, pág. 812). (G. J. números 2029 a 2031, págs. 79, 80). (G. J. Tomo LXIII, páginas 72 a 74).

La simulación absoluta tiene lugar —como insistentemente lo ha afirmado la Corte— "cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contraestipulación válida por medio de la cual se destruyen convencionalmente los efectos del acto ostensible". "Pudiera decirse que en el fenómeno simulatorio existe un verdadero contrato consistente en la creación de una apariencia jurídica para conseguir determinado fin con la expresa estipulación aunque oculta de hacerla desaparecer, de destruírla, una vez alcanzada la finalidad que se propusieron, y que podría tenerse jurídicamente hablando, como la causa o motivo que los indujo a contratar". (Casación, octubre 22 de 1947, Tomo LXIII, pág. 72).

Es, pues, conforme a esa jurisprudencia, una de las características esenciales de la simulación la de la celebración simultánea de dos actos: el uno aparente, público u ostensible, y el otro oculto, privado o secreto. Y esto, que en relación con la simulación relativa es del todo evidente, no puede tampoco echarse de menos en la absoluta, si se repara en la integridad del mecanismo simulatorio. Obsérvese si no, en el caso más frecuente de esa simulación, como es el de las llamadas ventas de confianza, en que tras el contrato aparente se oculta siempre un convenio entre las mismas partes que destruye totalmente los efectos de aquél, y en virtud del cual el aparente comprador recibe el encargo o el mandato de mantener en su cabeza la propiedad hasta tanto el aparente vendedor le exija su devolución o el otorgamiento de la correspondiente escritura de venta. He allí una verdadera contraestipulación que puede hacerse o no constar por escrito entre las partes, pero que en atención a la realidad de su existencia es susceptible de ser

probada, por los medios adecuados en cada caso, por quien le asista interés en alegarla en la respectiva acción de simulación.

Ahora bien: puede ocurrir que la declaración de simulación se invoque por alguna de las partes simulantes o por un tercero que ostente un interés protegido por la ley.

Cuando sucede lo primero y el contrato consta por escrito, ya porque sea legalmente solemne, o porque las partes lo hubieren consignado en esa forma, las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados sólo pueden éstos desvirtuarlas oponiéndoles una prueba legal de igual categoría o fuerza, que destruya la plena fe que a aquél se le otorga, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios o con todo otro medio probatorio, como así se deduce de la doctrina que informa a los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887 (G. J. Tomo XLIII, pág. 830, LVI, pág. 172 y LXIII, pág. 662).

Y según lo ha sostenido la Corte, "Esta doctrina jurisprudencial sobre admisibilidad y eficacia de los diversos medios legales de prueba, de vigoroso fundamento en la ley, opera según que la declaratoria de simulación se invoque por alguna de las partes simulantes o por un tercero, pero en manera alguna se condiciona, contra lo que sostiene el recurrente, con la calidad de integral o relativa de la simulación demandada". (G. J. Tomo LXIII, pág. 74).

En el segundo caso, los terceros —ha sostenido reiteradamente esta Sala— no tienen por qué presentar la comprobación escrita de la existencia del pacto secreto, ya que éste, por lo mismo que fueron ajenos al contrato, se presenta para ellos como un hecho, que como tal es susceptible de ser demostrado acudiendo a todos los medios probatorios consagrados en la ley.

Se ha aceptado también jurisprudencialmente que el heredero forzoso de uno de los contratantes puede asumir en el juicio "una de dos situaciones distintas, según ocupe el puesto que tendría su causante si viviese, caso en el cual va contra el adquirente ficto, o reclame como lesionado en su derecho herencial porque con la ficción lo haya privado indebidamente el causante de toda o parte de su herencia, caso en el cual ese heredero es un tercero ante el contrato que va contra los dos simulantes. En este último caso su acción arranca del agravio y se encamina a deshacerlo; el heredero obra per se y se enfrenta a su autor que lo ha lesionado. En el otro caso obra como continuador de la persona del de cujus y la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos y es la que habría ejercido el de cujus por sí mismo contra el adquirente fingido (G. J. Tomo LXIV, pág. 706 y 707". Cuando el heredero ejercita la acción heredada, obra a nombre de su causante y está sujeto, por tanto, a las mismas restricciones probatorias a que estaría éste si viviese; cuando actúa como lesionado en su derecho herencial, es decir, en nombre propio, es un tercero en relación con el acto simulado, y goza, en consecuencia, de entera libertad probatoria para demostrar la simulación.

En el caso de autos, el recurrente sostiene que la acción se propuso por los demandantes ocupando la última de las referidas situaciones y que al no haberlo entendido así el Tribunal, incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda; pero en parte alguna de ésta se afirmó la circunstancia fundamental de que con la venta tachada de simulada se hubiera defraudado a los actores en sus derechos herenciales y sólo mediante esa afirmación indispensable habría base suficiente para considerar errónea la apreciación de la sentencia cuando entiende que los demandantes no actúan como terceros frente al contrato sino en ejercicio de una acción heredada. La locución empleada en el hecho duodécimo de la demanda de que "a espaldas de Julia y Eusebia Garnica, Arias Ortiz consiguió que Josefa Gordillo le otorgara la escritura...", sólo significa que ese hecho se consumó por detrás o sin conocimiento de los actores. Por lo demás, en el poder que éstos otorgan a los abogados encargados de proponer el juicio se dice con toda claridad que es "para que demanden a nombre de la sucesión de Josefa Gordillo de Garnica y en favor de la misma (subraya la Corte) la simulación, nulidad o inexistencia del contrato de compraventa" y las súplicas de la demanda se formularon en consonancia con ese mandato. Hay pues, necesidad de descartar el error de hecho evidente que se imputa al sentenciador en este punto, ya que, cuando menos, en los citados elementos encuentra suficiente respaldo su interpretación.

Entonces, como los actores han actuado en este juicio de simulación invocando una acción heredada de su causante, que es uno de los contratantes, y no en nombre propio, con aplicación de

los principios doctrinarios y jurisprudenciales que quedan expuestos, hay que concluir —como lo hizo el Tribunal— que no habiéndose suministrado prueba escrita ni principio de prueba por escrito del pacto oculto, y no mediando tampoco confesión del demandado al respecto, la prueba testimonial es inadmisible para demostrar la simulación.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Segundo cargo

Apoyándose también en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial el recurrente acusa la sentencia "por infracción de los artículos 1502, 1508 y 1515 del C. C. por no haberlos aplicado al caso del pleito" y afirma que "esa no aplicación, tuvo por causa el no haber apreciado ni valorado las pruebas, consistentes en declaraciones de testigos, que se produjeron en primera y segunda instancia".

Sustentando el cargo dice el recurrente que "si la Corte estudia a espacio las declaraciones aducidas al respecto por la parte actora, hallará que Pedro Arias Ortiz se valió de maquinaciones para inducir a la octogenaria Josefa Gordillo de Garnica a firmar la escritura de compraventa del lote de "La Reforma".

"En efecto: dicha señora de edad muy avanzada, en pleno estado senil, sola, aislada en su finca, que no se daba cuenta bien de las cosas, que nunca creyó que hubiera vendido su finca, ignorante, era campo propicio, terreno abonado, para que una persona de cierta audacia la indujera a firmar el contrato, era elemento sin ninguna resistencia para trasladarla a Girardot a firmar la escritura.

"El demandado no tenía bienes de ninguna clase que le produjeran con qué vivir siquiera pobremente, se instaló con su familia en la casa de la octogenaria y la llevó a firmar la escritura o mejor contrato cuya nulidad se impetra. La señora Josefa Gordillo v. de Garnica que no tenía ningún vínculo con Pedro Arias Ortiz, que, por el contrario, tenía dos hijas a quienes quería y que no poseía sino el predio de "La Reforma", tuvo que ser sugestionada, y la sugestión es una maquinación, por Arias Ortiz para que, prescindiendo de todo sentimiento de sangre dejara sin ningún patrimonio a sus propias hijas.

"El dolo se presenta muchas veces en forma sutil y hasta discreta, que tiene más eficacia que las maquinaciones burdas y ordinarias, y esa forma sutil influye más que la otra".

Se considera:

No hay tal de que el Tribunal no hubiese apreciado la prueba testimonial a que hace alusión el recurrente; por el contrario, más de cuatro páginas de la sentencia las dedica a estudiar los elementos indispensables a su juicio, para la existencia del dolo y toda la prueba testimonial producida para demostrarlo, la cual desecha como ineficaz a este efecto, después de analizar uno a uno los hechos de que dan cuenta los declarantes.

Se desprende de allí que la acusación, para que fuera formalmente eficaz, ha debido proponerse no por falta de apreciación de las pruebas, sino precisamente por ser errónea la estimación que de las mismas se hizo.

Pero hay más. Justamente las circunstancias que el recurrente aduce en su acusación fueron todas tomadas en cuenta por el sentenciador y unas de ellas, como las relativas a la falta de plena capacidad mental de la Gordillo y la carencia de bienes del demandado, las desechó por encontrar que otras pruebas producidas por el último las infirmaban, y las restantes, o sean, las relacionadas con la reputación de Arias Ortiz y la influencia que por haber vivido juntos pudo éste ejercer en el ánimo de la vendedora, las estimó como indicios que a su juicio no resultan suficientes para demostrar el dolo alegado. Y la conclusión sobre este punto no es susceptible de ser revisada en casación, dada la libertad de que goza el sentenciador de instancia en la apreciación de la prueba indiciaria, ya que no se ha alegado ni demostrado error de hecho evidente sobre el particular ni una inferencia absurda o notoriamente ilógica.

Lo expuesto es suficiente para rechazar el cargo.

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 30 de octubre de 1947, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente a la oficina de su procedencia.

Ricardo Hinestrosa Daza — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION

Como lo dijo la Corte en sentencia de casación de 10 de octubre de 1944, la que está publicada en el Tomo LVIII, número 2016 de la GACETA JUDICIAL, "Es bien sabido 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 o 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".

Sobra insistir en que las normas que el recurrente señala como violadas deben serlo con la precisa indicación del número que les corresponde en la ley o en el código, y no de manera vaga como en el presente caso se ha hecho respecto de las que podrían interesar al recurso. Contrario a la rigurosa técnica de la casación sería el aceptar que, por ejemplo, se indicara como violado el artículo 1895 del C. C. cuando en la demanda se dicen infringidos "los artículos 1849 y siguientes". Ello equivaldría a aceptar que la Corte debe estudiar la sentencia acusada a la luz de todos y cada uno de los artículos posteriores al expresamente citado, hasta agotar el resto del articulado del código, lo que relajaría la naturaleza de este recurso de carácter extraordinario.

Sobra, igualmente, repetir en esta oportunidad la doctrina constante y uniforme de la Sala, indiscutiblemente basada en la ley, conforme a la cual no debe limitarse el recurrente a la cita de los textos legales que considere infringidos, sin explicar la manera como lo hayan sido; y que si se trata de quebrantamiento de la ley sustantiva como consecuencia de errada apreciación o de falta de apreciación de una prueba, es de rigor que el demandante señale, además, y de manera clara y precisa, dicha prueba, e indique en qué consiste el error y cuál es su naturaleza. Todo esto porque la ley así lo exige en razón del carácter especialísimo de este recurso, dentro del cual la Corte no debe ni puede actuar oficiosamente al comparar el fallo acusado con el texto legal que reputa violado el actor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Jorge Gacharná Palacios contra la sentencia dictada por el Tribunal de Bogotá el 9 de marzo de 1946, que puso término a la segunda instancia del juicio ordinario que adelantó aquél contra María Alfonso Gacharná Palacios, con el fin de que fuera ésta condenada al pago en su favor de los cánones de arrendamiento correspondientes a la cuota de dominio que tiene en la casa número 17-37 de la carrera 12 de esta ciudad, perteneciente a demandante y demandada en proporción de una y tres cuartas partes y que es objeto del juicio de división material que tramitan en el Juzgado Octavo Civil de este Circuito.

La demanda se funda en que María Alfonso es arrendataria del inmueble a virtud de adjudicación que a ese título se le hizo en el juicio divisorio, y en que la inquilina no ha cancelado al actor la cuarta parte de los cánones que a éste corresponden como a condueño.

El fallo de primera instancia

El Juez Primero Civil de Bogotá conoció del negocio en primer grado y condenó a la demandada, como a arrendataria, al pago de los cánones reclamados y a las costas del juicio.

La sentencia de segunda instancia

En virtud de apelación interpuesta por María Alfonso, el Tribunal de Cundinamarca, después de tramitar la instancia, revocó en su decisión el fallo del Juzgado, reconociéndo las excepciones de "petición antes de tiempo y de modo indebido. Sin costas".

Conceptuó el Superior que estando pendiente y sin decidir aún el juicio divisorio del inmueble, la demandada tenía el doble carácter de arrendataria y de administradora de él; y que los cánones, como frutos de la propiedad, debían distribuírse sólo al efectuarse la partición, sin que por ahora el comunero demandante tuviera otra acción que la de rendición de cuentas contra su condueña la administradora.

El recurso

El actor interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que hoy se decide una vez agotada la tramitación legal.

El recurrente sin orden ni técnica critica desfavorablemente el fallo del Superior, considerando que violó "disposiciones de derecho sustantivo y de procedimiento civil" al reputar a la inquilina de la casa como administradora de ella, sin serlo; o al juzgar que podía ser al propio tiempo lo uno y lo otro, no obstante la natural incompatibilidad de estas distintas condiciones que emanan de fuentes diferentes; y que, como consecuencia de su error, confundió las obligaciones del inquilino con las que tiene el administrador.

Se expresa así el demandante al tratar de concretar sus cargos: "Ha habido por parte del H. Tribunal... aplicación indebida e interpretación errónea de las disposiciones sustantivas referentes al mandato, puesto que la administración de bienes es un mandato, y por tanto se han aplicado mal al caso del pleito los artículos 2142 y siguientes del C. C., en vez de aplicar debidamente, legalmente, de acuerdo con la sana hermenéutica y la Jurisprudencia constante de la H. Corte como de los Tribunales, las disposiciones sustantivas referentes al contrato de arrendamiento de cosas, y en lo especial a lo que estatuyen los artículos 1996 y siguientes del C. C., 2008 y siguientes de la misma obra".

Consideracionse de la Sala

El actor no indica en forma clara y precisa los fundamentos del recurso, como lo ordena el artículo 531 del código judicial; y aunque basa su demanda, según parece, en la violación de la ley, proveniente de errónea apreciación o de falta de apreciación de determinada prueba, no alega precisamente sobre este punto en orden a demostrar la equivocación del Superior en materia de derecho o en materia de hecho, como categóricamente lo exige el inciso del ordinal 1º del artículo 520 ibídem.

Por lo demás no invoca expresamente textos legales que puedan haber sido infringidos directa o indirectamente y que incidan o puedan incidir en el recurso.

El artículo 2142 del C. C. que cita, define el mandato y los artículos que inmediatmente le siguen, el 2143 y 2144 determinan que "puede ser gratuito o remunerado..." y que "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios... se sujetan a las reglas del mandato".

Como a simple vista se observa, estas disposiciones no son de aquellas cuya transgresión interesa dentro del presente recurso, comoquiera que de ellas no se deriva directamente ningún derecho susceptible de ser vulnerado.

El artículo 1996 del C. Civil, que igualmente considera quebrantado, reglamenta la manera como el arrendatario debe usar de la cosa arrendada, y los artículos 1997 y 1998 que inmediatamente le siguen, el modo de conservarlas y lo referente a reparaciones locativas, respectivamente. Ni directa ni indirectamente pudo transgredir el Tribunal estas normas, totalmente ajenas a la **litis** en que sólo se debatía si debía o no pagar la opositora al actor una suma de dinero por concepto de cánones de arrendamiento, e intereses sobre dicha suma.

Lo propio puede decirse de los artículos 2008 y siguientes, ibídem, que tratan "de la expiración del arrendamiento de cosas".

La disposición que pudo infringir el Tribunal, pero que el recurrente no cita como violada, es la contenida en el artículo 2000 del citado código, según la cual "el arrendatario es obligado al pago del precio o renta" (inciso 1º), como consecuencia de **la falta de apreciación del acta judicial de arrendamiento de la mencionada casa**, conforme a la cual tiene María Alfonso el carácter de inquilina de ella con la natural obligación

de cubrir los cánones que a ella misma no correspondan como a comunera del inmueble, al vencimiento de los respectivos períodos y sin esperar que sea hecha la partición del mismo en el juicio divisorio que se halla en curso.

"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 o 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 de octubre 10 de 1944, LVIII, número 2016). En sentencia de 27 de mayo de 1949, G. J. números 2073 y 2074, páginas 96 y siguientes, se transcriben numerosas doctrinas al respecto.

Sobra insistir en que las normas que el recurrente señale como violadas deben serlo con la precisa indicación del número que les corresponde en la ley o en el código, y no de manera vaga como en el presente caso se ha hecho respecto de las que podrían interesar al recurso. Contrario a la rigurosa técnica de la casación sería el aceptar que, por ejemplo, se indicara como violado el art. 1895 del C. C. cuando en la demanda se dicen infringidos "los artículos 1849 y siguientes". Ello equivaldría a aceptar que ocasionalmente la Corte debe estudiar la sentencia acusada a la luz de todos y cada uno de los artículos posteriores al expresamente citado, hasta agotar el resto del articulado del código, lo que relajaría la naturaleza de este recurso de carácter extraordinario.

Sobra igualmente repetir en esta oportunidad la doctrina constante y uniforme de la Sala, indiscutiblemente basada en la ley, conforme a la cual no debe limitarse el recurrente a la cita de los textos legales que considere infringidos, sin explicar la manera como lo hayan sido; y que si se trata de quebrantamiento de la ley sustantiva como consecuencia de errada apreciación o de falta de apreciación de una prueba, es de rigor que el demandante señale, además, y de manera clara y precisa, dicha prueba, e indique en qué consiste el error y cuál es su naturaleza. Todo esto porque la ley así lo exige en razón del carácter especialísimo de este recurso, dentro del cual la Corte no debe ni puede actuar oficiosamente al comparar el fallo acusado con el texto legal que reputa violado el actor.

La sentencia

En mérito de las anteriores consideraciones, 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, proferida por el Tribunal de Bogotá el 9 de marzo de 1946.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese copia de este fallo en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE FILIACION NATURAL

El Tribunal dedujo la calidad de madre natural y, de consiguiente, de heredera, que la demandada tiene con respecto a Manuel Antonio Agudelo, quien pide se declare es el padre natural de los demandantes, de las partidas de origen eclesiástico y notarial que en el fallo se mencionan, y siendo esto así, el recurrente ha debido acusar, si es que estima que con ello se violó la ley sustantiva, por error de hecho o de derecho en la apreciación de esas pruebas, y no alegando simplemente, como lo hace, que no presentó prueba alguna para demostrar aquella calidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veinte y cuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

María Tomasa Arias Herrera, hablando en nombre de sus menores hijos naturales María Nubia, Manuel Antonio y Jaime de Jesús Arias, propuso por medio de apoderado y ante el Juez del Circuito de Jericó juicio ordinario contra Carmen Agudelo, como madre natural del finado Manuel Antonio Agudelo, para que en sentencia definitiva se declare, en síntesis, que éste fue padre natural de los mencionados menores, quienes como tales son sus herederos y tienen derecho a percibir los bienes dejados por él.

En los hechos fundamentales aseveró la actora que Manuel Antonio Agudelo sin ser casado ni civil ni católicamente, llevó vida marital con María Tomasa Arias, de cuya unión carnal nacieron los menores María Nubia, Manuel Antonio y Jaime de Jesús, a quienes aquél trató, tuvo y presentó públicamente como sus hijos naturales habidos en la demandante; que Agudelo falleció el 13 de mayo de 1944, y que Carmen Agudelo, es madre natural suya.

La demandada negó los hechos en que la acción se fundamenta; se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas y propuso algunas excepciones, y el Juez del conocimiento al cabo de la tramitación propia del primer grado del juicio, lo decidió en sentencia de 3 de diciembre de 1946, mediante la cual declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, y en consecuencia, se abstuvo de hacer las declaraciones solicitadas.

El Tribunal Superior de Medellín, que conoció del negocio por virtud del recurso de apelación concedido al actor, profirió en su oportunidad el fallo de 2 de septiembre de 1947, que revocó el apelado, declaró no probadas las excepciones propuestas y reconoció que los mencionados menores son hijos naturales de Manuel Antonio Agudelo y tienen los derechos concernientes a ese estado en cuanto a la herencia dejada por su padre natural.

En la motivación de esa sentencia sostuvo el Tribunal que muerto el padre no cesa el derecho de los hijos naturales para proponer la acción de filiación, cosa que pueden hacer contra los causahabientes de aquél; que con las partidas eclesiásticas y notariales que menciona está acreditada la condición de madre natural que tiene la Arias con respecto a los citados menores y con la partida de origen eclesiástico correspondiente se acreditó la condición de madre natural de Carmen Agudelo respecto de Manuel Antonio Agudelo, cuya defunción se comprobó con la partida notarial de qué hace mérito. Esto lo lleva a concluir que está suficientemente establecida tanto la personería de la parte demandante como la de la parte demandada.

Luego afirmó que el caso del pleito es el previsto en el numeral 4º de la ley 45 de 1936 y que con la prueba testimonial que cita se acredita que "Manuel Antonio Agudelo y Tomasa Arias sostuvieron relaciones carnales estables sin comunidad de habitación por un tiempo mayor de ciento ochenta días antes del nacimiento del primero de los hijos, y con comunidad de habitación desde el nacimiento de ese primer hijo, hasta el nacimiento del tercero y luego hasta la muerte del padre, hecho que conforme a la ley, es suficiente para declarar la paternidad natural.

"Mas, como el juicio se estableció cuando el padre había muerto, y por tal razón, en el jui-

cio no pudo haber contradictor legítimo, la declaración de paternidad sólo perjudicará a la madre natural de Manuel Antonio, que es la que resulta vencida en este juicio."

La parte demandada interpuso recurso de casación, el que en su oportunidad ha sustentado invocando contra el fallo los motivos 1º y 6º del artículo 520 del Código Judicial.

Apoyado en el primero, formula los siguientes cargos que se sintetizan:

a) El Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto, "consistente en dar por demandado a Manuel Antonio Agudelo y a los herederos de este señor, para dictar sentencia contra ellos, cuando en realidad la demanda está dirigida contra Carmen Agudelo, personalmente considerada y no contra aquéllos", que son personas distintas, porque el hecho de que la Agudelo sea madre natural de Manuel Antonio es distinto de que la madre sea heredera de su hijo; que la acción de filiación se establece contra el padre y en caso de haber muerto éste, contra los herederos que representan al difunto en todos sus derechos y obligaciones y que como en este juicio "la demanda no se inició contra Manuel Antonio Agudelo, ni contra la sucesión ilíquida de este señor representada por sus herederos, ni contra los herederos como continuadores de la persona del difunto en sus derechos y obligaciones", la sentencia violó, por aplicación indebida, los artículos 2º y 4º de la ley 45 de 1936, 1155 y 1524 del C. C.

b) El Tribunal incurrió en error al dar por probado con las pruebas al efecto presentadas el estado de hijos naturales de los menores mencionados y tener como heredera a Carmen Agudelo con respecto de Manuel Antonio, sin que exista prueba sobre este particular y que este error condujo al Tribunal a violar los artículos 4º de la ley 45 de 1936, 1757 del C. C. y 593 del C. J.

En desarrollo del cargo dice que el Tribunal dio por probados los hechos a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º citado, sin tener en cuenta que "ninguna de las declaraciones de los testigos dice en qué días, meses o años fueron las relaciones amorosas entre Manuel Antonio Agudelo y Tomasa Arias, ni en qué lugar estuvieron viviendo, haciendo vida de casados estos señores; por tanto esas declaraciones nada comprueban en cuanto al tiempo y lugar"; que entonces no se puede deducir si el primero de los hijos nació dentro de los ciento ochenta días en que empezaron las relaciones y que como los testigos tampoco declararon hasta qué día duraron éstas, tampoco se puede saber si el segundo y tercer hijo nacieron dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, por todo lo cual, concluye que no están demostrados los hechos exigidos por la ley para declarar judicialmente la paternidad natural y que como, por otro lado, la demandante no presentó prueba del carácter de heredera que afirma en Carmen Agudelo con respecto a Manuel Antonio Agudelo, sin la cual no se puede dictar sentencia favorable a aquélla y en contra de ésta, el Tribunal quebrantó las disposiciones legales que dejó citadas.

c) En este cargo se formula la misma acusación que en el anterior y se señalan como violados los mismos textos citados.

d) Aquí se afirma que en el proceso se incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del C. J., por cuanto que "la demandada señora Carmen Agudelo fue señalada ilegítimamente como sujeto pasivo en este juicio en que se pide declaración de paternidad natural de Manuel Antonio Agudelo en favor de los menores María Nubia, Manuel Antonio y Jaime de Jesús Arias; no fue citado ni emplazado el señor Manuel Antonio Agudelo, ni la sucesión de este señor representada por sus herederos, ni estos señores considerando liquidada ya la sucesión. Estas dos causas de nulidad no han sido saneadas de conformidad con la ley y constituyen el 6º motivo de casación señalado por el artículo 520 del C. J."

La Corte considera:

a) El cargo compendiado bajo este acápite es notoriamente infundado, pues se basa, en síntesis, en que aquí se demandó a la recurrente, personalmente considerada, y no como heredera de Manuel Antonio Agudelo, y basta leer el libelo, en que se dice que se demanda a Carmen Agudelo "como madre natural de Manuel Antonio Agudelo", para convencerse que la acción se endereza contra aquélla en su condición de heredera de su hijo natural que —según expresa el libelo— falleció siendo soltero (artículo 85, ley 143 de 1887). El heredero, por ministerio de la ley, sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1008 del C. C.).

b) y c). Según las partidas de origen eclesiástico y notarial correspondientes que obran en autos (fs. 5 y 6, cuaderno principal), María Nubia nació el 14 de abril de 1938, Manuel Antonio, el 21 de octubre de 1941, y Jaime de Jesús el 14 de

noviembre de 1943, y según la certificación notarial que corre al folio 5 del cuaderno de pruebas, Manuel Antonio Agudelo falleció el 23 de mayo de 1944.

Con un número plural de testigos contestes (fs. 7 a 18, cuaderno de pruebas citado), se comprobó plenamente que entre Manuel Antonio Agudelo y Tomasa Arias existieron de manera notoria, relaciones sexuales estables, con comunidad de habitación, y que durante esas relaciones, que se prolongaron "por muchos años", según dicen todos los testigos, nacieron periódicamente los hijos. Y por lo menos dos de los aludidos declarantes, los señores Juan Andrés Cadavid y Carlos López F. (fs. 7 v. y 13, cuaderno citado), aseveraron también que dichas relaciones se mantuvieron por espacio de ocho a diez años. De esas pruebas en conjunto —como lo afirma el Tribunal— se desprende que tal estado de cosas existió hasta el fallecimiento de Agudelo.

Entonces, como todos los hijos nacieron mientras se mantenían esas relaciones sexuales, estables y notorias; como éstas duraron cerca de ocho años; como Agudelo falleció el 23 de mayo de 1944 y como el primero de los menores nació el 14 de abril de 1938, puede concluírse que en todo caso el nacimiento de éste ocurrió después de los ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones. Con mayor razón hay que concluír que lo mismo sucede en relación con los dos menores nacidos con posterioridad a aquél.

De lo dicho cabe afirmar que no se ha demostrado el error que el recurrente imputa al sentenciador sobre el punto en cuestión, ni mucho menos que ese error, de existir, sea manifiesto o evidente, como así lo requiere la ley para que en casación sea dable modificar o cambiar la apreciación probatoria de aquél, por lo cual no ha podido producirse, en el concepto aludido e invocado, el quebranto de las disposiciones que el cargo cita.

En cuanto a la restante alegación contenida en el mismo cargo es suficiente observar para rechazarla que el Tribunal dedujo la calidad de madre natural y, de consiguiente, de heredera, de Carmen Agudelo con respecto a Manuel Antonio Agudelo, de las partidas de origen eclesiástico y notarial que en el fallo se mencionan, y que siendo esto así, el recurrente ha debido acusar, si es que estima que con ello se violó la ley sustantiva, por error de hecho o de derecho en la apreciación de esas pruebas, y no alegando simplemente, como lo hace, que no presentó prueba alguna para demostrar aquella calidad.

No prosperan, por tanto, los cargos en estudio.

d) El recurrente, es conveniente advertirlo, no plantea este cargo por el aspecto sustantivo o de fondo de que no sea viable la acción de filiación natural después de muerto el padre en juicio iniciado contra los herederos de éste, pues reconoce expresamente la facultad legal de hacerlo así.

Entonces, el fundamento del cargo no puede ser otro que el que sirvió de base al primero, que ya fué estudiado y no prosperó. Luego el presente también debe correr igual suerte.

Además, en este asunto se demandó, como se dijo, a Carmen Agudelo en su condición de heredera de su hijo natural Manuel Antonio. Es ella —según se afirmó en el libelo sin contradicción suya— mayor de edad, persona **sui juris,** y no necesitaba, fuera de concurrir al pleito, como lo ha hecho, por medio de abogado, de asistencia de tercero: podía representarse a sí misma legítimamente. Y como la declaración de filiación pronunciada frente a ella como demandada, sólo a ella le perjudica, pues no tiene efectos **erga omnes,** por haberse iniciado el juicio después de la muerte del padre, que habría sido el único legítimo contradictor, lógicamente hay que concluir que en este litigio no había por qué citar ni emplazar a ninguna otra persona o entidad.

No concurre, pues, ninguno de los motivos de nulidad de que hablan los numerales 2º y 4º del artículo 448 del C. J.

Se rechaza el cargo.

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 dos (2) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente a la oficina de su procedencia.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA. — EL CERTIFICADO DEL REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS SOBRE TRADICION DEL INMUEBLE, NO ES PRUEBA SUFICIENTE DE PROPIEDAD EN ACCION DE DOMINIO—VALOR PROBATORIO DE LA CARTILLA DE PARTICION HERENCIAL.

1.—Como ha dicho la Corte, "La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que pretende ser propietaria. Se funda sobre la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin la obtención de la posesión. En virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del Código Civil, mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretenda derecho que ampare tal posesión debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. No le bastaría probar simplemente que carece de derecho el demandado. La existencia del derecho que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste. Al dueño que quiere demostrar su propiedad, le toca acreditar su derecho en presencia del demandado, y si ha presentado su título de propiedad y el de su causante, no hay porqué exigirle una serie de títulos anteriores al de éste, lo que conduciría a la probatio diabolica, que el buen sentido rechaza como innecesaria para decidir conflictos sobre propiedad". (Casación de 26 de marzo de 1946. G. J. T. LX, números 2029 a 2031).

Así, pues, ventilándose una clara acción de dominio, la obligación del demandante es la de comprobar su condición de dueño de la cosa que se trata de reivindicar. Si el demandado opone títulos de propiedad inferiores a los del demandante, aunque sean válidos, prevalece el derecho de éste y prospera su acción, sin que sea preciso anular los que exhibe el poseedor, si no son suficientes a contrarrestar el mejor derecho que asiste al demandante.

2.—Verdad es que el demandante presentó como prueba de su propiedad sobre el inmueble objeto de la acción revindicatoria un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, en el cual se detalla la tradición del inmueble, pero tal certificado no es la prueba suficiente al caso.

Si la ley obliga al demandante —ha dicho la Corte— a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción versa sobre inmuebles, ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente, que es la escritura pública registrada (artículo 630 del C. J.), ya que con ello comprueba que por el medio legal de la TRADICION radica en él la condición de dueño que ha alegado en su demanda. (G. J. T. L, pág. 730).

3.—Bien sabido es que la partición herencial tiene un efecto meramente declarativo de propiedad, como se desprende del artículo 1401 del C. C. Esta condición legal fija la fuerza que tiene la hijuela del adjudicatario como título destinado a probar su dominio. Aisladamente considerada la cartilla de adjudicación no forma prueba de dominio cuando se hace valer contra terceros; la prueba debe completarse agregando los títulos que el difunto poseía sobre la cosa; pero entre coherederos, la sola cartilla demuestra su derecho exclusivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Alegando derecho exclusivo de propiedad y con apoyo en las disposiciones que consagran y reglamentan la acción reivindicatoria, en libelo de fecha cuatro de julio de mil novecientos cua-

renta y seis, ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá, María Elena Cabrera Britel de Concha demandó, por medio de apoderado, a Juan de Dios Mosquera, para que en sentencia definitiva, se declare:

"a) Que mi poderdante tiene mejor derecho que el demandado, al dominio de las dos séptimas partes de la finca números 9-24 y 9-28, antes 150 de la calle 9ª de esta ciudad, que conforme al título primitivo de propiedad, linda así: por el Sur, con la calle 9ª; por Oriente y Norte, con casa de herederos de la señora María Teresa Sáenz de Restrepo, y por el Occidente, con propiedad de la familia Scarpetta.

"b) Que los remates verificados por el demandado en los Juzgados 1º Civil de este Circuito, y 2º Municipal de esta ciudad, contra la señora María Cabrera B. y Valentín Cabrera B., respectivamente, de sendas séptimas partes de la finca alinderada en la primera petición, que son las mismas objeto de este juicio, no le dan al doctor Mosquera derecho de dominio sobre ninguna de dichas dos séptimas partes, por haberlas vendido ambos ejecutados, Valentín y María Cabrera B. al señor Domingo Gómez por medio de la escritura pública número 488, de fecha 26 de julio de 1912, pasada ante el Notario Quinto de esta ciudad, y por ende, remató cosa ajena; y que, consecuencialmente, se ordene se cancele el registro de estos remates, o sea el de los autos que los aprobaron.

"c) Que por tanto, se condene al demandado doctor Juan de Dios Mosquera, a restituir a mi poderdante, en el término que fije la sentencia, las dos séptimas partes de la finca alinderada en la primera súplica, por pertenecer éstas a la demandante, al tenor de la adjudicación que de ellas se le hizo en la partición de los bienes de la sucesión del señor Gregorio González, registrada el 17 de enero de 1935, restitución que pido se decrete con sus frutos civiles y naturales desde que el demandado tiene la finca en su poder, por haberla usufructuado éste en lo general, sin dar cuenta a mi representada, ni participación alguna en lo que hace en las dos séptimas partes de la finca materia de este juicio, respecto de sus frutos".

Los hechos pueden sintetizarse así:

Que Valentín y María Cabrera, hermanos de la demandante, vendieron a Domingo Gómez por medio de la escritura número 488, otorgada ante el Notario Quinto de esta ciudad, el 26 de julio de 1912, la cuota parte que poseían en el inmueble de la calle novena números 9-24 a 9-28; que en los juicios ejecutivos seguidos por Mosquera contra los dichos Valentín y María, y mediante los cuales remató las dos séptimas partes materia del pleito, se pretermitieron casi todas las formalidades de rigor en la secuela de las respectivas ejecuciones; que la demandante, María Elena Cabrera de Concha, adquirió las referidas cuotas del inmueble mencionado, materia de la reivindicación, por habérselas adjudicado en la partición de bienes efectuada en la causa mortuoria de Gregorio González, registrada el 17 de enero de 1935 y protocolizada en la Notaría Quinta bajo el número 76, el 26 del mismo mes y año; esas mismas cuotas las había adquirido el causante en la sucesión de Martina González de Gómez, registrada el 21 de noviembre de 1919. Que la inscripción de las actas del remate verificado por Mosquera en la Oficina de Registro, en el ejecutivo de que se ha hablado contra Valentín y María, no le transmitió el derecho de dominio al rematador, por haber rematado "cosa ajena", lo que se desprende —dice— del contexto de la escritura pública número 488 de 26 de julio, ya citada. Que el demandado, doctor Mosquera, ha percibido los frutos naturales de toda la finca o inmueble de la calle novena, en la cual, tan sólo es dueño de cinco séptimas partes.

Con la oposición de Mosquera, a quien oportunamente se le corrió el traslado de la demanda, y luego de la tramitación requerida, finalizó la primera instancia del pleito con fecha treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y siete, en que se denegaron los pedimentos del libelo, absolviéndose, en consecuencia, al demandado de los cargos propuestos. Sin costas.

La sentencia acusada

La apelación de la demandante dio lugar al segundo grado del pleito ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, en sentencia de diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, revocó la de primera instancia, y en su lugar dispuso que "por ineptitud de la demanda, no hay lugar a hacer las declaraciones y condenas solicitadas por la actora". Sin costas.

Del examen atento de las súplicas del libelo respectivo, y en especial de los hechos en que se basa la demanda, llega el Tribunal a la conclusión de que el pedimento principal se dirige a obtener la nulidad del título de dominio que el

demandado tiene sobre la porción discutida de la finca y que adquirió por medio de los remates que se verificaron en los juicios ejecutivos que el mismo Mosquera adelantó contra Valentín y María Cabrera. Y como las circunstancias de donde el libelo hace depender esa nulidad, consisten en la omisión de "casi todas" las formalidades de rigor en el juicio, entre ellas la falta de citación de los ejecutados, síguese, además, que la nulidad alegada es la de los juicios ejecutivos, y no propiamente la de los remates. La nulidad de estos actos sería consecuencia de la de los juicios en que se verificaron.

Dice que si se pide la nulidad del remate solamente, pero de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, lo que se deduce es la nulidad de la actuación anterior a ese acto, la demanda no puede prosperar, pues se estaría fallando entonces más allá de lo pedido por el actor en una demanda manifiestamente inepta, por incongruencia en sus términos.

Observa que tal es el caso que la demanda de la señora de Concha contempla, pues pide que se declare la nulidad de los remates verificados por el doctor Mosquera, al paso que los hechos que el libelo señala como determinantes de la acción, se refieren a omisiones en las formalidades propias del juicio ejecutivo, en cuya virtud los pedimentos han debido dirigirse a obtener la declaración de nulidad de éste, y no simplemente de la diligencia de remate.

Encuentra también el juzgador que la actora carece de personería sustantiva para demandar la nulidad, por falta de interés jurídico, que se desprende del artículo 2º de la ley 50 de 1936. El interés jurídico lo hace depender de no haber demostrado la peticionaria "su condición de dueña del inmueble en cuanto a la porción sobre la cual versa la demanda".

Concluye afirmando que, de las dos excepciones que se han demostrado, debe decidirse la de "inepta demanda", por referirse a una cuestión previa y fundamental del proceso, lo cual lo lleva a fallar el pleito así: "Por ineptitud de la demanda, no hay lugar a hacer las declaraciones y condenas solicitadas por la señora Cabrera de Concha", y a revocar, en consecuencia, el proveído de primer grado, donde se absolvió al demandado.

El recurso

En desacuerdo con la providencia del Tribunal, el representante de la demandante ocurrió en casación. El proceso ha tenido ante la Corte la tramitación de rigor, y siendo la oportunidad legal, se pasa a decidir.

Se aducen contra la sentencia dos cargos, de los cuales, la Sala acoge el primero por hallarlo fundado, y se abstiene de considerar el segundo, por facultarla así el artículo 538 del C. J.

Tal reparo está concebido en los siguientes términos:

La sentencia acusada es violatoria de los artículos 2º de la ley 50 de 1936, inciso 3º, 765, 757, 789, 946, 949, 950, 952, 1618 del Código Civil, e indebida aplicación de los artículos 333, 343, 344 del C. J.

Sostiene que la acción entablada no ha sido otra que la reivindicatoria, o sea, la que le asiste al dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor sea condenado a restituírsela; que el juzgador de segundo grado interpretó erradamente la propuesta, al considerar que se trata de una declaración previa de nulidad de unos remates, de lo cual habría de desprenderse como consecuencia, la de entrega de las referidas cuotas en el inmueble en cuestión; que tan desacertada interpretación lo llevó a dejar de aplicar las disposiciones mencionadas y los artículos 949 a 952 del citado Código Civil, que consagran la acción reivindicatoria.

Considera también violado el artículo 669 del C. C., porque habiendo sido presentado uno de los títulos que acreditan el dominio, conforme a dicho Código, no se le tuvo en cuenta. El 766 del mismo, caso 3º, porque no adoleciendo de nulidad el instrumento en cuestión, no se le tuvo por el juzgador como título válido para reivindicar; el artículo 789 ibid., porque la inscripción del remate verificada por el doctor Mosquera de las dos séptimas partes que en la cosa demandada poseían Valentín y María, no pudo transmitirle el derecho de dominio sobre las consabidas cuotas en el inmueble perseguido, porque los nombrados individuos a quienes se les remató tales partes o derechos, habían dejado de ser dueños, ya que su derecho le fue cedido al señor Domingo Gómez, con anterioridad al embargo del bien en el ejecutivo promovido por el doctor Mosquera.

Se considera:

Claramente se observa de los pedimentos de la demanda, del derecho invocado y de los hechos en que se apoya, que la acción ejercitada se dirige a que se declare la propiedad de la cosa demandada, a favor de la señora Cabrera de Con-

cha y que, en consecuencia, se condene a su poseedor doctor Mosquera, a entregársela.

Verdad es que en el aparte b) de los pedimentos de la demanda, se suplica la cancelación de los registros de las respectivas actas del remate que de las dos séptimas partes pertenecientes a Valentín y María, realizó el doctor Mosquera, pero, dado el origen de la propiedad que reclama la señora de Concha, la solicitud al respecto es una cuestión colateral, encaminada a obtener la decisión del Juez, de que el registro de las actas de los aludidos remates, no es óbice para el progreso de la acción de dominio, porque, aun cuando se trata de unos mismos derechos, para la época del remate, las referidas personas contra quienes se proseguía la ejecución, habían dejado de ser propietarias de lo que se les embargó y remató, por haber vendido a terceros, de quienes sostiene la demandante, provienen los títulos en que apoya sus pretensiones de dueño.

Además, en parte alguna se expresa en el libelo en cuestión, que se decrete la nulidad de tales remates ya que, como se acaba de indicar, no es base de la acción de dominio la declaración previa de tal nulidad, por depender y basarse la acción de propiedad, en títulos que considera tener la demandante de mejor derecho que los del demandado, por originarse los de Mosquera en propietarios que habían dejado de serlo, cuando por ministerio de la ley, se les remató lo que erradamente se supuso poseían; luego, siguiendo los hechos del planteamiento de la acción propuesta, no era indispensable, ni la demanda dependía de una declaración previa de nulidad, para que pudieran estudiarse los fundamentos de la acción reivindicatoria. Es más: en el pedimento segundo o aparte b), que el Tribunal tomó como base de la demanda, en forma alguna se pide que se decrete tal nulidad, o que son nulos los referidos remates, sino que ellos "no le dan al doctor Mosquera derecho de dominio", lo que en estricto derecho, no sería otra cosa que "no son oponibles los títulos originados en tales remates al verdadero dueño". Hay casos en que la acción **reivindicatoria** se presenta como consecuencia de una de nulidad o de una resolutoria, pero tratándose de la que compete al dueño de la cosa vendida por otro (en este caso rematada a quienes no eran dueños, según la tesis sostenida por el actor), para evitar perjuicios a su derecho y en que se busca hacer una confrontación de títulos, **la reivindicación** en tal supuesto es una acción independiente que no tiene por qué ser interferida por un acto o contrato que le es inoponible al verdadero dueño, aunque sea completamente válido entre quienes lo celebraron. (Véase al respecto la sentencia de 27 de julio de 1947, G. J. Tomo 53, pág. 267).

Así, pues, si independientemente puede considerarse la acción reivindicatoria, si lo solicitado en el numeral 2º, no es razón para no fallarla, el Tribunal interpretó erradamente la demanda, que lo llevó a dejar sin definir la acción de dominio instaurada, lo cual daría lugar a casar la sentencia recurrida. Pero, como se verá luego, ello no es posible por las especiales circunstancias que confronta el recurso.

En cuanto a la acción de dominio, objeto del pleito, se tiene:

"La reivindicación — ha dicho esta Sala — es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que pretende ser propietaria. Se funda sobre la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin la obtención de la posesión. En virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del Código Civil, mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretende derecho que ampare tal posesión debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. No le bastaría probar simplemente que carece de derecho el demandado. La existencia del derecho que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste. Al dueño que quiere demostrar su propiedad, le toca acreditar su derecho en presencia del demandado, y si ha presentado su título de propiedad y el de su causante, no hay por qué exigirle una serie de títulos anteriores al de éste, lo que conduciría a la **probatio diabolica,** que el buen sentido rechaza como innecesaria para decidir conflictos sobre propiedad".. (Casación LX, números 2029, 2030 y 2031, marzo 26 de 1946).

Así, pues, ventilándose una clara acción de dominio, la obligación del demandante es la de comprobar su condición de dueño de la cosa que se trata de reivindicar. Si el demandado opone títulos de propiedad inferiores a los del demandante, aunque sean válidos, prevalece el derecho de éste y prospera su acción, sin que sea preciso anular previamente los que exhibe el poseedor, si no son suficientes a contrarrestar el mejor derecho que asiste al demandante.

En el caso en estudio, correspondía a la señora de Concha demostrar su mejor derecho al bien.

que reclama, en presencia de la presunción de dueño, respecto al poseedor demandado. A tal efecto, presentó como único título la escritura pública número 76 de enero de 1935, de la Notaría Quinta de Bogotá, y de la cual aparece que a la mencionada señora Cabrera de Concha se le adjudicaron dos séptimas partes de la casa números 148 y 150, de la calle novena de Bogotá, hoy números 9-24 a 9-28, por los linderos allí expresados, en el juicio de sucesión del señor Gregorio González. No hay la más remota constancia de cómo hubo el causante González tal bien. Verdad es que se presentó un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, en el cual se detalla la tradición del inmueble, pero tal certificado no es la prueba suficiente al caso.

Si la ley obliga al demandante —ha dicho esta Sala— a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción versa sobre inmuebles, ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente, que es la escritura pública registrada (artículo 630 del C. J.), ya que con ello comprueba que por el medio legal de la **tradición,** radica en él la condición de dueño que ha alegado en su demanda. (G. J. Tomo 50, pág. 730).

Presentó igualmente la reivindicante copia de la escritura pública número 488 de 1912, de la Notaría Quinta de Bogotá, por medio de la cual, Valentín y María Cabrera vendieron dos séptimas partes del predio en cuestión a Domingo Gómez, pero no se demostró el lazo de unión, la relación de este instrumento público y la cartilla de adjudicación hecha a la señora Cabrera de Concha en la sucesión de Gregorio González.

Por otro lado, no determinado ni establecido en forma legal, el origen de la propiedad de la referida cuota, en el causante González, que por cesión del derecho de herencia pasó a la señora de Concha, la simple cartilla de adjudicación no sería título suficiente para establecer el derecho de propiedad de la actora en presencia de un tercero, como lo sería para el caso el doctor Mosquera.

Bien sabido es que la partición herencial tiene un efecto meramente declarativo de propiedad, como se desprende del artículo 1401 del C. C. Esta condición legal fija la fuerza que tiene la hijuela del adjudicatario como título destinado a probar su dominio. Aisladamente considerada, la cartilla de adjudicación no forma prueba de dominio cuando se hace valer contra terceros; la prueba debe completarse agregando los títulos que el difunto poseía sobre la cosa; pero entre coherederos, la sola cartilla demuestra su derecho exclusivo.

"Los actos de partición no pueden oponerse por sí solos como títulos al anterior de un tercero, sin comprobar que el bien adjudicado pertenecía al causante, lo que está indicando que ellos sí pueden oponerse a un título posterior, sin que sea necesario acompañar la prueba del dominio del causante". (J. C. S. J. Tomo V, Nº 679).

Como se puede observar, la errada interpretación de la demanda llevó al Tribunal a dejar de aplicar las disposiciones pertinentes sobre acción reivindicatoria, lo que conduciría a casar la sentencia. Estudiadas las condiciones de esta acción en presencia de las pruebas aducidas, se llegaría, por otra parte, a la conclusión de que no se demostó la acción de dominio propuesta, que obligaría a absolver al demandado. Pero, como éste no recurrió, la Corte, al sustituir en instancia al Tribunal, no puede empeorar la situación del único recurrente, porque el principio consagrado por el artículo 494 del C. J., es aplicable, a juicio de la Corte, en el recurso de casación. Siendo más favorable al recurrente la decisión en que se declaró probada la excepción de inepta demanda, la Sala se limita a rectificar la doctrina y concluye absteniéndose de casar el fallo, por no serle posible empeorar la situación del recurrente. (GACETA JUDICIAL, número 1943, página 418).

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 del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PARA QUE SE DECLARE QUE LOS EFECTOS DE UN CONTRATO CELEBRADO POR EL MANDATARIO EN PROPIO NOMBRE CORRESPONDE Y BENEFICIAN EXCLUSIVAMENTE AL MAN DANTE—ERROR EN LA APRECIACION DE PRUEBAS Y EN LA CALIFICACION DE LA ACCION EJERCIDA EN LA DEMANDA

1.—De manera reiterada ha sostenido la Corte que el error en que puede incurrir el sentenciador de segunda instancia cuando aprecia las pruebas del proceso o cuando cumple la función que privativamente le corresponde de interpretar y calificar jurídicamente la acción deducida en la demanda, y que da lugar a la prosperidad del recurso de casación cuando a consecuencia de él se quebranta la ley sustantiva, tiene que aparecer "de modo manifiesto" en los autos, como así lo requiere y prescribe el inciso 2º del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, y para que se produzca esa clase de error es indispensable que la equivocación del sentenciador sea de tal magnitud que sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas o de la demanda se vea que su apreciación pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad procesal. Se ha llegado a concluir también que la duda que pueda generar el punto de hecho y la pluralidad de interpretaciones que sugiera excluyen, en consecuencia, la existencia de un error de la naturaleza indicada.

Igualmente ha dicho la Corte que "Cuando se trata de mala apreciación de determinadas pruebas, como causal de casación y quedan, además, otras cuya mala apreciación no se incluye en el motivo alegado para demostrar el error de hecho, no puede variarse la apreciación del conjunto de las pruebas hecha por el Tribunal, porque debe suponerse que éste ha tenido presentes esas otras al proferir el fallo". (Casación de septiembre 14 de 1898, GACETA JUDICIAL, T. XIV, pág. 40).

2.—La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al autorizar el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. (Véase sentencia de casación de 14 de julio de 1947. GACETA JUDICIAL, Tomo LXII, pág. 619).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo repartido al Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, Dionisio Ballesteros Gómez demandó por la vía ordinaria al doctor Jesús Rodríguez Medina para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones principales:

"Primero.—Que la finca denominada "Bayón", del Municipio de Guaduas, deslindada como se expresará en el hecho primero de esta demanda, comprada a la señora Esli Rodríguez, por escritura mil doscientos noventa (1.290) de veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), de la Notaría Cuarta de Bogotá, pertenece exclusivamente al señor Dionisio Ballesteros Gómez, no a éste y al doctor Jesús Rodríguez Medina, a pesar de los términos de dicha escritura.

"Segundo.—Que debe cancelarse el registro de dicha escritura en cuanto en él aparece como po-

seedor inscrito el expresado doctor Rodríguez Medina, quedando vigente en lo relacionado con el comprador Ballesteros y aclarado en el sentido de que la posesión inscrita y el dominio de la finca mencionada favorecen exclusivamente al señor Dionisio Ballesteros Gómez.

"Tercero.—Que, en consecuencia, los frutos de dicha finca pertenecen exclusivamente a Ballesteros desde la fecha de la escritura citada.

"Subsidiariamente pido que se declare que la comunidad aparentemente formada por dicha escritura, cuyo número, fecha y demás pormenores se expresarán en la parte resolutiva del fallo es de ocho mil pesos sobre doce mil a favor de Dionisio Ballesteros Gómez y de cuatro mil pesos sobre doce mil pesos para el doctor Jesús Rodríguez Medina. Como consecuencia de esta petición subsidiaria debe ordenarse que se modifique la inscripción de la escritura mencionada a tenor de la anterior petición subsidiaria.

"Cuarto—Que como consecuencia de la petición principal o de la subsidiaria se declare que el demandado debe pagar a mi representado los perjuicios por haberse hecho figurar como comunero sin serlo".

Aceptada y tramitada la demanda, el juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con la sentencia de seis de julio de 1946, por medio de la cual despachó favorablemente las peticiones primera, segunda y tercera que quedaron copiadas; negó la cuarta y declaró no probadas las excepciones alegadas por el demandado, a quien, además, condenó en costas.

Por recurso de apelación que a éste se concedió, subió el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, el que en su oportunidad profirió la sentencia de 1º de septiembre de 1947, que confirmó la apelada con costas a cargo del apelante y ordenó a la vez que se sacaran copias del fallo para remitirlas a las entidades que expresa en la parte motiva, con la finalidad allí mismo indicada.

En su decisión el Tribunal hace un resumen tanto de las consideraciones en que se fundamenta la providencia del Juzgado como de las pruebas allegadas en segunda instancia, y afirma luego que "todas las pruebas practicadas concurren a demostrar que Rodríguez Medina, en su calidad de mandatario de Ballesteros, compró, en su nombre, la finca denominada "Bayón" por la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00), que había recibido de su mandante".

Después, en el capítulo que titula "Cuestión de Derecho" cita los artículos 2142, 2149 y 2177 del Código Civil y lo que al respecto de esos textos sostuvo la Corte en el fallo que corre publicado en las páginas 49 y 50 del tomo 46 de la GACETA JUDICIAL, y dice:

"La lectura atenta de la demanda convence que la acción promovida en este juicio es, precisamente, la consagrada por el artículo 2177 del C. C. en armonía con el 1849 de la misma obra, pues, Ballesteros pretende o aspira a que la justicia declare que, la finca denominada "Bayón" le pertenece exclusivamente, y no a él y a Jesús Rodríguez Medina, no obstante los términos de la escritura 1290, según la cual Esli Rodríguez de Peña aparece vendiéndosela a uno y a otro por la cantidad de doce mil pesos, puesto que el precio realmente pagado fue el de ocho mil pesos, que Ballesteros entregó a Rodríguez Medina, quien obró como mandatario suyo en tal negociación.

"De consiguiente, son pertinentes y jurídicas las razones expuestas por el Juzgado del conocimiento, las cuales se dan por reproducidas como motivación del presente fallo.

"De ahí que no sea necesario la presencia en este litigio de la vendedora, puesto que no se ataca al contrato de compraventa, sino que, por el contrario, se acepta su validez. No están demostradas las excepciones de petición de modo indebido, ni la de ineptitud sustantiva de la demanda.

"Tampoco lo están las de carencia de acción, porque el demandante tiene acción para que se declare que los efectos del contrato celebrado por su mandatario, en nombre propio, le corresponden a él y le benefician exclusivamente.

"No existe restricción probatoria a fin de establecer la susodicha acción, como lo pretende el demandado, con base en los artículos 1766 del C. C., 91 a 93 de la ley 153 de 1887, porque el texto 2149 de aquella obra admite la libertad probatoria. Además, no se ataca el contrato de venta, consignado en la escritura pública 1290, sino que se probó el contrato de mandato de Ballesteros a Rodríguez Medina con la confesión de uno y otro, y el cambio de precio de la compraventa con los testimonios de la vendedora, del comisionista Núñez, de Alberto García, quien presenció toda la negociación, y con el indicio que resulta de la propia confesión del demandado, quien acepta: Que recibió de su mandante la cantidad de $ 8.000.00; y que destruyó los dos ejemplares del contrato de promesa en donde figuraba la

cantidad premencionada como precio real de la venta, según el dicho de los aludidos testigos, corroborado con los testimonios por referencia de Pedro León García y de Rafael Peña."

"El Juzgado rechaza acertadamente la imputación que el confesante pretende hacer de parte de la cantidad que recibió de su mandatario, porque tal imputación constituye una verdadera excepción que tiene obligación de probar, y que no demostró puesto que no tiene íntima relación con el hecho confesado, siendo absolutamente distintos el contrato de administración del contrato de mandato para comprar (artículo 609, C. J.)".

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que sustentado y tramitado debidamente, se procede a decidir.

El recurrente apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, propone contra la sentencia los cargos que en seguida se resumen:

1º El Tribunal quebrantó los artículos 593, 604, 606, 607 y 609 del Código Judicial, 2142, 2149, 2177, 1849, 765, 756, 946 y 950 del Código Civil, a consecuencia de error de hecho evidente en la apreciación de la demanda; de los cuestionarios de posiciones redactados por el demandado y de las respuestas dadas por el mismo al pliego de posiciones que le formulara el actor.

En desarrollo del cargo dice que según el fallo la acción ejercitada en la demanda tiene su fuente en el contrato de mandato; pero que en realidad en los hechos fundamentales y en la cita de las disposiciones de derecho, se observa que no se invoca para nada el mandato ni ningún texto relativo a ese contrato, y que por el contrario el libelo reconoce que el demandado tomó "intervención propia y por interés personal y directo", en la negociación que culminó con la venta del inmueble.

Añade que el sentenciador al dar por demostrado el contrato de mandato con las pruebas ya referidas, incurrió en error de hecho, ya que en el cuestionario de posiciones redactado por el demandado lo que afirma es que él tomó la iniciativa y llevó a cabo el negocio en su propio provecho y que en sus respuestas a las posiciones del actor no aceptó que se hubiese ocupado en la compra de la finca por encargo de aquél.

2º Afirma, en síntesis, el recurrente que constando en la escritura pública base del pleito que el precio del inmueble fue de $ 12.000.00 y que se pagó por los compradores y no por Ballesteros simplemente, la plena prueba que hacen las declaraciones contenidas en ese instrumento no podía ser destruída sino aduciendo en contrario prueba escrita de igual categoría, o principio de prueba por escrito, o confesión del demandado, que no existen en los autos, y que el Tribunal, al darle entrada a la prueba testimonial para alterar el contenido de aquella escritura, cometió error de hecho, y de derecho tanto por desestimar el mérito de un instrumento que lo tiene pleno como por dar entrada y estimar suficientes en contra de su tenor literal otras pruebas que no son de la misma jerarquía y quebrantó en consecuencia, los artículos 1759, 1766, 1602, 1849, 1857, 756, 765, 946, 950 y 2149 del C. C., 91 de la ley 153 de 1887 y 703, 704, 604, 606 y 609 del Código Judicial.

3º El Tribunal, dice el recurrente, quebrantó, por aplicación indebida los artículos 946, 950 y 961 del Código Civil y por falta de aplicación los artículos 329 y 343 del Código Judicial, pues afirma que el pleito se desarrolló únicamente dentro del lazo jurídico de instancia creado entre las personas que formaron la parte compradora, con ausencia o prescindencia de la vendedora, a quien debió citarse como demandada, desde luego que la acción se encamina a modificar entre contratantes los efectos del contrato; que esto determina que la demanda sea sustantivamente inepta y que como sobre ella se decretó la acción de dominio, no cabe duda alguna de que fueron violadas las normas legales que regulan dicha acción. Sostiene además que por las mismas razones debió prosperar la excepción de petición de modo indebido alegada por el demandado y que al no haberla declarado, se violaron por falta de aplicación las disposiciones que cita del Código Judicial.

4º Sostiene que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 8º y siguientes de la ley 69 de 1945 al ordenar la compulsa de copias para que se sancione al demandado, desde luego que la intervención de éste en el negocio de autos no puede tomarse como actividad profesional, propia de abogado, aún en el supuesto de haberse demostrado el mandato, el que, por otro lado, no ha existido.

Se considera:

Primer cargo.—De manera reiterada ha sostenido la Corte que el error en que puede incurrir el sentenciador de segunda instancia cuando aprecia las pruebas del proceso o cuando cumple la función que privativamente le corresponde de interpretar y calificar jurídicamente la acción de-

ducida en la demanda, y que da lugar a la prosperidad del recurso de casación cuando a consecuencia de él se quebranta la ley sustantiva, tiene que aparecer "de modo manifiesto" en los autos, como así lo requiere y prescribe el inciso 2º del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, y para que se produzca esa clase de error es indispensable que la equivocación del sentenciador sea de tal magnitud que sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas o de la demanda se vea que su apreciación pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad procesal. Se ha llegado a concluir también que la duda que pueda generar el punto de hecho y la pluralidad de interpretaciones que sugiera excluyen, en consecuencia, la existencia de un error de la naturaleza indicada.

En el caso de autos el Tribunal decidió el pleito partiendo de la base de que "la acción promovida en este juicio es, precisamente, la consagrada por los artículos 2177 del C. C., en armonía con el 1849 de la misma obra", o sea, que ha estimado que se trata de una acción de mandante contra mandatario que ha estipulado y adquirido en su propio nombre, encaminada a lograr que se declare que los efectos del contrato le corresponden y benefician exclusivamente al primero de los nombrados, y en esta apreciación no encuentra la Corte —como en contrario lo afirma el recurrente— que se haya incurrido en un error de hecho manifiesto o evidente, ya que las súplicas principales de la demanda, los hechos en que se apoya y la narración que le preceden no excluyen, al menos de modo manifiesto, que tal haya sido la acción propuesta.

Pues en efecto, en la primera petición de la demanda se solicita que, a pesar de los términos de la escritura pública 1290, conforme a la cual la finca aparece comprada para Ballesteros y Rodríguez Medina, se declare que al primero de éstos, y no a ambos, le "pertenece exclusivamente"; en la segunda, se pide que se cancele el registro de dicha escritura en cuanto en él aparece como poseedor inscrito Rodríguez Medina y que se aclare "en el sentido de que la posesión inscrita y el dominio de la finca mencionada favorecen exclusivamente" a Ballesteros, y en la tercera se solicita se declare que "los frutos de dicha finca pertenecen exclusivamente a Ballesteros desde la fecha de la escritura citada". Luego los simples términos en que están concebidas las declaraciones del libelo no excluyen la interpretación del sentenciador y por el contrario, se acomodan a la índole de la acción que estimó ejercita el actor.

Sin desnaturalizar esas súplicas no podría afirmarse —como lo hace el recurrente— que el libelo reconoce que el demandado tomó "intervención propia y por interés personal y directo" en la negociación que culminó en el contrato de compraventa del inmueble, puesto que aquéllas están encaminadas precisa y claramente a lograr la declaración de que el actor es el dueño exclusivo de la finca comprada.

Los hechos de la demanda tampoco desvirtúan o se oponen a esa interpretación, puesto que en ellos lo que, en síntesis, se afirma es que el precio porque la finca aparece comprada en la escritura es el de $ 12.000.00 cuando en realidad no fue sino de $ 8.000.00, los que "fueron pagados íntegramente por el comprador Ballesteros" y que el demandado ni pagó ni se obligó a pagar nada por este concepto a la vendedora.

En la narración de hechos con que el apoderado del actor encabezó la demanda expresa que "deseando don Dionisio Ballesteros Gómez, en cuyo nombre represento, adquirir una finca rural en clima templado para ir preparando su retiro de la fábrica en que desde hace muchos años trabaja intensamente y para proporcionar un alivio a la salud de su señora, le comunicó su propósito a su cuñado, el doctor Jesús Rodríguez Medina con el fin de que él lo ayudara al logro de su intento. Así lo hizo el expresado doctor y un buen día le comunicó que tenía la finca adecuada, pero que pedían quince mil pesos. El señor Ballesteros no tenía tanto dinero, porque los ahorros de su vida apenas alcanzaban a ocho mil pesos; los días pasaron y el cuñado le hizo saber que había logrado que la finca la vendieran por doce mil pesos y que como sólo contaba el señor Ballesteros con ocho mil, él pondría el resto y comprarían los dos la finca". Allí se habla de que existió un mandato de demandante a demandado cuando menos en una de las etapas que precedieron a la compra del inmueble, y si a ello se agrega que ni los hechos ni las súplicas de la demanda excluyen la conclusión de que el debate fue situado en el campo propio de las acciones originadas en el contrato de mandato, la labor exegética del sentenciador no puede reputarse como manifiestamente errónea.

Y la acusación que se propone como consecuencia del error que alega con respecto a la apreciación de las pruebas, también debe ser desechada. En efecto, reparando en los apartes que

del fallo quedaron arriba copiados, se ve claramente que la comprobación del mandato la desprende el Tribunal no sólo de las confesiones que encontró en las posiciones que recíprocamente se pidieron demandante y demandado, sino también de la circunstancia fundamental, que halló probada con declaraciones de testigos e indicios, de que el precio de la finca no fue el de $ 12.000.00, conforme reza la escritura, sino el de $ 8.000.00, que coresponde precisamente a la suma que el demandante, según también lo estimó establecido, entregó al demandado para el negocio de compra de la finca. Sin la demostración de ese cambio de precio, no podría resultar configurado el mandato, puesto que entonces el reo aparecería adquiriendo para sí en cuanto el precio del inmueble excediera de la suma que para su compra suministró el actor. Y como sucede que el recurrente limita su acusación sobre error de hecho y de derecho, a las apreciaciones de la sentencia en relación con los aludidos cuestionarios y respuestas de posiciones, dejando por fuera de su ataque los demás elementos que estudiados conjuntamente con aquéllos llevaron al Tribunal a afirmar "que todas las pruebas practicadas concurren a demostrar" el mandato, el cargo resulta, por ello, ineficaz en casación.

"Cuando se trata de mala apreciación de determinadas pruebas, como causal de casación y quedan, además, otras cuya mala apreciación no se incluye en el motivo alegado para demostrar el error de hecho, no puede variarse la apreciación del conjunto de las pruebas hecha por el Tribunal, porque debe suponerse que éste ha tenido presentes esas otras al proferir el fallo". (Casación, 14 de septiembre de 1898, T. XIV, página 40).

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—Por no haber prosperado la acusación anterior, quedaron en pie las conclusiones del sentenciador relativas a la naturaleza de la acción ejercitada y a la prueba del mandato; y aunque a pesar de ello hubiera de reputarse que no existe confesión acerca de ese contrato, aún así estaría legalmente admitida la prueba testimonial e indiciaria que el Tribunal acogió para dar por demostrado el hecho de que no obstante los términos de la escritura pública citada, el demandado no adquirió para sí parte del inmueble materia de la controversia sino para el demandante, porque actuaba en ese contrato en condición de mandatario de aquél y no en nombre propio.

Y se afirma esto porque las reglas generales sobre restricción de pruebas consagradas principalmente en los artículos 1767 del C. C., 91 y 92 de la ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial, tienen, entre otras excepciones, la que se desprende del artículo 2149 del Código Civil, según el cual el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, puesto que si se exigiera prueba escrita o confesión del obligado cuando el mandato excediera de quinientos pesos no tendría cumplimiento esta última disposición, especial para el mandato y como tal de preferente aplicación a las primeramente citadas. Naturalmente que esto es de estricta observancia cuando el acto que constituye el encargo no implica un mandato solemne, como ocurre en este caso que fue encargo para comprar, pues cuando lo es, la solemnidad del instrumento público no puede suplirse por ninguna otra prueba (artículo 1760, ibídem).

Y esta tesis jurisprudencial ha sido sostenida reiteradamente por la Corte. Así, en sentencia de 14 de julio de 1947, se dijo:

"La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al autorizar el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato.

"El artículo 2123 del Código Civil de Chile, de donde se tomó el 2149 del nuestro, añade: "pero no se admitirá en el juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico". El Código Civil Francés, que en su artículo 1985 consagra en el fondo la doctrina del colombiano, advierte también expresamente que la prueba de testigos para el mandato debe darse de acuerdo con las reglas generales del título de las obligaciones conven-

cionales. El principio de la ley chilena según el cual la forma del mandato es generalmente libre, peró su prueba, en cambio, no puede admitirse sino en conformidad con las reglas del derecho común, una de las cuales es la restrictiva del uso de la prueba testimonial por razón de cuantía, fue modificada al pasar a nuestro código civil por virtud de la supresión ya vista, reveladora, a no dudarlo, de la inequívoca intención del legislador de autorizar para el mandato el régimen de excepcional libertad probatoria que lógicamente corresponde a los términos del citado artículo 2149 que le dan a ese contrato la calidad de eminentemente consensual. El mandato puede ser un contrato de consentimiento tácito en que una persona confía o encarga por su aquiescencia tácita la gestión de un negocio a otra que acepta también tácitamente ejecutar el encargo, de modo que si la ley expresamente autoriza la perfección de este contrato tácitamente celebrado, se explica y justifica la excepcional libertad probatoria de que quiso rodearlo, sustrayéndolo expresamente del régimen restrictivo de la prueba testimonial referente a obligaciones que deben consignarse por escrito, según el artículo 1767 del C. C., del cual son apenas desarrollo y complemento los artículos 91 y 94 de la ley 153 de 1887 que determinaron los actos y contratos que debían constar por escrito para el efecto de restringir respecto de ellos el uso de la prueba testimonial. Esto por lo que hace al aspecto puramente probatorio del mandato cuando es consensual, como generalmente ocurre, por que los artículos de la ley 153 citados no enfocan cuestiones **ad validitatem** ni **ad sustantiam actus,** sino **ad probationem.** La restricción de la prueba de testigos por razón de cuantía difiere esencialmente de esa restricción cuando opera por virtud de la calidad solemne que comporta el acto jurídico que quiere probarse. La supresión del aludido texto chileno, en lo que respecta a la inadmisibilidad de la escritura privada cuando las leyes requieren instrumento auténtico, se refiere a la forma del contrato, y en esta materia ninguna novedad ni modificación introdujo tal supresión a nuestro sistema general, porque es evidente que en los casos en que el contrato de mandato es solemne, como acontece con todos los de esta especie, no puede probarse con testigos. Tratándose de solemnidad, la cuestión ya no es simplemente probatoria sino de existencia jurídica del acto..." (Casación, Tomo LXII, páginas 619 y 620).

En este mismo sentido pueden verse las sentencias de casación de 17 de septiembre de 1910, 29 de julio de 1913 y 26 de agosto de 1947, publicadas en la GACETA JUDICIAL, tomo XIX, pág. 87, tomo XXIII, pág. 119, y tomo LXII, página 670, respectivamente.

No prospera el cargo.

Además, puede invocarse otra razón que se opone a la prosperidad de los cargos precedentes, y es la de que el Tribunal copia en su fallo los apartes del de primera instancia en que el Juzgado sostiene que fuera de las argumentaciones que ya había expuesto como motivación de su decisión "existe otro hecho fundamental que impide considerar válidamente al demandado como dueño de "Bayón", y es el de que el título "por medio del cual aparece como tal, se halla viciado merced a su actuación dolosa en relación con el demandante, aprovechándose del parentesco que los liga y de la confianza que aquél le tenía depositada. Mediante el conjunto de maquinaciones fraudulentas de que dan cuenta las declaraciones de la vendedora y de los otros testigos, quiso el demandado enriquecerse torticeramente, figurando como comunero de una finca cuyo precio lo pagó en su totalidad el demandante" y que si por tal causa desaparece el título de adquisición del demandado, "entonces sólo queda el de Ballesteros que lo acredita como dueño exclusivo del inmueble. O al menos, siendo ineficaz el título de condueño de aquél, ha de primar el de éste". Y como el Tribunal expresa "que son pertinentes y jurídicas las razones expuestas por el Juzgado del conocimiento, las cuales se dan por reproducidas como motivación del presente fallo", y como el recurrente no ha atacado en casación esas consideraciones que le suministran un soporte independiente a la sentencia recurrida, que es por sí solo suficiente para mantenerla, ella no habría podido invalidarse aún en el evento de que las acusaciones precedentes se hubieran estimado fundadas.

Tercer cargo.—Esta acusación también es infundada. En primer lugar porque el Tribunal no ha decidido el pleito con aplicación de los artículos 946, 950 y 961 del Código Civil, referentes a la acción real reivindicatoria, y no ha podido, en consecuencia, quebrantarlos en el concepto invocado. Muy clara es la sentencia cuando dice que "la acción promovida en este juicio es, precisamente la consagrada en el artículo 2177 del C. C. en armonía con el 1849 de la misma obra" y cuando falla la controversia con aplicación ex-

clusiva de los preceptos que regulan la acción que encontró propuesta.

Y en segundo lugar, porque el sentenciador no ha quebrantado, por falta de aplicación, los artículos 329 y 343 del Código Judicial. En efecto, en este juicio se ha incoado una acción de estricto carácter personal, generada en un contrato de mandato, por medio de la cual busca el mandante, contra el mandatario que ha obrado en nombre propio por virtud de un mandato oculto, que se declare que los efectos del contrato de compraventa le corresponden y benefician a él exclusivamente, y en las relaciones personales que entre ellos surgen por tal motivo es completamente ajena la vendedora y no tenía por qué ser citada al pleito; ella carece de interés jurídico que legitimara su intervención ya como demandante, ora como demandada, pues las resultas del juicio no la benefician ni la perjudican.

Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—El artículo 8º de la ley 69 de 1945, no confiere derecho alguno al recurrente y por tanto su quebranto, de haberlo, no da lugar a casación. Además, la sentencia no impone, con fundamento en este mismo texto, ninguna sanción al recurrente, pues se limita a disponer que se saque copia de ella para los fines a que dicha disposición se refiere, cosa a la cual podía también proveer de oficio el Tribunal según la misma norma lo prescribe. Es en la actuación procesal que así haya de cumplirse, y no en este pleito, en donde puede definirse si la intervención del recurrente en el negocio de autos es o no una actividad propia de abogado.

No prospera 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 fecha primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase en su oportunidad el expediente a la oficina de su procedencia.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REVISION POR LA VIA ORDINARIA DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES PROFERIDA EN UN JUICIO EJECUTIVO DE PAGO DE UNOS HONORARIOS DE PERITOS

1. — El artículo 1030 del C. J. establece una de las salvedades previstas en el inciso 2º del artículo 473 a la regla general sobre fuerza de la cosa juzgada que el inciso 1º de este artículo le atribuye a la sentencia firme.

La de excepciones en juicio ejecutivo y la de pregón y remate admiten, en tal virtud, revisión en juicio ordinario, que el perjudicado, ejecutante o ejecutado, puede proponer separadamente del ejecutivo.

No sobra aclarar que esta REVISION es cosa diferente del RECURSO DE REVISION de que tratan los artículos 542 y siguientes del C. J., que sólo es admisible en alguno de los cuatro casos contemplados allí, con la restricción que el Código establece.

La revisión a que aluden los artículos 473, inciso 2º, y 1030 del C. J., no es un recurso sino una acción para ventilar en juicio ordinario, ampliamente, sin restricciones y con los mismos elementos que figuraron en el ejecutivo, y con otros, si es posible aducir más, las mismas cuestiones que se debatieron y resolvieron en el juicio especial.

2.—En el presente negocio se busca la revisión de la sentencia de excepciones en que se declara que no es suficiente motivo legal para ordenar la terminación de un juicio en que se cobran unos honorarios de unos peritos, señalados a éstos en el acta de una diligencia de deslinde, el hecho de que tal diligencia fuera declarada nula por el Tribunal, y que la fijación de los emolumentos la hiciera el Juez comisionado que practicó con los peritos la demarcación de la línea divisoria, sin facultad para ello.

La circunstancia de que el acto en cuestión fuera incapaz de producir efecto, en orden al propósito de la parte que lo solicitó, es decir, en cuanto a la determinación de la línea divisoria, no es razón para que el trabajo ejecutado, la misión cumplida, encomendada a los peritos, quede sin remuneración.

Pero si esto es así y la providencia recurrida no tiene reparo por tal aspecto, sí lo tiene en cuanto a la fijación de los honorarios de los peritos por el Juez comisionado, quien no tenía autorización legal para ello, pues no se la otorgó el comitente. Por tal aspecto, la sentencia de excepciones en juicio ejecutivo que se revisa, le dio validez como título ejecutivo a un instrumento que carecía de mérito legal, por provenir de un funcionario sin facultad necesaria al efecto. Y no interesa el que la respectiva demanda ejecutiva no se hubiera excepcionado sobre el particular, porque se trata de jurisdicción improrrogable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil — Bogotá, julio ocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Marcial Polo y esposa, en el ordinario seguido por éstos contra Ricardo M. Barrios y otros, sobre revisión de una sentencia de excepciones pronunciada en un juicio ejecutivo.

Antecedentes

Ante el Juez del Circuito de la ciudad de Santa Marta, Marcial Polo y esposa demandaron por la vía ordinaria a los señores Ricardo M. Barrios, Víctor Maduro y Manuel Rovira Bolaño, para que en sentencia definitiva, se declare lo siguiente:

"a) Que la diligencia de deslinde y amojonamiento, practicada por el Juzgado 1º del Circuito Civil de Ciénaga, por comisión del Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio de deslinde y amojonamiento de Marcial Polo C. y Ana

M. L. de Polo contra la Nación, y en la cual intervinieron como peritos Ricardo M. Barrios, Víctor Maduro y Manuel Rovira Bolaño, fue declarada nula por el Tribunal Superior de Santa Marta, por auto de 8 de agosto de 1944.

"b) Que la obligación por parte de Marcial Polo C. y Ana M. L. de Polo de pagar a los peritos Ricardo M. Barrios, Víctor Maduro y Manuel Rovira Bolaño, las sumas de dinero que a éstos fijó el juez comisionado en la diligencia de deslinde y amojonamiento citada en la declaración anterior, no tuvo existencia legal por incompetencia del juez comisionado para fijar los honorarios de los peritos, y en subsidio, quedó inexistente desde que se ejecutorió el auto de 8 de agosto de 1944, del Tribunal Superior de Santa Marta, que declaró nula dicha diligencia; la cual fue presentada como título ejecutivo por Ricardo M. Barrios, Víctor Maduro y Manuel Rovira Bolaño contra Marcial Polo C. y Ana M. L. de Polo, en el juicio ejecutivo instaurado en el Juzgado 2º Municipal de Santa Marta.

"c) Que las sentencias de excepciones dictadas por el Juzgado 2º Municipal de Santa Marta con fecha 16 de marzo de 1945, y por el Juzgado único del Circuito Civil de Santa Marta, con fecha 19 de julio de 1945, en el juicio ejecutivo seguido (sic) en el aparte anterior, se basaron en la diligencia o título declarado nulo por el Tribunal Superior de Santa Marta, como se dice en el aparte a).

"d) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, las sentencias de 16 de marzo de 1945, del Juzgado 2º Municipal de Santa Marta, y de 19 de julio de 1945, del Juzgado Unico del Circuito Civil de Santa Marta, deben revocarse, y por tanto, se revocan; y en su lugar se declara que Marcial Polo C. y Ana M. L. de Polo no están obligados a pagar las sumas de dinero por las cuales se les está demandando en el juicio ejecutivo, en el cual se dictaron las sentencias que se revisan y revocan; se ordena desembargar los bienes embargados a los ejecutados en dicho juicio ejecutivo, con cargo de pagar a éstos perjuicios y costas por parte de los demandados en el presente juicio ordinario, señores Ricardo M. Barrios, Víctor Maduro y Manuel Rovira Bolaño, solidariamente".

Los hechos pueden sintetizarse así:

Que en un juicio de deslinde propuesto por Marcial Polo y su consorte contra la Nación, y de que conocía el Tribunal Superior de Santa Marta, se comisionó al Juzgado del Circuito de Ciénaga para la práctica de la diligencia correspondiente; que el juez comisionado practicó la diligencia asesorado por los peritos señores Barrios, Maduro y Rovira Bolaño, y sin facultad para ello, les señaló los honorarios del caso en la respectiva acta en que se determina la línea divisoria de los predios; que los peritos exigieron copia de tal acta y con ella ocurrieron ante el Juez en demanda del pago de sus emolumentos, no obstante haberse anulado luego la diligencia de deslinde donde se les había hecho tal reconocimiento por el Juez comisionado; que a pesar de haberse demostrado estos hechos y haber excepcionado en tiempo, en el ejecutivo de que se ha hablado, en la sentencia de excepciones fue negada la solicitud de nulidad del instrumento que sirvió de recaudo ejecutivo, ya por carencia de jurisdicción del juez comisionado para reconocer el gasto, ya por cuanto la respectiva acta en que tal cosa se dispuso, fue anulada.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento puso término a la primera instancia, por providencia de fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, en que se absuelve a los demandados de los cargos propuestos.

La sentencia recurrida

A virtud del recurso de apelación oportunamente interpuesto, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, donde por decisión que lleva fecha primero de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, se confirmó en todas sus partes la apelada.

Al estudiar el juzgador los antecedentes de la sentencia de excepciones cuya revisión se busca, encuentra: que sirvió de recaudo ejecutivo la resolución del Juez comisionado que practicó el deslinde, consignada en la respectiva acta en que se fijaron los emolumentos de las personas que asesoraron al Juez como expertos; que tal señalamiento no fue objetado por los individuos obligados a hacer el pago, o sea, Marcial Polo y señora; que la nulidad de la diligencia de deslinde no entraña la de la otra decisión del Juez, en que señaló los honorarios y ordenó su pago, aun cuando una y otra quedaran consignadas en un solo acto escrito; que los peritos cumplieron su encargo y rindieron su dictamen, es decir, de-

vengaron los honorarios por los servicios solicitados.

Que la invalidez de la actuación, en cuanto al deslinde, no puede afectar la decisión de distinto orden consignada en la propia acta, sobre determinación del valor de los servicios prestados por los peritos, por lo cual, el juzgador de segundo grado terminó confirmando la providencia del inferior.

"En cuanto a decidir si el juez comisionado, tenía o no facultad para fijar los honorarios de los peritos, es asunto que, como lo sostiene el Juez de primera instancia, debió ventilarse en incidente del juicio en que se decretaron, pero no puede ser objeto de revisión en este juicio ordinario que sólo está permitido para la sentencia de excepciones. Si el Juez comisionado se salió de los límites de su mandato o comisión, debió solicitarse ante el comitente la nulidad de todo lo que se hubiera cumplido por el Juez comisionado, en exceso de aquéllos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135 del C. J."

De esta sentencia recurrió en tiempo la parte demandante, por lo cual los autos fueron enviados a la Corte, donde el recurso ha tenido la tramitación legal requerida.

Las causales de casación alegadas

El apoderado de los demandantes en el juicio, acusa la sentencia del Tribunal por violación indirecta de los artículos 1625, ordinal 8º, 1524, 1525 y 1764 del Código Civil, y artículos 134, 135, 448 y 632 del C. J., por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Considera que el Tribunal apreció indebidamente la diligencia de deslinde practicada por un Juez comisionado, la cual fue declarada nula por auto de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, providencia que también dejó de estimar el Tribunal.

Dice que existen dos motivos suficientes para que la sentencia de excepciones propuestas en el juicio ejecutivo seguido por los peritos contra el señor Polo y esposa, para el pago de honorarios en la referida diligencia, se declare sin lugar a continuar la ejecución, en primer término, porque aquélla se anuló por el Tribunal comitente, y en segundo, por cuanto el Juez que cumplía la comisión y practicó el deslinde, carecía de facultad para señalar los emolumentos de los referidos peritos.

El error de derecho en que incurrió el Tribunal —agrega— resulta de no haber dado aplicación al artículo 632 del C. J., que señala valor de plena prueba á las copias de los documentos auténticos provenientes de funcionarios judiciales, como es la copia del auto en que aparece decretada la nulidad de la diligencia de deslinde en cuestión.

Se considera:

El artículo 1030 del C. J. establece una de las salvedades previstas en el inciso 2º del artículo 473, a la regla general sobre fuerza de la cosa juzgada que el inciso primero de este artículo le atribuye a la sentencia firme.

La de excepciones en juicio ejecutivo y la de pregón y remate admiten, en tal virtud, revisión en juicio ordinario, que el perjudicado, ejecutante o ejecutado, puede proponer separadamente del ejecutivo.

No sobra aclarar que esta **revisión** es cosa diferente del **recurso de revisión** de que tratan los artículos 542 y siguientes del C. J., que sólo es admisible en alguno de los cuatro casos contemplados allí, con la restricción que el Código establece.

La revisión a que aluden los artículos 473, inciso 2º, y 1030 del C. J., no es un recurso sino una acción para ventilar en juicio ordinario, ampliamente, sin restricciones y con los mismos elementos que figuraron en el ejecutivo, y con otros, si es posible aducir más, las mismas cuestiones que se debatieron y resolvieron en el juicio especial.

En sentencia de once de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, dijo esta Sala:

"En cambio, como las sentencias de excepciones y la de pregón y remate dictadas en juicio ejecutivo no fundan la excepción de cosa juzgada, el asunto que en ellas fue materia de la decisión judicial puede discutirse de nuevo amplia y directamente mediante los trámites de juicio ordinario para buscar una solución distinta, aduciendo toda clase de pruebas conducentes al fin perseguido, sin que para lograrlo sea plenamente indispensable que el demandante solicite la declaración de invalidez de aquéllas, porque al pedir éste que se profiera por la justicia una decisión diversa o contraria a la contenida en la sentencia de remate o de excepciones, implícitamente está demandando la ineficacia de esta sentencia". (GACETA JUDICIAL número 2022, pág. 335).

Ahora bien: en cuanto al asunto en estudio, se tiene lo siguiente:

Cada parte — dice el Código Procesal — debe cubrir los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que solicite y contribuir a prorrata al pago de los gastos comunes. (Artículo 562 del C. J.).

En el presente negocio se busca la revisión de la sentencia de excepciones en que se declara que no es suficiente motivo legal para ordenar la terminación de un juicio ejecutivo en que se cobran los honorarios de unos peritos, señalados a éstos en el acta de una diligencia de deslinde, el hecho de que tal diligencia fuera declarada nula por el Tribunal, y que la fijación de los emolumentos la hiciera el Juez comisionado que practicó con los peritos la demarcación de la línea divisoria, sin facultad legal para ello.

La circunstancia de que el acto en cuestión fuera incapaz de producir efectos, en orden al propósito de la parte que lo solicitó, es decir, en cuanto a la determinación de la línea divisoria, no es razón para que el trabajo ejecutado, la misión cumplida, encomendada a los peritos, quede sin remuneración.

Pero si esto es así y la providencia recurrida no tiene reparo por tal aspecto, sí lo tiene en cuanto a la fijación de los honorarios de los peritos por el Juez comisionado, quien no tenía autorización legal para ello, pues no se la otorgó el comitente. Por tal aspecto, la sentencia de excepciones en el juicio ejecutivo que se revisa, le dio validez como título ejecutivo a un instrumento que carecía de mérito legal, por provenir de un funcionario sin facultad necesaria al efecto. Y no interesa el que la respectiva demanda ejecutiva no se hubiera excepcionado sobre el particular, porque se trata de jurisdicción improrrogable. Siendo exceptiva la jurisdicción delegada, la comisión debe cumplirse dentro de los límites respectivos fijados por el comitente, por lo cual el comisionado tiene que sujetarse al tenor literal de la comisión (artículo 135 del C. J.).

Todo acto que se salga de los límites de la comisión constituye una usurpación de jurisdicción, y es nulo, pero ello no significa que el comisionado no pueda emplear todos los medios y apremios legales para el cumplimiento del encargo.

Habiéndose salido el Juez comisionado de los términos que le fueron conferidos para la práctica de la diligencia de deslinde, señalando los emolumentos de los peritos, sin facultad para ello, tal acto es nulo por lo ya dicho.

Cabe también observar, por vía de rectificación doctrinaria, que tratándose de la práctica de un deslinde o apeo entre dos heredades colindantes y en que todo dueño tiene derecho a que se determinen los límites que los separan de los predios colindantes, pudiendo exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes, no había razón para que el pago de los honorarios de los expertos que concurrieron al señalamiento de la línea divisoria, se ordenara exclusivamente con cargo a la parte que demandó la práctica de la diligencia (artículo 900 del C. C.).

Del documento que preste mérito ejecutivo debe resultar una obligación expresa, clara y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero, o de entregar una cosa o cuerpo cierto, o bienes de género, o una obligación de hacer. En el presente caso, dado que los peritos desempeñaron su oficio, existe la obligación de pagarles, pero la liquidación no se ha hecho por quien corresponde.

Por todo lo dicho, se llega a la conclusión de que, si tienen derecho al pago, no lo tienen para el cobro ejecutivo, porque el monto de los honorarios que corresponda pagar al señor Polo y esposa, no se ha señalado por el funcionario competente.

Dejó, pues, el Tribunal de apreciar la copia de la diligencia de deslinde, donde se demuestra que sin facultad legal, el Juez comisionado señaló los honorarios de los expertos, diligencia que sirvió de base a la ejecución, con lo cual violó los artículos 135 del C. J. y 1625, ordinal 8º del C. C., lo que da lugar a casar la sentencia.

Como fundamento de la que ha de sustituírla, son suficientes las consideraciones que se dejan consignadas.

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha primero de noviembre de mil novecientos cuarenta

y ocho, y revocando la de primera instancia, falla el pleito así:

I. Revísase la sentencia de excepciones materia del presente juicio, en el sentido de declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación perseguida por el ejecutivo en que ella se dictó, y se ordena cesar totalmente la ejecución, con el consiguiente desembargo de bienes.

II. No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, ejecútese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SE CORRIGE LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cincuenta.

De acuerdo con el artículo 482 del C. J. la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, corrige su propio fallo de ocho de los corrientes declarando que la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta a que se refiere y que CASA es de fecha primero de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo E. Manotas. Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio.

ACCIONES DE SIMULACION Y DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS. — ERROR DE HECHO EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA—POSICIONES.—CONFESION PRESUNTA

1.—El error en la apreciación e interpretación de la demanda, cuando ocurre, es claro que será de hecho, y éste, en su caso, ha de ser manifiesto, al tenor del artículo 520, inciso 2º del numeral 1º. Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo.

2.—Si una persona, citada personalmente a absolver unas posiciones, deja de comparecer, dando así lugar a la declaración consecuencial, la que implica la presunción establecida por el artículo 618 del C. J. de ser ciertos los hechos preguntados y admisibles, nada importa que después comparezca a absolver otras posiciones que más tarde se pidan y entonces conteste sobre los mismos hechos y lo haga negativamente, porque esto no puede entenderse como una infirmación de esa presunción legal, puesto que es simplemente su declaración en su propio favor encaminada a destruir lo que legalmente está creado ya en su contra, y el artículo 606 del C. J. exige plena prueba que desvirtúe la confesión presunta, excepción hecha de los casos previstos por el artículo 619 ibídem.

3.—El acto jurídico mirado en sí mismo, no puede ni debe confundirse o identificarse con la fórmula que lo expresa, ni puede tomarse como motivo de contrato el propósito de fingirlo, como también el ánimo de una y otra parte requerido para la tradición por los artículos 740, 742 y 743 del C. C., que mira a la intención de transferir y de adquirir o que en ella consiste, es algo muy diferente del hecho material de concurrir a una Notaría y extender una firma al pie de un instrumento. Y así, si se demuestra que en una compraventa no hubo tal intención, es inadmisible el argumento de que sí la hubo porque así reza el instrumento respectivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio diez de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que falló en segunda instancia el pleito seguido en la primera en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá por Felipe Nieto y su señora, María del Carmen Rubio de Nieto, contra Beatriz Nieto Rubio de Montenegro y Guillermo Hernández sobre validez de las compraventas de que se hablará en seguida.

Nieto y señora por una parte, y Hernández por la otra, aparecen en escritura número 305 de 13 de diciembre de 1941 de la Notaría de Villeta, contratando la venta de aquéllos a éste de la casa número 3-65 a 3-73 de la calle 1ª de allí y de la hacienda San Ruperto, ubicada en ese Municipio, por precio total de $ 4.000.00 que los vendedores declaran recibidos; y por escritura número 60 de esa Notaría, otorgada el 27 de febrero de 1942, Hernández aparece vendiendo esos bienes a Beatriz Nieto Rubio, a la sazón soltera, por ese mismo precio que ésta aparece pagándole al contado.

Beatriz se casó con Jorge Montenegro el 27 de agosto de 1942, y vendió la casa en $ 1.800 el 3 de noviembre de 1944; y en cuanto a la hacienda, parte con el nombre La Soledad la hipotecó en seguridad de $ 500.00 recibidos en mutuo el 31 de julio de 1946 y parte vendió el 10 del subsiguiente agosto en $ 1.200.00.

En demanda notificada el 24 de los mismos (agosto de 1946) Felipe Nieto y señora piden que con audiencia de Hernández y de Beatriz Nieto de Montenegro se invaliden ambas compraventas y se ordene cancelar dichas escrituras y su registro. Hacen la súplica de restitución de

esos bienes y de pago de sus frutos, perjuicios y costas.

Corrigieron la demanda en el sentido de excluir del pedimento de restitución la casa y el lote de la hacienda enajenados por Beatriz y en en el de incluir en cambio el pago de los $ 1.800 y $ 1.200, precios de sus ventas, y los $ 500 de la hipoteca aludida. Insisten en la indemnización de perjuicios y en el pago de los frutos de aquellas dos fincas a partir del matrimonio de Beatriz.

Nieto y señora vendieron a Luis Felipe Nieto Rubio los derechos litigiosos correspondientes a este juicio en escritura número 518 otorgada en aquella Notaría el 18 de octubre, también de 1946. La cesión se notificó a los demandados, de los cuales la señora de Montenegro había contestado la demanda inicial oponiéndose y sosteniendo la verdad de su compra. Hernández, lejos de oponerse, otorgó la escritura número 393 de 25 de agosto de 1946 junto con Felipe Nieto y señora, en que declaran que las compraventas demandadas son en confianza, que él no tuvo ánimo de adquirir ni ellos de transferirle dichos inmuebles, y que para "devolverles su escritura" lo hizo en la persona de su hija Beatriz, a cuyo favor otorgó el instrumento citado, sin que en esta ocasión tampoco hubiera ánimo de transferir él ni de adquirir ella el dominio, ni entrega de los bienes a la aparente compradora, ni pago alguno de precio, sino tan sólo el propósito de que sus padres, conservando en realidad esos bienes, no figuraran ante terceros como dueños.

El Juzgado denegó en sentencia de 7 de abril de 1948 sin entrar en el fondo, por no obrar en el proceso las escrituras de compraventa demandadas. Por apelación de los demandantes cursó en el Tribunal la segunda instancia, durante la cual se adujeron esos instrumentos. Se cerró en fallo de 10 de diciembre de 1948 que hace las declaraciones y condenaciones pedidas, menos la de perjuicios y costas.

Encuentra el Tribunal demostrada la falta de consentimiento y de causa en ambos contratos, los que por lo mismo declara nulos, y consecuencialmente ordena la restitución y pagos antedichos.

Recurrió en casación el abogado de la señora Nieto de Montenegro. Aduce los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J. Se estudian con la debida separación comenzando por el 2º.

Este, que consiste en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, lo funda en que lo demandado es simulación y lo declarado por el Tribunal es nulidad. Ampliamente discurre sobre la diferencia entre estos dos fenómenos jurídicos.

Se considera:

El Tribunal también la hace con detenimiento. No es el caso de que la Corte proceda del propio modo, tanto porque son ya muy numerosas las sentencias en que ha expuesto y sostenido esa diferenciación, cuanto, principalmente, porque no es ahí donde radica el problema pertinente al presente recurso. En efecto: la razón en que se funda el Tribunal es la de que la nulidad está demandada; de suerte que, siendo esto así en realidad, según se verá en seguida, no cabe atacar su fallo por incongruencia entre lo demandado y lo decidido por el hecho de que el libelo sostenga también que las compraventas son simuladas. En otras palabras: la declaración de simulación está pedida efectivamente; pero lo está también la de nulidad, y esto último basta para desechar el cargo de que el Tribunal haya fallado **extra petita.** Otra cosa es que se halle censurable, como lo es, la involucración de dos acciones distintas.

A este respecto dice el fallo recurrido:

"De acuerdo con los principios expuestos, no resulta ajustada a la técnica que corresponde a las nuevas concepciones de la jurisprudencia, demandar la nulidad de un acto con fundamento en la consideración de ser simulado. Pero en el caso de autos, esa confusión o promiscuidad en que incurrió la actora en la redacción de la parte petitoria, no es capaz de producir la ineptitud de la demanda si se tiene en cuenta que del conjunto de las mismas peticiones, de los hechos en que éstas se fundamentan, y de las consideraciones de derecho alegadas, factores que deben examinarse en conjunto por el juzgador para deducir la intención de la demanda, surge la conclusión de que la petición inequívoca de la actora es la declaratoria de nulidad".

El libelo, por su lado, al referirse a la primera de dichas compraventas formula su intención pidiendo se declare en la sentencia que ese contrato "es **nulo** por simulación o simplemente es simulado". Y de las mismas palabras exactamente se vale al formular su solicitud respecto de la segunda compraventa. Bajo el epígrafe "fundamentos de derecho", después de decir que esos contratos son simulados por cuanto las personas que en ellos intervinieron solamente quisieron aparentar unas transferencias sin que realmente hubieran tenido intención de celebrarlas y que esa simulación es absoluta porque tales apariencias ni

siquiera disfrazaron otros contratos reales pero ocultos, agrega: "En tales circunstancias, los actos simulados carecen plenamente de contenido real y, por lo tanto, **deben ser declarados nulos**..."

No prospera, pues, el cargo formulado por el motivo 2º del citado artículo 520.

Cuanto al motivo 1º se observa:

Dentro de él acusa por violación de las disposiciones sustantivas que indica (C. C., artículos 1502, 1503, 1504, 1524, 1740 y 1741), tanto directa como por virtud de errónea apreciación de ciertas pruebas y también de la demanda.

Este último cargo queda estudiado ya, puesto que con ocasión del motivo 2º se han analizado el libelo y su interpretación y se ha visto que ésta no es errónea, acerca de lo cual no sobrará advertir que este error, cuando ocurre, será de hecho y que éste, en su caso, ha de ser manifiesto, al tenor del artículo 520 citado, en el inciso 2º del numeral 1º. Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo.

La prueba indebidamente apreciada al decir del recurrente es la de confesión, tanto la de Hernández, por haberse extendido según aquél a la demandada Nieto, cuanto la de ésta, por haberse estimado como confesión una declaratoria de confeso infirmada por ella misma.

Acontece que Hernández, tanto en la escritura citada que otorgó con Felipe Nieto y señora en agosto de 1946 como al absolver posiciones, declaró lo ya recordado aquí sobre falta de ánimo de transferir y de adquirir en cada una de las partes que como contratantes aparecen en las dos escrituras de compraventa materia del pleito y que en ninguna de esas dos ocasiones hubo entrega material de los respectivos bienes ni pago alguno de precio. Como también se vio ya, Hernández no se opuso a la demanda.

El recurrente no reclama porque a esta confesión se le dé todo su alcance respecto de la primera compraventa, sino porque se falle el pleito en favor de los demandantes totalmente, es decir, incluyendo en la anulación la compra de Beatriz, condenándola por obra de confesión ajena contra lo dispuesto en los artículos 604 del C. J. y 1757 y 1759 del C. C.

Se considera:

El Tribunal no procedió así, pues respecto de la compradora Beatriz se fundó en la actuación seguida contra ella cuando, citada personalmente a absolver posiciones, dejó de comparecer, actuación que dio lugar a la declaración consecuencial, la que implica la presunción establecida por el artículo 618 del C. J. de ser ciertos los hechos preguntados y admisibles. Esos hechos en el presente pleito son los mismos afirmados por los demandantes y por Hernández, de que ya se ha hablado.

La circunstancia de que Beatriz compareciera a absolver otras posiciones que más tarde se le pidieron y que entonces contestara sobre los aludidos hechos y lo hiciera negativamente, no puede entenderse como una infirmación de esa presunción legal, puesto que es simplemente su declaración en su propio favor encaminada a destruir lo que legalmente está creado ya en su contra. Innecesario advertir que el caso no fue el del artículo 619 ibídem o recordar que el artículo 606 de esa obra exige plena prueba que desvirtúe la confesión presunta, plena prueba que aquí brilla por su ausencia.

Así las cosas, no es admisible el cargo de error en la apreciación de esas confesiones, por lo cual sería inoficioso entrar en el estudio de las disposiciones sustantivas de cuya violación el recurrente acusa al Tribunal, a consecuencia de ese error que no existe.

Como el recurrente acusa también por violación directa de las aludidas disposiciones sustantivas, se estudia este otro cargo.

Sostiene que no falta el consentimiento, porque esto implica ausencia de voluntad y tal ausencia se presenta sólo cuando se trata de impúber, de demente o de sordomudo que no puede darse a entender por escrito o cuando media un vicio por error esencial de hecho o coacción física insuperable, y cierra estas reflexiones diciendo: "Fuera de estos casos no puede hablarse de falta de consentimiento, sino a lo sumo, de consentimiento viciado". Agrega que tal es la recta doctrina que se deduce de esos artículos.

Según él, no cabe decir que no hubo consentimiento cuando todos los otorgantes han expresado su voluntad de celebrar o ejecutar los actos aparentes, porque la expresión de voluntad hecha en las escrituras impide afirmar la falta de consentimiento, sin que obste el que esa expresión tenga en un caso dado mera finalidad de aparentar.

Respecto de causa, alegando que es el motivo que induce al acto o contrato, sostiene que la tu-

vieron las compraventas en cuestión, puesto que se encaminaron, al menos, y aun dentro del concepto de ser simuladas, a crear una apariencia y esto basta como motivo, lo que demuestra que sí hubo causa.

La Sala considera:

El acto jurídico, mirado en sí mismo, no puede ni debe confundirse o identificarse con la fórmula que lo expresa, ni puede tomarse como motivo de contrato el propósito de fingirlo. La demanda no se funda en que las escrituras no se otorgaron con todos los requisitos que formalmente solemnizan contratos verdaderos, pues cabalmente parte de la base de que tal otorgamiento se realizó con el lleno de cuanto exige la ley para dar esa apariencia de verdad, y la razón de ser de la sentencia está en algo tan diferente como es el de no haber habido en ninguno de esos dos contratos tal verdad, tal realidad.

En otorgar las escrituras hubo voluntad de los comparecientes; pero hasta necio sería advertir que ésta no es la voluntad en cuya ausencia se fundan la demanda y el fallo, pues que el ánimo de una y otra parte, requerido para la tradición por los artículos 740, 742 y 743 del C. C., que mira a la intención de transferir y de adquirir o que en ella consiste, es algo muy diferente del hecho material de concurrir a una Notaría y extender una firma al pie de un instrumento. Demostrado como está aquí que en ninguna de las dos compraventas materia del pleito hubo tal intención, es inadmisible el argumento de que sí la hubo porque así rezan los instrumentos respectivos, los que se atacan, como es obvio, partiendo el actor de la base de que se otorgaron.

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 Bogotá el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Ricardo Hinestrosa Daza — Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda — Pablo Emilio Manotas—Manuel José Vargas—Arturo Silva Rebolledo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

PRESCRIPCION DE CIERTAS ACCIONES ORIGINADAS EN LETRAS DE CAMBIO Y PAGARES

Conforme lo dispone el artículo 902 del Código de Comercio, todas las disposiciones relativas, entre otras cosas, a la prescripción de las letras de cambio son aplicables a los pagarés a la orden, y según el principio general que sienta el artículo 894 del mismo Código, las referidas acciones, ejercitadas contra los deudores principales o contra los deudores por garantía, prescriben en cuatro años, desde el día del vencimiento de la letra; pero esa regla tiene las excepciones previstas en el artículo 897 ibídem, entre las cuales está comprendido el caso de las acciones del librador contra el aceptante que tuviere provisión de fondos, las cuales prescriben en el lapso señalado en el artículo 2536 del Código Civil, o sea en el término de diez años, para la acción ejecutiva, y en el de veinte, para la ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio doce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

La señora Leoncia viuda de Coba propuso por medio de apoderado ante el Juez 2º Civil del Circuito de Barranquilla, juicio ordinario contra Julius Freund, para que en sentencia definitiva se le condene a pagarle la suma de tres mil ochocientos sesenta y ocho pesos con treinta y siete centavos ($ 3.868.37); los intereses al 10% anual desde el 31 de diciembre de 1932 hasta la fecha en que se verifique el pago, más las costas del juicio.

En los hechos fundamentales de la demanda se aseveró que el demandado recibió de la demandante, en calidad de mutuo o préstamo de consumo, la expresada cantidad para pagarla en la fecha mencionada, en prueba de lo cual se firmó y reconoció por ante notario y testigos, el documento que se acompaña a la demanda; que el deudor no ha pagado y que la acción ejecutiva que se intentó para hacer efectiva la deuda fue declarada prescrita por el Tribunal.

El demandado contestó manifestando, en general, que se atiene al texto del pagaré acompañado al libelo; proponiendo entre otras excepciones la de prescripción, basado en lo dispuesto en los artículos 894 y 902 del C. de Co. y oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas.

El Juez del conocimiento, al cabo de la tramitación propia del primer grado del pleito, profirió la sentencia de diez y ocho de septiembre de 1946, en la cual declaró la inexistencia, por prescripción, de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, con costas a cargo del actor.

Este apeló y el Tribunal Superior de Barranquilla, en fallo de 24 de octubre de 1947, revocó el apelado y en su lugar condenó al demandado a pagarle a la actora la cantidad reclamada junto con los intereses a la rata pedida.

En la motivación de esa sentencia dice, en resumen, el Tribunal que lo que se decidió en el juicio ejecutivo fue que la acción proveniente o emanada del aludido pagaré, como tal considerado se extinguió por la prescripción, con arreglo en lo estatuído en los arts. 894 y 902 del C. de Co.; que en el presente negocio la acción que se propuso es distinta porque lo que se trata de hacer efectivo ahora es la obligación del demandado a restituir la cantidad que recibió en préstamo, según consta del mencionado pagaré, la cual sólo estaría afectada por la prescripción ordinaria; y que como el documento citado comporta el carácter de una confesión, pues está debidamente reconocido y ha obrado a lo largo del proceso con conocimiento de la parte obligada, sin que lo haya objetado ni impugnado como falso, es prueba suficiente de la existencia de la obligación cuyo cumplimiento se demanda.

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que ha sustentado en su oportunidad proponiendo contra la sentencia, con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del C .J., los siguientes cargos que se sintetizan:

a) El Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al estimar que el instrumento base del juicio es un documento privado, regido por el

Código Civil, cuando lo que es en verdad es un documento cambiario, reglado por el C. de Co. y en consecuencia de ese error, violó, por razones que expresa, los artículos 1º, 10 y 21 del C. de Co., 1527, inciso 2º, 1687 y 1693 del Código Civil y 343 y 473 del Código Judicial.

b) El sentenciador, al atribuírle al documento materia de la acción la fuerza probatoria de confesión, al tenor del artículo 603 del C. J., sin habérsele presentado al juicio "para que se le tuviera como tal prueba", y sin producirse en la forma indicada por la ley, incurrió en error de derecho y quebrantó los artículos 603, 604 y 608 del C. J.

c) El Tribunal violó por infracción directa las siguientes disposiciones: el artículo 1966 del C. C., porque tratándose de un pagaré a la orden, aplicó las disposiciones de dicho código al caso del pleito cuando debió acudir al Código de Comercio; y quebrantó los artículos 958, 834 y 952 de la obra últimamente citada al no aplicarlos en una relación pura y simple de derecho cambiario, como es la que emana del mencionado instrumento.

d) El Tribunal al entender que las reglas que gobiernan la prescripción de las obligaciones mercantiles son las que trae el Código Civil y, especialmente el artículo 2536 de esta obra, quebrantó por interpretación errónea estas disposiciones, porque las creyó aplicables en forma soberana a aquellas obligaciones, cuando el régimen de prescripción de las mismas es el que especialmente consagran los artículos 894, 902, y 958 del C. de Co., y por razón y como consecuencia de esa errónea interpretación, quebrantó en forma directa el artículo 1625 (inc. 10), en armonía con el 1602 del C. C.

e) El Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito los artículos 704 y 603 del Código Judicial, porque la confesión que dedujo "sólo tiene vigencia en tratándose de créditos personales, pero no de éstos que son a la orden, y, que por ello, caen dentro del radio de las influencias de las ritualidades propias de tal clase de documentos" y porque en la primera instancia "el demandado rechazó la eficacia probatoria del instrumento, con lo cual no solamente lo impugnó, en el campo del derecho común a donde se le había traído sino que alejó toda posibilidad de confesión judicial y toda oportunidad de darle cabida a las citadas disposiciones del Código Judicial".

La Corte considera:

Las razones que en seguida van a exponerse demuestran la legalidad de la decisión condenatoria del sentenciador y de las consideraciones, sintetizadas arriba, en que la fundamenta, y sirven además a manera de una réplica global o común para todos los cargos que quedan compendiados, por lo cual a la Sala le resulta innecesaria en este caso la tarea de examinarlos separadamente.

El problema jurídico planteado en el recurso frente a la fundamentación de la sentencia se reduce a saber si la acción ordinaria deducida en este pleito está o no prescrita, y, en este último caso, si el documento acompañado a la demanda es o no plena prueba de la existencia de la obligación cuyo cumplimiento se reclama.

Ese documento (f. 2, cuaderno principal), es, como con toda nitidez lo afirmó el Tribunal, lo acepta el recurrente y lo expresaron las partes al momento de su otorgamiento, un pagaré, puesto que contiene la promesa incondicional hecha por escrito por su otorgante Julius Freund de pagar a la orden de Leoncia viuda de Coba el día 31 de diciembre de 1932, la cantidad de $ 3.868.37, y llena, por tanto, las condiciones requeridas por el artículo 153 de la ley 46 de 1923, para ser considerado como tal.

Conforme lo dispone el artículo 902 del Código de Comercio, todas las disposiciones relativas, entre otras cosas, a la prescripción de las letras de cambio son aplicables a los pagarés a la orden, por lo cual precisa examinar el problema jurídico planteado en el recurso a la luz de lo estatuído en los artículos 894 y 897 de la citada obra que son los que regulan la prescripción de las acciones resultantes de las letras de cambio.

Según el principio general que sienta la primera de las citadas disposiciones, las referidas acciones, ejercitadas contra los deudores principales o contra los deudores por garantía, prescriben en cuatro años desde el día del vencimiento de la letra; pero esa regla general tiene las excepciones previstas en el artículo 897 ibídem, entre las cuales está comprendido el caso de las acciones del librador contra el aceptante que tuviere provisión de fondos, las cuales prescriben en el lapso señalado en el artículo 2536 del Código Civil, o sea en el término de diez años, para la acción ejecutiva, y en el de veinte, para la ordinaria.

Aplicando esas reglas al caso de autos y aún en el evento de que la acción ejercitada proceda directa y exclusivamente del referido pagaré, objetivamente considerado, como en el texto mis-

mo de éste consta que el otorgante Freund tenía en su poder, al tenor de lo estatuído en el artículo 577 del C. de Co., provisión de fondos por parte de la beneficiaria señora viuda de Coba, por haber recibido de ésta "en calidad de mutuo comercial con interés la cantidad de $ 3.868.37 en billetes del Banco de la República", es claro que la prescripción de la acción ordinaria aquí propuesta no se consumaba por el transcurso de cuatro años, conforme a la regla general en mención, sino por el de veinte años, de acuerdo con la citada regla de excepción. Y esa prescripción no se había cumplido cuando se presentó la demanda el 22 de marzo de 1944 porque el pagaré se venció "el 31 de diciembre de 1932".

Por otro lado, para que sea aplicable la prescripción cuatrienal del artículo 894 del C. de Co. es necesario, como esa disposición lo establece y requiere, que la acción proceda de la letra de cambio, o del pagaré, en su caso, es decir, que tenga su origen y fuente en el mero instrumento negociable, como tal considerado, pues cuando así no ocurre, la prescripción sólo se consuma por el transcurso de los lapsos ordinarios.

En el presente negocio —como acertadamente lo entendió el Tribunal— la acción ordinaria propuesta no procede del pagaré que se acompañó a la demanda, objetivamente considerado, sino que se basa exclusiva y directamente —según se ve en el hecho primero de aquélla— en el contrato de mutuo o préstamo celebrado entre la demandante y el demandado o recurrente.

Es obvio, en consecuencia, que el caso del pleito quedaba regulado por las normas del artículo 2536 del Código Civil.

Refiriéndose al principio general regulador de la prescripción en materia de instrumentos negociables, ha dicho el doctor Emilio Robledo lo siguiente, que por pertinente se copia:

"Este principio, consagrado en el artículo 894 del C. de C. T., es el siguiente: Las acciones procedentes de la letra de cambio, prescriben en cuatro años.

"Según este principio para que se aplique la prescripción cuatrienal, es necesario que la acción proceda de la letra de cambio; pero al mismo tiempo toda acción de ella procedente prescribe en esta forma extraordinaria.

"Se requiere que la acción proceda de la letra de cambio. Si la acción no procede de la letra de cambio aunque dependa remotamente de ella, no se aplica la prescripción de cuatro años. A le da en préstamo a B $ 10.000.00 para que éste descuente una letra de cambio a cargo de C. La acción de A para que B le reintegre lo prestado, aunque remotamente relativa a una letra de cambio, no es una acción procedente de una letra de cambio, y por consiguiente, prescribe en los lapsos ordinarios". (Instrumentos Negociables, página 59).

Y el doctor Félix Cortés, en sus Comentarios al Código de Comercio Terrestre, ha sostenido:

"Es lógico que esta prescripción de corto término no reza con el librador y endosante, en los casos de los artículos 116 y 117, ni con el aceptante mientras tenga fondos de aquéllos para cubrir el giro. Las obligaciones que no emanan del giro objetivamente considerado, siguen las reglas comunes de prescripción, como la del librado provisto de fondos en favor del librador; del acomodante contra el acomodado, etc." (Obra citada, página 390).

En conclusión: sea que el problema jurídico de la prescripción de la acción aquí incoada se examine a la luz de las disposiciones del Código de Comercio y tomando en cuenta la circunstancia de que el demandado en esta controversia es el otorgante del pagaré, que tenía en su poder provisión de fondos de parte de la beneficiaria y demandante para atender al pago oportuno del instrumento, o al tenor de las disposiciones del Código Civil y considerando que la acción que se ejercita se hace provenir directamente del contrato de mutuo o préstamo de dinero celebrado entre demandante y demandado y que dio origen al otorgamiento del pagaré, en cualquiera de esos dos casos aquélla sólo se consuma por el transcurso de veinte años, que no estaban cumplidos en la fecha en que la demanda se propuso.

De otro lado, y como arriba se expresó, el documento acompañado al libelo es un pagaré, por lo cual, en atención a lo estatuído en el artículo 4º de la ley 46 de 1923, la firma del otorgante y hoy recurrente Julius Freund se presume auténtica y no requería de previo reconocimiento para ejercitar la acción aquí entablada. Además, ese documento ha figurado en los autos del juicio con conocimiento del demandado, quien lejos de objetarlo lo ha aceptado expresamente, pues al contestar el hecho primero de la demanda, dijo: "Me atengo al texto del pagaré acompañado a la demanda". Y como si todo lo anterior no fuera suficiente, la firma del otorgante Julius Freund aparece —según constancia que obra al pie de ese mismo documento— reconocida en debida y legal forma ante el Notario Primero del Circuito

de Barranquilla el día 29 de septiembre de 1933.

Entonces, sea que el punto se mire con arreglo a lo estatuído en el artículo 4º de la ley 46 de 1923, o a lo dispuesto en los artículos 645 y 646 del Código Judicial, dicho documento tiene—como lo estimó el sentenciador—la fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones, o sea el valor de plena prueba (artículo 606 ibídem), de que el demandado recibió en calidad de mutuo de la demandante la cantidad cuyo reintegro se le reclama en este pleito, y debía ser apreciado como prueba en el actual proceso en atención a lo ordenado por el numeral 1º del artículo 597 del C. J.

Finalmente debe observarse que lo que se declaró prescrito en el juicio ejecutivo a que alude el recurrente fue o debió ser, ya que la sentencia de excepciones no se conoce, porque no se ha traído en copia a este juicio, la acción ejecutiva correspondiente, y no la ordinaria que es la que se ejercita en el presente pleito. A esto se agrega el que dicha sentencia de excepciones no funda, por ministerio de la ley, la excepción de cosa juzgada (artículo 1030 del C. J.), por lo cual lo resuelto en aquel negocio especial no excluye ni impide una decisión contraria en este juicio ordinario.

En las razones que quedan expresadas encuentra la Sala fundamento suficiente para rechazar todos los cargos que ha propuesto el recurrente.

Por tanto, 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 fecha 24 de octubre de 1947, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en su oportunidad el expediente a la oficina de su procedencia.

Ricardo Hinestrosa Daza — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OBJECIONES A UNA PARTICION. — A QUE SE XTIENDE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA EL FALLO EN QUE SE APRUEBA LA PARTICION

1.—La Corte ha resuelto en repetidos fallos que en la demanda de casación no pueden proponerse, ni en la sentencia estudiarse, objeciones que no fueron presentadas oportunamente cuando se corrió el traslado del trabajo de partición. La materia de casación no es entonces sino el estudio del fallo de segunda instancia, pero en cuanto éste aprueba la partición por haber encontrado infundadas alguna o algunas de las objeciones propuestas.

2. — La porción conyugal es una de las asignaciones forzosas que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas (artículo 1226 del C. C.).

Por consiguiente, al disponer el Tribunal la reducción de los legados, en la proporción necesaria para cubrir la porción conyugal, obró dentro de claros preceptos legales, como son los artículos 1375, 1016, 1226, y los artículos 1230 a 1235 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el albacea-tenedor de bienes y otros, en el juicio de sucesión de la señora María Arango de Jaramillo.

Antecedentes

1º La señora María Arango de Jaramillo falleció en el mes de marzo de mil novecientos treinta y uno, en la ciudad de Bogotá. Había otorgado testamento cerrado y un codicilo adicional que, previa abertura con las formalidades de ley, se protocolizaron en la Notaría Cuarta, bajo la escritura pública número 856, el 13 de mayo de 1931.

2º El Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad declaró por auto de dos de junio de mil novecientos treinta y uno, abierta la causa mortuoria y reconoció como albacea con tenencia de bienes, al doctor Julio C. Rey Rojas.

3º La causante era viuda del doctor Julio Zapata; contrajo luégo segundas nupcias con don Justiniano Jaramillo, quien vivía en el momento de fallecer su esposa.

4º El señor Jaramillo, a su turno, era viudo de doña Cleonice Nannetti, de cuyo matrimonio nacieron María de Jesús Alicia Jaramillo Nannetti y Vicente Teodomiro Humberto Jaramillo Nannetti.

5º Por medio de los instrumentos de que se ha hecho mérito, la señora Arango de Jaramillo dispuso de todos sus bienes en forma de legados. No instituyó herederos, y en cuanto a su esposo, se limitó a dejar constancia del vínculo matrimonial que la ligaba con él.

6º En los inventarios se enumeraron y avaluaron los bienes expresados en el testamento y codicilo, y además, por el albacea se denunció, inventarió y avaluó, como partida número 12, un crédito a favor de la causante y a cargo de la sociedad conyugal, valor de cierta suma que se afirma la referida sociedad adeuda a la testadora, procedente de determinado inmueble de su exclusiva propiedad, enajenado por ella dentro de su matrimonio.

7º Practicados los inventarios y avalúos y cumplidas las demás formalidades legales, por auto de treinta de enero de mil novecientos treinta y cuatro, se decretó la distribución de bienes y se mandó tener como partidor al doctor Julio C. Rey Rojas, quien tomó posesión de su cargo el diez y seis de febrero del mismo año.

8º En el término del traslado de los inventarios, se objetó el crédito contra la sociedad conyugal en cuestión, por considerar que carecía de eficacia legal, pues al decir de los objetantes, el bien raíz de propiedad de la esposa, vendido por ella durante la vigencia de la sociedad conyugal,

fue subrogado posteriormente por otro, pero las objeciones fueron negadas por falta de prueba. Un año después (1935), el partidor presentó su primer trabajo de partición. Corridos los traslados, fue objetado únicamente por los nombrados Alicia y Humberto Jaramillo, quienes figuran en la mortuoria de la señora María Arango de Jaramillo como herederos del cónyuge sobreviviente, señor Justiniano Jaramillo.

9º El partidor advierte en su trabajo que no liquida la sociedad conyugal que la causante tuvo con don Justiniano, por cuanto sus herederos habían optado por "la porción conyugal". Ninguno de los demás interesados hizo reparo a la partición.

10. Las objeciones propuestas se fundan en haberse adjudicado, para cubrir la porción conyugal que corresponde al cónyuge sobreviviente y que a su muerte pasó a sus hijos Humberto y Alicia, el crédito de la partida número 12 contra la misma sociedad conyugal Arango y Jaramillo. Los cargos son cinco, que pueden sintetizarse así:

I. En la forma en que se hizo la partición y adjudicación de los bienes, no se pagó la porción conyugal, porque el crédito del cual se les adjudica una parte a los nombrados Jaramillo Nannetti, carece de existencia real, de valor comercial y de mérito legal.

II. La cantidad deducida como valor de la porción conyugal, no es la verdadera, hay que aumentarla con el valor proporcional de los frutos de los bienes dejados por la causante.

III. El partidor desatendió las reglas de los numerales séptimo y octavo del artículo 1394 del C. C., porque habiendo sido rechazado el crédito de la partida 12 del activo, por carecer de mérito legal y comercial, lo indicado era distribuirlo a prorrata entre los asignatarios y no adjudicárselo a dos solamente, y menos cuando a éstos debía cubrírseles la "asignación forzosa llamada porción conyugal", con valores efectivos.

IV. El partidor no liquidó la sociedad conyugal que existió entre la causante María Arango de Jaramillo y su segundo esposo, Justiniano Jaramillo.

V. La porción conyugal es una asignación forzosa de alimentos congruos y la deuda de alimentos no puede compensarse con deuda alguna del alimentado, según la disposición del artículo 425 del C. C.

11. El Juzgado del conocimiento declaró probada la primera objeción y dispuso "rehacer la partición con prescindencia del crédito a que se refiere la partida duodécima del inventario, deduciendo el valor de la porción conyugal del activo real de los bienes sucesorales de acuerdo con la ley". Al estudiar la objeción tercera, declara que "queda estudiada y resuelta dentro de la primera".

12. En desacuerdo con el proveído del Juez, los demás interesados en la partición y distribución de la herencia, distintos de los objetantes Jaramillo Nannetti, recurrieron ante el Superior por lo cual los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se decidió el incidente, revocando el fallo apelado en la parte que dispone que el partidor rehaga su trabajo con "prescindencia del crédito de la partida duodécima", y en su lugar ordena que tal crédito se distribuya entre todos los copartícipes en la proporción que les corresponda, de conformidad con las reglas séptima y octava del artículo 1394 del C. C., y que se "completará el valor de la porción conyugal, deduciendo el resto de los demás bienes sucesorales". De este fallo solicitaron a la vez revocación, pero el Juzgado sostuvo su providencia.

13. Observa el Tribunal que, admitido el crédito contra la sociedad conyugal Jaramillo y Arango, no era legal prescindir de él en la partición, pero como a su vez existen razones para sospechar de su efectividad, tampoco es posible adjudicarlo a los sustitutos del cónyuge sobreviviente para satisfacer la porción conyugal a que aquél tenía derecho y que al fallecer, pasó a los hijos de su primer matrimonio. Que al Juez, en la sentencia de objeciones, no le es permitido calificar la inexistencia de un crédito que figura en los inventarios. Considera que la porción conyugal pertenece a las asignaciones forzosas que no puede el testador menoscabar. Que al tenor del artículo 1016 del C. C., tal porción es en todos los órdenes de sucesión, menos en el de descendientes legítimos, una de las deducciones obligatorias previas del acervo o masa común de bienes.

14. Vuelto el expediente al Juzgado de origen, se ordenó allí cumplir lo resuelto por el Superior; los autos pasaron al señor doctor Rey Rojas para rehacer la partición; ésta fue presentada de nuevo, pero rechazada, por cuanto no se ciñó a lo decidido en las objeciones. No admitida, pues, tampoco la segunda partición, se presentó por tercera vez un nuevo trabajo, que corrió igual suerte, por irregularidades, rehaciéndose por

cuarta vez, con fecha primero de junio de mil novecientos cuarenta y seis. El Juzgado, por auto de cuatro siguiente, tampoco aprobó el nuevo proyecto, ordenó rehacerlo y conminó al doctor Rey Rojas con una multa de cincuenta pesos para el caso de que no realizara su cometido en los términos prescritos. Apelada esta decisión por el mismo interesado y otros copartícipes, el Tribunal revocó el auto del Juez y aprobó la partición el doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

El recurso de casación

Contra esta última providencia, interpusieron recurso de casación, el doctor Rey Rojas, el doctor Luis Vergara Zapata y el apoderado de las señoras de Soto y de Calderón y el representante de los señores Jaramillo Nannetti, quien luégo desistió ante la Corte. Tramitado en esta Corporación el recurso, ha llegado la oportunidad de fallarlo, lo cual se procede a realizar, teniendo en cuenta las consideraciones que pasan a expresarse.

Las causales de casación alegadas

Recurso del doctor Rey Rojas.—Este recurrente, que obra como albacea, partidor y asignatario, presenta varios reparos contra la providencia en estudio, que aprobó su propio trabajo de partición y liquidación de la herencia de la señora María Arango de Jaramillo.

Cargo I. — Acusa la sentencia con fundamento en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. por ser, a su entender, violatoria de ley sustantiva, ya por infracción directa, o por aplicación indebida, o mala interpretación, y también por violación indirecta originada en errónea apreciación de pruebas y otros elementos del proceso.

La argumentación se basa en que el Juzgado de primera instancia declaró probada la primera objeción y ordenó efectuar la distribución con prescindencia del crédito de la partida duodécima de los inventarios, debiendo cubrirse la porción conyugal sobre el activo real de los bienes sucesorales. La sentencia del Juzgado —dice—no fue apelada por los objetantes, sino por otros interesados en la mortuoria; por consiguiente, para ellos se ejecutorió la decisión de primer grado en cuanto aceptó uno de los reparos hechos a la partición y desechó los demás.

Al declarar el juzgador infundada la primera objeción y admitir la tercera que prospera, es obvio que desconoció la fuerza de aquella ejecutoria, con violación directa del artículo 494 del C. J., lo mismo que del artículo 473 de la misma obra, que consagra los efectos de la cosa juzgada, precepto sustantivo.

Se considera:

El Juez de instancia, al decidir las objeciones que los hijos del cónyuge sobreviviente propusieron contra el primer trabajo de partición, declaró que al fallar el primer reparo contra la cuenta de liquidación y distribución de la herencia, había resuelto también lo concerniente a la objeción tercera, y con razón, ya que la primera tendía a que se prescindiera del crédito al hacer la distribución. y la tercera, a que en su defecto se repartiera ese crédito que carecía de valor económico, entre los diversos copartícipes, observando las reglas séptima y octava del artículo 1394 del C. C., o sea, adjudicando a cada uno de los coasignatarios, cosas de la misma naturaleza y calidad, procurando en los lotes, no sólo la equivalencia, sino la semejanza de todos ellos.

Apelada su providencia por interesados en la mortuoria, distintos de los objetantes, el Tribunal consideró que no podía prescindirse de un bien inventariado que forma parte del caudal herencial, el cual debía distribuírse entre todos los copartícipes, en proporción a su derecho.

Se aceptó, pues, la tesis del Juzgado, de que la cuota o porción de los objetantes, se habría de pagar tomando partes proporcionales de las diversas partidas señaladas en el testamento para los legatarios, pero no para cubrir el total de su haber, sino la parte que quedara insoluta luégo de adjudicarles, como a todos los interesados en la mortuoria, una parte proporcional en el crédito desechado por el Juez, del cual mandó prescindir en el reparto, tesis que no aceptó el Tribunal.

Es indudable que las objeciones primera y tercera guardan una íntima relación; de ahí que el juzgador de segunda instancia, en su auto de ocho de febrero de mil novecientos cuarenta, dijera: "La Sala estima necesario además, poner de presente la íntima relación que ofrecen no sólo los fundamentos de las objeciones, sino la identidad que el mismo señor Juez les asignó en el fallo". En otro aparte dice: "Como el Tribunal llega en esta providencia a una conclusión contraria, pues estima improcedente la primera, y fundada la tercera, es claro que la revocatoria

del fallo de primer grado implica el estudio y decisión de la tercera objeción a fin de que su resolución no venga a romper la unidad y conexión entre las dos objeciones, como lo autoriza expresamente el artículo 494 **in fine** del C. J., en defecto de la apelación de la parte objetante".

De donde debe concluírse, que es infundado el cargo y por lo mismo, ha de rechazarse.

Cargo III. — Se acusa por violación directa del artículo 1394 del C. C., en sus apartes 7º y 8º, por aplicación indebida y violación indirecta del mismo precepto, por error de hecho en la apreciación de la prueba del testamento.

Sostiene que las reglas en cuestión, sobre la manera de hacer la distribución de bienes, no son aplicables cuando se trata de la adjudicación de cosas determinadas, de especies legadas por el causante. Las de éstos se hacen destinando en la partición para el legatario, lo que el testador le haya asignado en su memoria. Por eso, en ellas no hay lugar a la formación de lotes, ni por ende, a procurar que en ellos se guarde la posible igualdad, haciéndolos equivalentes y semejantes.

Como en el caso presente —dice— la testadora dispuso de todos sus bienes legándolos a personas ciertas y determinadas, por lo tanto el partidor no podía hacer nada distinto de lo que se hizo: adjudicar las especies legadas a los respectivos asignatarios, sin tener en cuenta si ellas guardan posible igualdad o son semejantes o equivalentes.

Se considera:

Habiendo la testadora omitido, al consignar sus disposiciones de última voluntad, el señalamiento de la cuota que a su cónyuge sobreviviente le habría de corresponder en su haber herencial, a petición de quienes por muerte de aquél, vinieron a reemplazarlo en la causa sucesoral de la señora María Arango de Jaramillo, se admitió por providencia ejecutoriada el derecho a tal porción.

Reconocido tal derecho y ordenado al partidor destinar la cuota de bienes necesaria para cubrir su monto, éste señaló el crédito a cargo de la sociedad conyugal y a favor de la causante, bien que no había figurado entre los testados, mas objetada su efectividad y existencia legal, el Tribunal dispuso que se distribuyera a prorrata entre todos los interesados en la mortuoria, debiéndose completar la porción conyugal con bienes que se tomarían de los respectivos legados, a prorrata. Reconocida la obligación de cubrir la porción conyugal y declarada la ineficacia del crédito que se señaló por el partidor para satisfacerla, era lo legal, a falta de otros bienes, tomarla de los legados.

La tesis del recurrente pudiera ser valedera, si la partición hubiera podido limitarse, única y exclusivamente, a la adjudicación de las especies legadas por la testadora.

No sobra advertir, que en toda sucesión por causa de muerte, al tenor del artículo 1016 del Código Civil, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el causante ha dejado, incluso los créditos hereditarios, entre otras partidas. "5ª La porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. Hecha esta deducción, el resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley".

Por otra parte, como se expresó en los antecedentes de este fallo, a la cuenta de partición y liquidación de la herencia, ningún reparo propusieron los asignatarios de la señora Arango de Jaramillo. Solamente los señores Jaramillo Nannetti lo atacaron y sus objeciones se apoyaron en la inexistencia del crédito con que se intentaba cubrir la porción conyugal, reclamando para que se prescindiera de él, o fuera distribuído entre todos, a prorrata de sus cuotas. Si, pues, los demás interesados no objetaron el que en la partición se señalarán bienes para el pago del derecho reconocido a favor de tales personas, y demostrada la poca eficacia del crédito inventariado en la partida doce, no quedaba otro medio legal de pagar la obligación reconocida en los términos ordenados.

En casación, no es posible hacer objeciones a las particiones que no fueron presentadas en su tiempo.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo IIII. — Ataca la sentencia en este acápite de su demanda, por violación de los artículos 1162 y 1176 del C. C., por falta de aplicación y errónea interpretación de tales normas.

Sostiene que el fallo del Tribunal ordena distribuir el mentado crédito (el de la partida 12ª) entre todos los copartícipes, en la proporción que corresponda, de conformidad con las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del C. C. y que se integre o complete el valor de la porción conyugal, deduciendo el resto del valor de los bienes sucesorales. Para el recurrente, tal disposición entraña reforma y cambio en las disposiciones testamentarias.

Las asignaciones del testamento —agrega— se hicieron a título singular; los beneficiados con ellas son, pues, legatarios. Afirma que al tenor del artículo 1162 del C. C., los legatarios "no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieren o impongan", y el artículo 1176 estatuye que "la especie legada se debe en el estado en que existiere al tiempo de la muerte del testador". De donde se sigue que los legatarios de doña María Arango no tienen en esta sucesión más derechos y obligaciones que los que ella determinó en su testamento, y que las cosas que les asignó se les deben en el estado en que existan al tiempo de la muerte de la testadora y que, sin embargo, la sentencia dispone que se les adjudique una parte proporcional del crédito, que no fue legado, ni asignado por ella. La violación de las disposiciones —agrega— es algo que salta a la vista. Se dejaron de aplicar, debiendo haberlo hecho.

Agrega que se asigna a los legatarios cosas que la testadora nunca pensó dejarles, introduciendo con ello un cambio fundamental que las leyes no autorizan, y menos de plano, ya que la reforma de un testamento, que es lo pertinente, se dirige a cubrir, mermando otras asignaciones, las de los legitimarios, pero no a compensar esa merma dándoles cosas distintas de las que el testador haya señalado.

La facultad de asignar es privativa del testador, y la justicia no puede asumirla y ponerla en práctica.

Termina solicitando la casación del fallo por este nuevo aspecto.

Se considera:

En los antecedentes enumerados atrás, que la Corte consideró conveniente determinar con amplitud para el estudio de los puntos materia del recurso, claramente se hizo constar que los únicos objetantes de la partición que se presentó por primera vez en el año de mil novecientos treinta y cinco, y rehecha por no ajustarse a las prescripciones del juzgador, tres veces más, fueron los señores Humberto y Alicia Jaramillo Nannetti, quienes se limitaron a rechazar el trabajo presentado, en cuanto se les adjudicó un bien que carecía de existencia real, o por lo menos, su legalidad era en extremo dudosa.

Si los representantes de algunos interesados y el albacea consideraron que la facultad de asignar es privativa del testador, y la justicia no puede, bajo ningún pretexto, autorizarla, lo legal y prudente era objetar el primitivo trabajo por tal concepto cuando se hizo la destinación de bienes para los señores Jaramillo Nannetti, hijos del cónyuge sobreviviente, señor don Justiniano Jaramillo, para cubrirles lo correspondiente a la porción conyugal que a éstos se ordenó pagar en la causa mortuoria de que se viene hablando, como herederos de su padre, quien falleció después de la muerte de su esposa, la señora Arango.

Si es cierto que los recurrentes, en los posteriores trabajos de partición, se pronunciaron contra tal adjudicación, no lo es menos que la oportunidad procesal, no era otra que la del traslado de la primitiva partición.

La Corte ha resuelto, en repetidos fallos, que en la demanda de casación no pueden proponerse, ni en la sentencia estudiarse, objeciones que no fueron presentadas oportunamente cuando se corrió el traslado del trabajo de partición. La materia de casación no es, entonces, sino el estudio del fallo de segunda instancia, pero en cuanto éste aprueba la partición por haber encontrado infundadas alguna o algunas de las objeciones propuestas. (Casación, Tomo 52, página 376, G. J. número 1979).

Considera el recurrente que la facultad de hacer asignaciones testamentarias, es privativa del testador, pero olvida, como lo advierte el Tribunal al rebatir la misma tesis en instancia, que si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos, se pasará por ella, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno. (Artículo 1375 del C. C.). Atrás se dejó dicho también, que en toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto, o de la ley, se deducirán previamente del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios, la porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley (artículo 1016 del C. C.).

Es también necesario recordar que la porción conyugal es una de las asignaciones forzosas que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, y entre tales asignaciones forzosas está la porción conyugal (artículo 1226 del C. C.).

Por consiguiente, al disponer el Tribunal la reducción de los legados, en la proporción necesaria para cubrir la porción conyugal, obró dentro de claros preceptos legales, como son los artículos 1375, 1016, 1226, y los artículos 1230 a 1235

del C. C. y, por lo tanto, no se violaron las disposiciones citadas.

Otro reparo, es el de haber compensado a los legatarios la merma de sus legados, con la adjudicación de sendas cuotas en el consabido crédito.

Es evidente que el Tribunal no acertó al disponer de este bien cual si fuese testador; pero no es menos cierto que la objeción no puede oírse hoy, por lo inoportuna y, además, que si pudiera estudiarse, se hallaría que el objetante carece de interés jurídico.

El obra como partidor que objeta su propio trabajo, como albacea y como legatario. Sobra hablar de lo primero. En cuanto a lo segundo, como el testamento no dispuso del crédito, no podría pretextar la defensa del testamento o su incumplimiento. Y como legatario, a más de que se siente sin título, bien puede prescindir, no sobra recordar el inciso 2º del artículo 1158 del C. C. y que él no es heredero.

Por lo expuesto, se declaran sin fundamento los referidos cargos.

Cargo IV. — Dice en este nuevo reparo el recurrente, que el Tribunal infringió directamente y por concepto de errónea apreciación del auto de trece de agosto de mil novecientos treinta y uno, los artículos 1276 y 1278 del C. C., y 152, numeral 5º del C. J.

Afirma que no era posible admitir el reclamo de los señores Alicia y Humberto Jaramillo, para que se les tuviera ocupando el lugar de su padre para percibir la cuota o porción conyugal, en la sucesión de la señora Arango de Jaramillo. Que habiendo sido pasado en silencio el esposo de dicha señora, lo legal hubiera sido la reforma del testamento por la vía ordinaria, y no la aplicación de los mencionados preceptos.

Se considera:

De nuevo el recurrente olvida que no es posible en casación, en refiriéndose a la sentencia que aprueba una partición, presentar a la consideración de la Corte, puntos o materias que no fueron tema de las objeciones propuestas en el respectivo término del traslado de la partición. El trámite contradictorio y probatorio del incidente de objeciones, establecido para que los interesados puedan hacer uso del derecho de reclamar contra el modo de composición de los lotes, es la oportunidad legal para oponerse a las adjudicaciones que no se ajusten a la ley. Como se acaba de expresar en el numeral anterior, en la demanda de casación no pueden proponerse, ni en el fallo estudiarse, objeciones que no fueron presentadas oportunamente cuando se corrió el traslado de la respectiva partición.

Con base en providencia ejecutoriada, Alicia y Humberto Jaramillo reclamaron la porción conyugal que correspondía a don Justiniano Jaramillo. El partidor, señor Rey Rojas, hoy recurrente, en su primer trabajo de partición lo reconoció también así, y todos los asignatarios, distintos de los Jaramillo Nannetti, prohijaron con su silencio esta determinación, ya que no objetaron la partición en forma alguna. Por lo demás, la repudiación no se presume, al tenor del artículo 1292 del C. C.

En este proceso, en que se estudia la sentencia aprobatoria de la partición, no se pueden alegar razones ni hechos que no fueron objeto de reparos, aducidos oportunamente, cuando se corrió el traslado de la primera liquidación.

Este recurso no da ocasión para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición, objeciones distintas de las que los interesados hicieron efectivamente durante el traslado que en instancia se les dio de ella. (Véase sentencias de 16 de abril de 1936, de 18 de septiembre del mismo año, de 26 de julio de 1936 y de 24 de septiembre de 1940).

Por lo expuesto ,se rechaza el cargo.

Cargo V. — Sostiene, por último, que en relación con los legados que la causante hizo a Pablo Barriga Rojas y al propio recurrente, albacea doctor Rey Rojas, lo fueron para cubrir servicios que los asignatarios prestaron a la testadora, según se expresa en las respectivas asignaciones; que no son, pues, legados gratuitos y por ello no pueden estar sujetos a reducciones, en la forma en que el Tribunal lo acordó.

Que, además, en lo que respecta al propio doctor Rey Rojas, existe en el cuaderno sexto del expediente un principio de prueba por escrito sobre tal acreencia.

Se considera:

Si bien es cierto que por confesión de la señora de Jaramillo, hecha en su testamento al disponer los legados para los doctores Barriga Rojas y Rey Rojas, éstos fueron hechos por la testadora como remuneración por servicios prestados por dichos señores a la causante, es el caso de observar que el artículo 1191 del C. C. establece que las deudas confesadas en el testamento y de que, por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos y estarán sujetos a las mismas respon-

sabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase. No puede aceptarse como principio de prueba por escrito, la lista de objetos entregados por Rey Rojas a Humberto Jaramillo, por cuenta de don Justiniano, porque tal documento no reúne los requisitos que señala el artículo 93 de la ley 153 de 1887, o sea, que no es un acto escrito del demandado, que en este caso sería de la obligada o de su representante, que hiciera verosímil el hecho en cuestión. Basta lo dicho para rechazar el cargo que, por otro aspecto, está mal planteado, pues ha debido proponerse por error de hecho en la apreciación del discutido principio de prueba por escrito.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Demanda del señor apoderado de las señoras de Soto y de Calderón

Acusa la sentencia por violación del artículo 1014 del C. C., porque al tenor de tal precepto, el derecho de trasmisión que allí se determina, lo circunscribe al heredero o legatario que fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado, o repudiarlo, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. Mas sucede que don Justiniano, padre de los Jaramillo Nannetti, no ha tenido el carácter de heredero de la causante para que se opere el fenómeno de la transmisión.

Dice que el cónyuge no es heredero sino simple socio en la sociedad conyugal. La porción conyugal es la parte que le corresponde al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su subsistencia, y que tal prueba no se dio, ni aparece en autos. Sostiene que de igual manera se violó el artículo 1230 del mismo Código.

Señala también como violado el artículo 1278 del C. C.

Por último, afirma que indirectamente, sin expresar el motivo, se violaron los artículos 448 del C. J., y directamente, los artículos 455 y 456 del mismo Código y 1278 del C. C.

Se considera:

En el presente juicio a que ha dado lugar la partición y adjudicación de bienes que se estudia, consta que el Juez del conocimiento mandó tener a Alicia y Humberto Jaramillo Nannetti como sustitutos de su padre don Justiniano, en el derecho de percibir la porción conyugal que a éste correspondía como esposo sobreviviente, y que tal reconocimiento no fue objetado, debiéndose, pues, tener en cuenta tal decisión al hacer la distribución del haber sucesoral.

También consta que, habiéndose señalado en la partición bienes para cubrir la referida porción conyugal, tal adjudicación, o mejor dicho, la partición correspondiente donde ella se hizo, no fue objetada por quienes hoy acusan por tal motivo.

Como se ha expresado ya en los anteriores acápites, y sobra repetir, en casación no pueden proponerse, ni en la respectiva sentencia estudiarse, objeciones que no fueron oportunamente alegadas cuando se corrió el traslado de la partición.

No sobra advertir que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, una parte del patrimonio del cónyuge difunto (artículo 1230 del C. C.). Que tal parte es una de las asignaciones forzosas que el testador es obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias. "Asignaciones forzosas son... 2ª La porción conyugal". (Artículo 1226 del C. C.). Las asignaciones forzosas señalan, pues, los confines hasta donde llega la libertad de disponer por testamento, que consagra el artículo 1037 del mismo Código.

Ahora bien: si la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en sucesión en que, como la presente, no hay descendientes legítimos, y si se tiene en cuenta que se sucede a título universal cuando se lleva en la mortuoria una cuota, como un tercio, un cuarto, un quinto, necesario es concluir que el cónyuge sobreviviente es heredero aquí, en cuanto a la porción conyugal, en una cuota, y como él falleció poco después de la señora y a quien, por ende, se le defirió su referida herencia (artículo 1013 del C. C.), sin haberla aceptado ni repudiado, es claro, conforme al artículo 1014 ibídem, que a sus herederos, los Jaramillo Nannetti, se les transmitió el derecho que ejercieron de aceptarla. Así ocupan su puesto, y se reconoció en su favor, en providencia no discutida. De aquí se deduce la legitimidad de la personería con que han obrado en la presente mortuoria y que, por tanto, no cabe hablar de la nulidad alegada o sugerida, al acusar por violación de los artículos 448, 455 y 456 del C. J.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Acusación del doctor Luis Vergara Zapata

Sus quejas contra la providencia en estudio se desarrollan en tres capítulos, de los cuales el pri-

mero, como expresamente lo indica el memorialista, se contrae a repetir los motivos de casación presentados por el doctor Rey Rojas, y como refutación de lo alegado, basta lo dicho, que sería superfluo consignar de nuevo.

En el tercer aparte de la demanda de casación, también ataca la sentencia, como los anteriores recurrentes, por motivos o causas que se plantean por primera vez en el juicio ante la Corte, o sea, por violación de los artículos 1052, 1162, 1176 y 1278 del C. C., es decir, por haber aceptado como sustitutos del señor Jaramillo, a sus hijos, haber autorizado la adjudicación de bienes a los mismos, sin tener en cuenta que la testadora nada dejó para cubrir la porción conyugal, siendo lo jurídico, a su entender, rechazar las pretensiones de dichos señores, quienes si se creían con derecho, han debido iniciar la reforma del testamento.

Tales motivos son medios nuevos en casación, su oportunidad para alegarlos no fue otra que el término del traslado de la partición y liquidación de bienes en el juicio; traslado que se surtió sin reparo por parte del recurrente.

"El recurso de casación, se ha dicho, no es ocasión para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición, objeciones distintas de las que los interesados hicieron efectivamente durante el traslado que en instancia se les dio de ella".

Si los Jaramillo Nanneti no podían ser admitidos en el juicio de sucesión en sustitución de su padre, si éste no tenía derecho a la porción conyugal, si en la partición no se les podía señalar bienes para cubrir el valor de ésta, por no figurar en el testamento, si era necesaria la acción de reforma del mismo en juicio distinto, todas y cada una de tales alegaciones pudieron ser motivo de objeciones o reparos a la partición para ser propuestos en su tiempo, y no se hizo.

Sólo queda por estudiar lo pertinente con el cargo de incongruencia, por no estar la sentencia —dice el memorialista— en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, siendo en consecuencia, a su juicio, casable el fallo recurrido, por el motivo segundo de los señalados en el artículo 520 del C. J.

Sostiene que "el partidor, al indicar las deudas de la sucesión, expresó que éstas ascendían a la suma de $ 28.900.84, advirtiendo que las partidas tercera y cuarta corresponden a los avalúos dados a los bienes dados a quienes en ellos figuran como acreedores y provienen de las mismas causas de los legados, por lo cual con la adjudicación que a tales acreedores se hace adelante, de las especies asignadas, quedan pagados. Por esta razón se suprimen del pasivo".

Alega que la primera partición, la objetada por los Jaramillo Nannetti, no fue atacada, ni discutida, ni en manera alguna aludida siquiera en lo relacionado con esta adjudicación, la cual quedó en firme —dice— e intocable en esa parte. Agrega que es bien sabido que, en lo referente a particiones, son las objeciones que se le formulen, lo que plantea la controversia y fija y determina exclusivamente el radio de acción de los juzgadores, que no pueden pronunciarse sino respecto de los puntos o cuestiones que el objetante aduzca contra el trabajo del partidor.

Se considera:

El reparo se reduce a sostener que en las objeciones nada se expresó contra las adjudicaciones hechas en pago de algunas obligaciones que confiesa la testadora, y por lo mismo, al establecer el Tribunal que todos los legados debían contribuir en proporción al pago de lo que correspondía a los Jaramillo Nannetti, decidió más de lo pedido, máxime si tales legados, destinados por la testadora al pago de deudas, no eran susceptibles de reducción.

En el caso en estudio, las objeciones propuestas por los únicos disconformes, los señores Jaramillo Nannetti, se limitan a obtener que en la partición y distribución de bienes, se destine lo necesario para cubrir el derecho que les fue reconocido, con prescindencia del crédito inventariado por el albacea, que fue considerado como falto de valor comercial y existencia real. No se intentó afectar determinadas partidas, de tal manera que la objeción cubría el total de la distribución de bienes, para que se practicase según las reglas del artículo 1394 del C. C. Declarado ineficaz el crédito y no pudiéndose prescindir de él por las razones expuestas por el Tribunal, y distribuído entre todos los copartícipes, era necesario completar la suma señalada para pagar lo liquidado por porción conyugal, tomando proporcionalmente de cada legado la suma necesaria. Por tanto, al disponerlo el sentenciador así, no se salió, ni por exceso, ni por defecto, de lo demandado por los representantes del cónyuge sobreviviente.

No constando, fuera de la confesión de la testadora, que los legados a Rey Rojas y a Barriga Rojas corresponden al pago de acreencias, y no apareciendo las pruebas de tales créditos en el

juicio, ni siquiera un principio de prueba por escrito, debían considerarse como simples legados afectos a contribuir también al pago de la porción conyugal, a falta de otros bienes.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Sentencia

Por todo 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 aprobatoria de la partición, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y séis.

Con costas a cargo de los recurrentes.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente, a la oficina de origen.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO UNICO.—REQUISITOS PARA QUE PUEDAN SER APRECIADAS EN JUICIO LAS PRUEBAS ESCRITAS A QUE ALUDE EL ARTICULO 636 DEL C. J.

1.—Como lo dijo la Sala de Casación Civil en sentencia de 7 de julio de 1943 (G. J. Tomo LV, pág. 570): "Las pruebas escritas a que alude el artículo 636 del C. J., y que son no solamente los documentos que se custodian por funcionarios públicos y de que se solicita copia, sino todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, deben llegar a los procesos judiciales, para poder ser estimados como pruebas, con el mérito que les corresponde, en la forma y condiciones que determina el artículo 636 del Código Judicial. Estos requisitos, como lo ha dicho la Corte, no deben considerarse como inútiles trabas de derecho probatorio, sino como garantía de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley".

2.—El sentenciador incurre en error de derecho cuando aprecia una prueba que no está legalmente producida.

3.—En la vía de fijar el alcance probatorio de la presunción que resulta del testimonio único, no puede el fallador acogerse a la regla que consagra el artículo 664 del C. J., para asignarle el valor de plena prueba, porque el artículo 696 ibídem expresamente estatuye que "la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba..." Su valor es el de una simple presunción "más o menos atendible según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición", que solamente cuando concurra con otros indicios, en las condiciones requeridas por el artículo 665 de la misma obra, alcanzaría a tener pleno valor probatorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio veinte y cuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo repartido al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, Zoraida González Castillo demandó a Segundo Virviescas para que en sentencia definitiva se declare que el demandado es padre natural de los menores Miriam Isabel y Segundo Orlando Virviescas G.

En la fundamentación de la demanda aseveró la actora que con anterioridad al 16 de octubre de 1942, Virviescas la requirió de amores, con promesa de matrimonio, hasta lograr hacerla suya; que de esa fecha en adelante las relaciones sexuales entre ambos se hicieron muy frecuentes, y aquél prácticamente la tomó a su cargo, llevándola a vivir y haciendo vida marital con ella en los distintos lugares de la ciudad que puntualiza; que en virtud de esas relaciones nacieron Miriam Isabel, el 13 de julio de 1943 y Segundo Orlando, el 31 de mayo de 1945.

Como disposiciones de derecho citó la ley 45 de 1936; los artículos 395 y ss. del Código Civil y 737 y 205 del Código Judicial.

Admitida y tramitada la demanda con arreglo a las formalidades pertinentes, el Juez del conocimiento cerró la instancia mediante la sentencia de 14 de agosto de 1946, en que absolvió al demandado y condenó en costas a la demandante.

Esta apeló y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, profirió en la oportunidad correspondiente la sentencia de diecisiete de julio de 1947, por la cual reformó la apelada declarando que el demandado Segundo Virviescas es padre natural del niño Segundo Orlando; negando las mismas declaraciones con respecto a Miriam Isabel y resolviendo que no hay lugar a condenación en costas en ninguna de las instancias.

Para llegar a esa solución el Tribunal utilizó como elemento probatorio fundamental y decisivo la copia de la Resolución número 2222 de 30 de octubre de 1945 emanada del Juzgado Segundo Permanente. (Occidente), (f. 1, cuaderno número 6), por medio de la cual se impuso a Virviescas una sanción de arresto con motivo de las lesiones que éste causó a Zoraida González como

protesta por el hecho de haber ella inscrito en el registro de estado civil los menores Miriam Isabel y Segundo Orlando con el apellido de Virviescas y en la cual aparece que éste manifestó que con dicha señora "vivió comúnmente seis años más o menos". A esta resolución el fallador le asignó "el carácter de documento público o auténtico" y encontró, de acuerdo con los artículos 1759 del C. C., 632 y 603 del C. J., que contiene "una **confesión extrajudicial** del demandado Virviescas sobre el hecho de haber tenido comunidad de habitación con la demandante, durante un espacio de seis años con anterioridad a la fecha de ese acto auténtico (artículo 604 del C. J.). Y aunque el mismo declarante Virviescas, al absolver posiciones dentro de este juicio, negó categóricamente haber sacado a Zoraida de su hogar para hacer vida marital con ella, es lo cierto que en la causa no demostró que el contenido del acto adolezca de falsedad o error, ni que en dicha declaración hubiera incurrido Virviescas en el error inculpable o explicable que pueda viciar aquella confesión suya (artículo 606 ibídem)".

Y al respecto añadió "que la aceptación o confesión del demandante referente a que vivió comúnmente en compañía de la demandante seis años en forma extramatrimonial y antes del nacimiento del niño Segundo Orlando, ocurrido dentro de los términos previstos del citado ordinal 4º, debe estimarse como una presunción (artículo 664 del C. J.) de que el demandado es el padre natural del referido menor".

En seguida, como refuerzo a la anterior conclusión, invoca y sintetiza la declaración de Prescelia Castillo de Santamaría, y al analizarla expresa:

"El artículo 696 del C. J. dice que la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, pero constituye presunción más o menos atendible, según la condición del declarante, y la sinceridad y claridad de su exposición. Y a la vista está que la exposición de la señora Castillo contiene un testimonio responsivo, exacto y completo en lo posible, que detalla de manera clara y precisa las distintas circunstancias en que, como persona de confianza del demandado Segundo Virviescas y pariente lejana del demandante, intervino entre los dos cuando hacían vida común. Del texto de esta declaración resultan confirmadas tres cuestiones de hecho muy importantes para la decisión del presente litigio, a saber: a) Que Segundo Virviescas o Viviescas y Zoraida González hicieron vida común durante varios años, y la hacían todavía el día treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, fecha ésta en que nació el niño Segundo Orlando, hallándose hospitalizada Zoraida en el hospital de San José; b) Que el demandado Virviescas sufragó el valor de la pensión de hospital mientras Zoraida estuvo allí recluída a fines de mayo de 1945 y el valor de los servicios médicos y de clínica; y c) Que después de nacido el niño Segundo Orlando el demandado volvió a hacer vida común con Zoraida, por algún tiempo, y finalmente la estableció entregándole una suma de dinero por conducto de la señora Prescelia Castillo de Santamaría".

Fundándose en esos elementos de convicción estimó que "está plenamente establecido en esta causa el carácter de padre natural que tiene el demandado Segundo Virviescas o Viviescas respecto del menor llamado Segundo Orlando, hijo de Zoraida González".

"Con relación a la niña Miriam Isabel no es posible llegar a la misma conclusión, por falta de pruebas idóneas de su verdadero estado civil".

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que debidamente tramitado se procede a decidir.

El recurrente invoca contra la sentencia las causales 1ª y 4ª del artículo 520 del Código Judicial, aquélla como principal y ésta como subsidiaria. Con fundamento en la primera propone varios cargos, y como la Sala encuentra debidamente fundado uno de ellos, a él concreta su estudio, con prescindencia de los restantes, en atención a lo estatuído en el artículo 538 ibídem.

En ese cargo sostiene el recurrente que el Tribunal quebrantó el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, a consecuencia del error de derecho en que incurrió en la apreciación de las pruebas en que fundamenta su decisión.

En desarrollo de esa acusación dice — entre otras cosas — que el sentenciador incurrió en el mencionado error al darle a la Resolución número 2222 calidad de prueba en este pleito sin que ella se hubiese producido conforme a las normas que regulan la presentación en juicio de esa clase de documentos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 636 del Código Judicial, ya que figura en el proceso sin que se hubiere acompañado a la demanda, a la contestación o a los memoriales de excepciones y sin que se hubiera pedido por medio de despacho del Juez de la causa al Juez Permanente. Sostiene también que como

ese documento no llegó a los autos en forma legal, sino traído en copia por uno de los interesados, no se puede presumir la calidad de funcionario público en quien aparece suscribiéndolo, con firma que no es original sino en copia, ni la autenticidad del acto. De allí deduce el quebranto de los artículos 593, 601 y 636 del C. J., y el consecuencial de la ley sustantiva ya citada.

Agrega que en el mismo error incurrió el Tribunal al apreciar el testimonio de Prescelia Santamaría, pues ésta en su declaración (f. 13 v. c. de p.) manifestó por cuatro veces ser hermana legítima de la madre de la demandante y tía carnal de ésta; que ese parentesco de consanguinidad en tercer grado, implica que el testimonio tenga la calidad de sospechoso, de acuerdo con el artículo 670 del C. J.; que el Tribunal no tuvo en cuenta esta circunstancia al apreciar esa declaración, pues por el contrario afirma en el fallo que se trata "de una parienta lejana de la demandante", para así estimarlo, contra la ley, como si proviniera de persona enteramente hábil, libre de sospecha, cuando no lo era ni lo puede ser en este juicio; que a consecuencia de ese error de derecho en la estimación incondicional de la prueba incurrió en el mismo error en la apreciación formal de la misma, con violación de los artículos 593, 594, 601, 696, 670 del Código Judicial, con incidencia en la violación de la ley sustantiva citada.

La Corte considera:

La citada Resolución número 2222 del Juzgado Permanente de Occidente vino al proceso así: la señora Zoraida González C. pidió directamente a dicho Juzgado que le expidiese copia de ella y logrado esto, la llevó al proceso durante el respectivo término probatorio de la segunda instancia y como se ha visto, el sentenciador la tuvo en cuenta al decidir el litigio y dedujo de ella la existencia de la confesión extrajudicial que imputa al recurrente.

Claramente se desprende de la relación que precede que esa prueba instrumental no se produjo en forma legal, puesto que el artículo 636 del Código Judicial perentoriamente prescribe que "cuando las partes pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, piden dentro de los términos probatorios se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro". De esta regla sólo se exceptúan las escrituras públicas por ministerio del artículo 630 ibídem.

Sobre este particular ha dicho la Sala de Casación:

"Las pruebas escritas a que alude el artículo 636 del C. J., y que son no solamente los documentos que se custodian por funcionarios públicos y de que se solicita copia, sino todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, deben llegar a los procesos judiciales, para poder ser estimados como pruebas, con el mérito que les corresponde, en la forma y condiciones que determina el artículo 636 del Código Judicial. Estos requisitos, como lo ha dicho la Corte, no deben considerarse como inútiles trabas de derecho probatorio, sino como garantía de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley". (Casación de 7 de julio de 1943, G. J. T. LV, pág. 570).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte, como puede verse, en providencias de 21 de marzo de 1938 y 25 de julio de 1939, Tomos 46 y 48, páginas 354, respectivamente, de la GACETA JUDICIAL.

Es por tanto indiscutible que el sentenciador al apreciar, como apreció, la referida prueba sin estar legalmente producida, incurrió en error de derecho.

El mismo error se produjo en cuanto a la estimación que el Tribunal hizo del testimonio de Prescelia Castillo de Santamaría, pues esta testigo en su declaración (f. 13 c. de p. de la demandante), por varias veces manifiesta que es "tía carnal" de la demandante, lo que, por tratarse de un parentesco en tercer grado de consanguinidad, implica que ese testimonio tenga la calidad de sospechoso, al tenor de lo estatuído en el artículo 670 del C. J., y esa circunstancia de innegable influencia en la valoración de la prueba no la tomó en cuenta el sentenciador, pues por el contrario consideró que se trata "de una parienta lejana de la demandante", para así asignarle a su declaración el valor de atendible presunción que para el testigo enteramente hábil consagra el artículo 696 del Código Judicial.

Es más todavía. En la llamada "confesión extrajudicial" del demandado, sólo aseveró éste que con la demandante "vivió comúnmente seis años, más o menos", sin que hubiera precisado la época en que principió y terminó esa vida en común,

por lo cual las tres circunstancias, copiadas arriba, que el Tribunal destaca para dar como "plenamente establecido en esta causa el carácter de padre natural que tiene el demandado Segundo Virviescas o Viviescas respecto del menor llamado Segundo Orlando", las dedujo exclusivamente del testimonio de Prescelia Castillo de Santamaría, con lo cual lo que evidentemente aconteció es que le dio a éste el valor de plena prueba, que no lo tiene aún en el caso de que se tratase de un testigo enteramente hábil, puesto que según voces del citado artículo 696 "la declaración de un testigo **no forma por sí sola plena prueba** (subraya la Corte), pero constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición".

En la vía de fijar el alcance probatorio de la presunción que resulta del testimonio único no puede el fallador acogerse a la regla que consagra el artículo 664 ibídem para asignarle el valor de plena prueba, porque el artículo 696 citado, expresamente estatuye que "la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba..." Su valor es el de una simple presunción "más o menos atendible según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición", que solamente cuando concurra con otros indicios, en las condiciones requeridas por el artículo 665 de la misma obra, alcanzaría a tener pleno valor probatorio.

A consecuencia de tales errores de derecho en la apreciación de los referidos elementos de convicción, el Tribunal quebrantó el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, en que se fundó para hacer la declaración sobre filiación natural solicitada, por lo cual la sentencia recurrida debe ser casada.

Para pronunciar la decisión de instancia, la Corte añade a las anteriores las siguientes consideraciones:

La demanda no es suficientemente clara en cuanto a la causal o causales que invoca para pedir la declaración judicial de paternidad natural; pero podría entenderse en el sentido de que se han aducido la segunda y cuarta del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Por lo que se refiere a la segunda, basta observar que en este proceso no se ha producido prueba alguna enderezada a demostrar la verdad de los hechos que configuran dicha causal, por lo cual falta la base indispensable para proferir, por este aspecto, sentencia condenatoria para el demandado (artículo 539 del C. J.).

En lo que respecta a la cuarta, las pruebas que en los autos se han aportado consisten apenas en la copia de la Resolución número 2222 citada, en la declaración de Prescelia Castillo de Santamaría y en las posiciones absueltas por el demandado (fs. 11 y 12, cuaderno mencionado). El primero de esos elementos no puede ser estimado como prueba, por las razones expuestas, y aunque así no ocurriera, en ese documento sólo existe la constancia o aseveración que antes se puntualizó y por tal motivo de ésta no es posible deducir si durante la vida en común de que allí se habla o después de que ella cesó, se verificó, en los términos previstos en la parte final del numeral 4º del artículo 4º de la ley 45, el nacimiento de los menores a que se refiere el pleito. La declaración de Prescelia Castillo es desechable por lo ya dicho, o sea porque se trata de un testigo sospechoso y porque, además, siendo único, no forma plena prueba, por cuyas razones con la utilización de este solo testimonio no podría darse como plenamente comprobado ni la notoriedad de las relaciones sexuales ni las demás circunstancias que conjuntamente con ésta requiere el numeral 4º del artículo 4º citado para que judicialmente pueda pronunciarse la declaración de paternidad natural. Finalmente, en cuanto a las posiciones absueltas por el demandado nada aprovechable con los mismos fines suministra, pues el absolvente negó categóricamente todos los hechos que pudieran tener incidencia en la decisión favorable del litigio.

En fin, puede afirmarse con toda certidumbre que en este pleito no se ha dado la plena prueba de los hechos que configuran la causal 4ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, para que proceda la declaración de paternidad natural, por lo cual se impone la absolución del demandado. No sobra recordar lo que la Corte tiene dicho en relación con las calidades de la prueba requerida para la prosperidad de acciones como la presente. En sentencia de casación de primero de octubre de 1945, se expresó:

"La naturaleza de los hechos erigidos como causales para autorizar la investigación de la paternidad natural, requiere elementos probatorios de tanta convicción, que dejen al Juez sin ninguna sombra de duda sobre la efectiva realización de los hechos. No siendo posible acreditar la paternidad por medios directos la ley recurre a la prueba de ciertos hechos por vía de presun-

ciones. Entonces la verdad judicial de éstas debe imponerse a la conciencia del Juez espontáneamente, sin dificultades, porque cualquier duda grave que surja en el proceso de formación del convencimiento, ora en relación con detalles significativos que contraríen por ejemplo un conjunto armónico de testimonios, bien porque la conducta comprobada del supuesto padre de donde se pretenda inferir el reconocimiento de la paternidad merezca igualmente interpretaciones distintas de la que se le asigna y aparentemente manifieste, o ya por el origen sospechoso de una prueba formalmente legal, desvirtúa la fuerza probatoria de la presunción y la deja anulada". (G. J. Tomo LIX, págs. 697 y 698).

Y en la de 5 de noviembre de 1946, afirmó:

"Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investigación de la paternidad natural, se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial". (G. J. Tomo LXI, pág. 147).

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 17 de julio de 1947, proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar confirma la de primera instancia de fecha 18 de agosto de 1946, dictada por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en su oportunidad el expediente a la oficina de procedencia.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

ACCIONES DE DIVISION DE UN BIEN COMUN Y DE DECLARACION DE ADQUISICION POR USUCAPION—EL COMUNERO QUE HAYA POSEIDO EL BIEN COMUN EN SU PROPIO NOMBRE O BENEFICIO POR EL TIEMPO Y EN LAS CONDICIONES QUE LA LEY EXIGE PARA LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA, GANA EL DOMINIO DEL BIEN POR EL MODO CONSTITUTIVO DE LA USUCAPION

1—LA USUCAPION—Nuestro Código Civil define la prescripción como "un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales" (artículo 2512). Esta definición encierra los dos conceptos, el de prescripción adquisitiva o usucapión, y el de prescripción extintiva o liberatoria. La primera constituye un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, y la segunda un modo de perder los derechos reales o los créditos personales. Son antitéticos estos dos conceptos y distintas cosas, por tanto, la usucapión y la prescripción liberatoria.

Con el lenguaje de nuestro código podemos definir la usucapión como un modo de adquirir las cosas ajenas, por haberlas poseído durante cierto lapso con los requisitos legales.

Equivale esta definición, en el fondo, a la de los principales tratadistas franceses. Para Planiol y Ripert "es un modo de adquirir la propiedad de una cosa mediante la posesión prolongada durante un período de tiempo determinado". (Tomo 3º, número 688). En su concepto, "de todas las instituciones de Derecho Civil es la más necesaria al orden social", como se dice en la exposición de motivos del Código Francés, como que sin ella sería imposible la prueba de la propiedad en la generalidad de los casos y en consecuencia los pleitos serían innumerables. De allí el sentido de la antigua calificación de "patrona del género humano".

Según los citados tratadistas, "tiene por finalidad poner fin al divorcio entre la posesión y la propiedad, transformando al poseedor en propietario, y conformar así los hechos al derecho, impidiendo de este modo la destrucción de situaciones respetables por su duración".

En el derecho colombiano, como en el francés, son susceptibles de ella, en general, todas las cosas que pueden ser poseídas legítimamente. Se exceptúan, por tanto, las que no están en el comercio, como las de dominio público o aquellas cuyo uso corresponde de ordinario a todo el mundo. Y se admite que cualquier persona física o jurídica puede usucapir, y que corre la prescripción adquisitiva "en contra de cualquier persona, salvo causa de suspensión". (Véase Vélez, IX, número 436, comentario al artículo 2517 del C. C.).

El prescribiente requiere ante todo efectiva posesión, constituída por la tenencia de la cosa determinada con ánimo de señor o dueño (C. C. 772).

LA POSESION—Para los alemanes, la posesión es "el señorío de hecho de una persona sobre una cosa" (Enneccerus). Para los franceses es "un estado de hecho, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo, realizando en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute que realizaría el propietario de ella". (Planiol y Ripert). Los chilenos consideran la posesión como un conjunto de actos que suponen o representan el ejercicio de un derecho (Alessandri Rodríguez).

En derecho moderno, armonizando los viejos conceptos con el moderno criterio sobre la propiedad, puede decirse que "son poseedores todas las personas que según los usos sociales explotan económicamente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios". (Valencia Zea).

OBJETOS PRESCRIPTIBLES. — Recapitulando y compaginando los conceptos an-

teriores, puede sentarse la regla general de que pueden ser adquiridos a título de prescripción todos los bienes que son comerciables, o sea los que son susceptibles de válida posesión. Así lo reconocen los doctrinantes franceses: "La usucapión permite adquirir todas las cosas susceptibles de posesión" (Planiol y Ripert), y lo consagra expresamente el artículo 2518 del código colombiano cuando dice que se ganan de este modo "los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano..." y "los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados". Ni siquiera se excluyen los bienes y créditos fiscales (C. C. 2517). De donde, generalizando, puede concluírse que prescriben todos los derechos o cosas no exceptuadas especialmente.

PRESCRIPCION DEL COMUNERO. — Se discute como capital dentro del presente recurso si puede ganar el comunero el dominio de la cosa común por el modo de la prescripción extraordinaria que establece el Código Civil, para resolver lo cual se hace preciso considerar previamente las distintas circunstancias que pueden rodear esa su posesión.

En tratándose de predios indivisos, es lo natural que la posesión se ejerza bien por todos los comuneros, bien por un administrador designado legalmente, que lo haga a nombre de todos. Existe entonces la correspondencia debida entre la copropiedad y la coposesión que es la manifestación real, en este caso, de aquélla.

Pero puede ocurrir que uno de los condómines, sin haber nombrado administrador de la propiedad, entre a ejercer la posesión del inmueble con el asentimiento expreso o tácito de sus copartícipes, quienes concurrirán al sufragio de los gastos y se beneficiarán, a prorrata de sus cuotas, de los frutos naturales o civiles del mismo; caso en el cual tendrá aquel condómine el objeto común, no sólo en su nombre exclusivo, sino en representación de los interesados todos.

En las circunstancias que se acaban de contemplar, es incuestionable que no puede haber usucapión, por no existir la posesión exclusiva de cosa ajena, base esencial del fenómeno jurídico.

Mas puede ocurrir también que algunos condueños negligentes abandonen la finca que les pertenece; no entren a poseerla o no perseveren en su posesión; no soliciten el nombramiento de administrador; no pidan su división o su venta, o no activen el juicio correspondiente; no contribuyan a los gastos comunes ni reclamen su parte en los frutos; y en fin, no ejerciten ningún acto real y efectivo de dominio en ella; al paso que uno o más comuneros diligentes toman por su sola cuenta la posesión de ella y la explotan en su propio beneficio, olvidando o desconociendo en el hecho las cuotas de los demás interesados, quienes no formulan reclamación oportuna al respecto. Se plantea entonces esta cuestión: ¿prescribe el dominio de la cosa común en favor del comunero o comuneros que la poseyeron exclusivamente durante el lapso requerido por la ley y en las condiciones exigidas en ella?

Los jurisconsultos no están de acuerdo en la solución del problema.

Los romanos reconocieron al menos la llamada "acción de mantenimiento" en favor del comunero y en contra de sus copartícipes. En la misma favorable solución fueron más categóricos los germanos, quienes, aún después de recibir la influencia de Roma, insistieron en la prevalencia del elemento material o corporal sobre el inmaterial o subjetivo en materia de posesión, y basados talvez en ese criterio objetivo, se mostraron generosos en esta materia.

El Derecho Español antiguo se apartó, en cambio, de esta tesis.

El estatuto legal que hoy se conoce con el nombre de "Fuero Real", y en su tiempo con los de Fuero "de las leyes", "del Libro", "de la Corte", "de Castilla" y con los de "Libro de los Concejos de Castilla" y "Flores de las leyes", apareció en España, según la autoridad de Martínez Marina, a fines de 1254 o a principios de 1255, dividido en cuatro libros que constan de setenta y dos títulos y quinientas cuarenta y cinco leyes. Tuvo su remoto origen en la determinación de Fernando III de reformar y codificar la dispersa legislación, que acogió su hijo y sucesor Don Alfonso el Sabio, quien sucesivamente ordenó las célebres colecciones que se denominan "Fuero Real", "Espéculo" y "Partidas".

En su parte especial, destinada a los derechos reales, el "Fuero Real" admitió la

prescripción con las condiciones de posesión continuada, tiempo legal y prescriptibilidad de la cosa; pero prohibió por vez primera en el Reino la prescripción del comunero. En orden a la posesión —dijo— la del comunero no aprovecha para prescribir en perjuicio del condueño.

El 14 de marzo de 1567 —trescientos doce años después— se expidió "La Nueva Recopilación de las Leyes de España", especie de Digesto integrado por las leyes del Fuero Real, del Ordenamiento de Alcalá, de las comprendidas en el de Montalvo, de las de Toro y de otras luégo publicadas. La Nueva Recopilación, como es bien sabido, fue encomendada por Carlos I de España y V de Alemania al doctor Pedro López de Alcocer, quien por causa de muerte no pudo llevarlas a término, siendo entonces reemplazado sucesivamente por los doctores Gevara, Escudero y López Arrieta y últimamente por el licenciado Atienza, quien la concluyó por el año de 1562.

Como en la Nueva Recopilación quedaron incorporadas las leyes del Fuero Real, continuó rigiendo la prohibición de prescribir entre comuneros.

Con la mira de obtener una codificación más técnica y comprensiva, el monarca Carlos IV de Borbón ordenó a don Juan de la Reguera Valdomar, relator de la Cancillería de Granada, la formación de una nueva compilación legislativa. Esta obra recibió la real aprobación en 1805 y fue publicada con el título de Novísima Recopilación de las Leyes de España.

Como este cuerpo de leyes fue en el fondo una simple reproducción de las leyes anteriores, bajo distinto método, quedó vigente el Ordenamiento Real de Don Alfonso el Sabio y siguió en vigencia por tanto la mencionada prohibición.

"La Novísima Recopilación no alcanzó a regir entre nosotros, pero sí la Nueva, porque la constitución colombina de 1821 dispuso que siguiera rigiendo la Legislación Española, y porque nuestra ley de procedimiento civil de 13 de marzo de 1825 aún fijó el orden en que debían aplicarse esas leyes por los Tribunales de la República, así: primero las leyes del congreso nacional, y en seguida las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y decretos del gobierno español anteriores al 18 de marzo de 1808; las leyes especiales denominadas Recopilación de Indias; la Nueva Recopilación; y las Siete Partidas".

"A través de la Nueva Recopilación nosotros tuvimos el Fuero Real, con su prohibición expresa de prescribir entre condueños, hasta que entró a regir el código civil de don Andrés Bello, hecho éste que no fue uniforme en todo el país: el Estado Soberano de Cundinamarca lo adoptó el 8 de enero de 1859, y en seguida lo adoptaron los demás Estados: en el Cauca y por lo mismo en el actual departamento de Nariño entró a regir como ley en el año de 1871". (Chaves Chaves).

Como lo observa el recurrente, "quiere esto decir que de 1225 —año en que apareció el Fuero Real— a 1859 —año en que fue adoptado por primera vez en el país el código civil chileno— transcurrieron seiscientos cuatro años. Seiscientos cuatro años de continuo creer y saber los de nuestra raza que un comunero no puede adquirir por prescripción la cuota de otro".

"Esto tenía que influir e influyó profundamente en nuestras concepciones jurídicas sobre la materia... Como decía Savigny, en todas las naciones a las que alcanza la historia vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar a aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Mas el derecho progresa con el progreso del pueblo y se fortalece con él..."

.....

El Código Civil Francés de 1804 admitió expresamente la prescripción entre comuneros; el artículo 816 de dicho código es claro al respecto. De acuerdo con su tenor, el comunero puede adquirir por prescripción la propiedad exclusiva de la cosa común, siéndole necesario para eso, desde luego, el haber estado en posesión exclusiva, tranquila y no interrumpida durante el lapso requerido por la legislación. La mencionada disposición, según la doctrina y la jurisprudencia francesas, es aplicable a toda clase de comuneros (Planiol, Tomo III, números 2340-2344; Aubry et Rau, Quinta Edición ,Tomo X, número 622, página 156, nota 8ª; Jurisprudencia en materia de derecho

civil; Henry Solus, Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tomo 25, 1926, pág. 1067).

.....

La prohibición del viejo derecho español "no se conservó expresamente en el código chileno (y no pasó por tanto al colombiano —agrega la Sala—) porque el señor Bello no creyó del caso reproducirla en el articulado de aquella obra".

Contra esta teoría, que acoge sin reservas la Sala, se aducen razones de valor más aparente que real. Como principal, la de "cierta solidaridad" que entraña la comunidad, que basan en los artículos 943 y 2525, los cuales establecen que si uno de los comuneros ejerce la servidumbre constituída en beneficio del predio común, no hay lugar a la prescripción, y que todo lo que interrumpe la prescripción respecto de un comunero, la interrumpe también en favor de los demás. Tal solidaridad existe efectivamente, pero se reconoce solamente sobre la base de la coposesión directa o indirecta del proindiviso, que, como antes se vio, es natural de ordinario a la comunidad. Alcance mayor no puede dársele a los artículos citados que, como excepcionales, son sólo —según la hermenéutica— susceptibles de interpretación rigurosa. Su exégesis tan amplia que permitiera ver en ellos una excepción general al principio de que todos pueden ganar una cosa por usucapión, llevaría, además, a la absurda conclusión de que al paso que la persona que sin derecho alguno se apodera de un bien puede prescribirlo en su favor, el que tiene un derecho real en todas y cada una de sus partes, no podría legalmente lograrlo, no obstante su larga posesión exclusiva y el abandono del derecho por parte de sus condueños.

Además, esas normas —como se colige de su simple lectura— regulan relaciones de los comuneros con terceros, y no las que existen o puedan existir entre los propios condueños.

Se alega también que como el derecho del comunero radica en todas y cada una de las partes de la cosa común ("tota in toto, tota in qualibet parte"), de prescribir el comunero, lo haría contra sí mismo, lo que constituiría un absurdo. Este alegato se destruye con la simple consideración de que el comunero poseedor, que ha ejercitado con la posesión de su dominio, lo que adquiere por usucapión no es la cuota que le corresponde, sino las cuotas de sus copropietarios que abandonaron sus derechos.

En fin, se observa en favor de esta misma tesis, que el que ha principiado a poseer con un título (en este caso el de comunero) no podría cambiar ese título inicial. Este argumento puede ser esgrimido, al menos en principio, contra quien comenzó su posesión por encargo expreso o tácito de los demás condómines, o que a nombre de ellos poseyó; pero carece de valor contra quien se presente como poseedor exclusivo desde que tomó la cosa en su poder. El hecho de que se descubra en el prescribiente un título de dominio, no lo coloca ni puede colocarlo jurídicamente en situación inferior a la que ocuparía al carecer de todo título justificativo de su posesión. Sería aberrante una distinta solución.

En tratándose de prescripción extraordinaria, se hace más clara y nítida la cuestión, ya que para ella "no es necesario título alguno", presumiéndose de derecho la buena fe; y puesto que el título que acredita un derecho de dominio no puede estimarse como inferior al de "mera tenencia" de que habla la regla 3ª, del artículo 2513 del C. C.

Se observa, por último, que aún el "mero tenedor" de la cosa (aún el ladrón o hurtador de ella —"magüer la cosa sea jurtada o forcada", decía la Partida)— se halla en capacidad de usucapir, según el artículo que se acaba de citar, cuando el pretendido dueño no puede probar que en los treinta años se haya reconocido su dominio por el prescribiente, y que éste puede haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo lapso. En estas condiciones, aún el tercero nombrado administrador de la comunidad podría prescribir contra quienes le dieron el encargo. Y repugna manifiestamente, como ya se dijo, situar al condueño poseedor en peores condiciones que a un simple tercero, "mero tenedor", que para iniciar su posesión hubo de usurparla.

Del detenido análisis del artículo 2531 del C. C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es plenamente suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso

exigido de treinta o de veinte años, según la legislación aplicable, sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia ni clandestinidad durante el mismo lapso. No es el título entonces "conditio usucapiendi": permítese que antes de comenzar el período haya existido uno de mera tenencia; no importa la mala fe (que no puede probarse por presumirse de derecho la buena fe), ni tienen interés alguno en ella los vicios de clandestinidad o de violencia anteriores al tiempo requerido.

Es suficiente lo anterior para concluir que el comunero que haya poseído el bien común en su propio nombre o beneficio por el tiempo y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, gana como cualquiera otro en su caso, el dominio del bien por el modo constitutivo de la usucapión.

Además, la Ley 51 de 1943, sobre comunidades, cuyas "disposiciones son interpretativas de las normas del código civil" (como lo declaró con autoridad la Corte en pleno, al decidir sobre la exequibilidad de este estatuto legal), expresa con toda nitidez que el comunero en su carácter de tal y aunque haya reconocido la existencia de la comunidad, puede usucapir el todo o parte de la cosa común que ha poseído y posee en las condiciones legales. Y esta ley se debe, en lo pertinente, considerar incorporada en el cuerpo del Código Civil (C. C., artículo 14 y Ley 153 de 1887, artículo 58).

2.—El "animus sibi habendi" se halla establecido cuando está comprobada la voluntad aparente de poseer, sin perjuicio, claro está, de que para destruir la existencia de este elemento esencial de la posesión, pueda contraprobarse acreditando que el pretendido o aparente poseedor reconoció efectivamente el derecho ajeno en la misma cosa. Pero, si la contraprueba eficaz no ha sido creada, forzoso es admitir el hecho de la posesión y reconocerle sin vacilar sus consecuencias legales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintiseis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

El 16 de enero de 1879 el Pbro. Mariano Jácome otorgó testamento público en el que instituyó como herederos a sus sobrinos Angel, Pedro, Gabriel, Camilo, Darío, Rosa Pacífica y Mercedes Martínez y Dolores Esparza. A Darío le asignó la cuarta de las mejoras. El inventario de bienes relictos se aprobó; se pagaron los derechos fiscales que afectaban la mortuoria; se adelantó un inventario adicional y la partición de los bienes, pero estas diligencias fueron anuladas por el Tribunal Superior de Pasto en auto de fecha 24 de septiembre de 1887. Habiendo quedado en firme la sentencia aprobatoria del inventario principal, con base en éste el señor Tomás Santacruz, en representación de su mujer Dolores Esparza y de otros herederos, pidió la división de la herencia del Pbro. Jácome, la cual se adelantó hasta dejarla en el estado de ser decretada, con intervención del señor Juan Guerrero, comprador del derecho hereditario de la mayor parte de los herederos. En este estado se suspendió el asunto desde marzo de 1891, por falta de comprobación de la personería de los herederos de Nicanor Enríquez, y el Juez del conocimiento dictó auto de 10 de diciembre de 1894 que declaró caducada la instancia, auto que de acuerdo con la providencia del Tribunal Superior de Pasto fechada el 13 de mayo de 1922 debe surtir sus efectos "mientras los interesados no promuevan una nueva acción de división".

Aparecen en autos las escrituras públicas por las cuales el señor Juan Guerrero compró derechos hereditarios en la sucesión testada del Pbro. Jácome directamente a los herederos testamentarios del causante o a sucesores de aquellos herederos. En total Juan Guerrero compró derechos a Angel, Darío, Gabriel y Camilo Martínez, como herederos de su hermana Mercedes Martínez; a Margarita, Carmen, Tomás y Federico Viteri, Jesús, Herminia y Darío Enríquez los derechos habidos de su madre Rosa Martínez; y al mismo Darío los heredados de su hermano Nicanor.

Manuel Santiago Guerrero y Rufina Guerrero como herederos de los derechos que en la sucesión del Pbro. Jácome tenía su padre Juan Guerrero, ejercitan la acción de división de la herencia del expresado Presbítero; y piden al Juez competente que acepte la demanda y que ordene tramitarla bajo una misma cuerda con el juicio de sucesión a que se refieren. Señalan por sus nombres a las personas a quienes debe notificarse la acción de partición, e indican los domici-

lios de aquéllas a quienes se les conocen, y manifiestan de cuáles no se sabe su domicilio. El Juzgado aceptó la demanda y ordenó los traslados correspondientes.

León Gil Guerrero, nieto de Juan Guerrero, se opuso, en la contestación del traslado de la demanda de división, a esa acción, manifestando que su padre General José Ma. Guerrero había adquirido por prescripción extraordinaria el dominio del bien o hacienda sobre la que Manuel Santiago y Rufina Guerrero querían recayese la sentencia de partición; porque la acción de división que ejercían los demandantes también está prescrita y porque se pide la división de solo un inmueble de la sucesión testada del Padre Jácome, cuando hay asimismo otros bienes relictos. Como la oposición debía tramitarse en juicio ordinario, propuso o enumeró seis hechos que pueden condensarse así: el señor José María Guerrero poseyó por más de cuarenta años el fundo de Inantás (objeto de la partición), haciendo en él actos de dominio, como posesión pacífica y no interrumpida; Juan Guerrero, su esposa e hijos, y los demás herederos del Pbro. Jácome jamás poseyeron la hacienda ni efectuaron actos de dominio, y por el contrario, siempre reconocieron como único dueño a José María Guerrero; el señor José María Guerrero puso en la hacienda mejoras que valen más que el mismo fundo; tanto el opositor como su padre han sostenido pleitos en bien del inmueble sin que los peticionarios hubieran defendido tales derechos; León Gil Guerrero y su padre José María han pagado la contribución del catastro de la finca desde 1888 hasta el presente; desde que el Tribunal declaró caducidad decretada en 1894, los que hoy se presentan como herederos del Pbro. Jácome no habían vuelto a ejercer la acción de partición antes del 12 de mayo de 1922. Y luégo de exponer los fundamentos de derecho, pide que en definitiva se resuelva: que la sucesión de José María Guerrero sí ha adquirido por prescripción extraordinaria el fundo de Inantás; que por lo tanto no puede dividirse dicho fundo entre las personas que se dicen herederos del Pbro. Jácome; que en caso de ordenarse la división, se pague a la sucesión de José María Guerrero el valor de las mejoras útiles y necesarias puestas por éste en el inmueble, con derecho de retención mientras no se cancele su valor; pide costas en ambos casos; y solicita, además, que se declaren prescritas la acción de división y petición de herencia intentada por los herederos y compradores de las acciones y derechos en la sucesión del Pbro. Jácome. En contestación a la oposición de León Gil, Rufina Guerrero lo demandó en reconvención para que aquél pague los frutos del inmueble desde 1891 a razón de mil pesos anuales.

Tramitado el juicio debidamente el Juez 3º Civil del Circuito de Pasto dictó sentencia en el sentido de negar las peticiones contenidas en la oposición y ordenando en cambio la partición del fundo Inantás; también absolvió al señor León Gil Guerrero de la demanda de reconvención que le iniciara Rufina Guerrero.

Para su fallo se atuvo el Juez a que está comprobada en autos la existencia de la comunidad en lo relativo al fundo de Inantás, ya que no se ha suscitado en el presente caso ninguna de las hipótesis que contempla el artículo 2340 para que se dé por terminada la comunidad; que de acuerdo con el artículo 1374 del C. C. ningún comunero está obligado a permanecer en la indivisión; que la calidad de comuneros de Manuel Santiago, Rufina y León Gil Guerrero en el bien de Inantás, relicto del causante Mariano Jácome, está comprobada con las escrituras que al respecto existen en los autos. Y que establecido esto, no puede aplicarse el artículo 2512 del C. C. puesto que en la comunidad el comunero posee a su propio nombre y en el de los otros comuneros y entonces no cabe la prescripción en contra de éstos y ejercitada por un comunero. Cita el Juez varias jurisprudencias de la Corte para reforzar su dicho. Sobre la petición del pago de mejoras manifiesta que eso le corresponde decidirlo al partidor; en cuanto a la prescripción de las acciones de petición y división de herencia, dice que por no ser ninguna de ellas la causa del presente juicio, no se puede declarar lo pedido. Y, en fin, que no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por Rufina Guerrero en la demanda de reconvención por no haber allegado la actora prueba de los hechos en que ella dice fundarse.

De esta providencia apeló León Gil Guerrero, y el apoderado de Jovino Guerrero interpuso igual recurso en lo relativo al fallo sobre la demanda de reconvención. Vinieron así los autos al Tribunal de Pasto.

La sentencia del Tribunal

Luégo de cumplido el trámite de la segunda instancia, el Tribunal sentenció confirmando el fallo del Juez. Tuvo para ello en cuenta los mis-

mos razonamientos de éste sobre que el comunero no puede prescribir el bien comunal en contra de sus condueños, porque no posee en su propio nombre sino en el de los copartícipes todos, ya que su cuota parte se halla confundida en el todo general y en cada partícula de él.

Agrega la providencia comentada que de ser jurídicamente posible la prescripción del comunero, no sería viable en este caso por haber reconocido el opositor dominio ajeno en las escrituras números 101 de 11 de marzo de 1893; 55 de 8 de febrero de 1909 y 216 de 19 de mayo de 1915; y por ser, además, deficiente, de modo especial en cuanto al elemento "animus domini", la prueba testimonial aducida por el opositor.

En síntesis, no hay lugar a declarar la prescripción impetrada, según el Tribunal, no sólo porque ella no puede favorecer al comunero, según la ley, sino porque no se ha demostrado debidamente su posesión, y, por el contrario, se ha acreditado el reconocimiento de dominio ajeno contra el pretendido prescribiente. Sobre estas tres razones descansa la sentencia acusada y, como es lógico, su parte resolutiva, desfavorable al opositor, puede cimentarse suficientemente sobre una cualquiera de ellas siempre que sea en derecho valedera.

El recurso

Contra la providencia de segundo grado, el opositor León Gil Guerrero interpuso casación, recurso que al cabo de su tramitación, se decide en esta sentencia.

Dos cargos formula el recurrente: es el primero el de violación de disposiciones sustantivas, que pueden dividirse en dos: uno de violación directa y otro de violación indirecta. El segundo se funda en nulidades procedimentales y puede igualmente descomponerse en dos: de nulidad por incompetencia de jurisdicción y de nulidad por falta de citación o emplazamiento.

Por razones de técnica la Corte, siguiendo su costumbre, estudiará la acusación en orden lógico, y así contemplará primero el ataque fundado en la incompetencia de jurisdicción; en seguida el de infracción directa e indirecta de las normas sustantivas, y en último lugar, y sólo por estar planteado como subsidiario del anterior, el que se basa en la falta de citación o emplazamiento.

Cargo de nulidad por incompetencia de jurisdicción

Se hace consistir en que Lisímaco Salas, quien representó legalmente en el juicio a su consorte Rosa Martínez D. con anterioridad al 1º de enero de 1933, perdió su personería en esa fecha de iniciación de la vigencia de la Ley 28 de 1932, sobre nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, por virtud precisamente de este estatuto; y en que dejaron de correr por tanto y desde entonces los términos en el negocio, conforme al ordinal 4º del art. 370 del C. J., lo que ocasionó la suspensión de la jurisdicción según el artículo 147 del mismo código.

La Sala considera:

Es incuestionable que la jurisdicción se suspende en un negócio determinado por "suspensión del asunto en los casos de la ley" (C. J., 147, ordinal 3º), y también que "por la expiración del poder o de la representación legal" dejan de correr los términos en el juicio "hasta que el hecho se haga saber a quien puede seguir en ella" (C. J., 370, ordinal 4º). Y que, en consecuencia, cuando ha expirado dicha representación, sin conocimiento del interesado, se halla paralizada la jurisdicción hasta tanto se noticie a éste de su carencia de personero; pero de otro lado es indudable que la nulidad sobreviniente es allanable, expresa o tácitamente, por el propio interesado de conformidad con el ordinal 1º del artículo 449 del Código de Procedimiento, en armonía con el 3º del artículo 450 del mismo.

De autos aparece que el 11 de febrero de 1938 la citada Martínez D. recibió personalmente y con su esposo Salas la notificación de varias providencias, sin formular entonces ni nunca reclamación alguna contra las actuaciones surtidas en su ausencia del proceso, lo que legalmente supone la tácita ratificación de lo actuado y el consiguiente allanamiento de la alegada nulidad.

Sería suficiente lo anterior para rechazar el cargo, mas no sobra, para abundar en razones, reproducir a continuación el memorial suscrito por la Martínez de Salas, interesada única en este particular, el 27 de agosto de 1945, que en lo pertinente dice: "...oportunamente me notifiqué de los autos de la memorada demanda...; en unión de otros interesados coadyuvé la demanda de partición y rechacé la demanda de oposición de León Gil Guerrero. "Manifiesto además que doy por buena toda la actuación y que faculté a mi

marido para representarme o hacer mis veces en el asunto". Y después de manifestar que ninguna facultad ha conferido al apoderado del recurrente para formular reclamación al respecto, agrega: "Y manifiesto mi absoluta conformidad con los fallos de primera y segunda instancia..."

Como se ve, lo expuesto en el precitado memorial por la Martínez de Salas constituye una inequívoca ratificación de todo lo actuado, a la que le son aplicables los artículos 449, ordinal primero, y 450, ordinal cuarto del Código Judicial.

Se rechaza por tanto el cargo de nulidad por "incompetencia de jurisdicción".

Cargo de violación de la ley sustantiva

Para ordenar mejor el estudio, se subdivide en dos partes, para contemplar primeramente lo relacionado con la violación directa y luégo lo concerniente a la indirecta.

I

PRIMERA PARTE

Violación directa

Puede resumirse así este aspecto del cargo: "...como la Sala Civil del Tribunal Superior de Pasto sostuvo y decidió, al fallar el pleito, que en ningún caso un comunero podía ganar por prescripción contra otro u otros comuneros el dominio de la cosa común, quizás fundándose para ello en las disposiciones de los artículos 943 y 2525 del Código Civil...", violó por interpretación errónea los precitados artículos, a los que dio indebida aplicación; e igualmente quebrantó de manera directa el artículo 2518 de ese mismo Código, por haberlo aplicado al presente caso introduciéndole salvedades y excepciones no consagradas en él ni en ningún otro precepto legal.

Considera el recurrente que si el Tribunal sentenciador hubiera interpretado rectamente las citadas disposiciones, habría declarado la prescripción adquisitiva extraordinaria alegada por León Gil Guerrero y negado por lo mismo la división demandada por la contraparte.

El razonamiento del recurrente se sintetiza así: El Derecho Español en todos los casos negó al comunero la posibilidad de prescribir en contra de sus copartícipes, y a este concepto colonial se acostubró nuestra doctrina y jurisprudencia que continuaron rechazándola sin distingo, después aún de la vigencia del Código de Bello, sin reparar en que éste se apartó al respecto de la tradición peninsular y en cambio acogió el principio contrario del código de Napoleón, que la acepta expresamente (C. francés, artículo 1804).

Se expresa así el recurrente:

"Al redactar el señor Bello el código civil de Chile se encontró con dos principios antagónicos: el del Fuero Real, que prohibía expresamente la prescripción entre condómines; y el del código civil de Napoleón, que la permitía expresamente. ¿Cuál de esos dos principios extremos adoptó? El del código civil francés, porque éste fue "la lumbrera que se ha tenido más constantemente a la vista", según sus propias palabras, y por otras razones que se expresan así:

a) En un texto fundamental, que en nuestro código corresponde al artículo 2518, el señor Bello escribió esta regla: "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

b) La regla transcrita no distingue, ni tiene excepciones. Por mucho que busquemos en el Código Civil, no hallaremos en él ningún precepto que haga excepción a la regla citada y prohiba la prescripción entre comuneros. En la legislación colombiana no existe semejante prohibición. Ni podía existir, puesto que, como atinadamente observa el doctor Latorre Rizo, "no había razón alguna para colocar al condueño en condiciones inferiores que a terceros, a menos que se pretendiera sostener que por la circunstancia de tener un derecho sobre el respectivo predio estaba en imposibilidad de alegar la usucapión.

"'Lo que hay es una cosa: que la larga vigencia del Fuero Real acostumbró a nuestra nación a pensar y a creer que un comunero no podía alegar la usucapión contra otro comunero aunque no hubiera poseído con su título de comunero sino sobre la base de un "corpus" y "animus" exclusivo, pues así era en las leyes del Fuero Real. Por eso menospreciando las nuevas orientaciones de los códigos francés y chileno, muchos juristas y no pocos jueces colombianos sostuvieron hasta hace poco que en nuestro derecho le era imposible a un comunero alegar la prescripción frente a sus condómines. Según ellos, la regla del artículo 2518 sí tenía excepciones expresas, relativas a los comuneros. Dichas excepciones estaban formuladas por los artículos 943 y 2525 del

C. C., por medio de estas palabras:

"Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto a todos; y si contra alguno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno".

"Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de uno de ellos, la interrumpe también respecto de las otras".

"Pero en el artículo 943, que forma parte del tratado de las servidumbres, no puede verse una excepción a la regla general consignada en el artículo 2518 del código civil. En el ordinal 5º del artículo 942 el legislador había dicho que las servidumbres se extinguen para el predio dominante "por haberse dejado de gozar durante veinte años". De esto salía, con toda lógica, que para que las servidumbres se perdieran por el no uso, era necesario que este no uso fuera continuo. Si había interrupción del no uso, aún por parte del usufructuario, arrendatario o cualquier poseedor de buena o mala fe, el dueño del predio dominante conservaba la servidumbre, ya que, adherida como está al **predio** y no a la **persona** del propietario, la servidumbre subsiste, aun cuando aquél o su familia haya dejado de usarla, con tal que la haya usado **alguien** con ocasión del predio. En ninguno de estos casos el dueño del predio sirviente puede alegar la extinción de la servidumbre. Y mucho menos "si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso", pues **a fortiori** que entonces "el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción (de la servidumbre) respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno". Esto es todo cuanto se proponía decir y en realidad dijo el art. 943: que el dueño del predio sirviente, esto es un **tercero** frente a los propietarios proindiviso del predio dominante, no podía alegar la extinción de la servidumbre por el **no uso**, si uno solo de ellos usaba tal servidumbre. El texto regula por lo mismo las relaciones jurídicas entre los dueños del predio dominante y un extraño o un **tercero** como es ante ellos el dueño del predio sirviente, pero nunca las relaciones jurídicas **de los comuneros entre sí.** A estas relaciones no provée para nada, y entonces no se comprende cómo o por qué lado el artículo 943 haga excepción a la regla general sentada en el artículo 2518 del C. C."

"Lo propio ocurre con el artículo 2525: provée a las relaciones jurídicas en que llega a colocarse un **tercero** y los dueños comuneros de una cosa; entonces sí es evidente que, ante dicho **tercero** todo lo que interrumpe también la prescripción respecto de uno de los comuneros, la interrumpe también respecto de los demás condómines. Pero esto no es igual ni parecido a decir que uno de los comuneros no puede adquirir por usucapión las cuotas de los otros, aunque haya poseído la cosa en las mismas condiciones en que uno que no tuviese ningún derecho en ella sí la habría ganado por prescripción. Esta proposición absurda no está en la letra ni en el pensamiento del artículo 2525 del C. C., y por eso tampoco puede verse en él una excepción a la regla del artículo 2518".

"No habiendo excepciones a esa regla en la ley, la doctrina de quienes hasta hace poco sostuvieron que en el derecho colombiano no podía el comunero adquirir por prescripción la cuota de otro comunero, fue equivocada. La verdad legal estaba de parte de quienes sostenían la doctrina contraria y la Ley 51 de 1943 vino a darnos la razón".

Agrega el recurrente a continuación que dicha Ley 51 de 1943 tiene, aunque no lo expresa, el carácter de interpretativa del Código Civil en esta materia, como así se desprende de sus antecedentes.

La Sala considera:

La usucapión

Nuestro Código Civil define la prescripción como "un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales" (artículo 2512). Esta definición encierra los dos conceptos, el de prescripción adquisitiva o usucapión, y el de prescripción extintiva o liberatoria. La primera constituye un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, y la segunda un modo de perder los derechos reales o los créditos personales. Son antitéticos estos dos conceptos y distintas cosas, por tanto, la usucapión y la prescripción liberatoria.

Con el lenguaje de nuestro código podemos definir la usucapión como un modo de adquirir las cosas ajenas, por haberlas poseído durante cierto lapso con los requisitos legales.

Equivale esta definición, en el fondo, a la de los principales tratadistas franceses. Para Planiol

y Ripert "es un modo de adquirir la propiedad de una cosa mediante la posesión prolongada durante un período de tiempo determinado". (Tomo 3º, número 688). En su concepto, "de todas las instituciones de Derecho Civil es la más necesaria al orden social", como se dice en la exposición de motivos del Código Francés, como que sin ella sería imposible la prueba de la propiedad en la generalidad de los casos y en consecuencia los pleitos serían innumerables. De allí el sentido de la antigua calificación de "patrona del género humano".

Según los citados tratadistas, "tiene por finalidad poner fin al divorcio entre la posesión y la propiedad, transformando al poseedor en propietario, y conformar así los hechos al derecho, impidiendo de este modo la destrucción de situaciones respetables por su duración".

En el derecho colombiano, como en el francés, son susceptibles de ella, en general, todas las cosas que pueden ser poseídas legítimamente. Se exceptúan, por tanto, las que no están en el comercio, como las de dominio público o aquellas cuyo uso corresponde de ordinario a todo el mundo. Y se admite que cualquier persona física o jurídica puede usucapir, y que corre la prescripción adquisitiva "en contra de cualquier persona, salvo causa de suspensión". (Véase Vélez, IX, número 436, comentario al art. 2517 del C. C.).

El prescribiente requiere ante todo efectiva posesión, constituída por la tenencia de la cosa determinada con ánimo de señor o dueño. (C. C. 772).

La posesión

Para los alemanes, la posesión es "el señorío de hecho de una persona sobre una cosa" (Ennecerus). Para los franceses es "un estado de hecho, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo, realizando en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute que realizaría el propietario de ella". (Planiol y Ripert). Los chilenos consideran la posesión como un conjunto de actos que suponen o representan el ejercicio de un derecho. (Alessandri Rodríguez).

En derecho moderno, armonizando los viejos conceptos con el moderno criterio sobre la propiedad, puede decirse que "son poseedores todas las personas que según los usos sociales explotan económicamente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios". (Valencia Zea).

Objetos prescriptibles

Recapitulando y compaginando los conceptos anteriores, puede sentarse la regla general de que pueden ser adquiridos a título de prescripción todos los bienes que son comerciables, o sea los que son susceptibles de válida posesión. Así lo reconocen los doctrinantes franceses: "La usucapión permite adquirir todas las cosas susceptibles de posesión" (Planiol y Ripert) y lo consagra expresamente el artículo 2518 del código colombiano cuando dice que se ganan de este modo "los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano..." y "los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados". Ni siquiera se excluyen los bienes y créditos fiscales (C. C. 2517). De donde, generalizando, puede concluírse que prescriben todos los derechos o cosas no exceptuados especialmente.

Prescripción del comunero

Se discute como capital dentro del presente recurso si puede ganar el comunero el dominio de la cosa común por el modo de la prescripción extraordinaria que establece el Código Civil, para resolver lo cual se hace preciso considerar previamente las distintas circunstancias que pueden rodear esa su posesión.

En tratándose de predios indivisos, es lo natural que la posesión se ejerza bien por todos los comuneros, bien por un administrador designado legalmente, que lo haga a nombre de todos. Existe entonces la correspondencia debida entre la copropiedad y la coposesión que es la manifestación, real en este caso, de aquélla.

Pero puede ocurrir que uno de los condómines, sin haber sido nombrado administrador de la propiedad, entre a ejercer la posesión del inmueble con el asentimiento expreso o tácito de sus copartícipes, quienes concurrirán al sufragio de los gastos y se beneficiarán a prorrata de sus cuotas de los frutos naturales o civiles del mismo; caso en el cual tendrá aquel condómine el objeto común, no sólo en su nombre exclusivo, sino en representación de los interesados todos.

En las circunstancias que se acaban de contemplar, es incuestionable que no puede haber usupación, por no existir la posesión exclusiva de cosa ajena, base esencial del fenómeno jurídico.

Mas puede ocurrir también que algunos condueños negligentes abandonen la finca que les

pertenece; no entren a poseerla o no perseveren en su posesión; no soliciten el nombramiento de administrador; no pidan su división o su venta, o no activen el juicio correspondiente; no contribuyan a los gastos comunes ni reclamen su parte en los frutos; y, en fin, no ejerciten ningún acto real y efectivo de dominio en ella; al paso que uno o más comuneros diligentes toman por su sola cuenta la posesión de ella y la explotan en su propio beneficio, olvidando o desconociendo en el hecho las cuotas de los demás interesados, quienes no formulan reclamación oportuna al respecto. Se plantea entonces esta cuestión: prescribe el dominio de la cosa común en favor del cumunero o comuneros que la poseyeron exclusivamente durante el lapso requerido por la ley y en las condiciones exigidas en ella?

Los jurisconsultos no están de acuerdo en la solución del problema.

Los romanos reconocieron al menos la llamada "acción de mantenimiento" en favor del comunero y en contra de sus copartícipes. En la misma favorable solución fueron más categóricos los germanos, quienes, aún después de recibir la influencia de Roma, insistieron en la prevalencia del elemento material o corporal sobre el inmaterial o subjetivo en materia de posesión, y basados talvez en ese criterio objetivo, se mostraron generosos en esta materia.

El Derecho Español antiguo se apartó, en cambio, de esta tesis.

El estatuto legal que hoy se conoce con el nombre de "Fuero Real", y en su tiempo con los de Fuero "de las Leyes", "del Libro", "de la Corte", "de Castilla" y con los de "Libro de los Concejos de Castilla" y "Flores de las Leyes", apareció en España, según la autoridad de Martínez Marina, a fines de 1254 o a principios de 1255, dividido en cuatro libros que constan de setenta y dos títulos y quinientas cuarenta y cinco leyes. Tuvo su remoto origen en la determinación de Fernando III de reformar y codificar la dispersa legislación, que acogió su hijo y sucesor Don Alfonso el Sabio, quien sucesivamente ordenó las célebres colecciones que se denominan "Fuero Real", "Espéculo" y "Partidas".

En su parte **especial**, destinada a los **derechos reales**, el "Fuero Real" admitió la **prescripción** con las condiciones de posesión continuada, tiempo legal y prescriptibilidad de la cosa; pero prohibió por vez primera en el Reino la prescripción del comunero. En orden a la posesión —dijo— la del comunero no aprovecha para prescribir en perjuicio del condueño.

El 14 de marzo de 1567 —trescientos doce años después— se expidió **La Nueva Recopilación de las Leyes de España**, especie de Digesto integrado por las leyes del Fuero Real, del Ordenamiento de Alcalá, de las comprendidas en el de Montalvo, de las de Toro y de otras luégo publicadas. La Nueva Recopilación, como es bien sabido, fue encomendada por Carlos I de España y V de Alemania al doctor Pedro López de Alcocer, quien por causa de muerte no pudo llevarlas a término, siendo entonces reemplazado sucesivamente por los doctores Gevara, Escudero y López Arrieta y últimamente por el licenciado Atienza, quien la concluyó por el año de 1562.

Como en la Nueva Recopilación quedaron incorporadas las leyes del Fuero Real, continuó rigiendo la prohibición de prescribir entre comuneros.

Con la mira de obtener una codificación más técnica y comprensiva, el monarca Carlos IV de Borbón ordenó a don Juan de la Reguera Valdomar, relator de la Cancillería de Granada, la formación de una nueva compilación legislativa. Esta obra recibió la real aprobación en 1805 y fue publicada con el título de Novísima Recopilación de las Leyes de España.

Como este cuerpo de leyes fue en el fondo una simple reproducción de las leyes anteriores, bajo distinto método, quedó vigente el Ordenamiento Real de Don Alfonso el Sabio y siguió en vigencia por tanto la mencionada prohibición.

"La Novísima Recopilación no alcanzó a regir entre nosotros, pero sí la **Nueva**, porque la constitución colombiana de 1821 dispuso que siguiera rigiendo la Legislación Española, y porque nuestra ley de procedimiento civil de 13 de marzo de 1825 aún fijó el orden en que debían aplicarse esas leyes por los Tribunales de la República, así: primero las leyes del congreso nacional, y en seguida las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y decretos del gobierno español anteriores al 18 de marzo de 1808; las leyes especiales denominadas Recopilación de Indias, la **Nueva Recopilación**, y las Siete Partidas".

"A través de la Nueva Recopilación nosotros tuvimos el Fuero Real, con su prohibición expresa de prescribir entre condueños, hasta que entró a regir el código civil de don Andrés Bello, hecho éste que no fue uniforme en todo el país: el Estado Soberano de Cundinamarca lo adoptó el 8 de enero de 1859, y en seguida lo adoptaron los demás Estados; en el Cauca y por lo mismo en el actual departamento de Nariño entró a re-

gir como ley en el año de 1871". (Chaves Chaves).

Como lo observa el recurrente, "quiere esto decir que de 1255 —año en que apareció el Fuero Real— a 1859, año en que fue adoptado por primera vez en el país el código civil chileno, transcurrieron seiscientos cuatro años. Seiscientos cuatro años de continuo creer y saber los de nuestra raza que un comunero no puede adquirir por prescripción la cuota de otro.

"Esto tenía que influir e influyó profundamente en nuestras concepciones jurídicas sobre la materia... Como decía Savigny, en todas las naciones a las que alcanza la historia vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar a aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Mas el derecho progresa con el progreso del pueblo y se fortalece con él..."

El Código Civil Francés de 1804 admitió expresamente la prescripción entre comuneros; el artículo 816 de dicho código es claro al respecto. De acuerdo con su tenor, el comunero puede adquirir por prescripción la propiedad exclusiva de la cosa común, siéndole necesario para eso, desde luego, el haber estado en posesión exclusiva, tranquila y no interrumpida durante el lapso requerido por la legislación. La mencionada disposición, según la doctrina y la jurisprudencia francesas, es aplicable a toda clase de comuneros (Planiol, Tomo II, números 2340-2344; Aubry et Rau, Quinta Edición, Tomo X, número 622, página 156, Nota 8ª; Jurisprudencia en materia de derecho civil; Henry Solus, **Revue Trimestrelle de Droit Civil**, Tomo 25, 1926, página 1067).

La prohibición del viejo derecho español "no se conservó expresamente en el código chileno (y no pasó por tanto al colombiano) —agrega la Sala—), porque el señor Bello no creyó del caso reproducirla en el articulado de aquella obra".

Contra esta teoría, que acoge sin reservas la Sala, se aducen razones de valor más aparente que real. Como principal, la de la "cierta solidaridad" que entraña la comunidad, que basan en los artículos 943 y 2525, los cuales establecen que si uno de los comuneros ejerce la servidumbre constituída en beneficio del predio común, no hay lugar a la prescripción, y que todo lo que interrumpe la prescripción respecto de un comunero la interrumpe también en favor de los demás. Tal solidaridad existe efectivamente pero se reconoce solamente sobre la base de la coposesión directa o indirecta del proindiviso, que, como antes se vio, es natural de ordinario a la comunidad. Alcance mayor no puede dársele a los artículos citados que, como excepcionales son sólo —según la hermenéutica— susceptibles de interpretación rigurosa. Su exégesis tan amplia que permitiera ver en ellos una excepción general al principio de que todos pueden ganar una cosa por usucapión, llevaría, además, a la absurda conclusión de que al paso que la persona que sin derecho alguno se apodera de un bien puede prescribirlo en su favor, el que tiene un derecho real en todas y cada una de sus partes, no podría legalmente lograrlo, no obstante su larga posesión exclusiva y el abandono del derecho por parte de sus condueños.

Además, esas normas —como se colige de su simple lectura— regulan relaciones de los comuneros con terceros, y no las que existen o puedan existir entre los propios condueños.

Se alega también que como el derecho del comunero radica en todas y cada una de las partes de la cosa común ("tota in toto, tota in qualibet parte"), de prescribir el comunero lo haría contra sí mismo, lo que constituiría un absurdo. Este alegato se destruye con la simple consideración de que el comunero poseedor, que ha ejercitado con la posesión su dominio, lo que adquiera por usucapión no es la cuota que le corresponde, sino las cuotas de sus copropietarios que abandonaron sus derechos.

En fin, se observa en favor de esta misma tesis, que el que ha principiado a poseer con un título, en este caso el de comunero, no podría cambiar ese título inicial. Este argumento puede ser esgrimido, al menos en principio, contra quien comenzó su posesión por encargo expreso o tácito de los demás condómines, o que a nombre de ellos poseyó; pero carece de valor contra quien se presente como poseedor exclusivo desde que tomó la cosa en su poder. El hecho de que se descubra en el prescribiente un título de dominio, no lo coloca ni puede colocarlo jurídicamente en situación inferior a la que ocuparía al carecer de todo título justificativo de su posesión. Sería aberrante una distinta solución.

En tratándose de prescripción extraordinaria, se hace más clara y nítida la cuestión, ya que para ella "no es necesario título alguno", presumiéndose **de derecho** la buena fe; y puesto que el título que acredita un derecho de dominio no puede estimarse como inferior al de "mera tenencia" de que habla la Regla 3ª del artículo 2513 del C. Civil.

Se observa, por último, que aún el "mero tenedor" de la cosa (aún el ladrón o hurtador de ella —"magüer la cosa sea jurtada o forcada", decía la Partida)— se halla en capacidad de usucapir, según el artículo que acaba de citarse, cuando el pretendido dueño no puede probar que en los treinta años se haya reconocido su dominio por el prescribiente, y que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo lapso. En estas condiciones, aún el tercero nombrado administrador de la comunidad podría prescribir contra quienes le dieron el encargo. Y repugna manifiestamente, comó ya se dijo, situar al condueño poseedor en peores condiciones que a un simple tercero, "mero tenedor", que para iniciar su posesión hubo de usurparla.

Del detenido análisis del artículo 2531 del C. C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es plenamente suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido de treinta o de veinte años, según la legislación aplicable, sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia ni clandestinidad durante el mismo lapso. No es el título entonces "conditio usucapiendi": permítese que antes de comenzar el período haya existido uno de mera tenencia; no importa la mala fe (que no puede probarse por presumirse de derecho la buena fe), ni tienen interés alguno en ella los vicios de clandestinidad o de violencia anteriores al tiempo requerido.

Es suficiente lo anterior para concluir que el comunero que haya poseído el bien común en su propio nombre o beneficio por el tiempo y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, gana como cualquiera otro en su caso, el dominio del bien por el modo constitutivo de la usucapión.

Así lo ha reconocido, aunque tímidamente, la jurisprudencia de esta Sala. "En sentencia de 29 de agosto de 1925 se aceptó que excepcionalmente "un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca porque la haya poseído durante el tiempo necesario con ánimo de señor y dueño absoluto y con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen. Esa sería una cuestión de hecho, sujeta a pruebas especiales". (Casación, agosto 12 de 1936, G. J. número 1909, página 510).

En fallo de 18 de mayo de 1940 (G. J. número 1955, página 310), "reconoce la Corte que puede presentarse el caso de que un comunero pueda ganar por usucapión el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo requerido por la ley con ánimo de señor y dueño exclusivo y con desconocimiento de los derechos de los otros comuneros. Al presentarse tal evento, es indudable que sí puede realizarse el fenómeno de la prescripción adquisitiva, dado que el condueño poseedor se considera exclusivo propietario de la cosa poseída; pero es indudable que tal caso de excepción entraña sobre todo una cuestión de hecho, susceptible de ser demostrada plenamente en el proceso por medio de elementos probatorios que evidencien tal situación especial en lo que atañe al ánimo del comunero que demanda la adquisición del dominic por usucapión".

En similar sentido se pronunció la Corte en sentencias de 29 de agosto de 1925, Tomo III, número 773 y en las de 12 de agosto de 1936 y 18 de mayo de 1940.

Posteriormente, en providencia de 15 de marzo de 1945 (G. J. número 2017, página 662), este mismo tribunal de casación dijo: "En numerosas sentencias la Corte, antes de la Ley 51 de 1943, que consagra la posibilidad de este fenómeno por disposición expresa, ha llegado a aceptar que en ciertos casos excepcionales puede realizarse la figura jurídica de la usucapión entre comuneros y de allí deduce la consecuencia de que si un comunero logra poseer la cosa común con ánimo de señor y dueño y con exclusión de los demás condueños de origen hace suya la cosa de un modo absoluto..... esa misma doctrina de casos extraordinarios en que puede ocurrir la usucapión entre copartícipes, cuando es inequívoca la posesión de un comunero en su propio nombre, aparece expuesta en las sentencias de 23 de julio de 1932 (G. J. Tomo XL, página 203) y de 12 de agosto de 1936 (G. J. Tomo XLIII, página 610). En un fallo posterior, de fecha 18 de mayo de 1940, desarrolló esta Sala esa misma interpretación jurisprudencial en forma más nítida..., de manera que esta Sala sí ha aceptado, antes de la mencionada Ley 51, la posibilidad, como caso de excepción de que la prescripción obra contra los copartícipes cuando el comunero posee con calidad de dueño absoluto, cuestión de hecho que debe establecerse plenamente".

La Corte en pleno, al juzgar sobre la exequibilidad de la Ley 51 de 1943, concretó así su pensamiento sobre la materia: **"Prescripción entre comuneros:** Este punto fue debidamente estudia-

do al elaborar la Ley. La Comisión de Reformas Civiles del Senado dijo sobre el particular:

"La prohibición de prescribir entre comuneros fue expresamente consagrada en la Ley 2ª, Título II, Libro 2º, del Fuero Real, de donde la tomó la Recopilación Castellana, llamada también Nueva Recopilación, de orden de Felipe II, acabada por don Bartolomé de Atienza; más tarde fue incorporada aquella prohibición en la Novísima Recopilación hecha de orden de Carlos IV, en 1804, por don Juan de la Reguera Valdomar. Ahora bien: Tal prohibición no se conservó expresamente en el Código Chileno, porque el señor Bello no creyó del caso reproducirla en el articulado de aquella obra. Pero se dirá: esa prohibición resulta de la naturaleza misma de las cosas; cuando el comunero invoca prescripción contra otros comuneros, como posee a nombre de todos, no puede mudar por sí mismo la causa de su posesión (Nemo postest sibi ipse mutare causam possessionis; artículo 780, inciso 2º, Código Civil). Sin embargo, hay lugar para creer que esta teoría de la no prescriptibilidad entre comuneros falsea las bases mismas de la institución, es hija de la vieja escuela de la exégesis, y podría catalogarse entre las abusivamente lógicas.

"Fuera de no existir ninguna disposición que expresamente prohiba la prescripción entre comuneros, afirmar que en las grandes comunidades los copropietarios proceden guardando las formas naturales que impone la solidaridad, es ir sencillamente contra la evidencia de los hechos. Porque basta observar cuál es el proceso de lo que pudiera llamarse régimen de tales propiedades, en las que no gobierna una voluntad general o armonizada, sino que cada cual obra aisladamente, con prescindencia de los demás y con proyecciones a un utilitarismo personal, para darse cuenta de que en la mayor parte de las comunidades no existe ninguna de las condiciones esenciales para que sea posible tenerlas como a tierras en común.

"Afirma el demandante que sobre el particular la jurisprudencia ha definido su criterio diciendo que "no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso". La aseveración es exacta. Sólo que también la Corte ha admitido la posibilidad de que la prescripción obre contra los copartícipes cuando el comunero posee con ánimo de dueño exclusivo y absoluto, cuestión de hecho que debe establecerse plenamente.

"Y es que con las personas vinculadas a la comunidad de un predio, pueden presentarse tres situaciones, a saber:

"1ª—Comunidadad organizada y actuante. En ella los comuneros se reconocen como tales, se sabe exactamente su número, la cuota que a cada uno corresponde y el título en que la comunidad se funda.

"2ª—Comunidad sin propósitos manifiestos de solidaridad. En ésta, por el transcurso del tiempo, se ha perdido la cuenta del número de comuneros; ellos no conocen con exactitud la extensión indivisa de sus derechos y en la porción del fundo que poseen entra un criterio de aprovechamiento exclusivista.

"3ª — Desconocimiento total de la comunidad. Posesión **pro suo.** Aquí el comunero se olvida de su título y posee para sí, como único dueño, ignorando derechos ajenos sin interesarle quiénes hacen parte de la comunidad, es decir, mostrándose extraño a su existencia.

"Aún cuando no corresponda a la realidad, a las situaciones efectivas o de hecho, la Corte admite ese estado legal de las comunidades a que se ha referido en el aparte primero. Pero sí debe reconocer que las constituídas y vigentes —si acaso lo están— en esas condiciones, son en número muchísimo menor a aquellas otras (2ª y 3ª) en que los copartícipes actúan aisladamente y con miras a un lucro individualista.

"En el primer supuesto se trata de comunidades reales, que tienen que ser reguladas por las disposiciones del Código Civil pertinentes al cuasi-contrato de comunidad, en el cual no es la voluntad de las partes lo que prevalece sino el interés general. En una comunidad así organizada es inaceptable —jurídicamente— que un comunero pueda alegar la prescripción contra los condueños, pretendiendo haber usucapido la propiedad con exclusión de éstos, por faltarle los elementos característicos e indispensables de la posesión, tal como ésta ha sido instituída por la ley. Esa aspiración, inconciliable con la índole y naturaleza de la comunidad de que se trata, que necesariamente genera derechos y obligaciones entre los copartícipes por su condición de propietarios de una cuota en un fundo o en una universalidad, significaría una negación del título con que se entró a poseer, el cual no fue individual ni personal sino a nombre y en beneficio del conjunto de dueños. "El segundo aparte presenta hipótesis muy distinta. Para el comunero que ha invocado el título de tal, sólo para iniciar la explotación, la posesión material es lo esen-

cial; su conducta es la de propietario singular, y aun cuando sepa que se trata de un predio que pertenece a varios y que la cuota de cada cual es aún indeterminada, este aspecto le tiene sin cuidado y es enteramente secundario en sus planes y actividades. Tal lo que ocurre en aquellas comunidades a las que se han vinculado derechos provenientes de sucesiones ilíquidas, de origen inmemorial, en las que no sólo haya incertidumbre con respecto al número de los comuneros sino al mismo origen de la comunidad. Son, pues, comunidades nominales; la multiplicidad numérica, por sí, no le da su verdadero carácter, puesto que los interesados se comportan como dueños individuales. Luego, si estos comuneros poseen en las condiciones legales, pueden prescribir contra la comunidad la propiedad del lote que ocupan.

"La tercera situación —tan frecuente como la anterior— ofrece el claro ejemplo de posesión **pro suo,** con voluntad manifestada constantemente de negar toda partición que sea extraña a las ambiciones personales del poseedor, tal como lo haría un tercero verdaderamente ajeno a la comunidad. Este es el caso al cual se ha referido la Corte en varios fallos, como anteriormente se dijo, en los que cabe la prescripción.

"Ahora bien: **los preceptos de la Ley 51 de 1943 son disposiciones interpretativas de las normas del Código Civil,** a que la doctrina, por deducciones lógicas, dio determinado entendimiento, en el sentido de hacer imposible la prescripción entre cierta categoría de comuneros; nada de exótico o inconveniente hay, pues, en que el legislador de 1943 haya cambiado esa doctrina, puesto que estaba facultado para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero (artículo 25 del Código Civil). En tal caso no hay violación de derechos adquiridos, porque éstos no descansan en lo que haya establecido la jurisprudencia, por largo, constante e inveterado que sea o haya sido su reinado, sino en cuanto los proteja expresamente la ley.

"En una palabra, el legislador tiene libertad para modificar por vía de interpretación auténtica de la ley la significación que los Tribunales habían dado por vía de doctrina". (Sentencia de 2 de noviembre de 1944, GACETA JUDICIAL, 2016, página 10 y siguientes)".

Conforme al autorizado concepto de la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de la facultad constitucional de decidir sobre la exequibilidad de las leyes, la ley 51 de 1943 tiene, pues, carácter de interpretativa de las disposiciones del Código Civil en lo referente a la posibilidad de la prescripción por el comunero contra la comunidad y a las condiciones que deben rodear su posesión en orden a la adquisición del todo o parte de la cosa común al mencionado título; y, en consecuencia, por limitarse en esto a aclarar el sentido de las antiguas normas civiles, debe entenderse incorporada en éstas, tal como lo disponen el artículo 14 del mismo Código y el artículo 58 de la Ley 153 de 1887.

SEGUNDA PARTE

Violación indirecta

También ataca el recurrente el fallo del Tribunal por error de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas, y consiguiente violación de los artículos 762, 777, 1795, 2512, 2515, 2518 y 2531 del Código Civil.

El sentenciador consideró que el opositor reconoció dominio ajeno sobre el predio cuya usucapión alega, en las escrituras públicas número 101 de 11 de marzo de 1893, número 55 de 8 de febrero de 1909 y número 216 de 19 de mayo de 1915.

El recurrente al respecto alega: "El 11 de marzo de 1893 León Gil Guerrero no poseía la hacienda Inantás en todo ni en parte: Unico poseedor material de dicho inmueble era el general José María Guerrero, padre de León Gil.

"Así las cosas, el hijo resolvió comprarle a Pedro Martínez, y en efecto le compró por medio de la escritura pública número 101 de marzo de aquel año, las acciones y derechos que Martínez creía tener en el fundo Inantás y en los demás bienes que pertenecieron en vida al Pbro. Fray José Mariano Jácome.

"Sobra decir, que esta cesión de acciones y derechos consentida por Pedro Martínez a favor de León Gil Guerrero, no produjo ningún efecto jurídico contra el antiguo poseedor exclusivo del fundo, señor general José María Guerrero.

"Lo mismo puede decirse de la cesión consentida por Dolores Esparza a favor de León Gil Guerrero mediante la escritura pública número 216 de 19 de mayo de 1915. José María Guerrero vivía aún y éste seguía siendo el único poseedor de la hacienda Inantás, porque sólo después de su muerte entraron a poseerla sus herederos a título de tales. Toda compra de acciones y de-

rechos hecha por León Gil Guerrero era indiferente para el general José María Guerrero. No le aprovechaba ni le perjudicaba y por lo mismo no alteraba su posesión exclusiva y excluyente, trocándola en posesión común o en posesión a título de comunero.

"Ante el general José María Guerrero o mejor ante su sucesión sólo se puede invocar la escritura número 55 de 8 de febrero de 1909 por medio de la cual César Suárez, como apoderado de sus hermanas Rosa y Cemida Suárez, cedió al expresado general Guerrero las acciones y derechos que éstas podían tener en los bienes herenciales del Pbro. Jácome.

"Pero sucede:

"a) Que la cesión de Rosa y Cemida Suárez fue de acciones y derechos herenciales en abstracto y no de cuotas determinadas o indeterminadas en la hacienda Inantás. En este caso José María Guerrero no reconoció que Rosa y Cemida Suárez tuvieran cuotas en dicha hacienda.

"b) De haber hecho tal reconocimiento sólo habría sido respecto de las cuotas de las referidas Rosa y Cemida Suárez, pero nunca de las cuotas de Manuel Santiago y Rufina Guerrero y demás sucesores inmediatos y mediatos del Pbro. Jácome, ante los cuales el general José María Guerrero siempre se presentó como poseedor material exclusivo del inmueble.

"Ahora bien, pudiendo un comunero adquirir por compra la cuota de un comunero y por prescripción extraordinaria la cuota o cuotas de otro u otros comuneros, nada se opone a que el general José María Guerrero haya adquirido las cuotas de Rosa y Cemida Suárez por compra y las demás cuotas por prescripción extraordinaria.

"Si a lo anterior agregamos que León Gil Guerrero no alega la prescripción para él sino para la sucesión de su padre general José María Guerrero, como lo justifica la primera súplica principal de la demanda de oposición, donde él pide se declare en la sentencia "que la sucesión del señor José María Guerrero ha adquirido por prescripción extraordinaria la hacienda Inantás", se llega a la conclusión de que el tribunal sentenciador apreció erróneamente estas pruebas:

"a) Las escrituras públicas números 101 de 11 de marzo de 1893 y 216 de 19 de mayo de 1915, respectivamente, porque se basó en ellas para sostener que José María Guerrero había revelado con tales escrituras que poseía la hacienda con su título de comunero y no sobre la base de una posesión exclusiva, lo cual constituye un error de hecho y otro de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos. El error de hecho está en que José María Guerrero no intervino en esas escrituras sino su hijo León Gil Guerrero. El error de derecho estriba en que el tribunal les hizo producir efecto jurídico a las dos citadas escrituras contra un **tercero,** José María Guerrero, cuya sucesión es la que aquí alega la prescripción adquisitiva extraordinaria y pide su reconocimiento o declaración formal;

"b) La escritura pública número 55 de 8 de febrero de 1909 por haberla estimado como expresiva de una compra de cuotas en la hacienda Inantás, hecha por José María Guerrero a Rosa y Cemida Suárez, y por haber concluído de allí que la compra de una cuota, hecha a un comunero por otro comunero, le impedía a éste ganar las demás cuotas por prescripción adquisitiva extraordinaria. Lo primero constituye un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, pues se ha dicho y se repite que el acto jurídico celebrado entre Rosa y Cemida Suárez y José María Guerrero fue de cesión de derechos herenciales en abstracto y no de compra de cuotas determinadas en la hacienda Inantás. Lo segundo implicó un error de derecho que también aparece de manifiesto en los autos, pues el comunero que compra a otro una cuota en la cosa común, sí puede adquirir las demás cuotas por prescripción extraordinaria, como en nuestro caso".

"Agregó el Tribunal:

"Con el mismo fin se han recepcionado diversos testimonios de personas que permanecieron en distintas épocas en el fundo Inantás, pero ellos sólo sirven para establecer el hecho material de la permanencia y manejo de esa propiedad por parte del señor Juan Guerrero y del opositor, pero están muy lejos de probar que ese manejo y esa posesión se efectuaron con ánimo de señor y dueño exclusivo. El hecho de que una persona posea materialmente un bien cualquiera, lo cultive y disponga de su producto no indica necesariamente el dominio absoluto o el "animus domini" del propietario exclusivo, porque el arrendatario, usufructuario, comodatario, depositario, administrador, o quien tenga una propiedad cualquiera a título no traslaticio de dominio, también tiene derecho a ellos y aunque esto se desprendiera de la prueba testimonial aludida, esa prueba no desvirtuaría en manera alguna el contenido de los instrumentos públicos que establecen lo contrario".

El recurrente contesta, en resumen:

1º—José María Guerrero, por sí y por medio de sus herederos, poseyó la hacienda Inantás sin violencia, clandestinidad, ni interrupción durante más de treinta años.

2º—El elemento corporal de esa posesión consistió en actos materiales y positivos de detentación, de uso, de goce, de transformación, de aprovechamiento; cortó maderas, construyó edificios, hizo carreteras y cerramientos, plantó y sembró, cosechó para su granero, tuvo vacas y yeguadas, dispuso a su soberano arbitrio de frutos y productos según lo atestiguan numerosas personas que "permanecieron en distintas épocas en el fundo Inantás", y que en este asunto han depuesto como testigos.

3º—El elemento psicológico de la posesión, o sea el **animus domini,** se presume. Tocaba a la contraparte demostrar: a) que en José María Guerrero no existió la intención de actuar por **su propia cuenta**; b) que en los últimos treinta años le reconoció dominio a su contraparte.

4º—Esta doble comprobación no aparece en autos.

5º—La prescripción adquisitiva extraordinaria alegada por León Gil Guerrero en nombre de la sucesión de su padre José María Guerrero es por tanto un hecho cumplido que no se puede negar.

Consideraciones

Se considera:

León Gil Guerrero se ha opuesto a la división del inmueble de Inantás en nombre y en favor de la sucesión de su padre el general José María Guerrero en su calidad acreditada de hijo legítimo; y consta de autos que el general Guerrero falleció el 6 de febrero de 1920.

En los contratos de venta contenidos en las escrituras número 101 de 11 de marzo de 1893 (c. 11 f. 138) y número 216 de 19 de mayo de 1915 (c. 11 f. 273 v.), citadas por el Tribunal de Pasto en la parte de su fallo últimamente transcrita, figura como comprador, no el general Guerrero, quien aún vivía, sino León Gil Guerrero, quien en ellas intervino en su propio provecho, y no en representación de la herencia paterna, no deferida hasta entonces. Es, por tanto, absolutamente incuestionable que las declaraciones hechas en ellas por León Gil Guerrero, que a la sazón vivía, y que al morir luégo éste, no podían perjudicar a sus herederos como tales; y es evidente que el fallador de segundo grado, al considerar que tales instrumentos eran oponibles a la sucesión del general Guerrero, incurrió en el error manifiesto que acusa el recurrente en cuanto a la apreciación de esas pruebas.

Mediante la escritura número 55 de 8 de febrero de 1909, otorgada en la Notaría de Pasto (cuaderno 11, folios 194, siguientes), el propio general José María Guerrero compró "todas las acciones y derechos o cuotas que Rosa y Cemida Suárez tienen y les corresponde en la hacienda de Inantás, en Yacuanquer, y en una casa en esta ciudad...", por los linderos que en el instrumento se expresan, acciones o derechos que adquirieron las cedentes "por herencia del Pbro. Jácome". Fue, pues, objeto de la negociación el derecho de las Suárez en la hacienda de Inantás y en la casa de Pasto, que habían ellas adquirido en la mortuoria del nombrado presbítero.

No es consiguientemente exacta la alegación del recurrente sobre que la cesión fuera "de acciones y derechos en abstracto y no de cuotas determinadas o indeterminadas en la hacienda Inantás". Esta hacienda fue determinada allí por sus propios linderos como uno de los dos inmuebles en que radicaban o se hacían radicar los derechos herenciales, materia de la cesión. Por este aspecto no se ve configurado error alguno del Tribunal en la apreciación de la escritura últimamente citada.

Mas el recurrente, como ya se vio, alega también que de envolver el aludido contrato de cesión un reconocimiento de dominio ajeno, este reconocimiento "sólo había sido respecto de las cuotas de las referidas Rosa y Cemida Suárez, pero nunca de las cuotas de Manuel Santiago y Rufina Guerrero y demás sucesores inmediatos y mediatos del Pbro. Jácome..." En ello tiene razón: es manifiesto el error cometido por el Tribunal al considerar que el recenocimiento por el general Guerrero de las acciones de las Suárez es extensivo al de las cuotas de dominio en favor de otras personas que en el instrumento analizado no figuran.

Para ahondar más en este problema, podría pensarse, como talvez hizo el Tribunal, aunque no lo expresó, que el general Guerrero al adquirir los referidos derechos de las Suárez en el fundo de Inantás, reconoció implícitamente la existencia de la comunidad formada entre los herederos del Pbro. Jácome, radicada entre otros bienes en la nombrada hacienda; para deducir de allí posiblemente que el solo hecho de ese reconocimiento destruía el elemento "animus domini" de la posesión que en favor suyo alega ahora su

heredero en orden a lograr la declaratoria de prescripción en favor de la herencia paterna. En esto, que tiene interés dentro del estudio del presente cargo, fue igualmente equivocada la opinión del Tribunal.

La Regla 3ª del artículo 2531 del código civil, que en general y en principio inhabilita al mero tenedor para prescribir la cosa, no es aplicable al comunero que tiene un derecho real sobre todas y cada una de las partes del objeto común. El no es un mero tenedor, ni está calificado como tal en el artículo 775 ibídem ni así considerado en esa disposición. De consiguiente, las excepciones consagradas en dicha Regla 3ª no rezan con él.

En general al menos, es necesario suponer que el comunero sabe de la existencia de la comunidad y que tiene por tanto conciencia de que no es exclusivo su derecho en la cosa. Sobre esta consideración podría cimentarse la tesis de la mala fe en su contra, para impedirle prescribir, de ser esto jurídicamente posible; pero la Regla 2ª del mismo artículo 2531 que, en tratándose de prescripción extraordinaria "presume en ella **de derecho** la buena fe", constituye en este camino valla infranqueable.

Además, la Ley 51 de 1943, sobre comunidades, cuyas "disposiciones son interpretativas de las normas del código civil", (como ya lo declaró con autoridad la Corte en pleno, al decidir sobre la exequibilidad de este estatuto legal), expresa con toda nitidez que el comunero en su carácter de tal y aunque haya reconocido la existencia de la comunidad, puede usucapir el todo o parte de la cosa común que ha poseído y posee en las condiciones legales. Y esta Ley, como ya se advirtió, se debe, en lo pertinente, considerar incorporada en el cuerpo del Código Civil (C. C. 14; Ley 153 de 1887, artículo 58).

La prueba testimonial aducida por el opositor Guerrero para acreditar la posesión de su padre y causante el general Guerrero sobre el mencionado fundo, en las condiciones legales que permiten la prescripción, no es deficiente en manera alguna como la consideró el fallador de segundo grado.

Varias de las numerosas declaraciones recibidas adolecen, es verdad, de defectos. Así Benavides (c. 8º, f. 11 v. ss., 19 v.) Villota Ceballos (c. 8º, f. 4 v.), Burbano J. (c. 8º, f. 19 v.) y Erazo J. (c. 8º, f. 20 v.), no expresan con suficiente claridad la razón de sus dichos (C. J. 688, inciso final); Caicedo (c. 8º, f. 22 v.) dice haber conocido la hacienda de 1910 en adelante y no tiene, por tanto, personal conocimiento de los hechos sino a partir de entonces; y Burbano (c. 8º, f. 7 v.) sólo se refiere a un corto período y no es categórico en sus afirmaciones.

Mas al lado de esas deposiciones, se hallan otras de innegable valor, como las de Manuel Rodríguez P. (c. 8º, f. 4), Antonio Villota Benavides (c. 8º, f. 8º), Manuel Ibarra López (c. 8º, f. 17 v.) y José María Calvache (c. 8º, f. 27), hábiles todos para dar testimonio, que concuerdan en el hecho de la posesión ininterrumpida de Inantás por el general Guerrero, durante un período mayor de treinta años que precisan de modo uniforme, y estas declaraciones establecen que esa posesión consistió en hechos propios de dueño, que juzga la Corte de indiscutible significación económica, ejecutados por él como señor en su exclusivo beneficio, tales como estos que enumeran: siembras y cosechas, sostenimiento de ganados propios, arriendo para reses ajenas, construcción de viviendas, construcción y mantenimiento de acueductos (zanjones), etc. Acordes están por lo demás, estos testigos en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como lo requiere el artículo 697 del C. J., que el sentenciador dejó de aplicar.

No puede exigirse prueba distinta de la posesión. La forma habitual en que el dueño ejerce su derecho sobre la cosa, mediante el ejercicio de actos que naturalmente lo signifiquen, sirve de adecuado criterio para determinar en cualquier caso la posesión. Si una persona se comporta efectivamente como señor de un predio, construye edificios, mantiene ganados, lo cultiva, etc., todo en su propio beneficio, es menester considerarlo como a verdadero poseedor, en tanto que no se le demuestre que esa posesión la ejerce en nombre ajeno, como arrendatario, depositario o a un título precario semejante. Como lo indica Ihering: "que se pregunte cómo el propietario suele usar sus cosas, y se sabrá cuándo es preciso admitir la posesión y cuándo se debe rechazar". (La Posesión).

Dentro del criterio moderno, objetivo, del Derecho el "animus domini" no es un inescrutable elemento psicológico, inaprehensible y carente de interés por tanto en la materia jurídica, sino que está constituído como lo enseña el propio Ihering, repetidamente citado por la Corte en los últimos tiempos, por "la simple expresión de la voluntad de poseer, que hace que la mera relación de lugar se convierta en una relación pose-

soria". (Véase al respecto la conferencia del Profesor Eduardo Zuleta Angel sobre la Posesión. Sección II).

El "animus sibi habendi" se halla establecido cuando está comprobada la voluntad aparente de poseer, sin perjuicio, claro está, de que para destruir la existencia de este elemento esencial de la posesión, pueda contraprobarse, acreditando que el pretendido o aparente poseedor reconoció efectivamente el derecho ajeno en la misma cosa. Pero si, como en este caso, la contraprueba eficaz no ha sido creada, forzoso es admitir el hecho de la posesión y reconocerle sin vacilar sus consecuencias legales.

Conclusiones

Lo dicho es suficiente para sentar estas conclusiones:

I

Como lo sostiene el recurrente, el Tribunal infringió directamente las normas contenidas en los artículos 2518, 943 y 2525 del Código Civil, cuya recta interpretación se ha dado en esta sentencia. En efecto, al aplicar la primera de estas disposiciones, lo hizo introduciéndole salvedades o excepciones no consagradas en la ley; y al considerar que los artículos 943 y 2525 del mismo código impedían la prescripción del comunero en perjuicio de los demás miembros de la comunidad, dio a estos preceptos y por tal causa indebida aplicación.

II

Igualmente el sentenciador incurrió en los errores de hecho y de derecho ya constatados en la estimación de la prueba constituída por las escrituras públicas y testimonios analizados, y como consecuencia de ellos violó, en la forma que quedó expresada, los artículos 762, 777, 2512, 2518 y 2531, Regla 3ª del mismo código. Realmente, como se desprende del análisis hecho en los anteriores considerandos, el fallador se apartó del concepto legal de posesión contenido en el artículo 762; equivocadamente juzgó que el comunero poseedor tenía la mera tenencia de la cosa y no podía cambiarla en posesión por prohibírselo el artículo 777; creyó improcedente la aplicación de los artículos 2512 y 2518 que contienen reglas generales sobre prescripción, aplicables al caso por no estar exceptuado; y reputó aplicable al juicio la Regla 3ª del artículo 2531, que no lo era por referirse ella a títulos de mera tenencia, olvidando que el de condominio no lo es.

Se acepta por tanto el cargo de violación directa e indirecta de la ley sustantiva, formulado por el recurrente.

Cargo de nulidad por falta de citación o emplazamiento

Conforme a lo dispuesto por el artículo 538 del C. J. no debe la Sala considerar este cargo, que de no haber sido planteado como subsidiario del de violación de normas sustantivas, habría merecido, por su naturaleza y de acuerdo con la Regla del artículo 537 ibídem, preferencial estudio.

Consideraciones de instancia

Cuando la Corte, en casos como el presente, admite un cargo en casación, debe infirmar el fallo recurrido y resolver en su lugar lo que corresponda (C. J., 538). A ello se procede, previas estas últimas consideraciones:

Demuestran los testimonios citados, de manera plena, la posesión efectiva del general Guerrero sobre el fundo de Inantás, por espacio mayor de treinta años, en forma ininterrumpida, mediante el ejercicio de actos de indiscutible significación económica, realizados en su provecho propio como señor o dueño del mismo fundo.

La contraparte trató en vano de demostrar en instancias que el general Guerrero poseyera a nombre de la comunidad formada entre los herederos del Pbro. Jácome. A solicitud de uno de los interesados en la partición fueron recepcionados varios testigos, cuyas declaraciones, por falta de precisa concordancia sobre los hechos y circunstancias y, por su gran vaguedad, no pueden formar plena prueba conforme a Derecho, sobre lo depuesto. Ignacio Puchano (c. 11, f. 7 v.) se limita a decir, en lo que interesa, que el general Guerrero no ha cultivado ("elaborado" la totalidad de la hacienda); Angel Pucha (id. fs. 9 y 10), asevera que el citado Guerrero "manejaba dicho fundo por cuenta de la familia", que a la casa de ésta se enviaban los frutos y de ella remitían las semillas y dinero a la finca, pero no da razón de su dicho ni indica las circunstancias de modo y tiempo, indispensables para aceptar su dicho. Manuel Mallana (c. 11, f. 12) manifiesta que el general Guerrero le facilitaba pastos

para sus animales o insinúa que éste poseía con sus inmediatos familiares. Su testimonio adolece de las deficiencias del anterior. Rodolfo Riascos (c. 11, f. 12 v.), sólo expresa que "León Gil Guerrero ha estado en el fundo Inantás...". Reinaldo Jajón (c. 11, f. 13), asegura que la familia del general le enviaba semillas y aves de corral y realizaba los productos de la hacienda, pero sin manifestar cómo lo supo ni cuándo ocurrió. José Amaguaña (c. 11, f. 14) depone sobre hechos similares, pero su declaración adolece de los mismos vicios advertidos en las anteriores. Lo mismo sucede con los demás testimonios, como los de Juan Chantijojoa, María Rosero, Felícitas Santacruz de Prado, Dolores Parra, etc. (c. 11, fs. 16 ss.): no determinan las circunstancias de modo, lugar y tiempo que rodearon los hechos por ellos declarados.

Tampoco la correspondencia traída a los autos demuestra que el general Guerrero reconociera que ejercitaba su posesión a nombre de sus familiares. Se deduce, sí, de ella que él reconocía la existencia del juicio divisorio de Inantás, lo que como antes se vio carece de importancia.

En resumen, los interesados en la división no han establecido ningún hecho adverso a la prescripción del inmueble por el general Guerrero: que no lo poseyera; o que si lo poseyó, lo hiciera a nombre y en favor de la comunidad o de otras personas.

En estas circunstancias, forzoso es reconocer la prescripción invocada en favor de la herencia del general Guerrero por su causahabiente León Gil Guerrero, y por consiguiente declarar que, como éste lo pide, no procede la partición solicitada.

También accede la Corte a declarar que la acción de división incoada se ha extinguido como consecuencia de la usucapión de la hacienda por la sucesión del general Guerrero (por tener respaldo esta petición en el artículo 2538 del C. C.).

Aceptada la prescripción adquisitiva alegada por el opositor, es improcedente proveer de conformidad con la súplica de la demanda de reconvención, sobre el pago de frutos, que se basa en la propiedad de la finca en favor de los herederos del Pbro. Jácome, ya que ese derecho se extinguió igualmente por la prescripción reconocida.

No habiendo temeridad en la actuación de ninguna de las partes, no hay lugar a condenar en costas.

Resolución

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto con fecha seis de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro; infirma el fallo de primera instancia dictado por el Juez 2 del Circuito de Pasto el 10 de marzo de 1941 y falla el pleito así:

1º—Declara que la sucesión del general José María Guerrero ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio de la hacienda de "Inantás", ubicada en el Municipio de Yacuanquer, en el departamento de Nariño, determinada por los siguientes linderos: "A su entrada con la hacienda denominada "Tasnaque", deslindando con ella desde el pie del río Guáitara hasta dar con un tablón pequeño, zanja por medio; de allí sigue deslindando con el tablón grande, cuchilla arriba, con la misma hacienda "Tasnaque" hasta dar con la hacienda denominada "Estancia de Abajo", de los señores Villota, zanja por medio; por la cabecera con la misma "Estancia de Abajo", zanja por medio la que sigue hasta dar con la quebrada que baja de Yacuanquer; esta quebrada aguas abajo hasta entrar en el río que baja de las alturas de Opongoy, deslindando con las haciendas "Savadal" de la señora Mariana Moncayo y con la finca "Obvaje", perteneciente al señor Sixto Guerrero; dicho río de Opongoy, aguas abajo hasta su entrada al río Guáitara deslindando con las haciendas de Tarpiarquer y Guapuescal, pertenecientes la una al señor Elías Guerrero y la otra al señor Mariano de la Villota y por el frente con la finca de "Santa Rosa", de propiedad del señor Francisco Benalcázar, el río Guáitara por medio".

2º—Está extinguida, por prescripción, la acción divisoria del fundo de "Inantás", de que trata este juicio.

3º—No se accede a la súplica de la demanda de reconvención sobre condenación al pago de frutos en favor de los herederos del Pbro. Jácome.

4º—No se condena en costas a ninguna de las partes en las instancias ni en el recurso de casación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO

1. — Según lo tienen resuelto reiteradamente la jurisprudencia y los expositores del recurso extraordinario, la apreciación del sentenciador de instancia, que es soberano en la estimación de las pruebas, no puede modificarse en casación, a menos que aquél haya incurrido en error de derecho o en error de hecho manifiesto, que implique una transgresión de la ley sustantiva y que indicidan necesariamente en la parte resolutiva del fallo.

2.—Considera el recurrente que la sentencia violó el artículo 553 del C. C., pues para los casos del artículo 1061 ibídem y otras disposiciones, la falta de interdicción no hace presumir la capacidad.

A este respecto cabe observar que el artículo 1061 del C. C., en sus ordinales 2º y 3º, no hace otra cosa que aplicar el principio contenido en el 553 ibídem, pues éste consagra respecto del demente, la presunción de nulidad de sus actos y contratos posteriores al decreto de interdicción, y su validez cuando se han ejecutado sin interdicción previa, sin que en el primer caso se admita la alegación de haberse actuado en un intervalo lúcido, al paso que en el segundo puede probarse la demencia para destruir la presunción de validez. Y en los casos de aquellos ordinales rige el mismo principio, pues se presume la nulidad del acto ejecutado durante la existencia de tales motivos de inhabilidad, y la validez en el caso contrario (artículo 1602 del C. C.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Versa este juicio sobre nulidad del testamento otorgado por la señorita Isabel Uribe Mejía por la escritura pública número mil cuatrocientos diez (1410) de primero de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, de la Notaría Primera del Circuito de Manizales.

Demandó la nulidad, en abril de mil novecientos cuarenta y cinco, el señor José María Uribe, fundándose en que desde antes del treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro y hasta el trece de agosto del mismo año, fecha en que murió la testadora, ésta no estaba en su sano juicio, por haber sufrido un ataque cerebral que, en el período mencionado, le produjo una monoplegia del miembro superior, la cual le perturbó totalmente el funcionamiento de sus facultades mentales; y en que, por la misma causa y durante el mismo lapso, aquélla no podía expresar su voluntad claramente de palabra, ni por escrito.

El juzgado del conocimiento (tercero civil del Circuito de Manizales), declaró no probadas la acción instaurada y las excepciones perentorias opuestas, y negó en consecuencia todas las peticiones de la demanda.

Apelado ese fallo por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales lo confirmó en sentencia de primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, contra la cual ha recurrido el actor en casación, la que pasa a resolverse, agotado como está el trámite legal.

El recurso

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por el primer motivo de casación, en cuanto considera que, por aplicación indebida e interpretación errónea, viola los artículos 553, 1061, 1062, 1502, 1759, 2576 y 2594 del Código Civil, y por ser también violatoria de los artículos 597, 601 y 693 del Código Judicial, por error de derecho al no apreciar como prueba el certificado suscrito por los dos médicos doctores Abelardo Arango y Guillermo Londoño Mejía, y por error de hecho manifiesto en la apreciación de la misma prueba, al no dar por reconocido ese documento, que lo está en forma legal.

Toda la argumentación del recurrente, en orden a la aplicación indebida y errónea interpre-

ación de las citadas disposiciones sustantivas, ira sobre el eje de que, en su concepto, está plenamente probado que la testadora no se hallaba n su sano juicio cuando otorgó su testamento. Según él, para los casos del artículo 1061 del C. C. y otras disposiciones concordantes, la falta de nterdicción no hace presumir la capacidad, y sta tampoco es presumible por el hecho de que l Notario, en presencia de lo que dispone el artículo 2593 del mismo código, autorice el instrumento público.

El Tribunal, después de examinar detenidamente todas las pruebas traídas al debate, llegó a la conclusión de que con ellas no se ha acreditado plenamente que la testadora no estuviera en su sano juicio cuando otorgó su testamento, y esa apreciación del sentenciador, que es soberano en la estimación de las pruebas, no puede modificarse en casación, según lo tienen resuelto reiteradamente la jurisprudencia y los expositores del recurso extraordinario, a menos que aquél haya incurrido en error de derecho o en error de hecho manifiesto, que impliquen una transgresión de la ley sustantiva y que incidan necesariamente en la parte resolutiva del fallo.

Considera el recurrente que la sentencia violó el artículo 553 del C. C., pues para los casos del artículo 1061 ibídem y otras disposiciones, la falta de interdicción no hace presumir la capacidad.

A este respecto cabe observar que el artículo 1061 del C. C., en sus ordinales 2º y 3º no hace otra cosa que aplicar el principio contenido en el 553 ibídem, pues éste consagra, respecto del demente, la presunción de nulidad de sus actos o contratos posteriores al decreto de interdicción, o su validez cuando se han ejecutado sin interdicción previa, sin que en el primer caso se admita la alegación de haberse actuado en un intervalo lúcido, al paso que en el segundo puede probarse la demencia para destruír la presunción de validez. Y en los casos de aquellos ordinales rige el mismo principio, pues se presume la nulidad del acto ejecutado durante la existencia de tales motivos de inhabilidad, y la validez en el caso contrario (artículo 1062 del C. C.).

»Lo que pasa en el caso de autos es que el testamento tiene a su favor la presunción de validez tanto por no haber estado en interdicción la testadora, cosa que no se discute, como por no haberse probado la existencia de alguna de las causales de inhabilidad invocadas por el demandante.

Al reconocer el Tribunal la presunción de capacidad en la señorita Uribe Mejía para testar, por no aparecer que hubiera estado en interdicción, no ha incurrido en ningún error de interpretación del artículo 553 del C. C., aunque más preciso habría sido reconociendo la presunción de sano juicio establecida en el artículo 1062 por no haberse acreditado la existencia en aquélla de la inhabilidad 3ª del artículo 1061, disposición que, en armonía con la del 1062, también tuvo en cuenta el sentenciador.

Tampoco incurrió el Tribunal en error de interpretación o aplicación indebida de los artículos 2576 y 2593, al considerar que de acuerdo con tales normas la escritura pública en que consta el testamento es plena prueba de la capacidad de la testadora, en cuanto en ella el Notario atestigua su sano juicio y su libertad de expresión, pues en los notarios deposita el legislador la fe pública y sus afirmaciones oficiales están amparadas por una presunción de veracidad, que naturalmente no es absoluta y que puede destruírse comprobando cualquier hecho que la infirme. Así lo reconoce el Tribunal en su fallo, cuando dice: "Se trata pues de un documento público (la escritura), que hace plena fe en cuanto a las declaraciones consignadas en él por el mismo notario en ejercicio de sus funciones, a no ser que se demuestre que dicho funcionario violando la fe pública de que está investido, o por error, o por engaño, prestó sus servicios a quien no debía prestarlos o hizo constar la plena capacidad para el acto, de quien carecía de ella".

La sentencia acusada reconoce, fundándose en las pruebas del proceso, que la aseveración notarial referida no ha sido desvirtuada, y esa apreciación del juzgador es inmodificable en casación.

En cuanto al cargo de que la sentencia violó los artículos 597, 693 y 601 del C. J. por error de derecho "al no apreciar como prueba el certificado suscrito por los médicos Guillermo Londoño Mejía y Abelardo Arango A., no obstante haber sido allegado debidamente al juicio como base de las declaraciones pedidas a los firmantes y haberse producido éstas reconociéndolo y ratificándolo", y por apreciación errónea de la misma prueba, por error de derecho, "al no apreciarla de acuerdo con su estimación legal, pues la desestimó teniendo en cuenta la prueba inconducente de la autorización del notario al testamento como presuntiva de capacidad", la Sala se limita a observar que el Tribunal, sin desconocer que las firmas del certificado médico fueron reconocidas en

el juicio, desestimó tal documento por encontrar que sus afirmaciones están en contradicción con lo declarado por los mismos médicos en las instancias del juicio y porque el contenido del certificado, lejos de ser ratificado en su integridad, sufrió sustanciales modificaciones de parte de los firmantes del mismo, al rendir, bajo juramento las declaraciones en que se les presentó para su reconocimiento y ratificación.

Esta apreciación del juzgador, quien dio aplicación al artículo 701 del C. J., tampoco puede ser modificada en el recurso extraordinario, no habiéndose probado que aquél incurriera al respecto en el error de derecho que se le imputa.

A esto se agrega que la apreciación del Tribunal al desestimar el valor probatorio del certificado, no incidió necesariamente en la parte resolutiva del fallo acusado, la cual se funda también en otras pruebas del proceso cuya estimación no ha sido atacada por error.

Finalmente, la acusación por error de hecho manifiesto se hace consistir en "no dar como reconocido un documento que los testigos reconocen bajo juramento y en la misma forma afirman por encontrar contradicciones entre el citado certificado y las mencionadas declaraciones cuando ellas, las contradicciones, no existen".

No dice la sentencia que el certificado médico no haya sido reconocido sino que no ha sido ratificado, y que contiene afirmaciones contrarias a lo declarado en el proceso por los firmantes. En efecto, el Tribunal se expresa así en su fallo:

"El artículo 701 del C. J. dice que no hace fe el dicho de un testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes, pero esta disposición no alcanza a quitar el valor probatorio de las declaraciones rendidas por los facultativos Arango y Londoño Mejía ante el Juez, por el hecho de estar ellas en contradicción con la certificación de que se ha hablado, porque tal certificación apenas puede considerarse como un documento privado, sin valor, por falta de ratificación de sus firmantes, ya que éstos, aunque en declaraciones rendidas en esta segunda instancia reconocieron sus firmas puestas en él, evadieron su ratificación, pues el firmante doctor Arango, dijo:....."

Las contradicciones que el Tribunal observó entre lo declarado en el certificado por los médicos Arango y Londoño Mejía y lo que éstos aseveran en sus testimonios de primera y segunda instancia, son tan palmarias que basta anotar que en aquel documento se afirma categóricamente que la testadora estuvo privada del juicio desde antes del treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro y hasta la hora de su muerte, ocurrida el trece del mes de agosto siguiente, sin que pudiera tener momentos lúcidos, y que durante ese lapso no pudo expresar su voluntad claramente de palabra ni por escrito, al paso que, según los citados testimonios, el funcionamiento de las facultades mentales de aquélla no desapareció de manera completa ni un solo día, o por lo menos el testigo (doctor Arango) no la vio en ese estado, con excepción del último; que para él la monoplegia fue benigna; que la enferma siempre le contestaba el saludo, salvo el último día, lo que le hace suponer que lo conocía y le entendía y que a sus preguntas contestaba afirmativa o negativamente, unas veces de palabra y otras con movimiento de cabeza, lo que para el médico expresado es un estado de lucidez, aunque él advierte que nunca tuvo conversación larga con la enferma y que no sabe si al haberle tratado a ella asuntos serios y delicados pudiera haberse expresado con entera lucidez. Además, ambos profesionales declaran que no pueden precisar con exactitud las fechas en que la señorita Uribe Mejía sufriera el ataque cerebral y la monoplegia subsiguiente, que para el doctor Arango fue en los últimos días de julio o en los tres primeros de agosto, y ambos están conformes en que según los testimonios del Notario y de los testigos que intervinieron en el testamento, la señorita Uribe Mejía, en el acto de firmarlo, debía estar gozando de todas sus facultades intelectuales y motrices.

Lo dicho es suficiente para concluir que no incurrió el Tribunal en error de hecho, y mucho menos manifiesto, al encontrar contradicciones entre lo afirmado por los médicos en el referido certificado y lo declarado por ellos en ambas instancias, lo cual movió a desestimar el mérito probatorio de aquel documento, sin que sobre repetir que tal desestimación no incidió en la parte resolutiva de la sentencia, la cual tiene un firme cimiento en las demás probanzas del proceso.

En consecuencia, quedan rechazados todos los cargos formulados por el recurrente contra la sentencia acusada.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la GACETA JUDICIAL, y oportunamente devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo E. Manotas. Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

CONTRA LAS PROVIDENCIAS DICTADAS EN CUMPLIMIENTO DEL ARTICULO 153 DEL C. DE P. P. NO ES ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION

La Corte, en sentencia de 15 de marzo de 1948 (G. J., Tomo LXV, números 2066-2067, página 161) estudió ya a espacio lo tocante con la casación para fallos dictados en obedecimiento al art. 153 del C. de P. P., y concluyó que contra esos fallos no es procedente dicho recurso.

Es verdad que el código llama sentencias a esas providencias, pero no lo son propiamente, porque no constituyen una decisión de fondo sobre el contenido probatorio del proceso en orden a la responsabilidad del acusado. Resulta impropio llamar sentencia a una decisión que se puede tomar en la etapa sumarial muchas veces sin haberse agotado la investigación y aún sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador dio a esta providencia dictada en virtud del artículo 153 del código de procedimiento penal, se haya convenido en llamarla "sentencia SUI GENERIS". Y la casación es un recurso extraordinario que presupone la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están destinadas a ser objeto de la crítica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, dos de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Juzgado penal del circuito de Pereira, en sentencia de 27 de abril del año pasado, "declara que por muerte del sindicado señor Carlos E. García H. se ha extinguido la presente acción penal instaurada en su contra y ordena, en consecuencia, cesar todo procedimiento".

El Tribunal de Pereira, en fallo de 13 de febrero último, confirmó dicha sentencia.

Contra ella interpuso la parte civil el recurso de casación en lo referente a la indemnización de perjuicios y, habiéndose fijado ya el negocio en lista, debe decidirse ahora si es admisible.

Dice el artículo 559 del código de procedimiento penal que el agente del ministerio público, el procesado y la parte civil pueden interponer el recurso de casación, en lo referente a perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos, "contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557" del mismo código.

En el presente caso no cabe el recurso de casación, porque no se trata de una sentencia condenatoria y, además, porque contra las sentencias dictadas en los casos del artículo 153 del código de procedimiento tampoco resulta admisible.

Que la sentencia tiene que ser "condenatoria" lo ha repetido la Sala diciendo que "la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daños genera para el agente la obligación de repararlos". Dicho en otros términos que "los perjuicios están vinculados esencialmente con el acto delictuoso". Y como en un fallo que ordena la cesación del procedimiento por la muerte del inculpado no se ha resuelto lo relativo a responsabilidad, mal puede deducirse de allí el vínculo de causalidad entre el agente y los daños producidos por el delito. (Fallos de 2 de julio de 1948 y de 15 de febrero de 1949, G. J. Tomo LXIV, números 2062-2063, página 527; Tomo LXV, números 2068-2069, página 442).

Y en cuanto a la casación para fallos dictados en obedecimiento al artículo 153 del código de procedimiento, ya estudió la Sala el punto a espacio, para no admitir el recurso, en fallo de 1

de marzo de 1948 (G. J. Tomo LXV, números 2066-2067, página 161).

Es verdad que el código llama sentencias a esas providencias, pero no lo son propiamente, porque no constituyen una decisión de fondo sobre el contenido probatorio del proceso en orden a la responsabilidad del acusado. Resulta impropio llamar sentencia —se dijo allí— a una decisión que se tomó en la etapa sumarial (como puede tomarse, anota ahora la Sala), "muchas veces sin haberse agotado la investigación y aún sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador dio a esa providencia dictada en virtud del artículo 153 del código de procedimiento penal, se haya convenido en llamarla "sentencia **sui generis**". "...Y la casación es un recurso extraordinario, que presupone la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están destinadas a ser objeto de la crítica".

Y tanto es así que, como también se anotó en el fallo citado, ninguna de las causales de casación tendría cabida en esas decisiones del artículo 153, pues si acaso una o dos pudieran alegarse, sería de modo excepcional, "lo que ya está indicando la irregularidad del caso".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA NO ADMISIBLE el recurso interpuesto, de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE CONCUSION Y FALSEDAD —EN QUE SENTIDO Y DESDE CUANDO LA NOMINA PUEDE CONSIDERARSE COMO UN DOCUMENTO PUBLICO

1.—La concusión —que en un principio se confundió con el cohecho— es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público; consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determinan a dar o a prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: el abuso del poder —que es el medio— y la entrega o simple promesa de dineros o de cualquier otra utilidad, que es el fin. La cosa prometida o entregada puede ser para el concusionario o para un tercero.

Pero el abuso de autoridad constituído por la exigencia arbitraria no sólo es aquel que entraña la concreta ejecución de una amenaza injusta, sino toda otra manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o a entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión EXPLICITA, constituída por el empleo de medios claramente coercitivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión IMPLICITA, que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso se amenaza abiertamente con un acto de poder; en el segundo se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debido al habilidoso abuso de funciones que se pone en juego.

2.—Los sueldos son las remuneraciones que da el Tesoro Público a los empleados oficiales por los servicios que éstos prestan. Realizado el servicio, el funcionario o empleado público tiene el derecho de recibir íntegra su asignación, a menos que la ley o una orden de autoridad competente (embargo, por ejemplo) impongan descuentos especiales.

Por eso el artículo 132 del Decreto Ejecutivo número 1036 de 1904 dispone que "las nóminas serán acompañadas de todas aquellas explicaciones y aclaraciones que puedan estimarse necesarias o conducentes a su objeto, y cuando ocurra el caso, llevarán una columna destinada a expresar descuentos o deducciones que deban hacerse en los sueldos por alguna causa legal".

Además, el Código de Régimen Político y Municipal asigna al Jefe de cada oficina la obligación de distribuir el trabajo entre sus subalternos de una manera equitativa, pudiendo variar la distribución cuando lo juzgue necesario o conveniente para el buen servicio público (artículo 286); y lo faculta para admitir ayudantes que trabajen SIN REMUNERACION, con el fin de instruírse prácticamente en la manera de desempeñar los diversos destinos públicos; y cuando esto suceda, se procurará colocar a dichos ayudantes, en caso de que haya puestos vacantes, que ellos puedan desempeñar perfectamente (artículo 330).

Nada más ni nada menos puede hacer en esta materia el jefe de una oficina pública con sus empleados y con los ayudantes particulares que quieran intruírse en los diversos destinos públicos, esto es, que en ningún caso le es permitido dividir el sueldo de sus subalternos, y menos recortárselo para beneficiar a personas extrañas, por más que éstas hayan colaborado en el buen mantenimiento del despacho oficial.

3.—En la lista de las asignaciones civiles que rigen para la rama jurisdiccional del Poder Público como emanación de los gastos del Estado, se fijan los sueldos para cada uno de los empleados al servicio de la Nación. Y esa y no otra es la retribución que se les paga por su trabajo. Recortarla con cualquier pretexto, así sea éste el más altruísta y generoso, expone al que tal cosa hace a incurrir en delincuencia cuando se llenan los presupuestos legales que confi-

guran alguna de las infracciones previstas en la ley penal. Concusionario es el empleado que así actúa, porque con abuso de su cargo, usa procedimientos ilícitos para producirse un beneficio pecuniario en contra de los derechos de los otros.

4.—La falsedad, en términos generales, es la alteración de la verdad. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad. Pero, para que esa mutación de la verdad en escritos, pueda ser delictuosa, es necesario que recaiga, no en cualquier clase de documentos, sino en aquellos escritos que se han otorgado para establecer, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica; o más claro, que se trate de un documento destinado a dejar testimonio de un hecho de importancia en las relaciones sociales.

Y esta exigencia es fundamental, porque el objeto jurídico que la falsedad ataca y que la ley penal protege, es la fe pública que los hombres depositan en los escritos o documentos que tienen alguna firmeza y seriedad en la vida civil y en el comercio humano.

La fe pública es, por lo tanto, un verdadero bien jurídico tutelado para asegurar la confianza colectiva recíproca que hace posible el desenvolvimiento de la vida en común. Esta es la objetividad jurídica violada directamente por el delito de falsedad. Consumada ésta, queda traicionada la confianza colectiva y el delito es perfecto, sin que, por lo mismo, sea de la esencia de la falsedad el perjuicio de tercero, especialmente cuando ella se realiza en documentos públicos, ya que éstos valen por sí mismos.

Naturalmente, la falsedad, aparte de vulnerar la fe pública, crea al mismo tiempo una situación de peligro contra los derechos ajenos, individualmente considerados, de tal suerte que si se hace uso del documento falso, a sabiendas de que lo es, se incurre en un concurso de delitos, o al menos se agrava la sanción. Por tanto, la falsedad y el uso del documento falsificado son hechos distintos, tan distintos que pueden ejecutarse por personas diversas que no han tomado parte en el delito principal, o sea en la falsedad.

Así se desprende claramente de nuestro estatuto penal, que sanciona independientemente la falsedad del documento, del uso del mismo. (Artículos 234, 241 y 242).

Además, la falsedad documentaria, dada su misma naturaleza, requiere la conciencia de la alteración de la verdad y la voluntad de ejecutarla, pues cuando la falta de verdad en un escrito proviene de un simple error, el hecho es penalmente indiferente. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso dice atinadamente el profesor Cuello Calón que "la mentira es el alma de la falsedad". Esta, por consiguiente, requiere el dolo genérico traducido en la representación del resultado y en la voluntad de producirlo contra derecho, sin consideración a determinados fines.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 231 del Código Penal colombiano, hay falsedad en documentos oficiales cuando el funcionario o empleado público, abusando de sus funciones, falta a la verdad en la narración de los hechos, etc.

En tal virtud, son presupuestos de este delito:

1º—Que el agente activo de la infracción sea un funcionario o empleado público;

2º—Que altere la verdad abusando de sus funciones; y

3º—Que la falsedad recaiga en un documento público.

5.—Una nómina para cobrar sueldos es un documento oficial, y si en ella se incurre en alguna falsedad, de ésta son responsables los empleados que intervienen en su formación.

Una nómina para cobrar sueldos, por servicios prestados al Gobierno, no puede considerarse como documento público en el momento mismo en que se presenta al respectivo superior para que le ponga el "visto bueno". Así lo ha dicho la Corte.

Una importante glosa merece esta última jurisprudencia. Y es que la Corte afirma allí que la nómina no es un documento público antes de que el respectivo superior le ponga el "visto bueno", afirmación ésta que no puede considerarse reñida con lo sustentado, en el sentido de que sí tiene carácter de documento público cuando ese "visto bueno" lo pone el jefe de la oficina, que como lo dice la misma Corte, "significa que es verdadero y corriente todo lo que esta exposición numérica y personal expresa".

Es decir, "equivale nada menos que a la certificación del jefe de la oficina, en cuanto afirma que los empleados han prestado realmente sus servicios y se han ganado su sueldo".

Es evidente que la nómina constituye un documento privado en cuanto por ella se establece una relación de cobro entre el empleado que trata de hacerla efectiva y el pagador que la cancela, pero esa circunstancia no le quita el carácter de documento público cuando esa relación no se vincula directamente con el empleado que devenga el sueldo y el pagador que lo hace efectivo, sino con el jefe de la oficina, que, por mandato de la ley, autoriza con el "visto bueno" la verdad de lo afirmado en dicho documento. En este evento, como lo ha dicho la Corte, el documento deja de ser privado, para convertirse en documento público.

Lo que, pues, en el caso de la nómina hace la fe pública, no es propiamente la cuenta de cobro contra el erario que el funcionario elabora para el pago de los sueldos. Es precisamente la afirmación que hace el jefe de la oficina respectiva, de que las personas en dicho documento señaladas y cuyos nombres se consignan en él autógrafos, ocupan cargos en la administración pública, los que han desempeñado efectivamente.

Puede, desde luego, discutirse la calidad del documento que constituya una nómina; pero es indudable que al poderse hacer afirmaciones en ese documento que ideológicamente indiquen que se ha faltado a la verdad, la cuestión cambia de aspecto, toda vez que el documento, como cuenta de cobro podría ser privado, pero adquiere inmediatamente el significado de público desde el momento mismo en que sea un funcionario público quien, al confeccionarlo o elaborarlo, haga afirmaciones que, por ser exigidas por la ley, cuando no se hacen o se hacen falsamente, producen distintas consecuencias: en el primer caso, que el documento no tiene valor para los fines para que fue creado; en el segundo, que dicho documento fue alterado con una falsedad ideológica.

No de otra manera puede enfocarse esta cuestión, ya que de no tener el carácter de falsedad que se le ha asignado a un hecho como el de hacer figurar en una nómina que determinada persona ha recibido todo el valor correspondiente al sueldo de un puesto público, cuando en realidad parte de ese sueldo, por orden del jefe de la oficina, ha debido entregarse a otra persona que no figura en la nómina, sería llegar al absurdo, porque sería pretender que el legislador, en la estructura de los delitos, no señalara ninguno que comprendiese los elementos que distinguen un acto de tal naturaleza. Si ello fuese así, nada resultaría más cómodo a los funcionarios públicos que hacer afirmaciones en las nóminas que elaboran, de que personas determinadas están desempeñando ciertos cargos públicos, aunque ello no sea cierto, para defraudar al tesoro público. Y esta defraudación tendría el carácter de estafa, como lo sostiene la jurisprudencia española en la interpretación de un texto similar al del Código colombiano, si se tratara de personas inexistentes, esto es, imaginarias, porque en este caso el engaño que tal delito exige como elemento esencial, quedaría claro al emplear dicho medio fraudulento. Mas cuando se trata de personas existentes, el hecho de hacerlas aparecer como realizando un acto al que en realidad de verdad no concurrieron, implica ya una mutación de la verdad que rebasa los límites de la infracción contra la propiedad, para adquirir relieves que la sitúan entre los delitos que tutelan la fe pública, cuando de dicha fe están encargados los funcionarios públicos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio seis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

La Sala Penal de la Corte, en providencia de veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, llamó a responder en juicio criminal al doctor Rafael Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por los delitos de concusión y falsedad en documentos públicos.

Tramitado el juicio en forma legal, se procede a decidir definitivamente sobre el mérito de los cargos formulados en el auto de proceder.

Hechos

De las actuaciones ilícitas del doctor Rafael Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, investigadas en este proceso, se le dedujeron cargos que configuran los delitos de concusión y falsedad, suficientemente analizados por esta Sala en el auto de vocación a juicio, y en el que resolvió la reposición del mismo.

Concusión

Consiste este delito en que el procesado, doctor Flórez Camacho, siendo Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en forma ilegítima descontó a su escribiente en la Fiscalía, señorita Beatriz Díaz Riveros, parte del sueldo que a ésta correspondía y en haberla privado de su remuneración como tal, durante los últimos días del mes de noviembre y todo el mes de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, para lo cual, como lo dice la Procuraduría, "ilegalmente y mediante constricción psíquica, determinó a la señorita Díaz Riveros a aceptar el cargo de escribiente con la condición de repartir su sueldo con otra empleada, que no prestó esos servicios, y no haberle entregado la remuneración que le correspondía en diez días del mes de noviembre de 1945 y todo el mes de diciembre del mismo año. Como consecuencia de aquella condición, la señorita Díaz Riveros sólo recibió parte de su sueldo durante los meses de enero, febrero, marzo, abril y primera quincena de mayo de 1946".

Falsedad

Esta infracción se desprende del hecho realizado por el mismo doctor Flórez Camacho, en ejercicio de sus funciones como Fiscal, al hacer figurar en la nómina de su despacho, en el mes de noviembre de 1945, a la señorita Carmen González C., como escribiente de la Fiscalía, siendo así que dicha señorita no prestó tales servicios, pues en esa época era empleada de las Rentas Departamentales, y quien realmente desempeñó las funciones de escribiente de la Fiscalía fue la señorita Beatriz Díaz Riveros.

Pruebas y calificación legal de los hechos

El carácter oficial del procesado en la época en que se consumaron los cargos que se le han formulado, se encuentra debidamente establecido en autos, con los documentos visibles a folios 34, 39 y 40 del cuaderno número 2.

La responsabilidad penal del doctor Rafael Flórez Camacho, en cuanto al cargo de concusionario que se le ha formulado, surge plenamente establecida de las declaraciones de la señorita Díaz Riveros; de la de los señores doctor Domingo Arenas Serrano, Carlos Gómez Pradilla y Saúl Villabona, como también de la propia confesión del procesado y de los documentos oficiales procedentes de la Procuraduría General de la Nación, pruebas éstas analizadas y comentadas extensamente en el auto de proceder y no desvirtuadas en el término probatorio, en donde no se presentó prueba ninguna en favor del procesado.

En lo que atañe al delito de falsedad documental, de que también responde el procesado doctor Flórez Camacho y que —como dice la Procuraduría— "fue un medio para realizar u ocultar la concusión", igualmente se encuentra probado, en forma completa, con la confesión del mismo doctor Flórez Camacho; con las declaraciones antes citadas; con el nombramiento y posesión de la señorita Carmen González como empleada de las Rentas Departamentales y la certificación expedida por esta entidad, en que consta que en el mes de noviembre de 1945, la misma ejercía las funciones de tal en aquella dependencia; con la presentación y pago de las nóminas; y, finalmente, con el reintegro efectuado por el doctor Flórez Camacho a la Administración de Hacienda Nacional, del sueldo cobrado por la señorita González, en su calidad de empleada de la Fiscalía de que era titular el procesado, de que también se hizo mérito en la vocación a juicio, en forma detenida.

En efecto, la Corte, tanto en el auto de proceder como en la resolución sobre reposición del mismo, analizó detenidamente las pruebas allegadas al proceso y sobre las cuales basó el llamamiento a juicio contra el doctor Flórez Camacho. De ellas dedujo los siguientes hechos fundamentales, en cuanto al delito de **concusión:**

"1º—Que la señorita Beatriz se hallaba en muy difíciles circunstancias económicas, en "absoluta pobreza", como dice el doctor Flórez Camacho, cuando él le ofreció el puesto de escribiente en la Fiscalía y cuando ella lo aceptó.

"2º—Que Beatriz convino en la proposición que le hizo el doctor Flórez Camacho, referente a dividir el sueldo con otra señorita que ayudaría, en horas extras, en los trabajos de la Fiscalía".

Y prosigue la Sala, prohijando el concepto de la Procuraduría:

"Este asentimiento de la señorita Beatriz a dividir el sueldo desnaturaliza el delito de concusión imputado al funcionario doctor Flórez Camacho? Cree la Procuraduría que no, por las siguientes razones:

La concusión —que en un principio se confundió con el cohecho— es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público; consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o a prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: el abuso de poder — que es el medio — y la entrega o la simple promesa de dineros o de cualquiera otra utilidad — que es el fin —. La cosa prometida o entregada puede ser para el concusionario o para un tercero.

Pero el abuso de autoridad constituído por la exigencia arbitraria no sólo es aquel que entraña la concreta ejecución de una amenaza injusta, sino toda otra manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o a entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión **explícita,** constituída por el empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión **implícita,** que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso se amenaza abiertamente con un acto de poder; en el segundo se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debido al habilidoso abuso de funciones que se pone en juego.

En el presente caso, dada la apremiante necesidad económica que experimentaba la señorita Díaz Riveros en los momentos de ofrecérsele el cargo, la sola proposición que le hizo el Fiscal doctor Flórez Camacho de dividir el sueldo con otra persona, creó en aquélla una situación difícil y conflictiva, como es obvio suponerlo. De un lado, la urgencia de tener un medio lícito para subvenir a sus necesidades y a las de su familia; de otro, la condición puesta por el funcionario de repartir el sueldo; o remediar en parte la grave situación que la asediaba, dividiendo el sueldo, o quedarse sin él, no dividiéndolo, tal fue en el fondo el torturante dilema que el Fiscal doctor Flórez Camacho le planteó a Beatriz con su ofrecimiento al parecer bondadoso.

Naturalmente, ella aceptó el puesto, pero su decisión, aunque voluntaria, no fue espontánea y libre. El **temor** de perder la colocación, la determinó a convenir en la carga de dividir su sueldo que le requería el funcionario oferente. Quiso asirse más a uno que a otro partido, pero apremiada por las circunstancias. He ahí la constricción implícita y velada que envolvía la propuesta del Fiscal, y por eso la entrega de los dineros que Beatriz le hacía no era un acto de simple espontaneidad, sino algo forzado y de mala gana. Daba, sí, lo que se le exigía, pero bien hubiera querido no darlo.

Véase, si no, cómo se marcan esa constricción y ese desagrado en la psiquis de Beatriz, leyendo los siguientes pasajes de la diligencia de careo:

"El doctor Flórez Camacho me había dicho que ese sueldo **era necesario dividirlo** con otra empleada que trabajaba por fuera, y por eso yo no recibía sino noventa pesos...; yo considero que era obligación firmar la nómina por la totalidad del sueldo porque de lo contrario no lo pagaban..." Preguntada por el doctor Flórez Camacho: Dada la respuesta anterior, ¿por qué en el memorial que usted ha reconocido como verídico en cuanto a los hechos allí afirmados, sostiene que yo la atropellé y robé? Contestó: Porque a mí me parece que eso es un atropello y un robo".

¿Tenía el Fiscal autorización legal para descontarle a Beatriz parte de su sueldo y entregarle esa cuota a otra persona? Absolutamente.

Los sueldos son las remuneraciones que da el Tesoro Público a los empleados oficiales por los servicios que éstos prestan. Realizado el servicio, el funcionario o empleado público tiene el derecho de recibir íntegra su asignación, a menos que la ley o una orden de autoridad competente (embargo, por ejemplo) impongan descuentos especiales.

Por eso, el artículo 132 del Decreto Ejecutivo número 1036 de 1904 dispone que "las nóminas serán acompañadas de todas aquellas explicaciones y aclaraciones que puedan estimarse necesarias o conducentes a su objeto, y cuando ocurra el caso llevarán una columna destinada a expresar descuentos o deducciones que deban hacerse en los **sueldos por alguna causa legal**".

Además, el Código de Régimen Político y Municipal asigna al Jefe de cada oficina la obligación de distribuir el trabajo entre sus subalter-

nos de una manera equitativa, pudiendo variar a distribución cuando lo juzgue necesario o conveniente para el buen servicio público (artículo 86); y lo faculta para admitir ayudantes que rabajen **sin remuneración**, con el fin de instruírse prácticamente en la manera de desempeñar los diversos destinos públicos; y cuando esto suceda, se procurará colocar a dichos ayudantes, en caso de que haya puestos vacantes, que ellos puedan desempeñar perfectamente. (Artículo 330).

Nada más ni nada menos puede hacer en esta materia el jefe de una oficina pública con sus empleados y con los ayudantes particulares que quieran intruírse en los diversos destinos públicos, esto es, que en ningún caso le es permitido dividir el sueldo de sus subalternos, y menos retortárselo para beneficiar a personas extrañas, por más que éstas hayan colaborado en el buen mantenimiento del despacho oficial.

En esto radica cabalmente el abuso de funciones en que incurrió el Fiscal acusado, creando a su amaño o en forma caprichosa, una decisión contraria a la ley, abuso de autoridad que es uno de los presupuestos de la concusión exigido por la doctrina y por el artículo 156 de nuestro Código Penal.

"Que las intenciones del procesado fueron sanas y nobles al pagar un ayudante con parte del sueldo de su empleada escribiente, a fin de mantener al día la oficina, eso no desnaturaliza el abuso. Los motivos nobles o innobles que en esos casos guían al funcionario en la violación de la ley, apenas servirán para individualizarle la sanción, en el evento de una sentencia condenatoria; y nada más. Lo hecho contra claras normas preestablecidas es de suyo antijurídico y crea una responsabilidad penal de parte del empleado o funcionario que las infringe.

En infracciones de esta naturaleza, como lo ha dicho la Corte, el resultado perturbador del orden jurídico que el acto arbitrario produce, le ha bastado a la ley para considerarlo punible, sin que pierda ese carácter por la calidad de los móviles o por la intención del agente, o por las consecuencias benéficas o nocivas, justas o injustas respecto de los particulares afectados por el acto".

Por consiguiente, ante disposiciones tan claras y perentorias de la ley, no había lugar a equivocación o error alguno por parte del Fiscal; su conducta se tradujo en la voluntad o propósito de cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos".

Y esa conciencia de la criminalidad del hecho, esa representación intelectual del mismo y la voluntad de producirlo, inherentes al dolo, aparecen manifiestas con las propias explicaciones dadas por el procesado.

En el primer informe rendido a la Procuraduría manifestó que "quien trabajaba y **recibía todo su sueldo** era la señorita Díaz" (fs. 9, cuaderno número 1).

Luégo, personalmente, ante el propio Procurador General que se hallaba en Bucaramanga, el doctor Flórez Camacho le ratificó lo anterior. Así consta en el documento público que obra al folio 67.

Y ya, a lo último, vino a confesar el doctor Flórez Camacho que su empleada subalterna no recibió mensualmente todo el sueldo, sino apenas noventa pesos, por virtud del convenio celebrado con ella.

Además, la señorita Beatriz declara que el doctor Flórez Camacho le recomendó que no fuera a decir a nadie lo referente al descuento del sueldo (fs. 31 v.).

Estos antecedentes y el hecho mismo de haber destituído a Beatriz cuando ésta divulgó la retención de parte de su sueldo, son pruebas suficientes de que el doctor Flórez Camacho tenía conciencia de la ilegalidad del procedimiento adoptado con su subalterna.

Resumiendo, se tiene:

El Fiscal Rafael Flórez Camacho colocó como Escribiente de la Fiscalía a la señorita Beatriz Díaz, a sabiendas de las penosas circunstancias económicas de ésta; le ofreció el cargo, pero con la condición de dividir el sueldo con otra señorita; aceptada esa condición por Beatriz, le descontaba parte de la asignación que a ella le correspondía por sus servicios prestados; la mencionada exigencia impuesta por el funcionario fue arbitraria, por no estar autorizada por la ley; y, finalmente, en ello procedió con malicia.

Ahora bien: como hubo sucesivos descuentos en el sueldo de Beatriz, o sea, violación repetida de una misma disposición de la ley penal, mediante un solo designio, es preciso concluir que se trata de una concusión continuada.

El error del doctor Flórez Camacho, que lo llevó a transgredir el orden jurídico, consiste en pretender justificar su actuación alegando exceso de trabajo en las dependencias a su cargo, circunstancia que según su decir lo condujo a rea-

lizar un compromiso con la señorita Escribiente de la Fiscalía, para pagarle un sueldo inferior al asignado a ese funcionario, para dar el resto a una empleada que en la casa de habitación del Agente del Ministerio Público ante el Tribunal de Bucaramanga, le ayudaba a desempeñar el trabajo de la oficina. Pero es que esta clase de compromisos no pueden hacerse por los funcionarios, aunque el fin sea lícito y altruísta. De tolerarse o admitirse ese procedimiento, la administración pública que fija las asignaciones civiles de los empleados al servicio del Estado, quedaría no a merced de las leyes, reglamentos o decretos, que señalan tales emolumentos, sino de los propios funcionarios, que por aquel medio, podrían repartir a su antojo los dineros públicos.

Esto de un lado; de otro, el funcionario que así obra, por lo mismo de hacerlo abusando de sus funciones, porque esto no es ni siquiera discutible, se coloca en una situación incompatible con su cargo, porque cualquiera que sea el fin, y aún supóngasele el más generoso y altruísta, tal proceder puede implicar o acarrear desconfianza pública para el empleado que así procede, por el recelo que podría suscitar la consideración de que bajo la apariencia de una acción lícita o siquiera indiferente, se oculte un proceder incorrecto, ilegal o arbitrario.

Es indudable que ninguno de esos extremos deben permitírsele a los empleados públicos, ya que implica abuso todo lo que se haga obrando de tal manera, porque la administración pública no puede estar a merced del capricho del funcionario, sino sometida a normas de más elevada jerarquía, que la simple explicación de que se pretendió obrar con licitud, cuando todas las apariencias indican lo contrario.

Si el procedimiento adoptado por el doctor Flórez Camacho, que en rigor legal lo hace concusionario, se generalizara, apenas habría empleado público que no se atreviera a él, para favorecer a personas ajenas al servicio público, so capa de altruísmo y generosidad; ni tampoco habría ninguno, que con el pretexto de recargo de trabajo, distribuyera empleos a su arbitrio, señalando a su voluntad las asignaciones pagadas por el Estado.

En la lista de las asignaciones civiles que rigen para la rama jurisdiccional del Poder Público como emanación de los gastos del Estado, se fijan los sueldos para cada uno de los empleados al servicio de la Nación. Y esa y no otra es la retribución que se les paga por su trabajo. Recortarla con cualquier pretexto, así sea éste el más altruísta y generoso, expone al que tal cosa hace a incurrir en delincuencia cuando se llenan, como en el caso de autos, los presupuestos legales que configuran alguna de las infracciones previstas en la ley penal. Concusionario es el empleado que así actúa; porque con abuso de su cargo, usa procedimientos ilícitos para producirse un beneficio pecuniario en contra de los derechos de los otros.

Los elementos esenciales del delito de concusión, serán, pues: a) Calidad de funcionario o encargado del servicio público en el agente; b) Abuso de esas funciones o de ese cargo para constreñir o inducir a otro a dar o prometer al empleado o a un tercero, dinero u otra utilidad cualquiera; c) Que el objeto de esos hechos sea obtener una ventaja para el agente; y d) Que esa ventaja se consiga de modo ilegal.

Reunidos estos elementos, la infracción se encuentra configurada.

Debe admitirse que el cargo deducido en juicio al doctor Flórez Camacho, no consiste, ni tampoco podría consistir, en que constriñera o indujera a la Díaz a aceptar el puesto. La concusión consiste en haber logrado, por uno de esos medios, que la empleada entregara al funcionario parte de su sueldo. Esto debe quedar claro para evitar el equívoco que ha permitido al procesado sacar el debate jurídico de su verdadero terreno para situarlo en otro, en el cual cree poder aducir argumentos más eficaces para contrarrestar la imputación.

Aunque el cargo le fuese aceptado por la Díaz al funcionario voluntariamene, esto no cambia ni modifica los aspectos de la cuestión. Lo que constituye el hecho ilícito es aprovecharse de esas circunstancias para disminuir el patrimonio de la empleada en provecho de otra persona o del propio funcionario. Tómese nota que el Código contempla ambas ocurrencias. De modo que bien sea porque el provecho haya sido para el funcionario o para tercera persona, la relación jurídica que implica el delito subsiste, sin modificación alguna que cambie su esencia.

A pesar de que no se hubiese establecido en el proceso el empleo de medios coercitivos, aptos para constreñir, lo que al fin y al cabo indica una especie de acción directa ejercida contra el sujeto, como que el vocablo constreñir, implica obligar, precisar, o compeler por la fuerza a ejecutar alguna cosa, no puede desconocerse que el otro extremo de la infracción se encuentra de-

mostrado, porque inducir hace relación no ya a una acción directa objetiva, sino a factores de índole psicológica, a motivos morales. El mismo significado gramatical del vocablo así lo indica, pues quiere decir instigar, persuadir, mover. En esta última acepción puede comprenderse la actividad del doctor Flórez Camacho para conseguir su objetivo. Luego por este aspecto es invulnerable la ocurrencia delictiva, ya que basta para ello, que quien de tal manera obra, lo haga en forma voluntaria, pero esa voluntad resulte condicionada a prometer o dar. Cuando esto se consigue, se caracteriza la concusión.

Falsedad

Sobre este delito razona así la Corte en las providencias citadas:

El delito de falsedad en contra del doctor Flórez Camacho se desprende del informe dado por el señor Auditor Fiscal de la Contraloría General de la República, por el hecho de figurar el nombre de la señorita Carmen González C., como Auxiliar de la Fiscalía del Tribunal Superior de Bucaramanga, siendo así que dicha persona desempeñaba y devengaba su sueldo correspondiente como empleada estampilladora en las Rentas Departamentales.

¿Ese procedimiento del señor Fiscal doctor Flórez Camacho constituye un delito de falsedad? Pasa a examinarse la cuestión.

La falsedad, en términos generales, es la alteración de la verdad. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad. Pero para que esa mutación de la verdad en escritos pueda ser delictuosa, es necesario que recaiga, no en cualquier clase de documentos, sino en aquellos escritos que se han otorgado para establecer, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica; o más claro, que se trate de un documento destinado a dejar testimonio de un hecho de importancia en las relaciones sociales.

Y esta exigencia es fundamental, porque el objeto jurídico que la falsedad ataca y que la ley penal protege, es la fe pública que los hombres depositan en los escritos o documentos que tienen alguna firmeza y seriedad en la vida civil y en el comercio humano.

La fe pública es, por lo tanto, un verdadero bien jurídico tutelado para asegurar la confianza colectiva recíproca que hace posible el desenvolvimiento de la vida en común. Esta es la objetividad jurídica violada directamente por el delito de falsedad. Consumada ésta, queda traicionada la confianza colectiva y el delito es perfecto, sin que, por lo mismo, sea de la esencia de la falsedad el perjuicio de tercero, especialmente cuando ella se realiza en documentos públicos, ya que éstos valen por sí mismos.

Naturalmente, la falsedad, aparte de vulnerar la fe pública, crea al mismo tiempo una situación de peligro contra los derechos ajenos, individualmente considerados, de tal suerte que si se hace uso del documento falso, se incurre en un concurso de delitos, o al menos se agrava la sanción. Por tanto, la falsedad y el uso del documento falsificado son hechos distintos, tan distintos que pueden ejecutarse por personas diversas que no han tomado parte en el delito principal, o sea en la falsedad.

Así se desprende claramente de nuestro estatuto penal, que sanciona independientemente la falsedad del documento, del uso del mismo. (Artículos 234, 241 y 242).

Además, la falsedad documentaria, dada su misma naturaleza, requiere la conciencia de la alteración de la verdad y la voluntad de ejecutarla, pues cuando la falta de verdad en un escrito proviene de un simple error, el hecho es penalmente indiferente. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso dice atinadamente el profesor Cuello Calón que "la mentira es el alma de la falsedad". Esta, por consiguiente, requiere el dolo, pero el dolo genérico traducido en la representación del resultado y en la voluntad de producirlo contra derecho, sin consideración a determinados fines.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 231 del Código Penal colombiano, hay falsedad en documentos oficiales cuando el funcionario o empleado público, abusando de sus funciones, falta a la verdad en la narración de los hechos, etc.

En tal virtud, son presupuestos de este delito:

1º—Que el agente activo de la infracción sea un funcionario o empleado público;

2º—Que altere la verdad abusando de sus funciones; y

3º—Que la falsedad recaiga en un documento público.

Una nómina para cobrar sueldos es un documento oficial, y si en ella se incurre en alguna falsedad, de ésta son responsables los empleados que intervienen en su formación.

Una nómina para cobrar sueldos, por servicios prestados al Gobierno, no puede considerarse como documento público en el momento mismo en que se presenta al respectivo superior para

que le ponga el **visto bueno.** Así lo ha dicho la Corte.

Una importante glosa merece esta última jurisprudencia. Y es que la Corte afirma allí que la nómina no es un documento público antes de que el respectivo superior le ponga el "visto bueno", afirmación ésta que no puede considerarse reñida con lo sustentado, en el sentido de que sí tiene carácter de documento público, cuando ese "visto bueno" lo pone el jefe de la Oficina, que como lo dice la misma Corte, en cita que hace la Procuraduría, "Significa que es verdadero y corriente todo lo que esta exposición numérica y personal expresa". Es decir, "equivale nada menos que a la certificación del jefe de la Oficina, en cuanto afirma que los empleados han prestado realmente sus servicios y se han ganado su sueldo".

Es evidente que la nómina constituye un documento privado en cuanto por ella se establece una relación de cobro entre el empleado que trata de hacerla efectiva y el pagador que la cancela, pero esa circunsantcia no le quita el carácter de documento público cuando esa relación no se vincula directamente con el empleado que devenga el sueldo y el pagador que lo hace efectivo, sino con el jefe de la oficina, que por mandato de la ley, autoriza con el "visto bueno" la verdad de lo afirmado en dicho documento. En este evento, como lo ha dicho la Corte, el documento deja de ser privado, para convertirse en documento público.

La falsedad, en el caso de autos, no proviene propiamente de la simple cuenta de cobro, que el empleado presentó para que le fueran pagados sus emolumentos, sino de la afirmación reñida con la verdad, consistente en hacer aparecer que la persona de la señorita Carmen González, desempeñaba un empleo en la Fiscalía a cargo del doctor Flórez Camacho, caundo en realidad de verdad dicha señorita, por mandato constitucional, no podía devengar dos sueldos del Tesoro Público, ya que por la misma época en que el jefe de la oficina certificaba, al poner el "visto bueno" a la nómina, que desempeñaba un cargo en la Fiscalía, afirmaba un hecho falso, porque la señorita González estaba empleada en la Recaudación de Rentas Departamentales de Santander.

Es aquí donde debe situarse la verdadera solución del problema, pues, aún aceptando que la nómina apenas tenga el carácter de documento privado, porque constituye una cuenta de cobro, no puede decirse lo mismo cuando el jefe de la oficina respectiva hace en dicho documento afirmaciones reñidas con la verdad, como la de hacer aparecer a una persona desempeñando un cargo, cuando ésta en realidad no lo desempeña. Es éste el aspecto trascendental del problema, que toma especiales características cuando es precisamente esa certificación, que implica el "visto bueno" del jefe de la oficina respectiva, la que coloca la naturaleza del documento en un plano distinto del que podría tener de ser privado, porque con este carácter no conseguiría que los efectos sobre que descansa dicho documento puedan hacerse efectivos, si no es porque el que lo expide o elabora y al mismo tiempo certifica sobre hechos cuya formalidad es indispensable para que tenga valor, en cierto modo lo solemnizan para cumplir sus efectos, como que de otra manera no podría ello ocurrir.

Una sentencia de la Corte, aunque proferida cuando regía el Código de 1890, señala el alcance jurídico del "visto bueno" que cada nómina debe contener para que sirva de cuenta de cobro contra el Estado. Su transcripción es de gran valor en este caso porque, anuque no esté vigente el mismo estatuto, los principios en ella contenidos, tendrán vigencia siempre, cuando de idénticos documentos se trata. Dice así:

"El **visto bueno** que se pone a las nóminas para cobrar sueldos de empleados públicos, es una frase abreviada del lenguaje forense que significa esto: "es verdadero y corriente todo lo que esta exposición numérica y personal expresa. Cuando esta afirmación oficial que da fuerza legal a un documento de crédito contra el Tesoro és falsa, esta falsedad está sancionada en el Código Penal por disponerlo así el artículo 374 del propio Código".

Carrara, después de clarificar el concepto de documento público en el sentido de contrarrestar el criterio, que él llama falaz, de que lo que le da la calidad de tal, es que la persona que lo ha expedido sea oficial púlbico, por cuanto que este solo concepto podría llevar a conclusiones equívocas, desde luego que también los oficiales públicos pueden dar vida a escrituras privadas, dice en el número 3751, de su famoso "Programa", que "para que el escrito extendido por el oficial público tenga carácter de documento público, es necesario que esté destinado a **hacer fe** de un hecho contra la administración pública o contra terceros y no solamente a cargo o beneficio del que lo suscribe. Este es el criterio sutil,

pero exacto que de (acuerdo con el principio cardinal según el cual, para que haya documento público, se requiere que éste se vincule con la fe pública) traza la línea que separa, entre las muchas escrituras extendidas por un oficial público, las que son documentos públicos a los fines penales y las que no lo son".

De conformidad con este criterio, lo que en el caso a estudio hace fe pública, no es propiamente la cuenta de cobro contra el erario que el funcionario elabora para el pago de los sueldos. Es precisamente, la afirmación que hace el jefe de la oficina respectiva, es decir, el señor Fiscal Flórez Camacho, de que las personas en dicho documento señaladas y cuyos nombres se consignaron en él autógrafos, ocupan cargos en la administración pública, los que han desempeñado efectivamente.

Puede, desde luego, discutirse la calidad del documento que constituye una nómina; pero es indudable que al poder hacerse afirmaciones en ese documento que ideológicamente indique que se ha faltado a la verdad, como es el caso contemplado aquí, la cuestión cambia de aspecto, toda vez que el documento, como cuenta de cotamente el significado de público desde el mobro, podría ser privado, pero adquiere inmediamento mismo en que sea un funcionario público quien al confeccionarlo o elaborarlo, haga afirmaciones que, por ser exigidas en la ley, cuando no se hacen o se hacen falsamente, producen distintas consecuencias: en el primer caso, que el documento no tiene valor para los fines para que fue creado; en el segundo, que dicho documento fue alterado con una falsedad ideológica.

No de otra manera puede enfocarse esta cuestión, ya que de no tener el carácter de falsedad que se le ha asignado a un hecho como el que en el proceso se contempla, sería llegar al absurdo, porque lo sería pretender que el legislador, en la estructrua de los delitos, no señalara ninguno que comprendiese los elementos que distinguen un acto de tal naturaleza. Si ello fuese así, nada resultaría más cómodo a los funcionarios públicos que hacer afirmaciones en las nóminas que elaboran de que personas determinadas están desempeñando ciertos cargos públicos, aunque ello no sea cierto, para defraudar al tesoro público. Y esta defraudación tendría el carácter de estafa, como lo sostiene la jurisprudencia española en la interpretación de un texto similar al del Código colombiano, si se tratara de personas inexistentes, esto es, imaginarias, porque en este caso el engaño que tal delito exige como elemento esencial, quedaría claro al emplear dicho medio fraudulento. Mas cuando se trata de personas existentes, el hecho de hacerlas aparecer como realizando un acto al que en realidad de verdad no concurrieron, implica ya una mutación de la verdad, que rebasa los límites de infracción contra la propiedad, para adquirir relieves que la sitúan entre los delitos que tutelan la fe pública, cuando de dicha fe están encargados los funcionarios públicos.

En el afán de resolver el problema que plantea este proceso con el máximo acopio de doctrina, que evite todo equívoco sobre los elementos que configuran el delito de falsedad en documento público, la Corte ha buscado en los tratadistas los distintos criterios que gobiernan la cuestión, a fin de orientarse para que la decisión que adopte resulte rodeada del mayor acopio de razones, que la hagan invulnerable.

Es sin duda el Maestro Carrara quien ofrece motivos de más honda meditación sobre el tema en estudio. Partiendo del concepto de que "el carácter del documento es totalmente objetivo, concluye que no deriva de la **persona** que lo hace, sino del **fin** y del **efecto**". Por ello "es público aquel folio que tiene por **fin** y **efecto** hacer frente a todos y que es creado con las formas instituídas para garantía de todos". "De aquí, deduce el mismo Maestro, con base en un fallo de la Corte de Casación de Florencia, que "el criterio objetivo es indispensable para completar los caracteres del documento público, pues en dicho fallo se destacó entre los criterios necesarios para constituir dicha clase de documentos: la fe que le es atribuída". Y este criterio es el que es preciso destacar para que la doctrina de Carrara no pueda ser tergiversada buscando con ella sustentar argumentos reñidos con la decisión que propugna la Corte, cuando afirma el Maestro: "ser equivocada la pretensión de atribuir carácter de documento público a los papeles que un oficial público extiende con títulos de crédito en su propio favor".

Es evidente que si a una nómina apenas se le asigna el carácter de una cuenta de cobro, la opinión de Carrara difícilmente podría no ser tenida en cuenta para señalar el verdadero criterio en lo tocante a considerar dicho documento como público o privado, para efectos de distinguir la falsedad documentaria que allí pueda presentarse. Mas éste no es el concepto jurídico. Lo

que en realidad determina el carácter del documento, aparte de la persona misma que lo otorga o elabora, que debe ser funcionario público, es el abuso de funciones que representa el hecho de consignar en la nómina, no la simple cuenta del empleado contra el erario público por el valor de sus asignaciones, sino la fe que a la nómina tiene que ser atribuída, en cuanto afirma que las personas que en ella figuran ocupan cargos en la administración pública y que han trabajado los días y meses que el reglamento señala para efectuar el pago a los servidores públicos. Es entonces cuando ese documento deja de ser cuenta de cobro en interés privado y personal del que la elabora u otorga, para convertirse en un papel que hace fe pública contra el Estado, por las afirmaciones en él contenidas y que de no ser consignadas en dicho documento, ningún valor tendría éste para obligar al erario a satisfacer el pago que allí se ordena, a las mismas personas que allí figuran y por la cantidad devengada, según el trabajo y el tiempo que se cobra de servicio.

La circunstancia de no haberse producido durante el plenario del juicio ningún elemento susceptible de modificar las conclusiones del auto de proceder hace que esas mismas conclusiones, inmodificadas e inmodificables, sean tenidas en cuenta ahora cuando de dictar la sentencia condenatoria se trata.

Distinto sería el caso de que en dicho término se hubieran producido elementos probatorios capaces de modificar los términos de la calificación sumarial. Habiendo sido juzgado el reo en contumacia, porque hubo de ser declarado ausente, evitó que produjera todos los descargos que podían modificar su situación ante la ley.

De hecho y de derecho los fundamentos de esta sentencia necesariamente deben ceñirse a las conclusiones derivadas de providencias que son ley del proceso, que tuvieron oportunidad de ser contradichas y redargüidas, sin que esa oportunidad se aprovechara en sentido favorable al procesado.

La justicia brinda la adecuada defensa al reo para que se justifique de los cargos formulados. Cuando ello no se hace, como en este caso, si las premisas sentadas en el auto de vocación a juicio no fueron desvirtuadas, sólo cumple mantenerlas, porque de un nuevo análisis para la sentencia, ninguna modificación aparece susceptible de cambiar la faz jurídica y probatoria del proceso.

Conclusiones

De todo lo anterior se deduce que está legalmente producida la prueba que constituye al procesado responsable de los delitos de falsedad ideológica y concusión, y que, por tanto, corresponde a la Corte dictar sentencia condenatoria que declare aquella responsabilidad.

De conformidad con el artículo 231 del Código Penal (ordinal 4º), el delito más grave porque se juzga es el de falsedad documentaria, pues que tiene señalada en el Código una pena de presidio de tres a diez años. Pero como también se infringió otro mandato legal correspondiente al delito de concusión (artículo 156), es el caso de dar aplicación, ya que se trata de un concurso real de delitos, al artículo 33 del estatuto.

Desde la providencia de vocación a juicio fueron calificados los delitos de falsedad y concusión, como infracciones continuas. En efecto, sobre el último de éstos dijo entonces la Corte: Como hubo sucesivos descuentos en el sueldo a Beatriz, o sea, violación repetida de una misma disposición penal, mediante un solo designio, es preciso concluir que se trata de una concusión continuada.

En cuanto a la falsedad, idéntico concepto expresó la Sala en aquella providencia, de la siguiente manera: En resumen: aparece establecido que el doctor Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal, consumó una falsedad ideológica en las nóminas del mes de noviembre de 1945, delito que también debe tenerse como continuado, dada la reiteración de él por dos ocasiones y el propósito que lo determinó.

Así las cosas, la norma del artículo 32 debe también tenerse en cuenta para la fijación de las sanciones.

Por consiguiente, se tiene que como no existen comprobadas circunstancias de mayor peligrosidad, ni tampoco obran en el proceso los distintos factores que autorizan elevar la sanción por concepto de los elementos previstos en el artículo 36 del Código, sobre la base de las condiciones genéricas de peligrosidad, la sanción debe aplicarse de conformidad con los mínimos que determina la ley.

Por ello, la Corte, obrando de conformidad con el pensamiento del Procurador Delegado en lo Penal, aplica ese mínimo de tres años, correspondiente al delito más grave (falsedad), a cuya pena base agrega, por el fenómeno de la conti-

nuidad de este delito (artículo 32), una sexta parte, o sea seis meses; resulta de esta suerte una pena de cuarenta y dos meses de presidio, los que deben ser aumentados también en la proporción que señala el artículo 33, que para los efectos del cómputo, sobre la misma pena base, se fijan en otra sexta parte, lo que da por este aspecto un guarismo de siete meses, que sumados a los cómputos anteriores, dan en total cuatro años y un mes de presidio, igual a la que conceptúa que debe aplicarse el Agente del Ministerio Público y que la Corte, por las razones anotadas, encuentra ajustada a las prescripciones legales, junto con las accesorias que corresponden a la pena de presidio.

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, RESUELVE:

1º—Condénase al doctor Rafael Flórez Camacho, de las condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, a la pena principal de **cuatro años y un mes de presidio,** como responsable de los delitos de concusión y falsedad, que deberá purgar en el lugar que designe el Gobierno;

2º—Condénase así mismo al procesado Flórez Camacho, a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; a la pérdida de la patria potestad y de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y a la publicación de la sentencia;

3º—Condénase al mismo al pago, en abstracto, de los daños y perjuicios causados con los delitos;

4º—Ejecutoriada esta sentencia, dése cumplimiento a los artículos 636 y 645 del Código de Procedimiento Penal.

5º—Si el procesado hubiere sufrido detención preventiva, se dará cumplimiento al artículo 96 del Código Penal.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M.— Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO. CUANDO DEBE INTERVENIR EN SU DECISION LA ENTIDAD SUPERIOR A AQUELLA ANTE LA CUAL ACTUA EL FUNCIONARIO IMPEDIDO O RECUSADO

En tratándose de impedimentos y recusaciones de los Fiscales de los Tribunales Superiores, la Corte sólo puede intervenir cuando surja conflicto entre la entidad calificadora y el Fiscal impedido o recusado, para decidir sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento o recusación. Mas, cuando, como en el presente caso, no hay discrepancias, vale decir, no ha surgido conflicto que resolver, la Corte carece de jurisdicción para conocer de un incidente ya fallado legalmente.

Cuando el conflicto surge entre el recusante y el propio funcionario recusado que rechaza los fundamentos legales de la recusación, la solución del Juez o Magistrado a quien por ministerio del artículo 79 del C. de P. P. toca decidir en estos casos, no admite intervención de entidad distinta, porque la ley considera el punto ya fallado y agotado el procedimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio nueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El doctor Aquileo Roa Bulla, sindicado en las presentes diligencias por delitos contra el sufragio, ha recusado al Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, doctor Marco Antonio Rubiano, porque considera que éste se halla impedido para intervenir en este proceso, por concurrir la causal primera del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, puso en conocimiento del Fiscal recusado los motivos de impedimento alegados por el recusante y, sobre el particular, el Agente del Ministerio Público manifiesta:

"No acepto la causal de recusación alegada por el doctor Roa Bulla, que según su decir, está incluída en la definida como primera, en el artículo 73 del Código de P. P., pues no veo el interés que yo pueda tener en el expresado proceso penal, distinto al que debo tener como Representante de la Sociedad, a saber, el de que se castiguen los delitos y se apliquen inexorablemente las leyes; ni tampoco encuentro el interés que tengan o puedan tener mis hermanos en el mismo proceso, no importa que el recusante haya sido o sea apoderado de ellos en algunos asuntos civiles. Pareciera dar a entender el doctor Roa Bulla, que de mi parte hubiera interés en su favor, precisamente por ser apoderado de mis hermanos, pero es el caso que esta circunstancia en ningún caso es capaz de perturbar, en lo más mínimo, mi conciencia como colaborador de la justicia y así lo declaro enfáticamente; y tan no tengo interés en su favor, no obstante la consideración que me merece y el ser sabedor de los importantes servicios que prestaba y presta a mis familiares, que en oportunidad me ví en el penoso caso de pedir su detención por el delito en cuestión, en virtud de considerar esa medida estrictamente legal".

El Tribunal, por su parte, en auto de once de mayo próximo pasado, resolvió la recusación de que se habla, así:

"El doctor Marco Antonio Rubiano manifiesta que no acepta la recusación propuesta, por no encontrarla ajustada a la ley, y es claro que si esta causal existiera el Agente del Ministerio Público se hubiera declarado impedido sin necesidad de recusación.

"Y es claro también, que ni el doctor Marco Antonio Rubiano ni el señor Pablo de Jesús Rubiano tienen interés alguno en este proceso, fuéra del que como representante de la sociedad le corresponde al primero de ellos.

"Es suficiente el planeamiento de la sin razón propuesta por el encausado doctor Roa Bulla, para que la Sala DECLARE INFUNDADA la recusación propuesta contra el Fiscal de esta Corporación, doctor Marco Antonio Rubiano, lo que

así resuelve el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley".

Ordena, además, el Tribunal, que se envíen las diligencias a la Corte para que decida el incidente, ya resuelto por aquella entidad.

Se considera:

En tratándose de impedimentos y recusaciones de los Fiscales de los Tribunales, el artículo 79 del Código Procesal Penal señala el procedimiento a seguir y la Corte, interpretando ese mandato legal, ha sentado la doctrina oportunamente invocada por el doctor Roa Bulla, en su memorial de recusación, y que dice:

"Tratándose del de un Fiscal de Tribunal, corresponde al Magistrado del proceso declararlo separado si lo halla fundado...; pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, es decir, **si disiente del Fiscal impedido** (la subraya no es del texto), envía el negocio a la Corte para que decida..."

Ello está diciendo, muy claramente, que la Corte sólo puede intervenir cuando surge conflicto entre la entidad calificadora y el Fiscal impedido o recusado, para decidir sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento o recusación. Mas, cuando, como en el presente caso, no hay discrepancias, vale decir, no ha surgido conflicto que resolver, la Corte carece de jurisdicción para conocer de un incidente ya fallado legalmente.

Nótese además, que el Código consagra distinto procedimiento, cuando se trata de un Juez o Magistrado y los Agentes del Ministerio Público y Secretarios de los Juzgados y Tribunales, en cuanto a la tramitación de un incidente de impedimento o recusación. En este último caso, el artículo 79 no contiene normas semejantes a las que gobiernan los primeros, desde luego que no admite ni siquiera el supuesto contemplado en el art. 77, para aquellos funcionarios. La regla del artículo 79, especial para los Agentes del Ministerio Público y Secretarios de Juzgados y Tribunales, no contempla sino el extremo de que quien califica el impedimento o recusación acepte las razones legales en que se apoya; si no lo acepta, nada dice en relación con el superior que debe resolver la discrepancia, como el artículo 77.

Luego la competencia de la Corte en esta clase de incidentes, no va más allá que a decidir el conflicto cuando ha surgido entre el funcionario recusado o impedido, que admite aquélla o propone éste y la entidad encargada de calificarlo. Cuando el conflicto surge entre el recusante y el propio funcionario recusado que rechaza los fundamentos legales de la misma, la solución del Juez o Magistrado a quien por ministerio del artículo 79 le toca decidir en estos casos, no admite intervención de entidad distinta, porque la ley considera el punto ya fallado y agotado el procedimiento.

Dicho en otros términos, el superior de un Magistrado o Fiscal de Tribunal sólo conoce de un incidente de impedimento o recusación, cuando surge un conflicto de calificación entre el funcionario recusado y el que lo califica; más claro: cuando hay discrepancia entre el recusado o impedido y el que o los que lo califican, pero no cuando entre aquél y éstos no hay consonancia o armonía de conceptos sobre la causal o causales invocadas.

En síntesis; cuando el funcionario recusado o impedido y el que o los que deben calificar el impedimento o recusación están de acuerdo, no hay para qué acudir a un superior que dirima el conflicto; conflicto que sólo surge cuando hay desacuerdo entre los mismos, y entonces se explica por qué la ley ordena que se acuda a un superior para que lo dirima.

Ni aún en el caso de haberse interpuesto recurso de apelación contra la decisión del Tribunal sobre recusación, la Corte podría entrar a revisarla, porque tal recurso no es pertinente en estos casos.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de conocer del incidente de recusación propuesto por el doctor Aquileo Roa Bulla, contra el Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, doctor Marco Antonio Rubiano, de que se ha hecho mérito.

Cópiese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NO SE ADMITE EL RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO CONTRA EL AUTO QUE PRECEDE. — CONTRA LA PROVIDENCIA EN QUE EL SUPERIOR DECIDE DE UN IMPEDIMENTO O DE UNA RECUSACION NO ES PROCEDENTE EL RECURSO DE REPOSICION

Es sabido que por ministerio de la ley los incidentes de recusación deben resolverse de plano, es decir, sin trámites, sin recursos posteriores, pues si tal resolución —como lo ha dicho la Corte— comporta recursos posteriores, ya deja de pronunciarse de plano. El superior que decide en estos casos no puede, pues, proferir sino una sola providencia, pues cualquiera otra le está vedada. Esto quiere decir que la ley les otorga un tratamiento procesal ajeno a toda traba, tendiente a una rápida decisión, sin demoras de ninguna índole.

Corte Supreca de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

El doctor Aquileo Roa Bulla, en escrito que antecede, pide reposición del auto de fecha nueve de los corrientes, por medio del cual, esta Sala, se abstuvo de conocer del incidente de recusación propuesto por el peticionario contra el Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, apoyándose en las razones expuestas en la misma providencia.

Antes de ordenar la tramitación señalada por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el 185 del Código de Procedimiento Penal, para esta clase de recursos, es necesario saber si es procedente la reposición en un incidente que, como el de recusación, se resuelve de plano.

Es sabido que por ministerio de la ley, los incidentes de recusación deben resolverse de plano, es decir, sin trámites, sin recursos posteriores, pues si tal resolución —como lo ha dicho la Corte— comporta recursos posteriores, ya deja de pronunciarse de plano. El superior que decide en estos casos no puede, pues, proferir sino una sola providencia, pues cualquiera otra le está vedada. Esto quiere decir que la ley les otorga un tratamiento procesal ajeno a toda traba, tendiente a una rápida decisión, sin demoras de ninguna índole.

En este mismo negocio, en otra oportunidad, con ocasión de un incidente de recusación de un Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, con el ánimo de exceder en garantías para el peticionario, con el deseo de abundar en la mejor decisión del asunto controvertido, esta Sala tramitó un recurso de la índole del actual, pero al resolverlo tuvo buen cuidado de advertir que siendo estos incidentes de aquellos que por ministerio de la ley se resuelven de plano, no es posible admitir dilaciones en su discusión, con miras a entorpecer la rápida administración de justicia, sin beneficio para ésta de ninguna índole.

Esta doctrina no es ni con mucho reciente. La Corte ha tenido ya varias ocasiones de producirse con el mismo criterio, al resolver incidentes semejantes al de recusación, como por ejemplo el de una colisión de competencias. En un caso de esta índole, al decidir por qué no se admitía el recurso de reposición, dijo lo siguiente, que, **mutatis mutandis,** es valedero para el caso en estudio.

"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". Es claro —no sobra repetirlo— que si tal resolución comporta recursos posteriores, ya deja de pronunciarse de plano".

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ADMITE, por improcedente, el recurso de reposición propuesto por el doctor Aquileo Roa Bulla, contra el auto de fecha nueve de los corrientes, visible a los folios 2 y 3 del cuaderno número cinco.

En consecuencia, devuélvase el expediente al lugar de su origen.

Cúmplase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE REVISION

El demandante no presentó con la demanda ni en el término de prueba los documentos legales que pudieran acreditar, en el grado que exige la ley, sea que el condenado es irresponsable o inocente, sea que hay indicios graves que confirman tales situaciones; el demandante, en cambio, apartándose de la vía obligada que le señalaba la naturaleza de la revisión, y, especialmente, la causal invocada, y sin negar ni poner en duda la responsabilidad del condenado, suscitó una cuestión extraña al recurso, esto es, la doble condena por un mismo hecho y la contradicción resultante entre la sentencia por infracción de la Ley 48 de 1936 dictada por el Alcalde y el Gobernador, y la dictada, por infracciones a la ley penal, por el Juez y el Tribunal, lo cual es cuestión propia de otro recurso (casación) y también de las instancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio trece de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Arturo Torres Gómez, por conducto de su apoderado doctor Gustavo Serrano Gómez, solicitó —con base en el artículo 571 (numeral 5º) del Código de Procedimiento Penal— la revisión de la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, por la cual condenó a Torres a la pena principal de ocho años de presidio, por los delitos de robo de bienes de Pedro A. Gómez Prada y hurto de bienes de Florentino Rueda, cometidos el primero el 20 de junio de 1944 en el sitio "Los Alpes", del Municipio de San Vicente, y el segundo en la noche del 26 al 27 de los mismos mes y año en el sitio "El Naranjito", también del mismo Municipio.

Cumplidas las prescripciones señaladas en los artículos 573 y 574 del mencionado Código, y con base en la demanda y en el concepto del señor Procurador Delegado, la Corte decide el recurso en el siguiente fallo.

I. — La demanda

Como fundamento de hecho, el demandante alega los siguientes que la Corte —para su mejor estudio— resume y ordena:

a) El Alcalde Municipal de San Vicente, el 18 de noviembre de 1944, en el proceso contra Torres por denuncia de Ramón Prada, lo condenó, con base en los artículos 8 (ordinal d) y 10 de la Ley 48 de 1936, a relegación en Colonia Penal por el término de tres años, fallo que fue reformado por la Gobernación de Santander mediante la reducción del tiempo a dos años;

b) Tanto el Alcalde como el Gobernador, para la calificación del estado antisocial de Torres, tuvieron en cuenta, no sólo el denuncio de Ramón Prada, sino también los varios procesos iniciados contra aquél en la misma Alcaldía, entre ellos los relativos a las denuncias de Pedro Antonio Gómez Prada y Florentino Rueda;

c) El Juez de Circuito Penal de Zapatoca, en fallo del 20 de marzo de 1945, condenó al mismo Torres a la pena de cinco años, siete meses y quince días, por los delitos de hurto y robo (juzgados en un solo proceso) de bienes pertenecientes a los mencionados Gómez Prada y Rueda, y

d) El Tribunal Superior de San Gil, en sentencia del diez y nueve de octubre del mismo año, que es de la que se pide revisión, aumentó a ocho años la pena impuesta.

Del análisis comparativo de estos fallos, el demandante deduce: que el Tribunal sancionó hechos delictuosos ya antes penados por la Gobernación de Santander; que uno y otro proceso se iniciaron y calificaron a solicitud de los mismos denunciantes y por los mismos hechos cometidos con las mismas circunstancias y detalles y en las mismas fechas y lugares, y, finalmente, que hay contradicción grave y cierta entre las dos sentencias.

"Fundo esta demanda de revisión —concluye el demandante—en lo dispuesto por el artículo 571, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal.

Es procedente el recurso interpuesto y hay lugar a la revisión solicitada —añade— porque después de la condenación pronunciada por el Tribunal Superior de San Gil en la sentencia referida, se tuvo el conocimiento de que Torres, que ya había sido condenado por el último delito y la pena que le fue impuesta en la primera sentencia fue pagada por él en la cárcel de Bucaramanga, según certificado que obra. Por lo cual —termina— este caso corresponde al 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, que guarda también armonía con el artículo 153 del mismo Código".

El Procurador Delegado, fundado en el artículo 6º del Decreto 805 de 1936, reglamentario de la Ley 48 de 1936, que impone al funcionario que dicta el fallo el deber de enviar al Juez competente copia de lo conducente para la investigación y juzgamiento de la infracción penal, así como en las normas que rigen la revisión, especialmente en el numeral 5º del artículo 571 y en la diferencia de naturaleza de las infracciones y sanciones de la Ley 48 del Código Penal, conceptúa que no existe la contradicción entre los dos fallos, que la causal alegada no tiene fundamento y que la doble condena, si existiera, sería materia de violación de la ley penal no subsanable mediante revisión, y solicita, como consecuencia, se niegue el recurso.

II. — Estudio del recurso

El estudio del recurso se circunscribe —según la demanda— a decidir si después del 19 de octubre de 1945, día en que el Tribunal dictó la sentencia cuya revisión se pide, se han cumplido las condiciones de existencia de la causal quinta alegada, es decir, si han aparecido hechos nuevos o presentádose nuevas pruebas, desconocidos durante el proceso, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad de Torres o siquiera constituyan indicios graves de las mismas.

Estas condiciones no se realizaron; no se presentaron con la demanda ni en el término de prueba; —en efecto— los documentos legales que pudieran acreditar, en el grado que exige la ley, sea que Torres es irresponsable o inocente, sea que hay indicios graves que confirman tales situaciones; el demandante, en cambio, apartándose de la vía obligada que le señalaba la naturaleza de la revisión, y, especialmente, la causal invocada, y sin negar ni poner en duda la responsabilidad de Torres, suscitó una cuestión extraña al recurso, esto es, la doble condena por un mismo hecho y la contradicción resultante entre la sentencia por infracción de la Ley 48 dictada por el Alcalde y el Gobernador y la dictada, por infracciones a la ley penal, por el Juez y el Tribunal, lo cual —como lo observa el Procurador— es cuestión propia de otro recurso (casación) y también de las instancias.

No obstante ello, es oportuno hacer algunas consideraciones de hecho, respecto a este último problema, especialmente en cuanto a la alegada identidad de los dos procesos, que es el eje de los razonamientos de la demanda.

Torres Gómez fue acusado de los siguientes delitos:

a) Hurto de bienes (objetos domésticos) de Ramón Prada, cometido el 29 de marzo de 1942, en la casa de Prada, situada en el paraje "La Primavera";

b) Robo de bienes (repuestos de molino) de Pedro Gómez Prada, cometido el 20 de junio de 1942, en el sitio de "Los Alpes";

c) Hurto de bienes (cacao) de Florentino Rueda, cometido la noche del 26 al 27 de junio de 1942, en el sitio de "El Naranjito", y

d) Hurto de una máquina de coser (Singer) de Demetrio Torres, cometido el 26 de diciembre de 1941, en el sitio "La Alegría".

De estas acusaciones la primera dio lugar al proceso de policía fallado por el Alcalde y el Gobernador, con base en los informes de los sumarios ya iniciados en la misma Alcaldía; las de Gómez Prada y Rueda a un solo proceso fallado por el Juez Penal de Zapatoca y el Tribunal de San Gil, y la última por los mismos funcionarios judiciales. No hay, pues, como lo afirma el demandante, entre el proceso policivo y el judicial, identidad absoluta entre unos y otros, pues son distintos los denunciantes, los testigos, los hechos, las fechas y los lugares; la habría quizá habido, desde un punto material, mas no jurídico, si el delito denunciado por Ramón Prada hubiera dado lugar (lo que se ignora) al proceso judicial, además del policivo, pero nunca entre los otros.

La identidad que el demandante ha creído hallar se refiere —y no otro puede ser el motivo— a que en el proceso de policía el informe del sumario por las infracciones en perjuicio de Gómez y de Rueda contribuyeron a la calificación del estado antisocial de Torres, como en la sentencia del Tribunal contribuyó la del Gobernador para calificar la peligrosidad, pero ello no quiere decir que en ésta se haya sancionado el hurto a

Prada ni en aquélla el hurto y robo a Gómez y Rueda; y si en realidad el hurto a Prada hubiera originado el proceso policivo y también el judicial, no existiría la identidad ni se habría sancionado dos veces el mismo hecho; ello se dedujo del carácter diferencial del hecho, que según la Ley 48, es acto antisocial y delito según el Código Penal; diferencia ésta consagrada en el Decreto 805 de 1936 (artículo 6º), mencionado por el Procurador, según el cual confirmada la sentencia por el superior (Gobernador), el funcionario de primera instancia debe enviar copia de lo conducente al Juez Penal para que, si la cuantía es mayor de veinte pesos, juzgue y sancione el delito "independientemente — dice el texto — de la medida de seguridad que la Policía haya impuesto al sindicado, como ratero o maleante".

No es viable, por lo tanto, la identidad alegada entre el proceso policivo y el proceso judicial.

III. — El fallo

No habiéndose presentado, como ya se dijo, la prueba nueva o el hecho nuevo que hubieran probado plena o indicialmente la inocencia y la responsabilidad del sentenciado, la causal quinta de revisión, no se ha fundado, y el recurso, por lo tanto, no prospera.

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 conformidad con el concepto del señor Procurador Delegado, NIEGA la revisión de la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 19 de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, por la cual condenó a Arturo Torres Gómez a la pena de ocho años de presidio por los delitos de robo y hurto, de bienes de Pedro A. Gómez Prada y Florentino Rueda, cometidos el veinte de junio de mil novecientos cuarenta y dos en "Los Alpes" el primero y el veintisiete de los mismos mes y año en "El Naranjito", el segundo, sitios ambos del Municipio de San Vicente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

La Corte estima que el Juez no cometió delito alguno al aplicar unas disposiciones que creyó aplicables al caso, pues con ello no hizo sino emplear su criterio en el proceso que estudiaba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, trece de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Barranquilla consulta su providencia de 10 de marzo del presente año, por medio de la cual **sobresee definitivamente** en favor del doctor Antonio Cabrales, por los cargos de responsabilidad que en su calidad de juez cuarto del circuito en lo civil de Barranquilla le hizo el señor Jorge Vargas Torres.

La socieadd Crump & Cía. pidió la entrega de un solar que tenía en su poder el señor Vargas Torres, y al efecto invocó las disposiciones del código de procedimiento civil, en el título sobre **Tenencia,** en particular, el artículo 1117 de la citada obra. Pero luégo reformó su demanda en el sentido de invocar como preceptos aplicables, el 7º de la ley 46 de 1903 y el 42 y el 43 de la ley 46 de 1903.

El Juez 4º del Circuito de Barranquilla, en lo civil, aceptó la demanda en la forma últimamente propuesta y le ordenó al demandado la entrega del inmueble, en el término de ocho días, lo que decretó en providencia de 4 de noviembre de 1948, que fue apelada para ante el Tribunal.

Como el demandado no cumplió la orden de entrega, la parte actora pidió entonces el lanzamiento del señor Vargas del lote o solar, a lo cual accedió el Juez, en providencia de 1º de diciembre del mismo año, y al efecto comisionó al Inspector de Policía.

Ante el Inspector se opuso a la entrega el señor Alejandro De la Espriella, por lo cual le devolvió las diligencias al Juez del conocimiento. Pero éste desechó la oposición, porque el opositor no había demostrado que mediara contrato de subarrendamiento con el señor Vargas Torres y; además, porque, aún existiendo ese contrato, De la Espriella no sería tercero poseedor o tenedor, sino simple causahabiente del demandado.

El Juez llevó a término el lanzamiento del demandado, en diligencia practicada el 15 de diciembre de 1948.

Por último, el Tribunal decidió la apelación interpuesta contra el auto de 4 de noviembre de 1948, o sea, contra la primitiva orden de entrega anterior a la de lanzamiento, en el sentido de declarar nulo todo lo actuado en el juicio sumario, por estimar que las disposiciones en que el Juez se apoyaba no eran las aplicables al caso.

Se considera:

La Corte, de acuerdo con la Procuraduría, estima que el Juez no cometió delito alguno al aplicar unas disposiciones que creyó aplicables al caso, pues con ello no hizo sino emplear su criterio en el proceso que estudiaba.

La providencia que ordenó la entrega hace un análisis serio y fundamentado sobre la vigencia de los preceptos que el actor había invocado, con cita de la jurisprudencia de varios Tribunales y comentadores nacionales (fls. 45 a 53).

Tanto ello es así, que uno de los magistrados salvó su voto expresando su opinión de modo acorde con el funcionario acusado (fls. 96 a 98). De esta suerte, pudo haber error de parte del Juez, pero, como la Sala lo ha expresado, no basta el error para deducir el delito, sino que es indispensable el dolo, o sea, que aparezca que el Juez obró contra la ley sabiendo que su acto era arbitrario, lo que fácilmente desemboca en el prevaricato.

En cuanto al hecho de no haber admitido la oposición del señor De la Espriella, nada objetable se encuentra en ello, pues que el causahabiente de un demandado en realidad no es tercero cuya posesión o tenencia deba respetarse conforme a la ley, según lo tiene admitido la jurisprudencia.

El cargo de que el juez se atribuyó oficiosamente el expediente está totalmente desvirtuado con las circunstancias de que la demanda se dirigió al "Juez civil del circuito de turno", o sea, al que correspondiera en el repartimiento, el

cual le correspondió al Juez cuarto, doctor Cabrales (fls. 41 y 44).

Y, en fin, el cargo de que el Juez realizó el lanzamiento sin que estuviera ejecutoriado el auto que había desechado la oposición de De la Espriella, lo desvirtúa la propia ley al establecer que una providencia de esa naturaleza sólo es apelable en efecto devolutivo.

Los demás cargos, no bien precisos, que hace el denunciante, no aparecen comprobados.

Estas breves consideraciones son suficientes para concluir que el sobreseimiento definitivo consultado debe confirmarse, como lo solicita el señor Procurador Delegado en lo 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, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CESACION DEL PROCEDIMIENTO—CUANDO A MAS DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION EXISTE OTRO MOTIVO PARA ORDENARLA, DEBE HACERSE POR ESTE MOTIVO, Y NO POR EL DE LA PRESCRIPCION

Las demoras en la tramitación del negocio ocurrieron en la secretaría del Juzgado y no en el despacho del Juez. Por consiguiente, la orden de cesar el procedimiento ha debido basarse, no en el fenómeno de la prescripción de la acción penal, sino en la inexistencia del hecho delictuoso por parte de los jueces que ocuparon el cargo mentado.

Cuando la acción penal no puede proseguirse por inexistencia del hecho delictuoso o por la comprobación de la inocencia del sindicado, la equidad exige que el proceso penal termine, no por la ocurrencia de cualquier circunstancia distinta que extinga la acción penal, sino por uno de aquellos fenómenos. Así lo ha declarado la Corte en varias oportunidades.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, trece de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Consulta el Tribunal Superior de Bogotá su providencia del 17 de marzo del presente año, por medio de la cual declaró prescrita la acción penal que se adelantaba contra varios funcionarios que desempeñaron el cargo de Juez 3º Superior en esta ciudad, y, en consecuencia, ordenó cesar el procedimiento.

Es el caso que contra Claudina Rodríguez, Manuel Vásquez Pulido y Marcela Hernández cursó un proceso en la mentada oficina, por el delito de aborto, en el cual se dictó auto de detención contra los dos últimos (25 de octubre de 1938) y, posteriormente, auto de proceder. Pero el proceso terminó con la declaración de haber prescrito la acción penal —12 de febrero de 1946— "debido al abandono injustificado en que estuvo este negocio, desde el 4 de mayo de 1939 hasta el 26 de marzo de 1944" (folios 2, 10 y 1).

La acción penal por demoras se inició contra los funcionarios que desempeñaron el Juzgado 3º Superior de Bogotá y que lo fueron los abogados Jorge Uribe Truque, Manuel Pardo, Marco A. Herrera, Aristóbulo Vanegas y Jorge Zapata Escobar; sumario que se instruyó con una negligencia verdaderamente lamentable por parte de los jueces comisionados hasta el punto de que este proceso también terminó por la prescripción de la acción, como el primitivo del cual surgió.

De la única diligencia importante practicada en el sumario, que lo fue una de inspección ocular, se desprende lo siguiente:

a) El auto de proceder contra Vásquez Pulido, la Hernández y la Rodríguez, fue proferido por el Juez, doctor José Vicente Morales, el 13 de abril de 1939, y pasó a la secretaría para los efectos de la notificación (fls. 10 y 20);

b) De junio en adelante ocuparon el Juzgado los jueces atrás mencionados (f. 37);

c) En la Secretaría permaneció el proceso para los susodichos efectos de la notificación, comparecencia de los procesados y nombramiento del apoderado de la Vásquez;

d) El 27 de marzo de 1944 pasó "al despacho el proceso informando que el doctor Jorge Zapata Escobar, quien desempeña actualmente el cargo de Juez 3º Superior, actuó en el presente negocio como Agente del Ministerio Público". El doctor Zapata Escobar se declaró impedido y por ello el expediente pasó al Juzgado 4º Superior.

Según se ve de las anteriores constancias y como la Procuraduría lo alega, las demoras en la tramitación del negocio ocurrieron en la Secretaría del Juzgado y no en el despacho del Juez. Por consiguiente, la orden de cesar el procedimiento ha debido basarse, no en el fenómeno de la prescripción de la acción penal, sino en la inexistencia del hecho delictuoso por parte de los jueces que ocuparon el cargo mencionado.

Cuando la acción penal no puede proseguirse por inexistencia del hecho delictuoso o por la comprobación de la inocencia del sindicado, la equidad exige que el proceso penal termine, no por la ocurrencia de cualquier circunstancia dis-

tinta que extinga la acción penal, sino por uno de aquellos fenómenos. Así lo ha declarado esta Sala en varias oportunidades.

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, con la modificación de que la orden de cesar el procedimiento obedece al hecho de no haber sido los abogados Jorge Uribe Truque, Manuel Pardo, Marco A. Herrera, Aristóbulo Vanegas y Jorge Zapata Escobar los responsables de las demoras ocurridas en el proceso por aborto contra Claudina Rodríguez, Manuel Vásquez Pulido y Marcela Hernández.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS)

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, trece de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Por consulta debe revisar la Corte la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 27 de febrero último, por medio de la cual declaró prescrita la acción penal que se adelantaba contra los jueces del circuito de Guaduas, doctores Mardonio J. Serrano y Luis E. Ortega, por abusos de autoridad (demoras) y, en consecuencia, ordenó cesar el procedimiento.

La investigación la ordenó el Tribunal porque, al revisar el proceso que por hurto de una suma de dinero se seguía en el Juzgado del Circuito de Guaduas contra Gabriel Cadavid Muñoz, encontró que habiendo entrado el negocio al despacho del Juez el 22 de mayo de 1943, sólo hasta el 17 de julio de 1944 se profirió otra providencia en desarrollo de trámites legales.

El doctor Mardonio J. Serrano ocupaba el cargo de Juez en la fecha de 22 de mayo de 1943, pero dejó ese empleo el 8 de julio del mismo año. Alega que el damnificado obtuvo el resarcimiento total de los perjuicios sufridos; que el delincuente pagó toda la pena que le hubiera correspondido por el delito; que cuando el negocio entró al despacho para sentencia "faltaba mucho tiempo para que se pudiera consumar el fenómeno de la prescripción"; que él se había retirado del Juzgado en los primeros días de julio, o sea, que el negocio había permanecido sin actuación en su poder apenas un mes; y que siendo el Juzgado promiscuo, como es, se dedicó a estudiar negocios de mayor importancia, tanto de carácter civil como de aspecto penal, pero que tenían presos, de modo que no puede pensarse en que "se procuró o facilitó la impunidad de un delito" (folios 27 y vuelto).

Las explicaciones del doctor Serrano son perfectamente atendibles, por lo cual la cesación del procedimiento habrá de confirmarse, pero no por haber prescrito la acción penal, sino por no aparecer comprobado el dolo de su parte, como lo pide la Procuraduría.

El doctor Luis E. Ortega se posesionó del cargo el 9 de julio de 1943 (f. 9 v.) y en él permaneció hasta el 1º de julio de 1945 (fls. 25 v. y 42 v.). Y, como ya se advirtió al principio, encontró al despacho el proceso contra Cadavid Muñoz y no lo tramitó hasta el 17 de julio del año siguiente.

De 1944 al presente van corridos más de cinco años, lo que indica que la acción penal está prescrita, al tenor de los artículos 178 y 105 del código penal. Pero también, como para el doctor Serrano, la providencia consultada habrá de confirmarse, por inexistencia del delito.

En efecto, el procesado estaba en libertad por haber cumplido la pena que le habría de ser impuesta (fs. 24 y 27 v.), el Juzgado tiene considerable número de negocios civiles y penales al despacho (f. 31); y, sobre todo, el doctor Ortega, durante los dos años que ocupó el cargo de Juez del Circuito de Guaduas, dio un rendimiento de trabajo satisfactorio, no sólo porque así lo declaran abogados que conocían la marcha de la oficina (fls. 32 y vuelto), sino porque así se comprobó por medio de peritos: en ese tiempo, el doctor Ortega dictó 1.312 autos de sustanciación, 227 interlocutorios y 8 sentencias, en lo penal, a más de 957 autos de sustanciación, 317 interlocutorios y 81 sentencias en lo civil.

La Procuraduría anota que la providencia consultada debe revocarse en cuanto al doctor Ortega, con el fin de que se esclarezca debidamente la demora que se observa en el mismo proceso desde el 27 de julio de 1944 hasta el 2 de octubre de 1945, fecha del auto que declaró la prescripción.

Sin embargo, no ve objeto la Sala en que tal averiguación se haga, dado que el 1º de julio de 1945 se retiró el doctor Ortega del Juzgado y, además, dadas las consideraciones que acaban de hacerse sobre el recargo de negocios en un juzgado promiscuo, las circunstancias peculiares del proceso de Cadavid y el rendimiento satisfactorio de trabajo hacen ver que no hubo negligencia de su parte en el despacho del asunto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, oído el concepto del 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, pero modificándola en el sentido de declarar que la cesación del procedimiento se ordena, no por el fenómeno de la prescripción de la acción penal, sino por inexistencia de abusos de autoridad en los funcionarios sindicados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

POLICIA Y EJERCITO. —COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA MILITAR Y DEMAS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES, POR DELITOS COMETIDOS POR RAZON DEL SERVICIO DE POLICIA QUE HAYA SIDO CONFIADO A DICHAS FUERZAS. — COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL, POR DELITOS COMETIDOS POR RAZON DE SUS FUNCIONES O CON OCASION DEL EJERCICIO DE LAS MISMAS

1—El Ejército Nacional o las Fuerzas Militares y la Policía Nacional no son dos instituciones idénticas, sino diferentes, en su sistema de origen, organización y funciones; ambas sí al servicio de los intereses permanentes de la Nación.

Su delimitación está señalada en la Constitución Nacional en sus artículos 166 y 167. El primero determina que "La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones militares", y el segundo dice que "La ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el cuerpo de POLICIA NACIONAL".

Las Fuerzas Militares, constitucionalmente están destinadas a la defensa de la soberanía nacional y al mantenimiento del orden legal, son organizaciones armadas permanentes y disciplinadas conforme a la técnica militar (artículo 1º de la Ley 102 de 1944). Esta disposición señala las funciones que el Ejército debe cumplir en relación con los deberes que tiene para con la Nación, y como normas fundamentales se le asignan la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden legal. Pero esta regulación de las funciones del Ejército para con la Nación no son las únicas ni se opone a otras que expresamente determina la Constitución.

"La Constitución —ha dicho la Corte—, después de establecer que al Ejército le corresponde propiamente la guarda exterior de la Nación (artículos 66 y 120, ordinales 8 y 9), le asigna también como función suya la de guardar el orden interno, las instituciones patrias (artículo 118, numeral 6; 120, ordinales 6 y 7; artículos 165 y 195, etc.), y la Ley 3ª de 1945 considera como delito de negación de auxilios el dejar de prestarlos o simplemente retardarlos sin causa justificada a la autoridad competente, cuando solicite apoyo "para un asunto relacionado con el orden público social" (artículo 241), y como insubordinación o desobediencia, el hecho de que los inferiores desobedezcan a sus superiores militares, aunque no causen perjuicios a las personas o a las cosas (artículo 190 y siguientes).

Con base en estas normas constitucionales, el legislador bien puede atribuir a las Fuerzas Militares la prestación de un servicio similar al de la Policía Nacional, sin que por ese aspecto se desnaturalice el origen, organización y funciones del Ejército; ello sólo implica la prestación de un servicio más, que en defensa del orden público, cuando la Policía es incapaz de prestarlo por insuficiencia de personal o por supresión de la misma, se le atribuye al Ejército Nacional.

2.—Los delitos que se cometan por personas pertenecientes a las Fuerzas Militares, entre las cuales se encuentran las que pertenecen a la que el artículo 131 del Decreto extraordinario número 2136 de 1949 denomina expresamente Policía Militar, por razón del servicio de policía que el gobierno puede confiar a las mencionadas Fuerzas, o por funciones inherentes al mismo servicio, tienen que ser juzgadas por las autoridades militares, porque el fuero conferido por el artículo 170 de la Constitución Nacional y por la Ley 3ª de 1945 no se desvirtúa por la circunstancia de haberse atribuído a las Fuerzas Militares funciones policivas que antes no estaban contempladas en la ley ni en decretos que tienen el carácter de ley.

3.—La Policía Nacional tiene un régimen y disciplina semejantes en sus manifestacio-

nes externas a los que rigen las Fuerzas Militares, pero acordes con su CARACTER EMINENTEMENTE CIVIL. Es un cuerpo armado, pero no es una Fuerza Militar con carácter de Ejército permanente para mantener y asegurar la soberanía nacional, sino para conservar el orden público y proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia.

Si la Policía, por su origen, organización y finalidades para las cuales se halla instituída, es una entidad esencialmente distinta del Ejército, es lógico concluir que los actos de las personas que la integran, cuando ellos son violatorios de una norma penal, quedan sujetos al juzgamiento de las autoridades ordinarias o comunes, porque los miembros de la Policía Nacional no gozan de ningún fuero o privilegio establecido por la Constitución o por la ley, en relación con las autoridades de la rama penal que deben juzgarlos.

Tan cierta es esta tesis, que el mismo Decreto número 2136 de julio 18 de 1949, que es el estatuto orgánico de la Policía Nacional, en su Título VII al hablar de las FALTAS, dice que si el hecho no es constitutivo de una falta, sino de un delito, se deberá poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente, de acuerdo con el artículo 10º del Código de Procedimiento Penal, con la finalidad exclusiva de que adelante la investigación y se imponga la correspondiente sanción a los responsables.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Juzgado 2º Superior de Bogotá en providencia de diecisiete de diciembre de 1949 en su parte resolutiva dice:

"Promueve competencia positiva al Juzgado Penal Militar de esta Brigada para conocer del proceso que se viene adelantando por los delitos de homicidio del señor don Vicente Echandía y otras personas, cometido en esta ciudad el día veinticinco del mes próximo pasado. En forma general se entiende suscitada la competencia a la justicia militar".

Fundamentos

"El decreto legislativo número 3562 de fecha diez de noviembre del presente año, "Por el cual se hace una radicación y se ordena la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales", dispuso en su artículo 1º radicar en los Comandos de la Brigada de las Fuerzas Militares de la República "el conocimiento y juzgamiento de los delitos en que incurren las personas militares o civiles sindicadas de los enumerados en los Títulos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 y 11 del Código de Justicia Penal Militar, y además de delitos "Contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado"; de "asociación e instigación para delinquir y apología del delito"; "Contra la salud y la integridad colectivas"; "Contra la economía nacional, la industria y el comercio"; "hurto y robo"; y también, "Contra la vida y la integridad personal", pero éstos últimos cuando se cometan en conexidad con cualesquiera de los anteriormente nombrados, y de que trata el Código Penal común, cometidos en el territorio nacional durante la vigencia del presente decreto". (Véase **Diario Oficial** 27.168, de fecha 18 de noviembre de 1949). Conforme a lo preceptuado en la parte transcrita del Decreto en cuestión, tenemos, en primer lugar, que tanto las personas militares como las civiles que sean sindicadas de alguno de los delitos enumerados en los títulos 2º a 11 del Código de Justicia Penal Militar, deben ser juzgadas por los Consejos de Guerra Verbales. En esto, el Decreto no hizo más que acogerse a lo ya dispuesto por la Ley 3ª de 1945 en el ordinal c) del artículo 7º, por lo que hace a los particulares. Se trata de una repetición de lo ya dicho en ese ordinal en materia de juzgamiento de delitos cometidos por los particulares en tiempo de guerra, conflicto armado o de turbación del orden público. Sólo que puede anotarse que el Decreto excluyó los títulos 12 y 13 del Código de Justicia Penal Militar, esto es, que determinó que los delitos que en tales títulos se contemplan, si son cometidos por particulares, ya no son del juzgamiento de los Consejos de Guerra Verbales. Y en segundo lugar, tenemos que el Gobierno sustrajo de la competencia de la justicia ordinaria los delitos "contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Esta-

do"; "De asociación e instigación para delinquir y apología del delito"; "Contra la salud y la integridad colectiva"; "Contra la economía nacional, la industria y el comercio"; "hurto y robo", y adscribió o atribuyó su conocimiento a la justicia militar. Es decir, que solamente los asuntos relativos a la comisión de alguno de los delitos últimamente nombrados que antes eran juzgables por la justicia ordinaria, vienen a serlo ahora por mandato de ese decreto, por la militar. Y finalmente tenemos que expresamente se estableció que los delitos contra la vida y la integridad personal (homicidio, lesiones personales, aborto, duelo y abandono y exposición de niños), también son del conocimiento de la justicia penal militar siempre y cuando que tales delitos hayan sido cometidos en conexidad con cualesquiera de los que contempla el Código Penal común y cuyo conocimiento fue adscrito por virtud del mismo Decreto a la justicia militar. Por manera que un delito contra la vida o la integridad personal que sea cometido por un particular, sigue siendo del conocimiento de la justicia ordinaria".

Y posteriormente dice:

"El agente de la Policía Nacional que en razón del servicio o con ocasión de sus funciones de tal o fuera del servicio, cometa un homicidio, no conexo con uno de los delitos que, siendo contemplados por el Código Penal común, fueron sustraídos del conocimiento de la justicia ordinaria por el Decreto 3562 del presente año, jamás podrá ser considerado infractor del Capítulo 5º del Título 5º de la Ley 3ª de 1945, y, por tanto, el conocimiento del respectivo proceso, de acuerdo con el Decreto Legislativo últimamente citado, corresponde a la justicia ordinaria.... Estando probado que en el sumario que adelanta el señor Juez Segundo de Instrucción Criminal de Bogotá por los delitos de homicidio del señor Vicente Echandía y de otras personas, aparecen sindicados "agentes de la Policía Militar pertenecientes a la Escuela de Muzú" (véase resultando tercero), y siendo también evidente que tales delitos comunes no fueron perpetrados en conexidad con otro delito cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción militar, es el caso de afirmar que este Despacho es la autoridad competente para conocer el mencionado proceso".

Auto del Juzgado Superior Militar

En providencia de enero cinco de mil novecientos cincuenta el Juzgado Penal Militar, no acepta la competencia positiva promovida por el Juzgado 2º Superior de Bogotá, y dispone enviar las diligencias a la Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — para que resuelva lo que sea legal.

Los motivos que asisten a la Justicia Penal Militar son los siguientes:

"Conforme a la disposición contenida en el artículo 6º del Código de Justicia Penal Militar vigente, la competencia de las entidades y funcionarios para conocer de un asunto penal militar, depende de la calidad del agente, del hecho y del lugar en que éste se comete. El artículo siguiente viene a definir cuándo corresponde a la autoridad militar un proceso, según la calidad del agente, del hecho o del lugar. De lo dicho en los resultandos de esta providencia se llega a la conclusión de que el señor Vicente Echandía Olaya y demás personas, el veinticinco de noviembre del año próximo pasado, fueron muertas a consecuencia de hechos que pudo haber perpetrado algún grupo de unidades de la **Policía Militar.** Por lo que este despacho pudo conocer cuando la investigación estuvo a la mesa del suscrito Juez, algo provocó el hecho de que la Policía Militar disparara sus armas sobre un grupo de personas, entre el cual se contaban los occisos, causando las muertes de éstos y quizá algunas lesiones personales.

"La Policía Militar fue organizada por el Ministro de Guerra, en virtud del Decreto número 1773 de mayo 26 de 1948, que así lo dispuso. Hombres pertenecientes a las Fuerzas Militares, como ya se ha dicho, pasaron a formar parte de la Policía Militar que surgía. Este último cuerpo armado ha existido dentro de las unidades militares y se estableció para que se velara en ellas por la disciplina y el orden, especialmente al salir la tropa de los cuarteles. No se hizo, pues, otra cosa que extender más las actividades de esas unidades, al encomendarles la guarda total del orden público y demás que corresponden a un instituto similar.

"A lo escrito y a otras consideraciones más a que se extiende el Juez 2º Superior contesta este despacho que el conocimiento de la investigación de que nos ocupamos no se avocó teniendo en cuenta ese Decreto número 03562, sino debido a que desde el principio aparecieron sindicadas algunas unidades de la Policía Militar y de las diligencias se podría presuponer que el ilícito se hubiera realizado por razones del servicio, lo que hacía de competencia de este Juzgado la investi-

gación. A lo que manifiesta el señor Juez 2º Superior, relacionado con lo afirmado por los memorialistas, que el Juez Penal Militar, "al avocar el conocimiento del negocio criminal relativo a los hechos delictuosos de que dan cuenta y su comisionado, el Juez 2º de Instrucción Criminal de Bogotá, para el perfeccionamiento del sumario correspondiente, "usurpan competencia a este Despacho", el Juzgado contesta que en ningún momento se ha usurpado competencia a Despacho alguno, toda vez que se avocó el conocimiento teniendo en cuenta el aspecto inicial de los hechos hasta la fecha de la providencia y que la investigación, por ello, era una más similar en todo a las que abundaban en el Juzgado Superior Militar contra miembros de la P. M."

Colisión de competencias

La tesis central para promover competencia positiva, radica en que el hecho es constitutivo de una infracción penal común, y no un delito militar y que, por consiguiente, la competencia es de la justicia penal ordinaria y no de la justicia penal militar.

Las personas sindicadas por la comisión del delito de homicidio, no pertenecen al Ejército, no son miembros activos de él, ni civiles al servicio de las Fuerzas Militares, los presuntos responsables de la infracción son miembros pertenecientes a la Policía Nacional, y de todas las violaciones de la ley penal cometidas por individuos pertenecientes a esta institución conoce la justicia ordinaria.

En cambio, la tesis opuesta, es la de que la competencia corresponde a la Justicia Penal Militar, no en consideración a lo dispuesto por el Decreto número 3562 de diez de noviembre de 1949, sino en atención a que las personas que se hallan sindicadas por los sucesos del 25 de noviembre de 1949 son unidades pertenecientes a la Policía Militar, y, siendo esto así, la competencia no sólo por la calidad del agente, sino también la naturaleza del hecho, del lugar, y de las funciones que desempeñaban corresponde a la Justicia Penal Militar.

Se considera:

El Ejército Nacional o las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, no son dos instituciones idénticas sino diferentes, en su sistema de origen, organización y funciones, ambas sí, al servicio de los intereses permanentes de la Nación.

Su delimitación está señalada en la Constitución Nacional en sus artículos 166 y 167. El primero determina que "La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La Ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones militares", y el segundo dice que "La Ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el cuerpo de **Policía Nacional**".

Las Fuerzas Militares, constitucionalmente, están destinadas a la defensa de la soberanía nacional y al mantenimiento del orden legal, son organizaciones armadas permanentes y disciplinadas conforme a la técnica militar (artículo 1º de la Ley 102 de 1944). Esta disposición señala las funciones que el Ejército debe cumplir en relación con los deberes que tiene para con la Nación, y como normas fundamentales se le asignan la de defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden legal. Pero esta regulación de las funciones del Ejército para con la Nación no son las únicas ni se opone a otras que expresamente determina la Constitución.

"La Constitución — ha dicho la Corte — después de establecer que al Ejército le corresponde propiamente la guarda del orden exterior de la Nación (artículos 66 y 120, ordinales 8º y 9º), le asigna también como función suya la de guardar el orden interno, las instituciones patrias (artículo 118, numeral 6º; 120, ordinales 6º y 7º); (artículos 165 y 195, etc.), y la Ley 3ª de 1945 considera como delito de negación de auxilios el dejar de prestarlos o simplemente retardarlos sin causa justificada a la autoridad competente, cuando solicite apoyo, "para un asunto relacionado con el orden público social" (artículo 241), y como insubordinación o desobediencia, el hecho de que los inferiores desobedezcan a sus superiores militares, aunque no causen perjuicios a las personas o a las cosas (artículo 190 y siguientes)".

Con base en estas normas constitucionales, el legislador bien puede atribuir a las Fuerzas Militares la prestación de un servicio similar al de la Policía Nacional, sin que por ese aspecto se desnaturalice el origen, organización y funciones del Ejército; ello sólo implica la prestación más de un servicio más, que en defensa del orden público, cuando la Policía es incapaz de prestarlo por insuficiencia de personal o por supresión de la misma, se le atribuye al Ejército Nacional.

Y esta atribución, cuando el orden público se halla turbado y en estado de sitio toda la República o parte de ella, puede ser ejercitada por el

Gobierno en ejercicio de la facultad consagrada por el artículo 121 de la Constitución Nacional. En estos casos, y cuando la conveniencia y el interés tanto público como nacional así lo exigen, pueden atribuírse funciones de policía al ejército, máxime cuando la misma Carta perentoriamente impone al Presidente de la República la obligación de conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado (artículo 120, ordinal 7º).

Policía Militar

Esta denominación de las unidades del Ejército que prestan servicios de policía no es una expresión empleada por la Constitución o la Ley. Ella se deduce de los nombres de la Institución Fuerzas Militares, y del servicio que a ellas se les adscribe Policía; en esta forma se integra la expresión o frase con la cual se denomina a las personas que prestan dicho servicio, y a la institución a la cual pertenecen, Policía Militar.

Durante los sucesos del 9 de abril el Gobierno Nacional dictó el Decreto número 1268 de abril 18 de 1948, en cuyo artículo único se dispone: El Gobierno podrá durante la presente emergencia y mientras dure el estado de sitio, confiar a las Fuerzas Militares funciones de Policía donde las circunstancias lo requieran y por el tiempo indispensable.

Por medio del Decreto número 1773 de 26 de mayo de 1948 el Gobierno en uso de las facultades legales reglamentó la forma como debían desarrollarse y cumplirse las disposiciones del Decreto Legislativo número 1268 de abril 18 de 1948 y dispuso que "El Ministerio de Guerra organizará Unidades de acción policiva con jurisdicción en los sitios de la República donde las circunstancias lo requieran" y confió la dirección superior de las unidades de la policía al Estado Mayor General del Ejército Nacional.

Posteriormente el Decreto número 2034 de junio 18 de 1948 reglamentó las jerarquías del personal militar de tropa que integran las unidades de policía y dispuso que ese personal podría ser tomado de los cuadros en servicio activo de las Fuerzas Militares o de reservistas de primera clase, y en lo relativo a prestaciones sociales lo asiginó al Ministerio de Guerra.

La Ley 90 de 1948 invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 15 de febrero del año de 1949, para adoptar como normas legales permanentes, con base en el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, las disposiciones de que tratan los decretos de carácter extraordinario —entre otros— el Decreto 1268, "por el cual se confiere una autorización al Gobierno sobre policía".

Pero el legislador de 1948, a pesar de revestir de facultades extraordinarias al Gobierno para adoptar como normas legales permanentes las disposiciones del Decreto Legislativo número 1268 de abril 18 de 1948 prefirió repetir en forma expresa este mismo mandato en el contenido del artículo 43 de la mencionada Ley y al efecto dijo:

"El Gobierno podrá confiar a las Fuerzas Militares funciones de policía donde las circunstancias lo requieran, y mientras se adoptan y ponen en práctica las medidas necesarias para la reorganización de este servicio".

Con base en esta atribución expresa del Legislador, y en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por el artículo 27 de la mencionada ley, se expidió el Decreto extraordinario número 4150 de 17 de diciembre de 1948, en el cual se dispone:

"Artículo 1º—Las Fuerzas Militares continuarán prestando las funciones de policía donde las circunstancias lo requieran, en la misma forma como lo han venido haciendo, mientras se adoptan y ponen en práctica las medidas necesarias para reorganizición de ese servicio".

Lo anterior demuestra que dentro de nuestra legislación, no sólo por voluntad expresa del legislador, sino también por las facultades extraordinarias conferidas por el mismo al Gobierno, éste puede atribuir al Ejército funciones de Policía, y en virtud de estos preceptos, la Corte estima que estando vigentes las normas de la ley por una parte, y por otra, no habiendo sido derogadas expresamente estas disposiciones, puede existir la Policía Militar, afirmación que tiene, por otra parte, respaldo en el artículo 131 del Decreto extraordinario número 2136 de 1949, que dice:

"Durante el proceso de formación del personal de la Policía Nacional conforme a los requisitos establecidos en este Decreto y en los respectivos reglamentos, la Policía Militar y el personal de detectives podrán continuar, a juicio del Gobierno, prestando sus respectivos servicios.

.....

"El personal de Policía Militar y de detectives deberá hacer y aprobar en las Escuelas de Policía los cursos de perfeccionamiento que el Go-

bierno determine para poder obtener su ingreso definitivo a la carrera".

Si el legislador de 1948 autorizó al Gobierno para confiar a las Fuerzas Militares funciones de Policía, los delitos que se cometan por razón de ese servicio o por funciones inherentes al mismo, tienen que ser juzgados por las autoridades militares, porque el fuero conferido por el artículo 170 de la Constitución Nacional y por la Ley 3ª de 1945, no se desvirtúa por la circunstancia de haberse atribuído a las Fuerzas Militares funciones policivas que antes no estaban contempladas en la ley ni en decretos que tienen el carácter de ley.

Policía Nacional

La Ley 93 de 1948 es el estatuto reorgánico de la Policía Nacional, reorganización que según el mandato del legislador ha de hacerse como una institución eminentemente técnica, ajena por entero a toda actividad política, a fin de que esté debidamente capacitada para conservar el orden público y para restablecerlo cuando fuere turbado, para proteger a todos los habitantes del territorio nacional en su vida, honra y bienes y, en general, para garantizar y hacer respetar todos los derechos.

Por esta misma ley se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para establecer y reglamentar la carrera policial en sus distintas ramas y especialidades (artículo 2º) y para disponer lo conducente a la nacionalización de los servicios policiales que costean actualmente los departamentos, intendencias, comisarías y municipios; de tal manera que haya unidad de mando y de normas y reglamentación bajo la suprema autoridad del Gobierno.

En ejercicio de estas facultades extraordinarias el Gobierno dictó el estatuto orgánico de la Policía Nacional que se halla contenido en el Decreto número 2136 de julio de 1949, y en sus artículos 2º y 1º del Título que versa sobre disposiciones generales define el carácter de dicha institución.

La policía tiene un carácter técnico y civil y debe ser completamente ajena a la política de los partidos (artículo 2º) y esta entidad, Policía, está instituída para proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia, prestar el apoyo que requieren la ejecución de las leyes, las decisiones de las autoridades jurisdiccionales y la averiguación de los delitos y, en general, para conservar el orden público en sus aspectos de seguridad, tranquilidad y salubridad (artículo 1º).

Es claro que la policía tiene un régimen y disciplina semejantes en sus manifestaciones externas a los que rigen las Fuerzas Militares, pero acordes con su **carácter eminentemente civil.** Es un cuerpo armado, pero no es una Fuerza Militar con carácter de Ejército permanente para mantener y asegurar la soberanía nacional, sino para conservar el orden público y proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia.

Si la Policía, por su origen, organización y finalidades para las cuales se halla instituída, es una entidad esencialmente distinta del Ejército, es lógico concluir que los actos de las personas que la integran, cuando ellos son violatorios de una norma penal, quedan sujetos al juzgamiento de las autoridades ordinarias o comunes, porque los miembros de la Policía Nacional no gozan de ningún fuero o privilegio establecido por la Constitución o por la ley en relación con las autoridades de la rama penal que deben juzgarlos.

Tan cierta es la tesis, que el mismo Decreto de carácter extraordinario número 2136 de julio 18 de 1949 en su Título VII al hablar de las **Faltas** dice que si el hecho no es constitutivo de una falta, sino de un delito, se deberá poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente de acuerdo con el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, con la finalidad exclusiva de que adelante la investigación y se imponga la correspondiente sanción a los responsables.

Como las unidades de Policía que prestaban vigilancia en el sector de Bavaria, sitio en el cual se produjeron los acontecimientos, no eran miembros activos del Ejército Nacional en función de Policía Militar, los delitos por los cuales se le sindica no quedan sometidos a la competencia de la Justicia Militar, porque el fuero castrense se da para los militares en servicio activo o para las personas civiles al servicio de las Fuerzas Militares cuando infringen las normas del Código de Justicia Penal Militar.

Esta afirmación se respalda en las certificaciones expedidas por los Ministros de Guerra y Gobierno, y en la orden número 258, por la cual se da de alta a los agentes de la Policía, como también en la resolución por la cual el director General de la Policía Nacional nombra distinguido a Jesús A. Picón, los cuales son del tenor si-

guiente:

"El suscrito Teniente General Ministro de Guerra, CERTIFICA: que el personal de alumnos de la Escuela de Muzú y el mismo personal dado de alta como Agentes de Policía, con posterioridad a la vigencia del Decreto Nº 2136 de 1949, no forma parte del Ejército Nacional, más ampliamente de las Fuerzas Militares de la República, bajo la dependencia directa del Ministro de Guerra. Esta certificación se da de acuerdo con el concepto del Departamento Jurídico".

"El suscrito Secretario General del Ministerio de Gobierno, CERTIFICA: que el personal de alumnos de la Escuela de Policía de Muzú, ha formado y forma parte de la Policía Nacional, tanto antes de la organización del Decreto número 2136 de julio de 1949 como con posterioridad a la vigencia".

En estas condiciones, y no siendo los agentes de la Policía miembros del Ejército Nacional, es natural que la competencia para conocer de esta clase de infracciones —por regla general— corresponde a la justicia común ordinaria, principio que está sujeto a excepciones, cuando el Gobierno por circunstancias especiales y para mantener la tranquilidad del país declara turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de la República o parte de ella. En estos casos, las reglas de jurisdicción y competencia de las autoridades militares para el juzgamiento de los delitos cometidos dentro de ese estado de legalidad marcial, pueden abarcar un radio de acción más amplio y juzgar delitos que antes no eran de su competencia.

La decisión que adopte la Corte no es definitiva, ella puede ser modificada según los resultados a que conduzca la investigación, pues actualmente es incompleta no sólo en cuanto al delito principal, sino también, en cuanto al delito de lesiones personales cometidas en Jesús Picón, quien comandaba la patrulla que prestaba servicios en el sector externo de Bavaria.

No existiendo por otra parte constancia ni prueba alguna que pueda descartar la posibilidad de que parte de las multitudes hubieran tratado de perturbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales, y por consiguiente, incurrir en alguna de las infracciones a que hace referencia el Decreto 3522 de 1949, noviembre 10, en relación con el Decreto número 3518 de 1949, de noviembre 10, circunstancia que haría modificar la decisión de la Corte.

En la investigación aparecen enfrentados dos grupos de declarantes: los agentes de la Policía Nacional y las personas que acompañaban en el día de los sucesos al doctor Echandía; los primeros, afirman que el cabo que comandaba la patrulla ordenó disolver la reunión o manifestación por estar prohibidas en virtud de claras disposiciones legales, pero este requerimiento fue contestado con un disparo que salió de la multitud e hizo blanco en el cabo Jesús A. Picón, quien al sentirse herido ordenó disparar para replegar a las multitudes; en cambio, los segundos, afirman que el hecho se produjo en circunstancias distintas; dicen que no recibieron ninguna insinuación ni amonestación previa y que fueron sorprendidos por las descargas hechas por los agentes de la Policía Nacional.

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, resuelve —por ahora— atribuir el conocimiento de este proceso a la justicia común u ordinaria.

Remítase este negocio a los Jueces Superiores de Bogotá —Reparto— y dése el aviso correspondiente al Juez Penal Militar de la Brigada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR.— CONTRA LAS PROVIDENCIAS QUE DECIDEN COLISIONES DE COMPETENCIA NO PROCEDEN RECURSOS, NI SIQUIERA CUANDO LA COLISION HA SIDO SUSCITADA POR PARTE LEGITIMA EN EL PROCESO

Porque la providencia por medio de la cual se decide una colisión de competencias sea un auto interlocutorio y porque contra los autos de esa calidad concede el Código de Procedimiento Penal el recurso de reposición, recurso que se sustancia y se decide como se establece en el Código de Procedimiento Civil (artículos 487 a 489), no se puede concluir que todo lo preceptuado en este último estatuto se haya 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 (art. 7º del Código de Procedimiento Penal).

Y que se oponen, es forzoso deducirlo de uno y otro estatuto: en el de procedimiento civil se ordena al Superior que ha de decidir la colisión, oír previamente el concepto del 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 60 del Código de Procedimiento Penal), o sea, en vista de lo alegado y probado, sin tramitación anterior ninguna, 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 la norma 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 sola providencia, pues cualquiera otra la está vedada.

Pero se dirá que cuando la competencia la suscita parte legítima, sí puede ésta interponer el recurso de reposición. Sin embargo, que no lo puede se infiere lógicamente del hecho de que, en lo penal, decidir qué autoridad deba conocer de un proceso, no es cuestión en que sus protagonistas tengan interés que alegar, ya que el único que pueden y deben tener es el de que la verdad aparezca en toda su plenitud, y no puede presumirse que se pierda porque del proceso conozca un juez y no otro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio trece de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El doctor Enrique Vargas Orjuela como apoderado de Jesús A. Picón, y los sindicados Acevedo, Gil, Beltrán y Afanador, solicita reposición de la providencia de veintitrés de mayo del presente año por la cual se atribuye el conocimiento del proceso a la justicia común u ordinaria.

Funda la petición en el hecho de que el Decreto número 1534 de 9 de mayo de 1950 consagra un fuero especial para el juzgamiento de los delitos cometidos por unidades del cuerpo armado de la Policía Nacional, que en actos de servicio "cometen delitos contra la vida y la integridad personal, de que trata el Título XV del Libro Segundo del Código Penal" (artículo 3º, parágrafo).

"Consideramos —dicen los peticionarios— que

esta disposición es permisiva o favorable para nosotros los procesados en el proceso citado, porque consagra un fuero al cual tenemos exclusivo derecho; porque es más rápida y eficaz, y por lo mismo tenemos derecho a que se nos aplique".

Se considera:

La Sala no desconoce el derecho que pueden tener los memorialistas para invocar el principio de que "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (art. 26 de la C. N.), ni el de que su vigencia y aplicación obedece a necesidades de orden público, y que la actualización de ese derecho en el proceso se subordina a la norma de favorabilidad invocada por el apoderado, defensor o sindicados.

Pero ocurre que en un incidente sobre colisión de competencias, la Corte no puede pronunciarse sobre este particular, ora porque esa petición debe formularse —inicialmente— ante la autoridad que conoce del negocio; ya también, porque el auto no es susceptible del recurso de reposición.

Sobre este tema la Corte ha expresado:

"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 Civil (arts. 487 a 489), no se puede concluir que todo lo preceptuado en este último estatuto se haya de aplicar a lo penal, porque las disposiciones de aquel Código (de Procedimiento Civil) sólo tienen cabida "en cuanto no se opogan" 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 de procedimiento civil se ordena al Superior que ha de decidir la competnecia, oír previamente el concepto del 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 Penal) o sea, en vista de lo alegado y probado, sin tramitación anterior ninguna, sin concepto previo del Ministerio Público, y, por tanto, sin actuaciones posterires tampoco, porque la competencia de ordinario se suscita de oficio.

El Código no define la expresión **de plano,** pero de acuerdo con la norma 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 sola providencia, pues cualquiera otra le está vedada.

Pero se dirá que cuando la competencia la suscita parte legítima, sí puede ésta interponer el recurso de reposición. Sin embargo, que no lo puede se infiere lógicamente del hecho de que en lo penal, decidir qué autoridad deba conocer de un proceso, no es cuestión en que sus protagonistas tengan interés que alegar, ya que el único que pueden y deben tener es el de que la verdad aparezca en toda su plenitud, y no puede presumirse que se pierda porque del proceso conozca un juez y no otro.

En esta materia, como en todas las que atañen al sentido de los mandatos legales, la principal pauta de interpretación es la naturaleza de ellos. En lo civil se controvierten, por lo general, intereses privados, y por eso predomina el querer de las partes, de suerte que cuando se presenta un litigio, el juez obra como a manera de árbitro: en lo civil puede el juez, sea por voluntad de los interesados o por autorización de la misma ley, acudir a la analogía, a la costumbre y a los principios de equidad (artículos 8º y 13 de la Ley 153 de 1887), y, en lo relativo a la competencia, pueden las partes en algunos casos, escoger a sus jueces (artículo 152, ordinales 1º, 3º y 15 y 153 del Código de Procedimiento Civil). En cambio, lo penal es de orden público, de suerte que en la interpretación de la ley no cabe analogía, sino que prima el principio de la legalidad de los de-

litos, de las penas y, en lo que aquí interesa, de la jurisdicción y competencia. La colisión de competencias puede suscitarse por parte legítima, pero a eso está reducida su facultad, ya que promoverla y dirimirla es atributo exclusivo de las autoridades jurisdiccionales". (Auto de julio seis de 1948).

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, se abstiene de considerar la petición a que se ha hecho referencia.

Cúmplase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN PROCESO POR EL DELITO DE ESTAFA. — CUANDO SE CONSUMA ESTE DELITO SI EL SE COMETE POR MEDIO DE CHEQUE

1.—En los delitos contra la propiedad el hecho atinente al PROVECHO ILICITO se vicula directamente con el móvil o fin que tuvo en cuenta el agente activo del delito al recibir y obtener el bien perseguido, y es precisamente en ese momento cuando se produce el PERJUICIO de orden patrimonial, elementos integrantes del delito. Mientras estos dos elementos no tengan concreción material, el delito no se consuma, ora por no existir el provecho ilícito, ya también por no existir perjuicio de orden patrimonial.

2. — La estafa cometida por cheques no queda consumada sino en el lugar donde se hace efectivo su cobro y se percibe el correspondiente valor, porque sólo en ese instante y en ese lugar el proceso volitivo queda consumado por el acto externo y material, provecho ilícito y perjuicio material que unidos a la intención criminal, estructuran el delito y determinan la competencia para conocer de procesos por el mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Se han remitido estas diligencias a la Corte para que en función del artículo 42, numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, resuelva la colisión de competencias suscitada entre el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juez Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Antecedentes

X de la ciudad de Neiva giró el cheque cruzado número... a favor de "Y & Z e Hijos, Ltda" de Bogotá, en contra del Banco P (sucursal de Neiva) por la cantidad de **un mil pesos** moneda corriente.

El cheque apareció en poder de la persona que dijo llamarse Z, quien pidió al Banco P —sucursal de Neiva— le fuera cambiado por un cheque de gerencia para cobrarlo en el Banco P de Bogotá. Llenados los requisitos propios de la operación comercial, se expidió el cheque número... que fue cobrado en la ciudad de Bogotá.

Auto del Juzgado Superior de Neiva

En providencia de 30 de enero de 1950 ese Despacho por haberse consumado el delito en esta ciudad, ordenó remitir el proceso al Juez Superior —Reparto— de Bogotá para que avocara el conocimiento de este negocio.

Colisión de competencias

El Juzgado Primero Superior de Bogotá se negó a conocer del delito porque —en su concepto— el cheque "no llegó a donde debía ir, que lo era Bogotá, porque en la misma ciudad de Neiva fue interferido por el propio sujeto que lo negoció en el Banco P, Sucursal de la misma Neiva", pues en tales circunstancias "surge claramente que este negocio no es de la competencia de los funcionarios judiciales del Distrito Judicial de Bogotá, sino de el (sic) Juzgado Superior de Neiva, en fuerza de que los hechos investigados se consumaron en territorio jurisdiccional del citado Juzgado de Neiva".

El Juzgado Superior de Neiva en auto de ocho de mayo del presente año, dice que los hechos afirmados por el Juez —consumación del delito— no se cumplieron en la ciudad de Neiva. Si bien es verdad que en su jurisdicción se realizaron algunos actos ejecutivos, el delito quedó consumado en la ciudad de Bogotá, lugar en donde fue cobrado y percibido el valor del cheque por la cantidad de un mil pesos moneda legal.

"Esa negociación —dice el Juzgado— hecha en la sucursal del Banco P en Neiva, no indica que aquí se hubiera consumado el delito. Que así se hubiera puesto fin a las actividades delictuosas,

ilícitas, del individuo. Porque éste no había hecho otra cosa que cambiar un instrumento negociable por otro negociable, con lo cual hasta el momento nadie se perjudicaba patrimonialmente; se estaba realizando un atentado contra la propiedad, pero el patrimonio de nadie se estaba disminuyendo en provecho ilícito de otro. El cambio del cheque cruzado por el de gerencia no era más que uno de los momentos de ejecución del delito, pero no su consumación. El provecho ilícito, patrimonial, aún no aparecía.

"Cambiado ya el cheque de Gerencia en Bogotá, y recibido por consiguiente el dinero por el delincuente, ahí sí finalizaba su actividad delictuosa. En ese momento obtenía el provecho ilícito buscado, y el consiguiente perjuicio de otro".

Se considera:

El delito de estafa se estructura por la concurrencia de estos elementos: empleo de engaños o artificios con poder suficiente para inducir a una persona en error; lesión de un bien de orden patrimonial; y obtención de un provecho ilícito en favor del agente activo del delito.

El engaño consiste en el empleo de palabras o de hechos fingidos para inducir a una persona a creer o tener por verdadero lo que no es cierto; es una mentira con la idea de una aparente realidad; el engaño debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir a la víctima en el error de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual puede reportar algún beneficio bien sea material o moral.

El error es el concepto equivocado o juicio falso sobre alguna cosa, producido por los engaños o artificios del delincuente, con capacidad suficiente para inducir la voluntad de la víctima a la realización del hecho, error que obra en forma determinante en el ánimo de la víctima para verificar la entrega de la cosa que persigue el timador.

"Para que haya estafa—ha dicho la Corte—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".

La lesión de un bien patrimonial consiste en la violación de la norma penal que tutela el derecho de propiedad de los asociados y radica en la obtención del bien perseguido por la creación de esa situación falsa por los artificios o engaños que indujeron en error a la víctima para verificar voluntariamente la entrega de la cosa.

En la realización de todo delito deben distinguirse dos conceptos fundamentales: el uno de orden interno o subjetivo; el otro, de realización externa o material concretada en hechos. Si la intención o propósito, si la idea de quebrantar el orden tutelado por el Estado mediante la violación de una norma penal no se traduce en actos materiales que revelen la intención del autor, ese ordenamiento intencional que configura un pensamiento delictuoso escapa a la jurisdicción penal.

Pero cuando el proceso de ideación criminal se traduce en actos externos con capacidad suficiente para violar una norma penal, se tipifica una infracción que, en la esfera del derecho penal se denomina delito y es entonces cuando el poder del Estado actúa por medio de sus ramas respectivas para restablecer el orden social quebrantado por actos humanos que entrañan la violación de un derecho.

Si la responsabilidad —cuando existe el delito— se determina jurídicamente en el momento en que el proceso volitivo culmina con la exteriorización de actos consumativos, es indudable que la infracción queda perfecta en sus dos elementos —subjetivo y objetivo— en el lugar en donde se realizan los actos que dan vivencia externa al proceso subjetivo.

En los delitos contra la propiedad —estafa— el hecho atinente al **provecho ilícito** se vincula directamente con el móvil o fin que tuvo en cuenta el agente activo del delito al recibir y obtener el bien perseguido, y es —precisamente— en ese momento cuando se produce el **perjuicio** de orden patrimonial, elementos integrantes del delito. Mientras estos dos elementos no tengan concreción material, el delito no se consuma, ora por no existir el provecho ilícito, ya también por no existir perjuicio de orden patrimonial.

Todos los actos realizados por Z antes de cobrar y percibir el valor del cheque en la ciudad de Bogotá, fueron actos ejecutivos en el proceso de realización del delito; pero ninguna de esas maniobras tenía la virtud suficiente para tipificar el delito de estafa. Esos actos revelan la intención criminal y la posibilidad de realizar un delito, y la estafa —cometida por cheques— no queda consumada sino en el lugar en donde se hace efectivo su cobro y se percibe el correspondiente valor, porque sólo en ese instante y en ese

lugar el proceo volitivo queda consumado por el acto externo y material, provecho ilícito y perjuicio material que unidos a la intención criminal estructuran el delito y determinan la competencia.

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 dirime la colisión de competencias en el sentido de atribuir el conocimiento de este negocio al Juez Primero Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y remítase el proceso a la autoridad competente. Dése aviso al Juez Superior de Neiva.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno; Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario (1).

---

(1) NOTA—Se publica sin nombres esta providencia, por pertenecer a un sumario .

RECURSO DE CASACION CONTRA UNA SENTENCIA PROFERIDA POR EL ESTADO MAYOR DE LAS FUERZAS MILITARES.— APRECIACION DE INDICIOS. COMPLICIDAD CORRELATIVA.—INTERPRETACION DEL VEREDICTO EN PROCESOS POR CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

1.—En la valoración de la prueba indiciaria, el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar.

El hecho indiciario independiente de los demás es una prueba incompleta, pero de esto no se puede deducir que ellos carecen de valor, ya que la misma ley reconoce que de dos o más pruebas incompletas puede llegarse a la formación de una prueba completa.

2.—En la valuación de la prueba indiciaria, el Juzgador de instancia tiene libertad suficiente para apreciarla "porque siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador, en la cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valoración de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestre que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos o que por habérseles atribuído un valor probatorio que no tenían o negado el que sí tenían, se hubiera dado por establecido uno de los elementos del delito o alguna circunstancia eximente o modificadora de la responsabilidad en perjuicio evidente del acusado o de la administración de justicia". (Casación de 10 de marzo de 1948).

3.—El haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio radica exclusivamente entre el veredicto y la sentencia, y el examen —en casación— se hace sobre el contenido de las preguntas del custionario; en cambio, el haberse dictado sentencia sobre un veredicto contrario a la evidencia de los hechos, modalidad de la Ley 82 de 1948, artículo 5º, versa sobre el estudio de los hechos y de las pruebas que tuvo en cuenta el Jurado (aquí Consejo de Guerra Verbal), para dictar el veredicto.

4.—La complicidad correlativa fue establecida por el legislador para los delitos de homicidio y lesiones personales. Esta modalidad no cambia la figura específica del homicidio para tipificarlo como entidad delictual distinta del mismo. Lo único que prevé la disposición del art. 385 del Código Penal es la fijación de la responsabilidad y la graduación de las penas dentro de la cooperación en él prevista, para los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor. Si no cambia la figura típica del homicidio, si sus elementos integrantes son los mismos, si la única dificultad radica en la individualización de su autor, natural es que todas las condiciones que pueden presentarse en la realización del hecho para agravarlo (artículo 363 del C. P.) son aplicables al caso del homicidio cometido en las circunstancias del art. 385.

5.—En los juicios por jurado, éste califica los hechos y resuelve sobre el tema de la responsabilidad. El veredicto es, por consiguiente, el fundamento inmediato de la sentencia. El Juez de derecho, en estos juicios, no define ni se pronuncia sobre ninguno de los factores que tipifican el hecho como entidad delictual. Su función es la de interpretar el veredicto y acomodarlo a las normas penales para imponer la respectiva sanción. Recobra la plenitud de sus atribuciones como juez de derecho al apreciar y calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, siempre y cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito.

Dentro de esa función de intérprete del veredicto para imponer sanciones, puede

incurrir en errores que tengan por consecuencia la impuganión de la sentencia por cualesquiera de las causales previstas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues la interpretación y desarrollo del veredicto no pueden en algunos casos tener unidad de pensamiento entre los jueces populares que lo pronuncian y el juez que lo interpreta, por la diversidad de conceptos o apreciaciones jurídicas frente a los hechos investigados y a los términos del fallo de los jueces populares.

Pero en tratándose de sentencias dictadas por Consejos de Guerra Verbales, las causales de impugnación se simplifican por la dualidad de funciones que desempeñan, porque son unos mismos los que pronuncian el veredicto y dictan el fallo correspondiente; es decir, en estos casos la sentencia es una interpretación exacta y fiel del pensamiento, de la voluntad y del querer del jurado, expresados en las respuestas que constituyen su veredicto, y esa interpretación, ese desarrollo y esa aplicación de la ley al hecho juzgado por ellos mismos, no puede, al menos en principio, estar en contradicción con la premisa fundamental de la sentencia que es el veredicto. La aplicación de la ley traducida en una sanción, corresponde a la interpretación que dieron a los hechos que sirvieron de fundamento para pronunciar el veredicto.

6.—Para la existencia de la complicidad correlativa son necesarios estos factores: que varias personas tomen parte en la comisión del hecho y que no sea posible determinar su autor.

7.—No es aceptable la tesis de que, de conformidad con la ley 82 de 1948, el Procurador puede ampliar la demanda, por cuanto ello vendría en la práctica a confundir o fusionar las calidades de parte recurrente y parte no recurrente en una sola persona. Es decir, ante la Corte y en estos procesos no habría ningún debate, desnaturalizándose así el contenido jurídico del recurso de casación, que fue precisamente una de las deficiencias de técnica que se anotó a la Ley 118 de 1931.

Por otra parte, si la tramitación de estos procesos se halla sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, es indudable que si esos preceptos no están derogados, deben cumplirse en su integridad. Ni la Ley 82 de 1948 ni el Código de Procedimiento Penal autorizan o dan facultad al Procurador para ampliar la demanda o para invocar nuevas causales de casación cuando no es parte recurrente. No existiendo disposiciones legales, la Corte, por un criterio de interpretación benigna no puede suplir una deficiencia que el legislador omitió suplir o para establecer algo que deliberadamente no quiso consagrar como norma legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio dieciseis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Consejo de Guerra Verbal en sentencia de junio 22 de 1948 condenó a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio a Adán Urueña Galindo, Saúl Beltrán, Eustaquio Beltrán Quiroga, Marco Tulio Arizmendiz o Marco Tulio Aramendiz, Patricio Galindo Delgado, Cenón Guevara Ramírez y Eugenio Galindo Orjuela; a la de siete años y seis meses de presidio a Joaquín Galindo y a la de cuatro años y tres meses de presidio para Alfonso Urueña Galindo.

Al ser revisada esta providencia, por recurso de apelación, fue confirmada en sentencia de julio 7 de 1948, dictada por el General Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares y contra este fallo se interpuso recurso de casación.

Estando cumplidos los trámites legales propios del recurso, se procede a su estudio.

Demanda

Se invocan como causales de casación las de los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 5º de la Ley 82 de 1948.

Para mayor claridad en el estudio de las causales, la Sala seguirá la enumeración del Código de Procedimiento prescindiendo de aquél que trae la demanda.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedi-

mental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

La causal se motiva así:

"En la Resolución número 12 de junio 15 de 1948 por la cual se convocó al Consejo de Guerra Verbal que habría de juzgar a los procesados, en el punto 2º designó al doctor Mario Sarmiento como Asesor Jurídico "en sustitución" del Juez de la Brigada de Institutos Militares.

"Este nombramiento es ilegal y el Estado Mayor General de las Fuerzas Militares no tenía autorización para hacer tal sustitución.

"El artículo 124 de la Ley 3ª de 1945, establece que la autoridad militar que convoque el Consejo designará "el Juez a que se refiere el artículo 13, el cual interviene como Asesor Jurídico y dirige la investigación".

"El Juez a que se refiere el artículo 13, es el Juez de la Brigada de Institutos Militares que lo era en la época en que se convocó y reunió el Consejo el doctor Luis Gómez Nariño. No existe en la referida Ley 3ª disposición ninguna que autorice hacer estas sustituciones".

Al sustituir al Juez Militar de la Brigada por otro empleado que no tenía tal carácter el Jefe del Estado Mayor General usurpó jurisdicción e incurrió en la nulidad prevista por el artículo 198, numeral 1º, por incompetencia de jurisdicción.

Se considera:

El artículo 13 de la Ley 3ª de 1945 dice que en cada Brigada o unidad operativa del Ejército terrestre, en las Fuerzas Aéreas y en la Armada Nacional, debe haber un juez permanente con residencia en el respectivo comando superior, y este funcionario, por mandato del artículo 124 de la misma Ley, en procesos en que intervienen los Consejos de Guerra Verbales actúa como Asesor Jurídico y dirige la investigación; pero la ausencia de éste, no es causal de nulidad, cuando existe un ordenamiento jurídico que faculta a la respectiva autoridad militar para reemplazarlo por otro, que, con las mismas facultades legales, pueda actuar en el proceso.

En efecto: por decretos 1285 y 1406 de abril 10 y 30 de 1948, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades constitucionales conferidas por el artículo 121 de la Constitución nacional y en la Ley 3ª de 1945, autorizó al Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares para convocar los Consejos de Guerra Verbales que estime necesarios, para que por el procedimiento establecido en el Libro 2º, Título 9º del Código de Justicia Penal Militar, sean juzgadas todas las personas sindicadas de los delitos de fuga y evasión de presos, devastación, saqueo, hurto, robo y demás hechos comprendidos dentro de la categoría de los delitos complejos de que trata el decreto últimamente citado.

Por Decreto número 1709 de 1948 (mayo 20) el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Carta y teniendo en cuenta que "tanto la Jefatura del Estado Mayor como los distintos Comandos de Brigada tienen un considerable recargo de trabajo que impone la creación de un cuerpo de Asesores Jurídicos y de investigadores que colaboren con las Fuerzas Militares en el desempeño de las delicadas funciones que les fueron encomendadas "dispuso la creación de los cargos de asesores jurídicos del Estado Mayor General del Ejército, que colaborarán con esta entidad en el desempeño de las funciones que le corresponden al Estado Mayor de acuerdo con los Decretos números 1285 y 1406".

En ejercicio de la atribución conferida por este decreto-ley, el Jefe del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares, en relación con los decretos sobre convocatoria de Consejos de Guerra Verbales dictó la resolución número 12 de junio 13 de 1948 y nombró como Asesor Jurídico para intervenir en este proceso al doctor Mario Sarmiento. Por consiguiente, su actuación no es nula, ni hay usurpación de jurisdicción, pues ese nombramiento se hizo en virtud de un mandato legal contenido en el decreto-ley que así lo dispuso y los actos cumplidos durante su vigencia tienen plena validez.

La nulidad constitucional proveniente de la mala redacción de los cuestionarios y el hecho de haberse condenado a los procesados como responsables "de un homicidio en complicidad correlativa" es tema que incide en la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, impugnación que también hace el demandante y en donde la Corte estudiará ese problema.

En consecuencia la causal alegada no prospera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

"La sentencia —dice el recurrente— no expresa en qué forma halló probada la responsabilidad de los procesados y únicamente se limita a declarar que en la primera instancia "se analiza

a espacio la prueba respecto a cada uno de los sindicados, basándose en los indicios, en las declaraciones de los propios procesados y de terceros, en las contradicciones en que aquéllos incurrieron. Esas pruebas justipreciadas en conciencia condujeron a los jueces de hecho a dar el veredicto afirmativo en cuanto a la responsabilidad de los acusados en la participación de los hechos, siendo por tanto ese veredicto la prueba plena de esa responsabilidad, para el fallador de instancia.

"Lo anterior es el único fundamento que trae la referida sentencia para condenar a las penas gravísimas a que condenó a los procesados. Y como ella dice que fue en la sentencia de primera instancia en donde se analizó esa prueba procedo a revisar esta otra pieza para saber si efectivamente existe esa demostración de responsabilidad en que se pretende apoyar el veredicto".

Se contesta:

Los procesados aceptan que el día de los acontecimientos estuvieron patrullando la población y prestaban servicios a nombre de la revolución; así lo reconocen Joaquín y Alfonso Urueña Galindo. En cambio, Adán niega esta circunstancia, pero los otros lo afirman enfáticamente, corroborando este hecho Alfredo Basto, Avelina Rojas, Leucio Delgado y otros testigos.

Los procesados fueron vistos en el caserío de Caldas Viejo en las primeras horas de la noche del 10 de abril de 1949, pero a las diez de la noche se ausentaron de la población hasta las primeras horas del día 11 del mes y año anteriormente anotados. Así lo declaran Leucio Delgado y Georgina Arce de Arévalo, quienes dicen que de las ocho de la noche en adelante se iban a requisar las casas buscando armas y volvían a las seis de la mañana.

La noche del diez de abril de 1948, en número de quince personas llegaron a casa de Sebastián Andrade, pidieron café y unos tamales; el declarante, Sebastián Andrade, afirma que el valor fue pagado por Alfonso Urueña. En esta reunión estuvieron presentes los señores Joaquín, Alfonso y Adán Urueña, según lo dice el testigo Arcadio Ramírez.

De esta reunión salieron con el propósito de seguir a la hacienda del Padre Simón Zorroza, con el fin de coger armas, según lo afirma el testigo Arcadio Ramírez, quien se negó a acompañar a los procesados. En efecto: al ser preguntado por los motivos que tuviera para no ir a esa excursión, expresa: "Fue que mi conciencia de hombre honrado no permitió ir por allá, como hombre sano y trabajador que soy"; y al interrogarlo sobre el sitio o lugar donde iba la comisión, responde: "Dichos señores o sean los que se han nombrado en otras preguntas salían para el lado de Miravalle que iban a una comisión a coger armas a la casa del Padre Simón Zorroza".

Agustín Perea dice que el grupo era comandado por Joaquín Urueña, y en este mismo sentido declara el Inspector del corregimiento de Caldas Viejo al afirmar que el grupo estaba comandado por Joaquín y Adán Urueña. Leucio Delgado expresa que: "Joaquín decomisó unas armas y las llevó a la inspección, pero el inspector afirma que cuando él llegó a su despacho encontró que se había "arrancado el candado que cerraba la puerta de la inspección y se sacaron cuatro machetes" y que de su casa se había sacado la escopeta de dos cañones, calibre doce, que le habían prestado los señores de la hacienda de Miravalle".

Perea dice que se quedó esa noche en casa de Joaquín Urueña, y al preguntarle el por qué de esa afirmación cuando el mismo procesado dice lo contrario, responde: "porque Joaquín Urueña Galindo me dijo que dijera eso" y esto "me dijo — agrega el declarante — después de la muerte del padre Zorroza".

Eugenio Galindo dice que la escopeta de la hacienda "Miravalle" de dos cañones "la portaba el señor Alfonso Urueña, es decir, el arma que se mantenía en casa del Inspector, porque a él le prestaron esa escopeta los dueños de la hacienda de "Miravalle"; el día de los sucesos estaba en poder de uno de los procesados y tanto Joaquín como Alfonso y Adán Urueña hacían parte del grupo que fue a buscar armas a casa del Padre Simón Zorroza.

Diego Sáenz, quien acompañaba al padre el día de los sucesos, dice que Joaquín Urueña, Eustaquio Orjuela, Eugenio Galindo Orjuela y Leonidas Hernández formaban parte del grupo que perpetró el asalto y dieron muerte al sacerdote, y que uno de ellos lo "había puesto manos arriba". Al practicarse el reconocimiento en rueda de presos también lo reconoció.

Es evidente que para deducir la responsabilidad de los procesados, no existe para todos ellos una prueba directa de su participación; pero frente a la prueba indiciaria que se deja transcrita, por modo indirecto, se llega a la determinación de la misma. En la valoración de la prueba indiciaria el juzgador no debe considerar aisla-

damente cada hecho con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar.

El hecho indiciario independiente de los demás es una prueba incompleta, pero de esto no se puede deducir que ellos carecen de valor, ya que la misma ley reconoce que de dos o más pruebas incompletas puede llegarse a la formación de una prueba completa.

Los indicios sobre la responsabilidad de Joaquín, Alfonso y Adán Urueña que se deduce de la prueba transcrita no hace referencia a un solo hecho, sino a diversos actos que dentro de la realización del delito se cumplieron por parte de los procesados, ora en relación a la formación de un grupo que se mantenía a órdenes de la revolución y a la requisa de armas del corregimiento de Caldas Viejo; ya también, a la ausencia de éstos del caserío en la noche del día 10 y en las primeras horas del 11 de abril de 1948; bien al sitio de reunión en casa de Sebastián Andrade, donde tomaron café y comieron tamales; ya al hecho notorio de que el grupo tenía el propósito de ir a decomisar armas a casa del Padre Zorroza, y a la circunstancia de que Arcadio Ramírez, no quiso integrar esa comisión, porque "su conciencia de hombre honrado y trabajador no le permitía ir allá"; ya también, al hecho de que uno de los moradores de la casa del sacerdote Zorroza—Diego Sáenz Criollo—afirmó en su declaración conocer algunos de los que integraban el grupo, y luégo después de reconocerlos en rueda de presos, ora al hecho de que Adán Urueña portaba la escopeta que se mantenía en casa del Inspector del corregimiento.

En la valuación de la prueba indiciaria el Juzgador de instancia tiene libertad suficiente para apreciarla "porque siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador en la cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valoración de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestre que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos o que por habérseles atribuído un valor probatorio que no tenían o negado el que sí tenían, se hubiera dado por establecido uno de los elementos del delito o alguna circunstancia eximente o modificadora de la responsabilidad en perjuicio evidente del acusado o de la administración de justicia". (Casación de 10 de marzo de 1948).

Si a lo anterior se agrega que el fallador de primera instancia fue un Consejo de Guerra Verbal, la valoración de la prueba indiciaria tiene más eficacia, porque ellos no están sometidos a tarifa legal de pruebas sino que deciden en conciencia y por convicción íntima de los hechos respecto de los cuales se los interroga, con la firmeza e imparcialidad que corresponde a todo varón honrado. Es claro que su soberanía no es absoluta, su límite está marcado —en este caso— por la evidencia procesal, y cuando sus decisiones no pecan palmariamente contra esa realidad, sino, al contrario, tienen fundamento en ella, no se puede afirmar que la sentencia les atribuyó a los hechos un valor que no tienen, y sí les negó el que tenían.

En consecuencia el cargo no prospera.

Causal

Ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

En esta causal el recurrente involucra los conceptos de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio, con el de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contrario a la evidencia de los hechos; lo primero, radica exclusivamente entre el veredicto y la sentencia, y el examen —en casación— se hace sobre el contenido de las preguntas del cuestionario; lo segundo, modalidad de la Ley 82 de 1948, artículo 5º, versa sobre el estudio de los hechos y de las pruebas que tuvo en cuenta el Jurado (aquí Consejo de Guerra Verbal) para dictar el veredicto. Por consiguiente, en esta parte, se examinarán únicamente los puntos atinentes a la causal invocada:

"El veredicto —anota el recurrente— es contrario a la evidencia de los hechos porque la sentencia dice que todos los procesados estuvieron presentes en el lugar de los acontecimientos, y todos no fueron reconocidos por los testigos. Jaime Zorroza reconoce a Zenón Guevara, Eugenio Galindo, Saúl Beltrán, Leonidas Hernández, Joaquín Urueña, Eustaquio Orjuela, y a Eugenio Galindo. **No fueron reconocidos** Alfonso Urueña Galindo, Alfonso Beltrán Quiroga, Marco Tulio Ara-

mendiz o Arismendiz, Patricio Galindo Delgado y Adán Urueña Galindo.

"Luego al decir el veredicto que estos últimos son responsables... tomando como base el que hubieran estado en Bilbao, va contra la evidencia de los hechos, porque nadie dice, ni afirma dentro del proceso que estos últimos procesados hubieran estado o hubieran sido vistos en dicho sitio" y concluye así:

"Lo único que el expediente tiene probado fue que los procesados patrullaron en las noches del nueve y del diez de abril las calles de Caldas Viejo por temor a un asalto. Nada más. El veredicto y la sentencia que comento, aceptan este hecho en parte, pero le dan una interpretación errada; por una parte, consideran que por patrullar las calles los procesados viajaran a Bilbao y mataron al Padre, sin poder saber quién, y por otra viene a negar este hecho al condenarlos como que estuvieron en Bilbao, al mismo tiempo que estaban en Caldas Viejo patrullando, y ello implica la contraevidencia de que vengo hablando".

Se replica:

Es cierto que no todos los procesados fueron reconocidos por las personas que se encontraban en la casa del Padre Simón Zorroza, pero de este hecho no se puede deducir la conclusión que plantea el recurrente, de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos "porque nadie dice, ni afirma dentro del proceso que estos últimos procesados hubieran estado o hubieran sido vistos en dicho sitio". A esa determinación se llega por la prueba indiciaria, que sin ser prueba directa, sirve para hacer la deducción de la coparticipación criminal de todos ellos en el delito.

En efecto: en relación con los procesados que no fueron reconocidos, cabe advertir, que éstos formaban parte del grupo de personas que sí fueron reconocidas por los testigos presenciales de los hechos, y así Alfonso Urueña expresa que estuvo en compañía de Zenón Guevara, Eugenio Galindo y Patricio Galindo. Alfonso Beltrán Quiroga dice que estuvo con Leonidas Hernández y Zenón Guevara. Marco Tulio Arizmendiz manifiesta que estuvo en casa de Joaquín Urueña Galindo y que no salieron de ella. Sin embargo, sus compañeros desmienten esta aseveración y expresan que estuvo con ellos, afirmación que se corrobora con el testimonio de Georgina Arce, Avelina Rojas, Leucio Delgado y Arcadio Ramírez, quien eludió ir a decomisar armas a casa del Padre Zorroza. También fue visto por Alfonso Basto y por Sebastián Andrade, donde llegaron en las primeras horas del día 11 de abril a comer tamales y tomar café. El procesado manifiesta que llegó a su casa a las seis y media de la mañana; en cambio su señora dice que a las seis estaba dormido. Por otra parte, el Inspector del corregimiento manifiesta que le decomisó una escopeta, y éste trata de desvirtuar el hecho diciendo que le decomisaron el arma a Eugenio Galindo y que éste se la entregó. Patricio Galindo sostiene que no salió de su casa de habitación y que no puede declarar sobre el hecho de si salió o no a cuidar el caserío, pero esta afirmación es contradicha por Alfonso Urueña, quien expresa que cuidaba el pueblo en compañía de Patricio Galindo, y es significativo el hecho de que Sebastián Andrade afirmara que también estuvo en su casa con las otras personas que componían el grupo a la hora en que comían tamales y tomaban café, y posteriormente se fueron todos a practicar la requisa de armas al lugar donde tuvieron ocurrencia los hechos.

Las personas a quienes se acusa de la muerte del Presbítero Simón Zorroza, están acordes en afirmar que estuvieron juntos en la noche del día diez hasta las cinco o seis de la mañana del día 11 de abril de 1948 en el caserío de Caldas Viejo. Pero este grupo de las diez de la noche en adelante abandonó la población y se trasladó a casa de Sebastián Andrade. Lo primero lo afirman los testigos Leucio Delgado, quien cuidó el caserío de las once de la noche a las seis de la mañana, de los días antes citados, y éste es un testigo que merece toda credibilidad. Avelina Rojas declara en el sentido de que el grupo abandonaba la población de las ocho de la noche en adelante porque iba a practicar requisas de armas. Sebastián Andrade afirma la presencia de la mayor parte de los procesados en su casa de habitación como entre las dos o tres de la mañana, y Arcadio Ramírez sostiene que no quiso ir a esa comitiva porque su conciencia de hombre honrado y trabajador se lo impedía, y que esa comisión iba con destino a la casa del padre Simón Zorroza a coger armas. Efectivamente así se presentaron, golpearon las puertas y exigieron la entrega de armas a nombre de la revolución, recibieron una escopeta y una pistola de manos de Jaime Zorroza. A sus moradores al grito de manos arriba los amedrantaron con las armas que portaban. En estos momentos, el Presbítero Simón Zorroza salió de su alcoba hacia el patio, y uno de los del

grupo dio la orden de que dispararan; al efecto hubo varios disparos de armas de fuego de largo y pequeño alcance que hicieron blanco en la persona del Padre Simón Zorroza, cuyas heridas en el abdomen y en el tórax produjeron la muerte.

Cuando perpetraron el asalto fueron reconocidos algunos de los atacantes, y si todos ellos, recíprocamente, afirman que estuvieron juntos, es lógico que las personas que no fueron reconocidas formaban parte del grupo de asaltantes, hecho que cobra mayor importancia frente a la prueba de los testigos ya citados: Leucio Delgado, Avelina Rojas, Sebastián Andrade y Arcadio Ramírez, quien se negó a participar en esa comitiva. ¿A qué sitio iba esa comisión en altas horas de la noche? La respuesta la da Arcadio Ramírez: a tomar las armas que se encontraban en la casa del padre Simón Zorroza. Indudablemente que al formarse este propósito estaban dispuestos a afrontar cualquier obstáculo que se presentara en la realización de su cometido. Desgraciadamente dieron muerte al Presbítero Zorroza y amarraron a Jaime y así lo condujeron varias cuadras fuéra de la casa con propósito no inocente, sino el de causarle un mal; por fortuna hubo una persona que pidió que no lo mataran y dejaran en libertad.

Esta es la prueba que el Consejo de Guerra Verbal tuvo en cuenta para pronunciar su veredicto. Prueba indiciaria que no solamente tiene valor para proferir sentencia en un juicio de puro derecho, sino también en aquellos que se ventilan ante jueces de conciencia, en los cuales la valoración de los elementos probatorios no está sujeta a una tarifa legal y bajo este concepto el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos procesales, ni la sentencia se pronunció sobre un dictamen carente de realidad procesal.

El fallo no afirma el dón de ubicuidad de los procesados, en el sentido de que éstos hubieran estado patrullando las calles de Caldas Viejo y a la vez en la hacienda de Bilbao. La sentencia es lógica en cuanto a la apreciación de la prueba, sin desconocer la presencia de los procesados en el caserío en las primeras horas de la noche, por que así está demostrado; afirma que con posterioridad a ese hecho los procesados se trasladaron a casa del Padre Simón Zorroza a decomisar las armas, con los incidentes de que da cuenta el proceso.

En consecuencia, la causal alegada no prospera.

Causal séptima

. Dictarse la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

El veredicto es contradictorio —dice el recurrente— porque el Consejo de Guerra Verbal negó la primera pregunta del cuestionario relativa a la responsabilidad, con intención o propósito de matar. Sin embargo, al contestar la segunda pregunta del cuestionario afirmó la responsabilidad de los acusados, por haber tomado parte en los hechos a que se refiere la pregunta anterior.

"Esta respuesta es contradictoria con la primera, porque si los procesados no tuvieron la intención de matar al disparar contra el presbítero Zorroza, mal podían participar luégo en el mismo hecho, porque las dos afirmaciones son contrarias y la una excluye a la otra. De otro lado no dice el Consejo cuál fue su participación, si la de verdaderos partícipes, la de cómplices o la de auxiliadores, ya que cada una de estas circunstancias implica un grado distinto de responsabilidad y otro igualmente distinto de participación".

Y más adelante expresa:

"...El Consejo ha hecho dos afirmaciones contradictorias: que los sindicados no son responsables porque no tuvieron la intención, ni el propósito de matar, ni le causaron las heridas al presbítero Zorroza, y luégo afirma que sí fueron partícipes de ese hecho. Las dos afirmaciones se excluyen como lo ha dicho y repetido esa Honorable Corte. Y otra de las contradiccions del veredicto es la de que luégo de negar en ese primer cuestionario la responsabilidad de los procesados y la intención y el propósito de matar viene luégo y en los cuestionarios 3º y 4º afirman que el hecho negado que es el primero se produjo en circunstancias que colocaron la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión y de inferioridad".

Se considera:

El cuestionario consta de cuatro preguntas: la primera referente a la ejecución del homicidio en **calidad de autores,** con la intención o propósito de matar; la segunda —para el caso de que la respuesta anterior fuere negativa— contempla la responsabilidad de los procesados **por haber tomado parte** en la ejecución de los hechos. La tercera y cuarta pregunta relativas a las modalidades de ejecución para darle al hecho la denominación de homicidio agravado —asesinato.

Las preguntas no fueron absueltas en forma unánime para todos los procesados. La primera fue negada; la segunda, tercera y cuarta son afirmativas para todos, con excepción de la cuarta que fue negada para Alfonso Urueña Galindo.

Dice el demandante que la sentencia se pronunció sobre un veredicto contradictorio, pues negada la realización del hecho, la intención o propósito de matar, no hay lugar a deducir responsabilidad. Tesis aceptable para el caso de no existir otra pregunta relativa a concretar el hecho de coparticipación criminal en grado diferente a la principal o secundaria.

El asesor jurídico teniendo en cuenta que en el proceso no existía una prueba directa que individualizara a los autores del delito, o bien, a los cooperadores del mismo, redactó la segunda pregunta que contempla una clase de cooperación que, sin ser la principal o necesaria, ni la secundaria o no necesaria, buscara un término de transacción legal para los casos de coparticipación criminosa en que no es posible saber con certeza cuál de estas personas es el autor material del delito investigado.

El Consejo de Guerra Verbal tenía que negar la coparticipación de los procesados en la forma de cooperación necesaria (artículo 19 del C. P.) y de cooperación no necesaria, porque esa era la realidad procesal. Si cualquiera de estas formas de participación criminosa se hubiera demostrado, el Asesor Jurídico hubiera prescindido de la segunda pregunta del cuestionario, que plantea la tesis de la complicidad correlativa.

Cuestionario. Pregunta 2ª — "¿En el caso de que la respuesta que recayere en la pregunta anterior fuere negativa, el acusado Joaquín Urueña Galindo, **es responsable,** sí o no, de haber **tomado parte** como cómplice, partícipe o auxiliador en los hechos a que se refiere la pregunta anterior? Contestaron para todos **sí.**

Se interroga si los acusados son **responsables de haber tomado parte** en la realización de los hechos y se responde afirmativamente, el término **responsables,** como lo ha sostenido la doctrina jurisprudencial, comprende los dos elementos integrantes del delito en su aspecto objetivo y subjetivo, físicos o materiales y psíquicos o morales. El uno hace referencia directa al acuerdo de voluntades para la comisión del hecho, y el otro para el caso de la complicidad correlativa encierra la circunstacia de **haber tomado** parte en la realización del delito, términos que fueron tomados expresamente de la disposición del artículo 385 del Código Penal al redactar esta pregunta del cuestionario.

En los casos en que **varias personas tomen parte** en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad, dice el artículo 385 del Código Penal.

Los elementos integrantes de la complicidad correlativa pueden sintetizarse así: Que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión; y que no sea posible determinar su autor. La falta de prueba —por una parte— sobre la **individualización del autor,** y la relación de causalidad entre el acuerdo de voluntades y la producción del hecho, por otra, dan origen a esta figura de responsabilidad correlativa.

Tanto en la complicidad general como en ésta "debe existir el acuerdo de voluntades, aunque no sea anterior sino instantáneo y concomitante a los hechos y a la actividad delictuosa; en una palabra, el querer un delito y participar con actos distintos de los constitutivos de participación no necesaria para realizarlos. Se diferencia solamente en la especial modalidad de ignorarse cuál de las personas que tomaron parte en la infracción en el momento consumativo de la misma porque, si desaparece la duda, si se sabe quién o quiénes fueron los responsables principales o quién o quiénes contribuyeron en forma secundaria en alguno o algunos de los pasos del **iter criminis,** lo correlativo de la complicidad se rompe y debe regularse la calificación de los hechos por los principios generales que gobiernan la coparticipación en sus grados respectivos". (Casación. 11 de febrero de 1946).

Así, pues, en la concurrencia de varias personas en la comisión del delito, y en la indeterminación de la participación criminal en forma principal o secundaria para el autor, radica el fenómeno de la complicidad correlativa.

El veredicto —respuesta segunda— y la sentencia están íntimamente vinculados. No existe ninguna interpretación dudosa, ni el fallo se aparta de su contenido, pues siendo los miembros del Consejo de Guerra Verbal las mismas personas que pronuncian el veredicto y la sentencia, debe buscarse su interpretación en los términos de ésta.

El fallo del Consejo de Guerra Verbal dice: "En realidad no se encontró probado quién o quiénes de los acusados fueron los autores materiales principales y directos de los disparos que

hicieron blanco en el padre Simón Zorroza, al contestar el Consejo negativamente. la primera pregunta del cuestionario, se tiene en el presente proceso en cuanto hace a la naturaleza jurídica del hecho y a sus modalidades, que se ha operado el fenómeno previsto en el artículo 385 del Código Penal ordinario...." Y posteriormente agrega: "Este fenómeno al cual los autores y tratadistas de derecho penal dan el nombre de **complicidad correlativa,** que los italianos denominan **complicitá correspettiva,** tiene lugar cuando la participación conjunta de varios individuos en la comisión de un hecho criminoso que no puede considerarse respecto de todos o de algunos de ellos como necesaria, y que se denomina complicidad necesaria. Esta última figura la contempla el artículo 19 de nuestro Código Penal. Hay una diferencia fundamental entre la complicidad correlativa o correspectiva y la complidad necesaria, pues al paso que la primera se estructura cuando varios individuos participan en la comisión de un hecho sin que pueda saberse quién o quiénes fueron sus autores materiales o directos y quién o quiénes sus simples cooperadores, partícipes o auxiliadores, la segunda se opera cuando todos los cómplices, partícipes o auxiliadores han desempeñado en la comisión del hecho una actividad sin la cual su consumación hubiera sido imposible. Las consecuencias jurídicas son diferentes en uno y otro caso, pues a la vez que la situación del cómplice necesario llega a ser la de un verdadero autor directo o material del ilícito, la del partícipe en la complicidad correlativa tiene determinada su responsabilidad por cuanto su cooperación pudo ser más o menos eficaz en la realización del fin jurídico que el autor se propuso al cometer el hecho".

Y la sentencia del Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares expresa en relación con este tema lo siguiente:

"...En la sentencia que se revisa existen indicios muy graves, vehementes pudiera decirse, de que todos los acusados concurrieron al lugar de los hechos en forma convenida, para una actividad nociva cual es la de ir a la casa del sacerdote en busca de armas y en ánimo de afrontar todas las consecuencias que se presentaran. Y por lo mismo, esa circunstancia fue eficaz y contribuyó en cada uno de ellos a dar ánimo a los demás en la empresa proyectada".

"3º—Pero si esa participación hubiera sido convenida de antemano como quiere el señor defensor para que pudiera caber la complicidad correlativa, habría surgido entonces un concurso recíproco, con la consiguiente premeditación y en tal evento no habría complicidad sino coautoría y la sanción correspondiente sería la del delito, sin deducción ninguna.

"Al aplicar la complicidad correlativa no es necesario ni puede serlo, que haya la seguridad de que alguno de los sindicados fuera el autor material. Se trata justamente de sancionar la participación, toda vez que se ignora quién es el autor y si está o no entre lo procesados. Si tal se supiera, no habría entonces lugar al fenómeno de la complicidad correlativa, sino que se sancionaría con la pena correspondiente al delito, al autor, y con la de cómplice a los participantes".

En esta forma el veredicto y la sentencia guardan perfecta armonía y no se puede sostener que ésta se dictó sobre un veredicto contradictorio. Se repite, no hay contradicción, porque negada la primera pregunta del cuestionario, subsiste la segunda, que es independiente de aquélla. Habría contradicción si sobre la base de dos respuestas afirmativas, primera y segunda del cuestionario, la sentencia hubiera adoptado una de ellas con prescindencia de la otra.

Por último, el recurrente, predica la contradicción del veredicto porque la sentencia los condena como responsables de un asesinato. La respuesta tercera afirma que el hecho fue cometido en circunstancias que colocaron a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión; para que estas modalidades — dice el demandante — "tengan lugar es necesario decir cuál de las que constituyen ese estado fue la que se presentó, si la insidia, la asechanza, la alevosía".

La complicidad correlativa fue establecida por el legislador para los delitos de homicidio y las lesiones personales. Esta modalidad no cambia la figura específica del homicidio para tipificarlo como entidad delictual distinta del mismo. Lo único que prevé la disposición del artículo 385 del Código Penal es la fijación de la responsabilidad y la graduación de las penas dentro de la cooperación en él prevista, para los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor. Si no cambia la figura típica del homicidio, si sus elementos integrantes son los mismos, si la única dificultad radica en la individualización de su autor, natural es que todas las condiciones que pueden presentarse en la realización del hecho para agravarlo (artículo 363 del C. P.) son aplicables al caso del homicidio cometido en

las circunstancias del artículo 385.

El Consejo de Guerra Verbal afirma que el hecho se cometió en circunstancias de indefensión e inferioridad, es decir, acepta integralmente esas dos modalidades; por tanto, no era necesario que expresara cuál de esos dos estados aceptaba y cuál rechazaba. La inferioridad e indefensión se predica de la víctima; la primera es la posición desventajosa en que se hallaba el ofendido en relación con el grupo de atacantes; y la indefensión se refiere a la falta de defensa o medios necesarios para resistir el ataque. Por eso se dice que indefensa es la persona que carece de medios de defensa o está sin ella; circunstancias éstas que fueron reconocidas en el veredicto y para ello se fundaron en las pruebas del proceso. En estas condiciones no se puede afirmar que la sentencia se dictó sobre un veredicto contradictorio.

En consecuencia la causal alegada no prospera.

Causal tercera

Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Funda esta causal así:

"Ya vimos cómo fue el cuestionario que afirmativamente contestó el Consejo de Guerra Verbal o sea que los procesados eran responsables de haber tomado parte como cómplices, partícipes y auxiliadores en la muerte del Presbítero Zorroza.

"Pero sucede que ese mismo Consejo dijo en el cuestionario primero que los mismos procesados no eran responsables de haber causado las heridas o lesiones que ocasionaron la muerte y que no habían tenido ni la intención ni el propósito de matar.

"Esta respuesta al cuestionario primero al negar la intención y el propósito indicaba muy claramente que lo que debía hacer el Consejo y el Estado Mayor en la sentencia que comento era absolver a los sindicados, porque como no puede existir homicidio voluntario sin propósito y sin intención y mucho menos asesinato, negado el propósito, quedaba negada la responsabilidad de los procesados. Sin embargo la sentencia del Estado Mayor dice que cuando una persona es partícipe, cómplice o auxiliador, no es ninguna de estas cosas sino autor de un homicidio en complicidad correlativa y como la tal complicidad no está afirmada en el veredicto dedúcese que la sentencia que lo acepta y le da esta interpretación está en desacuerdo con el mismo".

Se replica:

En los juicios por jurado, éste califica los hechos y resuelve sobre el tema de la responsabilidad. El veredicto es, por consiguiente, el fundamento inmediato de la sentencia. El Juez de derecho —en estos juicios —no define ni se pronuncia sobre ninguno de los factores que tipifican el hecho como entidad delictual. Su función es la de interpretar el veredicto y acomodarlo a las normas penales para imponer la respectiva sanción. Recobra la plenitud de sus atribuciones como juez de derecho al apreciar y calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, siempre y cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito.

Dentro de esa función de intérprete del veredicto para imponer sanciones, puede incurrir en errores que tengan por consecuencia la impugnación de la sentencia por cualquiera de las causales previstas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues la interpretación y desarrollo del veredicto no pueden en algunos casos tener unidad de pensamiento entre los jueces populares que lo pronuncian y el juez que lo interpreta, por la diversidad de conceptos o apreciaciones jurídicas frente a los hechos investigados y a los términos del fallo de los jueces populares.

Pero en tratándose de sentencias dictadas por Consejos de Guerra Verbales las causales de impugnación se simplifican por la dualidad de funciones que desempeñan, en el sentido de ser unos mismos los que pronuncian el veredicto y dictan el fallo correspondiente; es decir, en estos casos, la sentencia es una interpretación exacta y fiel del pensamiento, de la voluntad y del querer del jurado, expresados en la respuestas que constituyen su veredicto, y esa interpretación, ese desarrollo y esa aplicación de la ley al hecho juzgado por ellos mismos, no puede, al menos en principio, estar en contradicción con la premisa fundamental de la sentencia que es el veredicto.

La aplicación de la ley traducida en una sanción, corresponde a la interpretación que dieron a los hechos que sirvieron de fundamento para pronunciar el veredicto; y si ellos en su sentencia hacen la afirmación categórica de que el hecho juzgado es el de un homicidio realizado en complicidad correlativa, es porque esa afirmación de derecho corresponde a una realidad de hecho traducida en un cuestionario que ellos mismos absolvieron.

Por otra parte el argumento fundamental de impugnación ya fue ampliamente examinado en las causales anteriores y por esto se omite un nuevo estudio.

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.

Dice el recurrente:

"Como ya vimos el Consejo de Guerra negó que los procesados fueran responsables de haber causado heridas al disparar con armas de fuego a la persona del Presbítero Zorroza y que tuvieran la intención o el propósito, porque este elemento es la base principal del delito; faltando éste el delito desaparece, mejor dicho no existe. No obstante la terminante y clara manifestación del Consejo, el Estado Mayor siguiendo al mismo Consejo en lugar de absolver a los procesados como lo había hecho el Consejo al contestar negativamente el primer cuestionario toma pie del segundo cuestionario y considera que los procesados son responsables de un homicidio de los llamados de complicidad correlativa definidos y castigados por el artículo 385 del C. P. y se funda para ello en la respuesta dada al segundo cuestionario, en donde el Consejo afirmó que los procesados son responsables como cómplices, partícipes y auxiliadores. Afirmación ésta que no tiene valor ninguno porque ya había sido negada la responsabilidad en la cuestión principal, o sea el hecho material de los disparos y muerte del presbítero Zorroza".

Se observa:

Al examinar los elementos estructurales de la figura denominada complicidad correlativa, se expresó que para su existencia son necesarios estos factores: que varias **personas tomen parte** en la comisión del hecho, y que no sea posible determinar su autor. Es evidente que en los hechos investigados tomaron parte varias personas: algunas de ellas fueron reconocidas por los testigos presenciales; y que hubo acuerdo de voluntades para concurrir a dicho lugar; en cuanto a este último factor, se advierte que ese acuerdo, haya sido o no previo en relación con el homicidio, es un hecho consecuencial del mismo, porque éste puede surgir en el instante mismo de la comisión del delito "y hasta establecerse —como dice Irureta Goyena — en determinadas circunstancias, sin que se haya cambiado una palabra entre los sujetos responsables del homicidio".

No es cierto, como dice el recurrente, que la sentencia no exprese las razones y fundamentos para concluir que el Consejo de Guerra Verbal condenó a los procesados como responsables del homicidio en complicidad correlativa. Tanto en la sentencia de primera instancia como en la del Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, se dan los fundamentos para llegar a esa conclusión y se estudia la responsabilidad dentro de la norma del artículo 385 del Código Penal.

No hay violación de los artículos 362, 363 y 385 del Código Penal, porque el hecho consumado fue un homicidio y esto es lo que se halla demostrado. Que ese delito revistió especial gravedad es cuestión ya estudiada, y que el delito, para efecto de la responsabilidad debe sancionarse por la disposición del artículo últimamente citado, pues no siendo cooperadores principales, ni secundarios, debe fijarse la pena con aplicación de la norma que determina esa clase de cooperación que sin ser necesaria y no necesaria busca un justo equilibrio entre las dos por las circunstancias de ser varias las personas y la de no saberse quién es el autor.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

En relación con la facultad del señor Procurador para ampliar la demanda, la Corte, en sentencia de mayo dieciseis del presente año expresó:

"La Corte se refiere al problema planteado por el Procurador General de la Nación en el sentido de que el Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 de 1948, tiene facultad para ampliar la demanda de casación, y como consecuencia, plantear ante la Corte —al contestar el traslado de la demanda— nuevas causales de casación que, previamente, no fueron invocadas por el recurrente.

"La Ley 82 de 1948 confiere al Procurador General de la Nación el derecho para interponer y sostener dentro de los términos señalados en la misma ley, el recurso de casación, respecto a los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, pero no le otorga la facultad para ampliar el recurso, en orden a alegar y sustentar causales de casación que no fueron invocadas por la parte recurrente.

"El derecho de interponer un recurso se refiere al acto inicial de formalizar por medio de pe-

tición —ante la autoridad competente— alguno de los recursos legales que las leyes conceden para determinadas providencias emanadas de los funcionarios que administran justicia, y la sustentación del recurso, no significa otra cosa que el derecho para formular la respectiva demanda en la cual se alegan las causales que sirven de motivo para impugnar la sentencia.

"En otros términos, sólo la persona que interpone el recurso tiene facultad para sustentarlo formulando la respectiva demanda de casación. Esto es lo que se deduce de los términos expresos de la disposición comentada. De tal suerte, que si el recurso no fuere interpuesto por el Procurador General de la Nación, este funcionario al contestar el traslado de la respectiva demanda, como parte no recurrente, no tiene facultad alguna para ampliar la demanda de casación. Cuando el Procurador es parte recurrente tiene amplias facultades; cuando no lo es, su intervención se limita a las normas del Código de Procedimiento Penal.

"Si el pensamiento del legislador hubiera sido el de facultar al Procurador General de la Nación para ampliar, desarrollar o suplir las irregularidades y vacíos que anotare en la demanda, expresamente lo hubiera consagrado la ley, como lo hizo, por ejemplo, en la Ley 118 de 1931 que en su artículo 6º consagra dicha facultad, cuando expresa que ante la Corte deberá alegarse y sostenerse la causal o causales que invoca el recurrente y cuando éste no cumple con esa obligación "la llenará el Procurador cuando encontrare fundamento para ello, así como también deberá este funcionario ampliar y desarrollar aún más la demanda de casación del recurrente". Pero como la facultad o derecho para ampliar y desarrollar la demanda del recurrente no lo concedió el legislador al Procurador General de la Nación, es lógico que el Agente del Ministerio Público, en tratándose de recursos de casación previstos por la Ley 82 de 1948 no puede ampliar, ni llenar las deficiencias de la demanda invocando causales de casación que no fueron planteadas por el recurrente.

"No es aceptable la tesis de que el Procurador puede ampliar la demanda, por cuanto ello vendría en la práctica a confundir o fusionar las calidades de parte recurrente y parte no recurrente en una sola persona. Es decir, ante la Corte y en estos procesos no habría ningún debate, desnaturalizándose así el contenido jurídico del recurso de casación, que fue precisamente una de las deficiencias de técnica que se anotó a la Ley 118 de 1931.

"Por otra parte, si la tramitación de estos procesos se halla sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, es indudable que si esos preceptos no están derogados, deben cumplirse en su integridad. Ni la Ley 82 de 1948 ni el Código de Procedimiento Penal autorizan o dan facultad al Procurador para ampliar la demanda, o para invocar nuevas causales de casación cuando no es parte recurrente. No existiendo disposiciones legales, la Corte por un criterio de interpretación benigna no puede suplir una deficiencia que el legislador omitió, o deliberadamente no quiso consagrarla como norma legal.

"Cuando el sentido de la ley es claro no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.). Si la ley tiene un carácter imperativo porque su texto es claro y preciso que no da lugar a equívocos, su interpretación debe hacerse de conformidad con los términos en los cuales se halla concebida, y no buscando otra distinta que su mismo texto la rechaza por ser contraria a lo que el legislador quiso establecer. El parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 es claro y terminante, y de su contenido no puede deducirse que la ley le hubiera conferido al Procurador derecho para ampliar la demanda, o para invocar nuevas causales de casación cuando no es parte recurrente.

"Lo que ocurre es que de conformidad con el artículo 40 de la Constitución Nacional, nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito con las limitaciones establecidas por la Ley 69 de 1945, cuyos preceptos desarrollan la norma constitucional. Y como en los procesos penales el artículo segundo de la citada ley sólo concede a los procesados el derecho de interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, y además la de actuar en todas aquellas diligencias para las cuales no es necesaria la intervención del apoderado, el legislador de 1948 quiso dar un amplio margen de defensa para aquellos procesados que por dificultades económicas no podrían constituir apoderado para sustentar el respectivo recurso, y para suplir esta dificultad y hacer más amplio el derecho de defensa de los procesados, para interponer y sustentar el recurso de casación respecto de los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, la ley otorgó al Procurador la facultad de

interponer y sustentar el recurso dentro de los términos del mencionado estatuto.

"Esta y no otra parece ser la finalidad que anima el espíritu del parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 de 1948".

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, NO INVALIDA el fallo dictado por el General Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares de julio siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Con salvamento de voto, **Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R.,** Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. AGUSTIN GOMEZ PRADA

Con temor de equivocarme me aparto del autorizado concepto de la Sala en el anterior fallo, para prohijar la opinión del señor Procurador en el sentido de que la competencia correspondía a la justicia común y ordinaria y no a la militar, de acuerdo con los decretos 1285, 1406 y 1895 de 1948, pues no se discutió en el proceso de ningún delito político con el cual guardara conexidad el homicidio en el padre Zorroza. Al respecto dice el Jefe del Ministerio Público:

"Los delitos cometidos y que fueron materia de este proceso, se refieren exclusivamente al homicidio del Padre Simón Zorroza y al apoderamiento de algunos objetos de propiedad de éste y de su sobrino Jaime Zorroza; tales infracciones se llevaron a término sin el fin de fomentar un delito político, desde luego que en Caldas Viejo esa clase de ilícitos contra el Estado no se cometieron, mayormente si se tiene en cuenta que el sacerdote ultimado era español, y no hay prueba alguna de que fuera beligerante en la lucha de los partidos políticos colombianos; la mera circunstancia de que los responsables asaltaran la finca de Bilbao dando como razón una requisa a nombre del Gobierno, cuando el caserío se hallaba bajo la zozobra de los acontecimientos del 9 de abril, constituye apenas el ardid o embuste de que se valieron para facilitar la consumación de los ilícitos; y tal modalidad accesoria de éstos sólo entraña un factor circunstancial de agravación de la pena, y no un hecho punible **per se** que dé lugar a un concurso real de infracciones. (Artículos 36 y 37, numeral 10, del C. P.).

"Por consiguiente, los delitos **sub judice** únicamente revisten el carácter de comunes, sin ninguna conexión con hechos que afectaran el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. Por lo mismo, eran extraños, para su juzgamiento, a la competencia de los tribunales militares" (folios 47 y 48 del cuaderno de la Corte).

Ahora, sobre la intervención del señor Procurador en la casación concedida por la ley 82 de 1948, ya dejé en otro fallo expresados los siguientes conceptos:

"Es el caso que la ley 82 de 1948 autoriza al Procurador General de la Nación para intervenir en el recurso de casación concedido contra las sentencias dictadas por Consejos Verbales de Guerra, por delitos cometidos el 9 de abril del citado año, y cabe entonces preguntar en qué momento puede **presentar** su demanda.

"Toda la dificultad consiste en que el parágrafo en que autoriza su intervención dice que el Procurador "podrá **interponer y sostener** dentro del mismo término" de sesenta días siguientes a la vigencia de la ley o de treinta de la notificación de la sentencia, el recurso de casación.

"Sólo dos tesis pueden sostenerse al respecto: la primera, que el Procurador sólo puede presentar su demanda dentro del término indicado de sesenta días siguientes a la vigencia de la ley o dentro de los treinta de la notificación; y la segunda que ese término es sólo para interponer el recurso, pero que el Procurador puede presentarla dentro del término del código de procedimiento —quince días después del auto de admisibilidad del recurso— o ampliar la demanda que el procesado presente al contestar el traslado en su calidad de agente del ministerio público.

"La primera tesis tiene a su favor los términos literales del parágrafo, al expresar que el recurso intentado por el Procurador podrá "interponerse y sostenerse dentro del mismo término" de sesenta o treinta días, según el caso.

"Pero esta tesis, fuera de las razones que militan en pro de la segunda y que la contradicen, tiene en su contra otras distintas, de las cuales sólo se enuncia la de que no hay que suponer que el legislador expida mandatos inútiles e inocuos. Y resulta inútil e inocuo decir que el señor Procurador puede intervenir en el proceso penal para interponer el recurso, cuando según el código de procedimiento, según el cual debe regirse la casación en general, y este recurso en particular, el agente del ministerio público puede interponer el recurso en iguales condiciones al procesado o su defensor (artículo 558).

"Pero los motivos que inducen a adoptar la segunda tesis, esto es, la de que el Procurador puede presentar su demanda de casación dentro del término que el código señala o al contestar el traslado como parte no recurrente (artículos 563 y 564), son los siguientes:

"a) El primero es el de que los términos para

interponer y sustentar el recurso son absolutamente distintos: el término para **interponer** el recurso de casación, según el código, es el de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia (artículo 556) y de sesenta o treinta días de la vigencia de la ley o de la notificación de la sentencia, en este caso particular (artículo 4º); mientras que el de **sustentación** del recurso es el de quince días siguientes al de la notificación del auto de admisibilidad del recurso, según el artículo 563 del código de procedimiento, por el cual se rige la tramitación de la casación común como la consagrada en la ley 82 de 1948 (artículo 5º de esta ley 82 de 1948).

"Si los términos fueran idénticos, el Procurador carecería del término de traslado para contestar o presentar la demanda, y tendría que interponer y sustentar o fundar la casación dentro del primer término, lo cual no puede admitirse.

"De otro lado, es de sentido común que el Procurador hubiera tenido que dedicarse a la tarea de buscar dónde había fallos condenatorios por los sucesos del 9 de abril y estudiarlos dentro del término de sesenta días de la vigencia o de treinta de la notificación de la sentencia para ver si debía, obedeciendo al deseo del legislador, interponer el recurso concedido y presentar las demandas, lo que tampoco parece concebible.

"b) Y el segundo es el de haber consagrado la ley la intervención del Procurador para pedir pruebas cuando se crea necesario un mejor esclarecimiento de los hechos y haber consagrado como causales de casación, a pesar del veredicto del jurado o consejo de guerra verbal, la causal segunda, esto es, el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos o haber habido error en la apreciación del cuerpo del delito.

"¿Para qué solicita pruebas el Procurador? Indudablemente para que intervenga en la sustentación del recurso según ellas. No puede admitirse, en efecto, que el agente del ministerio público, representante de la sociedad, solicite la práctica de probanzas conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos, si apenas le han de servir para fundar su concepto y no para solicitar la invalidación o la confirmación de una sentencia, según tales demostraciones, pues las causales hay que acreditarlas o fundarlas y no se pueden acreditar o fundar sino sobre las pruebas del proceso.

"Ahora, habiendo consagrado este recurso especial el estudio de los hechos, vale decir, el análisis del cuerpo del delito y de la conformidad o contraevidencia del veredicto con dichas pruebas, es apenas lógico admitir que la intervención del Procurador en la solicitud y en la práctica de nuevas probanzas conduce a admitir también su intervención, no sólo en el término común que el código de procedimiento concede, sino también al estudiar el proceso para rendir su concepto como agente del ministerio público.

Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos cincuenta.

Agustín Gómez Prada

NULIDADES EN LOS PROCESOS PENALES. — SU DECLARACION NO ES PROCEDENTE SOLICITARLA DESPUES DE QUE HA CONCLUIDO EL PROCESO

Es extemporánea e improcedente la solicitud de que se declare la nulidad de un proceso penal o de parte de la actuación del mismo, después de que dicho proceso ha concluído, porque de conformidad con los artículos 200 a 202 del Código de Procedimiento Penal, las nulidades se alegan en cualquier estado del proceso, o en el recurso de casación, si ya se dictó sentencia de segundo grado; y porque, de acuerdo con el artículo 146 (3º) del C. J., "La jurisdicción se pierde en uno o más asuntos determinados:... 3º Por la terminación del juicio, diligencia, recurso o comisión".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El doctor Luis A. Muñoz y Viera solicita—con base en el artículo 198 (8º) del Código de Procedimiento Penal —se decrete la nulidad del proceso contra el ex-Gobernador de Antioquia doctor Alberto Jaramillo Sánchez y se retrotraiga al estado en que se hallaba antes de dictar sentencia, porque en ésta —dice— se absolvió al doctor Alfonso (de los mismos apellidos) y no a aquél, es decir, a persona distinta de la llamada a juicio.

No obstante que, en verdad, en la parte resolutiva de la sentencia dictada el diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, al decretar la absolución del procesado doctor Alberto Jaramillo Sánchez, se incurrió en error relativo al nombre de éste, la anterior petición es extemporánea, inconducente e improcedente, como en seguida se explica: extemporánea, porque las nulidades se alegan de conformidad con los artículos 200 a 202 del Código citado —en cualquier estado del proceso, o en el recurso de casación si ya se dictó sentencia de segundo grado—; inconducente, porque —según lo acabado de decir— tal petición no conduce al fin aparentemente querido, es decir, a subsanar el error; y, finalmente improcedente (no conforme a derecho), no sólo por lo dicho, sino porque no habiendo sido parte en el proceso el peticionario, no tiene personería para hacer tal solicitud, y, finalmente, porque la Corte —de acuerdo con el artículo 146 (3º) del C. de O. J.— perdió la jurisdicción en ese negocio.

Previa declaración, pues, de que el doctor Alberto Jaramillo Sánchez, según resulta de todos los actos y providencias del proceso, fue el denunciado, enjuiciado y absuelto mediante la sentencia referida, y no el doctor Alfonso Jaramillo Sánchez, debe la Corte abstenerse de acceder a lo pedido.

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, RESUELVE:

a) Abstenerse —como se abstiene— por las razones aquí expuestas, de acceder a la petición de nulidad presentada por el mencionado abogado doctor Muñoz y Viera, y

b) Ordenar se inserte la solicitud, así como esta providencia, en el proceso respectivo.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE INTERVENCION EN POLITICA

Cuando el artículo 180 del Código Penal reprime a los funcionarios o empleados públicos que formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de ese carácter, ha querido referirse a manifestaciones concretas y específicas de tales personas, en el sentido de que sus actos sean un brote sectario, una conducta saturada de pasión banderiza que los hace obrar teniendo en cuenta más los ideales del partido a que pertenecen, que la buena marcha de los deberes inherentes a la investidura que se les ha confiado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veinte de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El señor Darío Calderón, en la indagatoria que rindió ante el Juez número 33 de Instrucción Criminal el 26 de julio de 1947, en el proceso que se le instruía por falsedad, acusó al Comisario Especial del Caquetá, señor Carlos Jiménez Gómez, por delitos de abuso de autoridad (intervención en debates políticos) y contra el sufragio.

Los cargos que Calderón imputó al Comisario pueden resumirse en los siguientes:

a) Que en el debate del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, Jiménez se dedicó a ayudar a los electores conservadores a buscar sus nombres y conducirlos a votar a las respectivas mesas;

b) Que varias veces se presentó en la puerta por donde debían entrar los electores liberales a obstaculizarlos en su paso a las mesas de votación, según afirmación de Roberto Avila, José T. Hernández, Anselmo Ruiz, Francisco Alvarez, Alfredo Rodríguez y otros;

c) Que en las elecciones de octubre de mil novecientos cuarenta y seis intervino airadamente ante el Jurado Electoral, del que hacía parte el señor Juan A. Puyo (a la vez Secretario de la Comisaría), porque éste recibía, "en la forma en que se estaba haciendo para todos los ciudadanos una cédula que la pasaban para arreglarle algunas deficiencias en el Jurado", y

d) Que al día siguiente destituyó a Puyo del puesto de Secretario como antes —porque participaron en el bazar liberal celebrado en agosto del mismo año 1947)— a Blanca Inés Vargas y Ana Elisa Castro.

Ordenada e iniciada la investigación, no resultaron ciertos los cargos que el señor Calderón hizo al Comisario Jiménez, como se deduce de las afirmaciones de las personas citadas por el denunciante como testigos presenciales. Roberto Avila, en efecto, apenas tuvo un altercado con aquél porque éste se oponía a que un votante, con apariencias de menor de edad, depositara su voto; Anselmo Ruiz apenas lo vio conversando con alguno de los miembros del Jurado pero ignoró el tema de la conversación; Alfredo Rodríguez, al verlo alegando con aquéllos, le dijo que él, como empleado público, no debía intervenir en asuntos políticos, a lo que respondió que apenas propendía por el orden; José T. Hernández presenció la intervención en cuanto al voto del menor, y oyó cuando censuró a Puyo porque éste recibía cédulas, y, finalmente, Puyo afirma que en verdad tuvo un pequeño incidente con el Comisario porque éste quería quitarle atribuciones al Jurado pero que jamás se dio cuenta de que hubiera intervenido en política.

La explicación del Comisario señor Jiménez coincide, en el fondo, con las afirmaciones de los testigos. Se ocupó, dice, en guardar el orden, evitar las aglomeraciones, procuró que en el Jurado Electoral se atendiera por turno a todos los reclamos; llamó la atención al Vocal del Jurado señor Puyo, porque se levantara de su puesto hacia el grupo de su partido para resolverle sus reclamos de preferencia al otro, y como le contestara en forma irrespetuosa, lo destituyó al día siguiente, como también destituyó a las señoritas Vargas y Castro porque, siendo empleadas de la Comisaría, intervinieron en política.

Los dos cargos que hizo Calderón al Comisario Jiménez —intervención en política e impe-

dimento del derecho de sufragio— no tienen aquí existencia legal; lo que Jiménez ejecutó los días de elecciones no se contrapuso a su carácter de primera autoridad política de Florencia: establecer el orden, garantizar su continuidad, facilitar el voto popular mediante la organización de filas y entradas especiales para cada grupo político, impedir el voto de menores, y, finalmente, sancionar —con la destitución— al Secretario que no le tuvo el debido respeto, y a las empleadas que participaron en actos políticos.

"Cuando el artículo 180 del Código Penal reprime a los funcionarios o empleados públicos que formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de ese carácter —dice el Procurador en su vista— ha querido referirse a manifestaciones concretas y específicas de tales personas, en el sentido de que sus actos sean un brote sectario, una conducta saturada de pasión banderiza que los hace obrar teniendo en cuenta más los ideales del partido a que pertenecen, que la buena marcha de los deberes inherentes a la investidura que se les ha confiado. Pero en el presente caso —añade— no se estableció que el Comisario desarrollara actividades de real contenido político como las de llevar los votantes a las urnas, o las de poner obstáculos para que los ciudadanos del partido contrario dejaran de ejercer su derecho de sufragio".

"Cree, pues, la Procuraduría —termina— que el hecho denunciado no tiene existencia como delito, y por eso cabe aplicar aquí el artículo 153 de la Ley 94 de 1938, declarando cesado todo procedimiento contra el señor Carlos Jiménez Gómez".

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 visto el concepto favorable del Procurador Delegado, declara que el hecho imputado al Comisario señor Carlos Jiménez Gómez no ha existido, y ordena, por lo tanto, cesar todo procedimiento.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M.— Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO UNA CIRCUNSTANCIA QUE HA SIDO PREVISTA COMO ELEMENTO DEL DELITO O COMO MODIFICADORA DEL MISMO, PUEDE SER TENIDA COMO DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD.—ACUMULACION JURIDICA

1.—No es admisible aquí la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en la futilidad del móvil del homicidio, porque éste fue ocasionado por la riña que momentos antes de su consumación tuvo la víctima con el sindicado. "Ese cruce de golpes, que después armó el brazo del homicida —dice el Procurador— tiene cierta entidad y fuerza impelente en la psiquis humana como para descartar lo fútil, que es lo baladí o desproporcionado en relación con el efecto delictuoso. Hay, pues, alguna explicación razonable, un vínculo causal, entre los antecedentes inmediatos y la producción del homicidio".

Pero si por este aspecto no puede ser aceptada esta circunstancia, sí debe serlo por el de lo innoble de la misma, pues que el sindicado atacó a la víctima en "impulso de cruda venganza", como dice la Procuraduría, a causa de la riña sostenida antes del homicidio, pero no durante ella. Y como la circunstancia es la misma, la tercera del artículo 37 del Código Penal, no puede desecharse.

2.—Una circunstancia que ha sido prevista como elemento del delito o como modificadora del mismo puede ser tenida como de mayor o menor peligrosidad si en este segundo sentido no coincide exactamente con la considerada en el otro. Si hay pues, matices o modalidades que diferencian las circunstancias, pueden ser tenidas en cuenta en ambos aspectos, pues lo que el principio de contradicción, la equidad y la ley prohiben, es que EL MISMO HECHO se cargue doblemente a la misma persona.

3.—El artículo 33 del Código Penal se refiere a cualquier clase de infracciones, así sean atenuadas, o de excepcional gravedad, o mixtas, pues la figura allí consagrada —acumulación jurídica— obedece al principio de la responsabilidad UNICA y de la pena progresiva única, para evitar los rigores del cúmulo material de delitos y conseguir la individualización de la medida represiva en forma que consulte la capacidad criminosa (peligrosidad) del delincuente y la defensa social contra sus tendencias dañinas.

Por eso, como anotan los autores, el concurso de delitos no es una causa de disminución de la cantidad de pena que corresponde a cada hecho punible, sino que es la causa de la unificción de los distintos delitos en una responsabilidad única y progresiva, como lo es el daño social que se deriva de varias infracciones, según el número y la gravedad de ellas, sin que nunca la pena resultante pueda llegar a ser igual a la suma de las penas establecidas por la ley para cada ilícito.

Con esto se quiere rectificar el error del demandante, de que la acumulación jurídica sólo es pertinente en tratándose de delitos atroces, y que el OTRO TANTO que permite el artículo 33 debe guardar cierta equivalencia o proporción en cuanto a la cuantía merecida por el delito más grave. Nó. En este fenómeno de la acumulación se adapta la pena en orden a una sola peligrosidad, derivada de las distintas infracciones, teniéndose, sí, el cuidado, como lo ha dicho la Corte, de que el aumento no exceda el límite máximo señalado por la respectiva disposición penal, para no ir más allá del aberrante sistema del cúmulo material.

Cree la Corte que para ese aumento, en el cual puede llegárse hasta "otro tanto" de la pena que merezca el delito más grave, deben tenerse en cuenta las mismas condiciones que como norma general para el señalamiento de las sanciones indica el artículo 36, esto es, la gravedad y modalidades de los hechos, los motivos determinantes y la personalidad del agente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, veintitrés de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 12 de agosto del año pasado, condenó a Erasmo Díaz Andrade a sufrir la pena principal de doce años y ocho meses de presidio, como autor de la muerte causada a Bárbara Castro y Jorge Cuspián.

El defensor del procesado interpuso contra esa sentencia el recurso de casación e invoca la causal primera del artículo 567 del código de procedimiento penal, esto es, la indebida aplicación de la ley penal.

Hechos. Erasmo Díaz Andrade hacía vida marital con Bárbara Castro, en la ciudad de Cali, y de la unión nació un niño. Pero la Castro no observaba la conducta conveniente que aquél deseaba, pues aceptaba invitaciones de otras personas. Y fue así como el 28 de agosto de 1945 salió Bárbara desde temprano de la casa y, dejando abandonado al niño, se dedicó a tomar con dos sujetos. Por la tarde llegó Erasmo a la casa y no encontró a Bárbara, sino al niño, de corta edad, que estaba solo, hambreado y llorando, lo que le produjo una gran indignación. Y habiendo salido en busca de aquélla, la encontró en compañía de los dos hombres, cuando se disponía a comer con ellos, por lo cual la atacó con un cuchillo y le ocasionó varias heridas que le produjeron la muerte inmediata. Erasmo confesó el hecho y durante la audiencia manifestó que "estaba borracho" el día de los acontecimientos (f. 134, c. 1º).

Al año siguiente, el 21 de octubre de 1946, en la misma ciudad, Erasmo tuvo un incidente con un sujeto, de nombre Jorge Cuspián, en la heladería de Miguel Trujillo, parece que por haber tropezado involuntariamente los dos. Lo cierto fue que se trabaron en lucha y cayeron ambos al suelo, pero sin que hubiera consecuencias distintas. Pero al poco rato, cuando Cuspián estaba en la puerta del establecimiento esperando un bus que lo condujera a su casa, situada en el corregimiento de Felidia, fue atacado por Díaz en forma intempestiva, quien le clavó una almarada o puñaleta por el abdomen, y le ocasionó la muerte. En esta oportunidad también confesó Erasmo haber cometido el homicidio cuando se hallaba en estado de embriaguez.

Actuación procesal. Adelantados y acumulados los procesos, Díaz fue llamado a juicio por doble homicidio: el consumado en Bárbara Castro, como realizado en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación; y el llevado a término en Cuspián, como un asesinato, por la "indefensión, la asechanza y la alevosía con que se consumó".

El jurado reconoció que la muerte de la Castro la había realizado el homicida **en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación**; y desechó las circunstancias de asesinato en la muerte de Cuspián para declarar, en cambio, que se había consumado "en una riña que se suscitó de un modo imprevisto".

Los jueces de instancia aceptaron el veredicto y condenaron al sindicado a las penas indicadas al principio.

Demanda de casación. Ataca el demandante la individualización de la pena hecha por el Tribunal en lo concerniente a las circunstancias de mayor peligrosidad y al cómputo hecho mediante el sistema de la acumulación jurídica.

En el homicidio consumado en Cuspián rechaza la circunstancia de haber procedido por motivos fútiles, pues lo cierto fue que el procesado actuó contra aquél después de haber sido agredido de obra; y, además, considera no probada la de haber dificultado la defensa de la víctima, pues el jurado la rechazó en su veredicto.

Y en cuanto al sistema de la acumulación jurídica reprueba el aumento de la sanción, o mejor, que no se hubieran aplicado los mínimos de pena autorizados por el código, en tratándose, como se trata, de dos homicidios atenuados, el uno llevado a término mediante provocación, y el otro en riña suscitada de modo imprevisto, y siendo así que la Corte tiene sentada como doctrina la de que cuando se haga la acumulación jurídica sólo se puede llegar hasta el otro tanto que la ley faculta, "en ocasiones extraordinarias" o "cuando se trata de delitos atroces cometidos sin justificación alguna".

Se considera:

El Tribunal dice en su fallo sobre la aplicación de la pena:

"El artículo 362 del código penal castiga esta especie de homicidio (el de Cuspián) con una pena que fluctúa entre ocho y catorce años de presidio. No se puede aplicar el mínimo para este caso especial, porque existen circunstancias de mayor peligrosidad puntualizadas por el señor Juez en su sentencia y entonces correspondería

diez años como pena base y, como fue cometido en riña imprevista (artículo 384), se rebaja una tercera parte para guardar proporción con la pena impuesta como principal y entonces nos resulta seis años y ocho meses de presidio.

"El señor Juez con la facultad discrecional que le otorga la ley para moverse dentro del máximo y el mínimo, elevó la pena base de los seis años a doce, por el doble delito de homicidio de Cuspián y Bárbara Castro (concurso material, artículo 33), pena que no resulta desproporcionada, ni que ha rebasado los límites de las respectivas disposiciones penales, porque los doce años, ocho meses impuestos por el Juez de instancia es la pena condigna para delitos de esta naturaleza, atendiendo a las circunstancias modificadoras de la responsabilidad aceptadas por los señores jueces de conciencia".

Como la Procuraduría lo alega, no es admisible aquí la futilidad del móvil del homicidio de Cuspián, porque éste fue ocasionado por la riña que momentos antes de su consumación tuvo con Díaz. "Ese cruce de golpes, que después armó el brazo del homicida —dice el Procurador— tiene cierta entidad y fuerza impelente en la psiquis humana como para descartar lo fútil, que es lo baladí o desproporcionado en relación con el efecto delictuoso. Hay, pues, alguna explicación razonable, un vínculo causal, entre los antecedentes inmediatos y la producción del homicidio".

Pero si por este aspecto no puede ser aceptada esta circunstancia, sí debe serlo por el de lo innoble de la misma, pues que Díaz atacó a Cuspián en "impulso de cruda venganza", como dice la Procuraduría, a causa de la riña sostenida antes del homicidio, pero no durante ella. Y como la circunstancia es la misma, la tercera del artículo 37 del código, no puede desecharse.

En cuanto a la sexta circunstancia del artículo 37 del citado código penal, forzoso es admitir que el jurado rechazó la "indefensión" de la víctima y la alevosía o traición del victimario. Lo cual conduce a que este motivo de casación prospere.

La Corte acepta, porque la lógica así lo ordena, que no puede considerarse o estimarse de distinta manera, por diversos jueces una misma circunstancia, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Interpretación que cuenta con el respaldo en la propia ley al ordenar que no se tengan como circunstancias de mayor o de menor peligrosidad las que se hayan previsto "como modificadoras o como elemetnos constitutivos del delito", o cuando han sido justipreciados de "otra manera" (artículos 37 y 38 del C. P.).

Claro está que una circunstancia que ha sido prevista como elemento del delito o como modificadora del mismo puede ser tenida como de mayor o de menor peligrosidad, si en este segundo sentido no coincide exactamente con la considerada en aquel otro. Si hay, pues, matices o modalidades que diferencian las circunstancias, pueden ser tenidas en cuenta en ambos aspectos, pues lo que el principio de contradicción, la equidad y la ley prohiben es que **el mismo hecho** se cargue doblemente a la misma persona.

El Tribunal consideró como circunstancia de mayor peligrosidad la sexta del artículo 37, "en atención a que Díaz obró en forma que dificultó la defensa del ofendido, pues hay testigos que dicen que luégo de luchar o pelear a mano limpia, fue a proveerse del arma, y en forma artera y sorpresiva lesionó a su víctima". Y el jurado negó la indefensión y la alevosía, esto es, el no haber atacado sorpresiva y traidoramente a Cuspián, sin duda porque éste, después de la riña fácilmente podía prever que Díaz lo atacaría para vengarse, en otros términos, porque al declarar que el homicidio se había realizado en riña imprevista, debía considerarse el último momento como continuación de la misma riña, según se desprende de la lectura del acta de audiencia.

La circunstancia negada por el jurado y la considerada por el Tribunal como de mayor peligrosidad es, pues, exactamente la misma, y sería contradictorio admitirla en un sentido cuando fue negada en el otro.

La Procuraduría considera que a pesar de estar acreditado este motivo de casación, no debe disminuírse la pena, por la peligrosa personalidad del sindicado, que en menos de dos años consuma dos delitos de sangre, y, además, por la excesiva lenidad del jurado al calificar el homicidio de Cuspián. Sin embargo, leyendo el fallo del Tribunal en otros apartes distintos del antes transcrito (que casi se contenta con reproducir el del juzgado), se ve que para el señalamiento de las sanciones se tuvieron muy en cuenta la gravedad y modalidades del segundo homicidio (el realizado en Cuspián), el haber ejecutado en un tiempo relativamente corto dos hechos de sangre cuando estaba respondiendo por el pri-

mero y aún la calificación benigna del jurado (folios 153 vuelto y 154 del cuaderno 1º).

Doctrinariamente y en cuanto a la acumulación jurídica, que hizo el Juzgado y que el Tribunal acepta, sobre el artículo 33 del código, basta reproducir lo que con tanto acierto expone el Ministerio Público:

"El artículo 33 —dice— se refiere a cualquier clase de infracciones, así sean atenuadas, o de excepcional gravedad, o mixtas, pues la figura allí consagrada —acumulación jurídica— obedece al principio de la responsabilidad **única** y de la pena progresiva única, para evitar los rigores del cúmulo material de delitos y conseguir la individualización de la medida represiva en forma que consulte la capacidad criminosa (peligrosidad) del delincuente y la defensa social contra sus tendencias dañinas.

"Por eso, como anotan los autores, el concurso de delitos no es una causa de disminución de la cantidad de pena que corresponde a cada hecho punible, sino que es la causa de la unificación de los distintos delitos en una responsabilidad penal única y progresiva, como lo es el daño social que se deriva de varias infracciones, según el número y la gravedad de ellas, sin que nunca la pena resultante pueda llegar a ser igual a la suma de las penas establecidas por la ley para cada ilícito.

"Con esto se quiere rectificar el error del demandante, de que la acumulación jurídica sólo es pertinente en tratándose de delitos atroces, y que el **otro tanto** que permite el artículo 33, debe guardar cierta equivalencia o proporción en cuanto a la cuantía merecida por el delito más grave. Nó. En este fenómeno de la acumulación se adapta la pena en orden a una sola peligrosidad, derivada de las distintas infracciones, teniéndose, sí, el cuidado, como lo ha dicho la Corte, de que el aumento no exceda el límite máximo señalado por la respectiva disposición penal, para no ir más allá del aberrante sistema del cúmulo material.

"En el presente caso no se ha infringido esta excepción, pues el aumento correspondiente al homicidio consumado en Bárbara Castro, es inferior al máximo que señalan los artículos 28 y 362 del Código, o sean siete años. El Tribunal sólo aumentó seis años a la pena base" (fls. 23 y 24 del cuaderno de la Corte).

Cree la Corte que para ese aumento, en el cual puede llegarse hasta "otro tanto" de la pena que merezca el delito más grave, deben tenerse en cuenta las mismas condiciones que como norma general para el señalamiento de las sanciones indica el artículo 36, esto es, la gravedad y modalidades de los hechos, los motivos determinantes y la personalidad del agente.

Precisamente para ese efecto las sanciones se señalan en abstracto de mínimos a máximos, en los delitos atenuados también se marcan mínimos y máximos de disminución, y en la acumulación jurídica se concede un gran arbitrio judicial para determinar las penas que se crean oportunas, teniendo presentes, como es forzoso repetirlo, aquellos predicables o pautas de peculiaridades de los delitos, móviles de los mismos, circunstancias de peligrosidad y personalidad del actor o procesado.

Como el otro homicidio fue indudablemente menos grave, pues jugó papel principal la pasión y el choque emocional producido por la actitud de la víctima, el aumento máximo permitido por el citado precepto aparece demasiado severo, por el aspecto de los motivos que determinaron las modalidades del homicidio en Bárbara Castro.

Debe invalidarse, en consecuencia, el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo.

Siguiendo el criterio de los falladores de instancia, y sobre la prosperidad parcial de los motivos de casación, se tiene que el homicidio más grave es el perpetrado en Cuspián. Quitando la circunstancia de mayor peligrosidad a las indicadas por el Tribunal, puede señalarse la pena base en nueve años. Pero la riña imprevista (artículo 384) puede rebajarse una tercera parte, que es lo rebajado, y entonces resultan seis años de presidio. Pena que, aumentada en cuatro años por el otro delito, que se calificó por el Tribunal de hecho como atenuado, resultan diez años de la dicha sanción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo recurrido en cuanto condena a Erasmo Díaz Andrade a sufrir la pena principal de doce años y ocho meses de presidio, y en su lugar lo condena a la de diez años de la misma pena. En lo demás queda en firme la sentencia, 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS POLITICOS. — DELITO DE REBELION. — REBLION MILITAR.—COMPETENCIA DE LA JUSTICIA CASTRENSE EN TIEMPOS NORMALES. — VEREDICTO CONTRADICTORIO. — INTERPRETACION DEL VEREDICTO EN LOS PROCESOS COMUNES. — INSUPERABLE COACCION AJENA—DIFERENCIAS ENTRE COACION FISICA Y COACCION MORAL

1. — La Procuraduría hace un detenido análisis de lo que son los delitos políticos, y hace notar que al presente se adopta un doble criterio para señalarlos: que el bien atacado sea la organización constitucional y el funcionamiento de los órganos del Estado, y que los móviles que guían al delincuente sean altruístas, vale decir, el pretender el mejoramiento de la colectividad por el cambio de gobierno.

Comparte la Sala el criterio de su colaborador fiscal sobre que el delito político tiene que serlo objetiva y subjetivamente: la expresión así lo indica, esto es, que el bien, interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias en que acontece es lo POLITICO, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y, además, los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecuencialmente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses públicos. Tal es el sentido natural y obvio del vocablo.

Mas, también ese es el sentido obvio y natural de las expresiones que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigente, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales. Y eso es lo que en forma patente acredita también la circunstancia de que las infracciones comunes que se realicen durante un movimiento subversivo, tales como incendio, homicidio y lesiones causadas fuéra de un combate y, en general, los actos de ferocidad y barbarie, se sancionan por separado, acumulando, por excepción, las penas (artículos 188 del código de justicia militar y 141 y 143 del código penal).

2.—El artículo 180 de la ley 3ª de 1945 (código de justicia militar) define la rebelión como el acto de promover, encabezar o dirigir "un alzamiento en armas, con el propósito de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente".

De esta suerte, el delito tiene dos elementos: primero, el alzamiento en armas; y segundo, la intención o propósito de derrocar al gobierno o de cambiar el régimen constitucional existente.

Alzarse en armas es tomarlas, aparejarlas, disponerlas para el ataque contra quienes se opongan al movimiento, lo cual comprende todos los preparativos y los actos de violencia para llevar a término la subversión del orden establecido.

Obvio es que el alzamiento requiere, de ordinario, jefes y subalternos, y de ellos trata la ley al distinguir los promotores, cabecillas y directores, de los simples rebeldes (artículos 180 y 181).

Y natural es suponer también que una rebelión, organizada debidamente, necesita de un plan que debe desarrollarse para realizar el cambio total o parcial del gobierno o de sus sistemas, como todo propósito que no puede obtenerse con un simple acto, sino con todo un proceso de actividades; de lo contrario, podrá haber un bochinche, un alboroto, que técnicamente podrían llamarse sedición o asonada, pero no una rebelión, cuandoquiera que falte el propósito de derrocar o de cambiar al gobierno.

Pero eso es una rebelión en sentido estricto, pues que la ley penal contempla la rebelión que se frustra, que apenas constituye un simple conato o intento, y la instigación a la rebelión cuando ésta "no llega

a efectuarse", casos que se prevén en los artículos 184 y 186 del código militar: el primero habla de los que se concierten para cometer los delitos de REBELION, sedición o asonada, "si los proyectos son descubiertos antes de realizarse los actos de ejecución", y el segundo, de los que inviten a los miembros de las fuerzas militares a la REBELION, sedición o asonada, les comuniquen instrucciones o les indiquen medios para consumarlas, "cuando el delito no llegue a efectuarse".

En suma, la rebelión existe siempre que hay un alzamiento en armas para derrocar al gobierno o para cambiar el régimen funcional del poder público, aunque el resultado no se consiga, y en ella puede tomarse parte como jefe, o promotor o cabecilla, o como simple subordinado o copartícipe. La rebelión puede abortar también, sin llegar siquiera a la tentativa, así como se considera como rebelde al que invita o provoca a los miembros del ejército a llevarla a término.

3.—El que los militares, como cuerpo o entidad armada, o mejor, el ejército, no fuera el autor de la rebelión, no impide que el militar o los militares que hubieran tomado parte en ella puedan considerarse como partícipes de un delito militar, de una rebelión militar, porque el lugar, el hecho, y sobre todo la calidad del agente le imprimen ése carácter (artículo 7º del código de justicia militar).

4.—De acuerdo con el artículo 170 de la Constitución y los pertinentes del código de la materia, es evidente que la justicia castrense sólo conoce, en tiempos normales, de los delitos de los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, esto es, resulta necesario que la condición militar sea determinante, o siquiera pretexto, ocasión o motivo del hecho.

Para el caso en estudio no ofrece la menor duda de que aquella calidad tuvo su eficacia en el hecho que se le imputa, pues el carácter militar del sindicado se consideró por los oyentes como motivo especial de acatamiento a sus palabras, habló como militar que había pedido su baja o que iba a pedirla para ponerse al frente de los revoltosos con el fin de derrocar al gobierno nacional y, en fin, se dirigió a las tropas incitándolas a unirse al movimiento. Teniendo en cuenta estas circunstancias resultaría absurdo que al acusado lo hubiera juzgado la justicia común u ordinaria, prescindiendo de su investidura.

5.—El principio de contradicción, esencial basamento de la lógica, se funda en el hecho de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Cuando se habla de veredicto contradictorio, se trata de que el jurado afirma y niega la responsabilidad simultáneamente en relación con el mismo hecho y con el mismo sujeto. De manera que lo que hay que examinar no es si el procesado obró en determinadas condiciones, sino si las circunstancias en que actuó son incompatibles.

Pero conviene recordar que una cosa es el veredicto contradictorio y otra muy distinta es el veredicto contraevidente: "Lo contradictorio se refiere —ha dicho la Corte— a lo inconciliable en los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de las pruebas del proceso". (Casación de 17 de mayo de 1949).

De este principio ha de concluírse, por tanto, que la interpretación del veredicto debe hacerse sobre sus términos mismos, sobre las proposiciones o frases de que se compone el fallo del tribunal popular, y no sobre las pruebas del proceso. Pero como el veredicto es el resultado del debate público, es lógico acudir a las exposiciones que en él se hayan hecho, como fuente de interpretación, si el sentido de aquellas frases o propocisiones no aparece por sí solo suficientemente claro. Si ni de los términos del veredicto, ni de las alegaciones de la audiencia, se traduce el sentido que los jueces de conciencia quisieron darle a sus respuestas, entonces habrá que acudir al auto de proceder, en su caso, o a las pruebas del proceso, en último lugar. Pero todo ello, cabe repetirlo, como antecedentes para captar cuál fue el pensamiento que el jurado tuvo al definir la responsabilidad por medio del veredicto, que es la base de la sentencia en los juicios en que debe intervenir, y eso en los procesos comunes, que en los consejos de guerra verbales, los trámi-

tes obligan a interpretar de otro modo los veredictos.

6.—El Consejo de Guerra Verbal y la Jefatura del Estado Mayor de las fuerzas militares estimaron que cuando ese mismo Consejo expresó que el sindicado había realizado los hechos punibles "PRESIONADO GRAVEMENTE por las multitudes que participaban en ACTITUD VIOLENTA en los sucesos desencadenados momentos antes de su actuación", no se trataba de la "insuperable coacción ajena" de que habla el código, pues apenas fue "grave", ya que "quienes así lo presionaron no le indicaron o prescribieron los términos en que al ejército y al pueblo debía dirigirse, y menos aún, que a tal lo obligaron con absoluta coacción para él insuperable". De lo cual resulta que los juzgadores confundieron la coacción física o material con la psicológica o moral.

La coacción física o material ocurre en muy raras ocasiones; no así la psicológica o moral, que consiste en excitar o invitar a cometer un delito por la amenaza de un mal. Casi todos los autores sostienen que el mal que amenaza debe ser grave, y así será en la mayoría de los casos, pues que el delito de ordinario constituye un mal grave también. Mas, parece preferible, por más comprensiva, la opinión de Pessina, quien afirma que ese criterio sólo puede aceptarse en tratándose de la vida, pero no en tratándose de otros bienes. El verdadero criterio, concluye, está en la urgencia de obrar para evitar "un mal mayor".

Es preciso, pues, para que pueda hablarse de irresponsabilidad, por coacción moral:

1º Que haya un peligro inminente, esto es, que no sea futuro o incierto, poco serio o evitable por otro medio;

2º De un mal que aparezca al sujeto como más grave que el que puede ocasionar el hecho ilícito propuesto; y

3º Que no puede ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley y, por tanto, que no haya sido previsto o que no sea resultado de un hecho voluntario del agente; en una palabra, que no haya sido consentido previamente.

Se repite que los juzgadores en este proceso confundieron la coacción moral con la física, pues en la primera no se constriñe en forma absoluta o material a ejecutar un acto ilícito, como lo requirieron para admitir la excusa, sino que se obliga a realizarlo por amenazas, esto es, por el miedo de que se realice un daño para sí mismo. Si lo insuperable de la coacción moral fuera en esa forma absoluta exigible, nunca existiría, porque el amenazado tendría que optar entre la muerte y el hecho vedado, y los muertos no necesitan que se les excuse de la responsabilidad para evitar un daño propio. La coacción moral, advierte Ferri, se parece mucho al estado de necesidad, en que puede ejecutarse un acto dañoso contra otro para salvarse de un peligro que amenaza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El capitán José Phillips Rincón fue condenado por un consejo de guerra verbal a sufrir la pena principal de dos años de presidio, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y a la pérdida de su grado en el ejército, como responsable del delito de rebelión militar, de que habla el capítulo I, del título III, del código de la materia, cometido en esta ciudad el 9 de abril del año antepasado.

La Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, en sentencia de 4 de junio de 1948, confirmó la del consejo de guerra y contra ésta interpuso el procesado el recurso de casación, de acuerdo con el artículo 4º de la ley 82 del mismo año, y ante la Corte presentó la respectiva demanda su representante legal.

El recurrente invoca las causales primera, segunda, tercera, cuarta y séptima del artículo 567 del código de procedimiento penal y las señaladas en la última parte del artículo 5º de la ley 82 citada, que se estudiarán en el orden seguido por el ministerio público.

Hechos. Bien conocidos son de todos los acontecimientos del 9 de abril del año antepasado, fecha en que, con motivo del homicidio perpetrado en la persona del doctor Jorge Eliécer Gaitán, jefe de uno de los partidos políticos, ocurrieron sucesos deplorables que quebrantaron

profundamente la normalidad de la vida ciudadana, pues las multitudes se arrojaron a las calles de las poblaciones, asaltaron almacenes, saquearon las propiedades y las incendiaron, no sin que hubieran perecido muchos sujetos en los choques sangrientos de ese día y los susbiguientes, sucesos que en esta capital revistieron particular gravedad.

Aquí las gentes, provistas de armas de toda clase, se lanzaron a las vías públicas en actitud hostil, despojaron los almacenes, incendiaron los edificios del centro de la ciudad y, lo que es importante para el problema en estudio, se apoderaron de las estaciones radiodifusoras, desde las cuales muchas personas incitaban al pueblo a derrocar al gobierno y a tomar parte en la revolución que se decía había estallado.

El capitán José Phillips Rincón, que era amigo del doctor Gaitán y con él había colaborado en el tiempo inmediatamente anterior en la defensa del teniente Jesús María Cortés, supo en su casa de habitación, situada en Chapinero, la noticia del crimen perpetrado y se dispuso a salir a la calle para informarse mejor de lo ocurrido.

Fue así como, habiendo salido de su casa, hizo que un automóvil, manejado por la señorita Beatriz Vargas Gómez, lo condujera hacia el sur, pero al llegar a la calle 26 se interpuso un tranvía y, una multitud de gentes armadas que por allí se encontraba rodeó el vehículo y condujo al capitán hasta la radiodifusora nacional, que estaba en poder de los revoltosos y, por su exigencia, habló ante un micrófono, invitando también al pueblo y al ejército a derrocar al gobierno nacional.

De la radiodifusora, pasando por las oficinas de la Dirección Liberal, **El Tiempo** y la Clínica Central, vino a dar a la carrera 6ª o a la 5ª, entre calles 8ª y 10ª, donde le ayudó al coronel Luis J. Lombana a impedir el paso de la multitud, hasta que llegó al palacio presidencial, con el fin de hablar con los miembros de la Dirección Liberal, según lo expuso, pero no pudo entrar, porque no se le abrió. Invitado, por último, a entrar al edificio del Consejo de Estado, pudo escapar al intenso tiroteo que se hacía en los contornos, y allí permaneció hasta el día siguiente, en que muy temprano se presentó al batallón Guardia de Honor.

Causal segunda: errada interpretación o apreciación de los hechos.

La Corte ha rechazado esta causal de casación en los juicios en que el jurado interviene, por haber sido excluída del código de procedimiento, fuéra de otras razones de fondo, la principal de las cuales es la de que la casación es un estudio de derecho y el veredicto de los jueces populares se pronuncia en conciencia o por íntima convicción; pero la ley 82 de 1948 estableció que, en el recurso especial que por ella se concede, la Corte tomará en cuenta la causal segunda del artículo 567 del citado código.

El recurrente afirma que la sentencia se dictó "sobre un veredicto contrario a la evidencia de los hechos", o que hubo "error en la apreciación del cuerpo del delito", supuesto que el delito de rebelión porque fue condenado el capitán Phillips no se cometió. Tal hecho ilícito, en efecto, requiere tres elementos, que no se hallan acreditados: primero, un acuerdo, un plan, una asociación, para derrocar al gobierno o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente; segundo, que al frente de ese plan, convenio, o asociación, figuren directores, jefes o cabecillas; y tercero, que exista un alzamiento en armas.

No hubo acuerdo, plan, asociación, porque para ello es necesario que se realice una serie de actos premeditados, y los sucesos del 9 de abril se llevaron a término en forma repentina, ocasional y caótica, sin acuerdo previo alguno para derrocar al gobierno.

Tampoco hubo jefes, directores o cabecillas del movimiento, porque las muchedumbres no obedecieron a las voces de nadie que las guiara, ni cumplieron sus instrucciones. "Precisamente uno de los motivos del fracaso de lo que entonces se llamó movimiento revolucionario — concluye — fue la ausencia no sólo de plan, sino de jefes o cabecillas".

En fin, no hubo alzamiento en armas, sino reuniones tumultuarias, en que se empleó la violencia, pero en las cuales los instrumentos de coacción no se distribuyeron con obedecimiento a plan ninguno de derrocamiento del gobierno, ni se emplearon con ese fin; las armas se tomaron, se sacaron, se dispararon, se hizo uso de ellas, pero sin objeto preconcebido y sin finalidad premeditada.

A esas circunstancias agrega otras, como la de la actitud del partido de oposición entonces, que si algo hizo fue rodear al gobierno en beneficio de la patria común; la de los antecedentes del procesado, su familia, educación y su brillante hoja de servicios militares; sus relaciones con el doctor Gaitán; y, en fin, la conducta que observó

después de salido de la radiodifusora nacional. Sobre este último punto dice el demandante:

"La relación anterior de lo que hizo el capitán Phillips desde su salida de la casa hasta cuando fue refugiado en el Consejo de Estado, demuestra cómo su actitud se caracterizó por una conducta moderada dentro de su dolor y cómo con su influencia ante las multitudes y ante sus compañeros de armas logró impedir graves sucesos de sangre. No es posible llamar copartícipe de una rebelión a quien en presencia de las multitudes no las estimula a cometer ese delito, en presencia de sus compañeros de armas les ayuda a guardar el orden y quien, desarmado y solo, se dirige a Palacio en la forma más respetuosa y cuando, y es esto lo más importante, si él hubiera pretendido estimular un alzamiento en armas contra el gobierno, no habría aceptado como aceptó la invitación a entrar al Consejo de Estado, en donde permaneció hasta el día siguiente, en que se presentó o era su propósito, presentarse ante el Batallón Guardia de Honor.

"Si la intención del capitán Phillips hubiera sido la de estimular una rebelión, la de conspirar contra el Gobierno, valiéndose de la posición que ocupaba como militar, y por cierto muy prestigioso, se habría dirigido a los cuarteles a arengar a sus compañeros y comprometerlos en un complot; o también habría podido ponerse a la cabeza de las muchedumbres que lo vivaban; habría intentado realizar algún acto de violencia o ataque contra las reducidas fuerzas que actuaron en la tarde del 9 de abril. Si a las dos de la tarde más o menos salió el capitán Phillips de su casa y si a las dos y media o tres de la tarde de ese mismo día fue visto por el doctor Gómez Parra golpeando en las puertas del Palacio, absolutamente solo, me pregunto yo y se preguntará cualquiera, ¿dónde está la intención, dónde la conciencia, dónde la voluntad, es decir, el elemento intencional o doloso, que hubiera tenido el capitán Phillips para figurar como copartícipe en una rebelión que no apareció por parte alguna?"

Por otro aspecto, no existió la rebelión militar, pues que el ejército se mantuvo fiel al gobierno, y tan cierto es ello, que el Presidente de la República condecoró a las fuerzas armadas con la Cruz de Boyacá y expidió certificados de que no se había cometido ese delito con el fin de que las compañías de seguros pagaran las indemnizaciones correspondientes.

Y si no hubo rebelión militar, mal puede hablarse de **participación** en ese delito por parte del procesado, porque ello implica acuerdo de voluntades sobre un hecho ilícito, y lo que resulta con evidencia del proceso es que el capitán Phillips, en vez de ponerse en connivencia con alguien para atacar al gobierno, para insubordinarse, observó una conducta de la mayor moderación.

Se considera:

La Procuraduría hace un detenido análisis de lo que son los delitos políticos, cita los argumentos de Carrara para no hablar de esa clase de ilícitos, por la falta de razones de orden jurídico para distinguirlos, y hace notar que al presente se adopta un doble criterio para señalarlos: que el bien atacado sea la organización constitucional y el funcionamiento de los órganos del Estado, y que los móviles que guían al delincuente sean altruístas, vale decir, el pretender el mejoramiento de la colectividad por el cambio de gobierno.

Comparte la Sala el criterio de su colaborador fiscal sobre que el delito político tiene que serlo objetiva y subjetivamente: la expresión así lo indica, esto es, que el bien, interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias en que acontece es lo **político**, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y, además, los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecuencialmente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses públicos. Tal es el sentido natural y obvio del vocablo.

Mas, también ese es el sentido obvio y natural de las expresiones que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigentes, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales. Y eso es lo que en forma patente acredita también la circunstancia de que las infracciones comunes que se realicen durante un movimiento subversivo, tales como incendio, homicidio y lesiones causadas fuéra de un combate y, en general, los actos de ferocidad y barbarie, se sancionan por separado, acumulando, por excepción, las penas (artículos 188 del código de justicia militar y 141 y 143 del código penal).

Viniendo al artículo 180 de la ley 3ª de 1945 (código de justicia militar), en que se basa la

sentencia de condena del recurrente, se ve que en él se define la rebelión militar como el acto de promover, encabezar o dirigir **"un alzamiento en armas, con el propósito de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente".**

De esa suerte, el delito tiene dos elementos: primero, el alzamiento en armas; y segundo, la intención o propósito de derrocar al gobierno o de cambiar el régimen constitucional existente.

Alzarse en armas es tomarlas, aparejarlas, disponerlas para el ataque contra quienes se opongan al movimiento, lo cual comprende todos los preparativos y los actos de violencia para llevar a término la subversión del orden establecido.

Obvio es que el alzamiento requiere, de ordinario, jefes y subalternos, y de ellos trata la ley al distinguir los promotores, cabecillas y directores, de los simples rebeldes (artículos 180 y 181).

Y natural es suponer también que una rebelión, organizada debidamente, necesita de un plan que debe desarrollarse para realizar el cambio total o parcial del gobierno o de sus sistemas, como todo propósito que no puede obtenerse con un simple acto, sino con todo un proceso de actividades; de lo contrario, podrá haber un bochinche, un alboroto, que técnicamente podrían llamarse sedición o asonada, pero no rebelión, cuandoquiera que falte el propósito de derrocar o de cambiar el gobierno.

Pero eso es una rebelión en sentido estricto, pues que la ley penal contempla la rebelión que se frustra, que apenas constituye un simple conato o intento, y la instigación a la rebelión cuando ésta "no llega a efectuarse", casos que se prevén en los artículos 184 y 186 del código militar: el primero habla de los que se concierten para cometer los delitos de **rebelión,** sedición o asonada, **"si los proyectos son descubiertos antes de realizarse los actos de ejecución",** y el segundo, de los que inviten a los miembros de las fuerzas militares a la **rebelión,** sedición o asonada, les comunique instrucciones o les indique medios para consumarlas, **"cuando el delito no llegue a efectuarse".**

En suma, la rebelión existe siempre que hay un alzamiento en armas para derrocar al gobierno o para cambiar el régimen funcional del poder público, aunque el resultado no se consiga, y en ella puede tomarse parte como jefe, o promotor o cabecilla, o como simple subordinado o copartícipe. La rebelión puede abortar también, sin llegar siquiera a la tentativa, así como se considera como rebelde al que invita o provoca a los miembros del ejército a llevarla a término.

Para lo que aquí interesa, conviene decir que el capitán Phillips fue condenado "como responsable del delito de rebelión militar" y "en la modalidad contemplada en el artículo 181" del código de la materia, es decir, como **oficial comprometido en la rebelión,** "pero no como promotor, cabecilla o director".

Cabe preguntar, pues, si existió el delito de rebelión militar y si los hechos que el consejo de guerra verbal declaró como realizados, permiten considerar al recurrente como partícipe en ellos.

La Procuraduría trae las siguientes citas, como prueba de que el 9 de abril del año antepasado hubo un alzamiento en armas para derrocar al gobierno:

El señor Antonio José Peralta declara que oyó por su receptor de radio que el locutor de una estación decía "que los particulares se pusieran a órdenes del capitán Phillips, quien era quien estaba dirigiendo la revolución; esto lo oí varias veces... Oí cuando el **spiker** dijo que se fueran a las ferreterías, que se armaran de palos, de peinillas y que salieran a las calles a vengar la sangre del doctor Gaitán" (f. 19).

Hemel Quiroz Blanco expone que oyó varias arengas, "entre ellas la del capitán Phillips, porque decía que era él, decía a sus compañeros que se unieran al movimiento revolucionario, que ya casi todos los oficiales, la mayoría, estaban con ese movimiento y que derrocaran al gobierno" (f. 20).

El capitán Germán Uribe Jaramillo, edecán de palacio, se informó por el radio-receptor "de que el señor capitán Phillips había solicitado su retiro del ejército y de que se encontraba al frente del movimiento revolucionario que pretendía derrocar al gobierno legítimo" (f. 22).

El subteniente Hernando A. Bocanegra dice que oyó las primeras arengas "que incitaban al pueblo a armarse, se le decía que se fuera primero a las ferreterías a tomarse las hachas, picas, palas, para vengar la muerte del caudillo...; al llegar al ministerio de guerra recibí orden de mi capitán Angel de marchar con mi sección hacia la radiodifusora nacional; al llegar frente de esa radiodifusora recibí orden del mismo oficial de entrar con una escuadra a la radiodifusora; la entrada fue un poco penosa, porque había mucha gente armada, y esa gente estaba embriagada;... varios sujetos me preguntaban mi filiación política y que cuál iba a ser nuestra acti-

tud y que si no éramos del ejército revolucionario que comandaba el capitán Phillips; ... un individuo asomó al balcón para hablar al pueblo; un individuo a quien le pregunté quién era el que iba a hablar me dijo que era el "loco Galvis". Este habló al pueblo diciéndole que iba a darle una noticia sensacional y dijo que en ese momento había dimitido el mando el Presidente Ospina Pérez y había asumido la presidencia el doctor Echandía. El mismo decía que la revolución había triunfado porque en todos los departamentos, las gobernaciones estaban tomadas y que se estaban formando ejércitos liberales" (f. 24).

El capitán Alfredo Angel Tamayo expone que salió con su gente hacia la radiodifusora nacional, "en donde se encontraba gran cantidad de gentes armadas... Tuve la impresión de que iba a facilitarse la acción en razón de que encontré un buen número de agentes de la Policía Nacional, pero al acercarme a ellos tuve la sorpresa de encontrarlos con las trompetillas de los fusiles hacia el suelo y distintivos rojos en las gorras. Estos agentes vivaban a la revolución... Mientras permanecía en esta actitud el pueblo vivaba al ejército revolucionario. Varios elementos se dirigieron a mí y a mi tropa diciendo que el Presidente Ospina había entregado el poder y que funcionaba en palacio un gobierno revolucionario; otro decía que el teniente general Ocampo había asumido la dirección de la revolución y que el ejército en su totalidad apoyaba el movimiento revolucionario" (f. 26).

El teniente coronel Mariano Ospina Rodríguez expone que por el radio del automóvil del señor Alvaro González Sierra pudieron darse cuenta de que "la radiodifusora nacional estaba en poder de los revoltosos y que en ese momento hablaba el capitán José Phillips, quien en forma violenta arengaba al pueblo incitándolo al desconocimiento del gobierno nacional y todavía más grave, arengaba al ejército incitándolo también a que desconociera al gobierno legítimamente constituído y se sumara a los revoltosos" (f. 27 vuelto).

Antonio Salazar Herrera oyó cuando el señor Rómulo Guzmán incitaba a las gentes a salir a las calles armadas de cuantas armas pudieran y que se apoderaran de las ferreterías y almacenes con el mismo objeto, "con el fin de concentrarse y marchar sobre palacio y acabar con "esos cuatro vagabundos" que se encontraban asesinando al pueblo vestidos de "chulavitas". Que el Presidente había huído, que una junta revolucionaria encabezada por el doctor Darío Echandía había asumido el poder, y que tanto el ejército como la policía estaban con la revolución" (f. 36).

El mayor Efraím Peñaranda Yáñez también oyó cuando el capitán Phillips manifestaba por la radio "que acababa de pasar su baja y que se pondría al frente de la revolución contra el régimen oprobioso de Mariano Ospina Pérez, nos llamaba como compañeros del ejército para que nos uniéramos a la revolución", e incitaba a desarmar a quienes no estuvieran con la revolución, inclusive a los militares" (f. 70).

El mayor Willy Hollmann oyó así mismo al capitán Phillips que decía que pedía su baja del ejército "para ponerse al frente de las milicias revolucionarias del pueblo, que incitaba a armarse y hacía el llamamiento a los miembros del ejército para que lo siguieran con el objeto de derrocar al gobierno del Presidente Ospina" (f. 71).

El subteniente Gustavo Matamoros dice que adentro del edificio de la radiodifusora vio "muchos hombres del pueblo armados de machete, cuchillos y uno con una famosa barbera" y que el señor Jorge Zalamea "habló por el micrófono sobre la constitución de una junta revolucionaria a la cual se le debía prestar toda clase de apoyo" (f. 38).

El teniente coronel Luis J. Lombana declara: "A eso de las tres y media de la tarde de la mencionada fecha y estando yo en la calle 10 con carrera 5ª cumpliendo la misión de mantener el orden público, como en efecto lo estaba haciendo, con una compañía de la escuela de infantería, vi bajar una multitud de gente compuesta por varios agentes de la policía, talvez con más de cuarenta, por civiles, unos armados con fusil y otros con arma blanca; dentro de ese grupo de gentes venía también el señor capitán Phillips. Como primera medida y viendo la actitud de esa multitud y la circunstancia de observar en los agentes de la policía escarapelas rojas y en actitud agresiva, procedí a colocar la tropa en forma tal de repeler esta actitud de las mencionadas personas". Relata entonces cómo el capitán Phillips, a solicitud del declarante, le había ayudado a hacer retirar a ese grupo de gentes para evitar males mayores (f. 21).

En igual sentido depone el capitán Israel Hurtado (f. 25).

El señor Jorge Hernando Rico vio cuando el capitán Phillips golpeaba a las puertas del pala-

cio presidencial y añade: "como el palacio en virtud de la situación imperante en esos momentos **por el frecuente abaleo suscitado entre francotiradores y el ejército que defendía la residencia del señor Presidente de la República,** no le abrieron al mencionado señor capitán Phillips, el doctor Gómez Parra lo invitó a que entrase al Consejo de Estado, habiendo en efecto pasado dicho capitán rápidamente y entrado hasta donde nosotros nos encontrábamos" (f. 5).

Confirma la anterior declaración el consejero de Estado doctor Pedro Gómez Parra, quien dice que **"el abaleo arreciaba por momentos entre el ejército, que estaba en el cruce de dicha carrera y las calles séptima y octava, con los amotinados que por esos lados atacaban"** (f. 59).

Por eso el fallo de primera instancia concluía que "las cargas de abaleo más nutridas en la capital de la República se dirigieron contra las fuerzas armadas que custodiaban el palacio presidencial y hacia sus contornos fueron segadas muchas vidas de soldados de la patria y de civiles de todas condiciones y edades" (f. 95).

En esa virtud, la Procuraduría hace las siguientes deducciones:

a) Con motivo del homicidio perpetrado en la persona del doctor Jorge Eliécer Gaitán, numerosas gentes del pueblo, que seguían sus ideales políticos, se lanzaron a las calles en actitud de protesta por el hecho;

b) La multitud se apoderó de varias estaciones radiodifusoras, tales como la radio "Nacional" y "Ultimas Noticias" y desde ellas varios sujetos incitaron al pueblo para que asaltara las ferreterías y almacenes donde hubiera armas y se proveyeran de ellas, con el fin de derrocar al gobierno nacional;

c) Desde las mismas estaciones radiodifusoras y en repetidas veces se informó al pueblo que había estallado una revolución, que se contaba con el apoyo del ejército, y que se había constituído una junta revolucionaria;

d) Las gentes correspondieron a las incitaciones, pues se proyeveron de cuantos elementos de ataque y de defensa pudieron, tales como fusiles, revólveres, machetes y palos; y

e) Entre los revoltosos y las fuerzas del ejército hubo un choque sangriento en los alrededores del palacio presidencial, que causó varios centenares de víctimas.

En consecuencia, se reunieron los elementos que la ley penal contempla como constitutivos de la rebelión, esto es, un alzamiento en armas, encaminado a derrocar al gobierno nacional, objetivo éste último que le da el carácter de delito político.

No se logró la aspiración de los revoltosos, pero ese no es elemento esencial de la rebelión. Y no se logró porque, como lo anota la demanda, les faltó plan y dirección de jefes que se hubieran puesto al frente del movimiento. El capitán Phillips fue escogido, precisamente, por la multitud como cabeza, pero lo cierto fue que aparte de su alocución por la radiodifusora, su actitud posterior no fue la de dirección de la revuelta ni la de participación en ella, como el propio fallo lo reconoce.

Por eso la Procuraduría, después de citar oportunamente algunos autores, concluye que en los sucesos de abril se realizó una rebelión, pero no una revolución, porque la segunda es lenta, seria, preparada y obedece al desarrollo natural de un pueblo, mientras que la primera es fruto de incubación precipitada, febril, artificial, y que termina siempre en el fracaso, porque no obedece a un desenvolvimiento natural, y porque por lo mismo, no desarrolla un plan articulado por jefes o directores que conduzcan al triunfo. La rebelión requiere solamente, pues, un levantamiento colectivo y armado con ciertos rudimentos de organización impuesta principalmente por la finalidad común. Claro está que estos conceptos son abstractos y relativos.

Pero queda por estudiar el problema de si existió **rebelión militar,** dado que el ejército se mantuvo fiel al gobierno constituído y a las instituciones, hasta el punto de que mereció ser condecorado por los poderes públicos, en gracia a su actitud en los días de los acontecimientos.

La rebelión no fue militar en el sentido de que los militares, como cuerpo o entidad armada, o mejor, el ejército, no fue el autor del movimiento subversivo. Pero eso no impide que el militar o los militares que hubieran tomado parte en ella puedan considerarse como partícipes de un delito militar, de una rebelión militar, porque el lugar, el hecho, y sobre todo la calidad del agente, le imprimen ese carácter (artículo 7º del código de justicia militar).

Que en el lugar de los acontecimientos había jurisdicción militar, resulta indudable; que la rebelión está prevista como delito en el código de justicia militar, resulta también evidente con la lectura de los preceptos respectivos; y que el capitán Phillips tenía ese cargo en el ejército, es cosa que no se ha puesto en tela de juicio y se

encuentra plenamente acreditada en el proceso.

Sobre el último punto de la calidad del agente conviene insistir, porque puede pensarse que ella no influyó en el delito y, por tanto, que la infracción no revistió carácter militar. O, dicho de otro modo, que el capitán Phillips acudió como simple particular y como tal actuó en la radiodifusora, y no como miembro del ejército.

De acuerdo con el artículo 170 de la Constitución y los pertinentes del código de la materia, es evidente que la justicia castrense sólo conoce en tiempos normales, de los delitos de los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, esto es, resulta necesario que la condición militar sea determinante, o siquiera pretexto, ocasión o motivo del hecho.

Para el caso en estudio no ofrece la menor duda de que aquella calidad tuvo su eficacia en el hecho que se le imputa, pues el carácter militar del sindicado se consideró por los oyentes como motivo especial de acatamiento a sus palabras, habló como militar que había pedido su baja o que iba a pedirla para ponerse al frente de los revoltosos con el fin de derrocar al gobierno nacional y, en fin, se dirigió a las tropas incitándolas a unirse al movimiento. Teniendo en cuenta estas circunstancias resultaría absurdo que al acusado lo hubiera juzgado la jusitcia común u ordinaria, prescindiendo de su investidura.

Sobre la participación del capitán Phillips se hablará en seguida más a espacio al estudiar el veredicto; por lo pronto y, dado lo anterior, forzoso es concluir, como lo hace el ministerio público, que no está probada la causal segunda que se acaba de estudiar.

Causal séptima: haberse. dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

La Procuraduría coloca en segundo lugar esta causal porque, como lo afirma, si el veredicto es contradictorio, resulta inoficioso analizar lo relativo al desacuerdo de la sentencia con las respuestas del tribunal popular y a la injusticia o contraevidencia de las mismas con los hechos, en virtud de que en este evento no existe propiamente veredicto.

Según la demanda, entre la primera respuesta y la cuarta dadas al cuestionario sometido al Consejo de Guerra Verbal, existe contradicción y, a pesar de ella, la sentencia se contenta con decir que la última declara, no una circunstancia de excusa de la responsabilidad, sino simplemente una de atenuación.

En la primera pregunta se interrogó, en efecto, al jurado, si el capitán Phillips había procedido **espontáneamente,** y en la cuarta se interrogó si el mismo había procedido presionado gravemente por la multitud que participaba en actitud violenta en los sucesos. No se puede proceder con voluntad, libremente, de una manera espontánea, y proceder en el mismo acto en virtud de una fuerza mayor, obligado por una presión grave, nada menos que por la de una multitud airada, vociferante, armada con toda clase de armas que blandían sobre la cabeza de cualquiera que no les prestara obediencia o que fuera indiferente. Por tanto, la última respuesta no contempla una atenuación, como la provocación o la riña imprevista, sino algo de fondo, que tiene relación inmediata con la imputabilidad y la responsabilidad, tal como está contemplada en el artículo 23 del código penal.

Se considera:

El principio de contradicción, esencial basamento de la lógica, se funda en el hecho de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Cuando se habla de veredicto contradictorio, se trata de que el jurado afirma y niega la responsabilidad simultáneamente en relación con el mismo hecho y con el mismo sujeto. De manera que lo que hay que examinar —como la Procuraduría lo anota— no es si el procesado obró en determinadas condiciones, sino si las circunstancias en que actuó son incompatibles.

A los vocales del Consejo de Guerra Verbal se les hicieron cuatro preguntas:

Primera: "si el capitán Phillips era responsable" de haber tomado participación en los sucesos tumultuarios "ocurridos en esta ciudad el 9 de abril, con motivo del homicidio perpetrado en la persona del doctor Jorge Eliécer Gaitán, **"consistentes en haberse dirigido espontáneamente a los locales que ocupaba la radiodifusora nacional y en haber excitado o invitado por los micrófonos al pueblo y a las Fuerzas Armadas** de la República a derribar al gobierno legítimo". Contestaron: SI.

Segunda: si había consumado los hechos anteriores como promotor, director o cabecilla para levantarse él y sus concitados en armas, con el propósito de derrocar al gobierno o de cambiar total o parcialmente el régimen constitucional. Contestaron: NO.

Tercera: si era responsable, no como promotor, director o cabecilla, "sino por haberse comprometido en ellos como simple copartícipe". Contestaron: SI.

Y cuarta: si había ejecutado los hechos anteriores "Presionado gravemente por las multitudes que participaban en actitud violenta en los sucesos desencadenados momentos antes de su actuación". Contestaron: SI.

En resumen, el Consejo declaró al procesado como responsable de haber excitado o invitado al pueblo y a las fuerzas armadas de la República a derrocar al Gobierno legítimo, hecho que ejecutó como simple copartícipe; pero al mismo tiempo declaró que había obrado presionado gravemente por las multitudes que participaban en actitud violenta en los sucesos desencadenados momentos antes de su actuación.

Hay que examinar aquí, pues, si en ese veredicto se declaró la responsabilidad del procesado y, al mismo tiempo, se negó.

Pero antes de entrar en ese análisis conviene recordar que una cosa es el veredicto contradictorio y otra muy distinta es el veredicto contraevidente: "Lo contradictorio se refiere —ha dicho la Corte— a lo inconciliable en los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de las pruebas del proceso". (Casación de 17 de mayo de 1949).

De este principio ha de concluírse, por tanto, que la interpretación del veredicto debe hacerse sobre sus términos mismos, sobre las proposiciones o frases de que se compone el fallo del tribunal popular, y no sobre las pruebas del proceso. Pero como el veredicto es el resultado del debate público, es lógico acudir a las exposiciones que en él se hayan hecho, como fuente de interpretación, si el sentido de aquellas frases o proposiciones no aparece por sí solo suficientemente claro. Si ni de los términos del veredicto, ni de las alegaciones de la audiencia, se traduce el sentido que los jueces de conciencia quisieron darle a sus respuestas, entonces habrá que acudir al auto de proceder, en su caso, o a las pruebas del proceso en último lugar. Pero todo ello, cabe repetirlo, como antecedentes para captar cuál fue el pensamiento que el jurado tuvo al definir la responsabilidad por medio del veredicto, que es la base de la sentencia en los juicios en que debe intervenir, y eso en los procesos comunes, que en los consejos de guerra verbales, los trámites obligan a interpretar de otro modo los veredictos.

¿Está declarada la responsabilidad en la primera respuesta del cuestionario? Parece no ofrecer duda alguna el sentido natural y obvio de la expresión empleada por el Consejo de Guerra Verbal que juzgó al capitán Phillips Rincón, pues se le pregunta si **"es responsable, sí o nó"**, de haber tomado participación en los sucesos tumultuarios" ocurridos el 9 de abril, "como simple copartícipe" (respuesta tercera), participación que consistió en haberse dirigido espontáneamente a la radiodifusora nacional y "en haber excitado o invitado por los micrófonos al pueblo y a las fuerzas armadas de la República a derrocar al gobierno legítimo".

Lo de haberse dirigido a la radiodifusora no es un cargo, aunque se hubiera dirigido espontáneamente, porque ese acto no puede considerarse ni está considerado como ilícito por la ley. Lo que es ilícito es invitar a las gentes y a los militares a derrocar al gobierno establecido, porque eso sí está previsto como ilegal en los estatutos penales.

Y se declaró la responsabilidad, porque así se dijo expresamente, pues el SI corresponde a las preguntas y declara lo que en ellas se encierra como interrogante, o sea, la responsabilidad, pues que para que la afirme o la niegue se reune precisamente el jurado en los juicios comunes y en los consejos de guerra verbales.

Y cabe no olvidar lo dicho por esta Sala, citado oportunamente por el ministerio público en el particular, es a saber, que "en el sistema de formulación de cuestionarios de la ley 4ª de 1943 (que en el fondo es el mismo consagrado por los artículos 73 y 130 del código de justicia penal militar, aclara la Procuraduría), la propuesta al jurado sobre la responsabilidad del acusado por el hecho o hechos a él imputados, comprende los elementos del delito, tanto físicos o materiales como psíquicos o morales.... Cuando, pues, en la esfera penal se hace referencia a la responsabilidad, debe entenderse la responsabilidad penal, o sea, la suma o relación de la actividad psico-física". (Casación de Manuel González, de 23 de enero de 1947).

Pero debe entonces preguntarse cuál fue el alcance que el consejo de guerra le dio a la conducta del capitán Phillips, cuando expresó que éste había realizado los hechos punibles **presionado gravemente** por las multitudes que participaban **en actitud violenta** en los sucesos desencadenados momentos antes de su actuación".

El Consejo de Guerra Verbal y la Jefatura del Estado Mayor de las fuerzas militares estimaron que no se trataba de la "insuperable coacción ajena" de que habla el código, pues apenas fue

"grave", ya que "quienes así lo presionaron no le indicaron o prescribieron los términos en que al ejército y al pueblo debía dirigirse, y menos aún, que a tal lo obligaran con absoluta coacción para él insuperable". De lo cual resulta que los juzgadores confundieron la coacción física o material con la psicológica o moral.

La coacción física o material ocurre en muy raras ocasiones, no así la psicológica o moral, que consiste en excitar o invitar a cometer un delito por la amenaza de un mal. Casi todos los autores sostienen que el mal que amenaza debe ser grave, y así será en la mayoría de los casos, pues que el delito de ordinario constituye un mal grave también. Mas parece preferible, por más comprensiva, la opinión de Pessina, quien afirma que ese criterio sólo puede aceptarse en tratándose de la vida, pero no en tratándose de otros bienes. El verdadero criterio, concluye, está en la urgencia de obrar para evitar "un mal mayor".

Es preciso, pues, para que pueda hablarse de irresponsabilidad, por coacción moral:

1º Que haya un peligro inminente, esto es, que no sea futuro ó incierto, poco serio o evitable por otro medio;

2º De un mal que aparezca al sujeto como más grave que el que puede ocasionar el hecho ilícito propuesto; y

3º Que no puede ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley y, por tanto, que no haya sido previsto o que no sea resultado de un hecho voluntario del agente; en una palabra, que no haya sido consentido previamente.

Se repite que los juzgadores en este proceso confundieron la coacción moral con la física, pues en la primera no se constriñe en forma absoluta o material a ejecutar un acto ilícito, como lo requirieron para admitir la excusa, sino que se obliga a realizarlo por amenazas, esto es, por el miedo de que se realice un daño para sí mismo. Si lo insuperable de la coacción moral fuera en esa forma absoluta exigible, nunca existiría, porque el amenazado tendría que optar entre la muerte y el hecho vedado y los muertos no necesitan que se les excuse de la responsabilidad para evitar un daño propio. La coacción moral, advierte Ferri, se parece mucho al estado de necesidad, en que puede ejecutarse un acto dañoso contra otro para salvarse de un peligro que amenaza.

Pues bien, la coacción que el Consejo de Guerra dijo que había padecido el capitán Phillips y bajo cuyo constreñimiento incitó al pueblo y al ejército a derrocar al gobierno, fue insuperable, porque tuvo que optar entre perder la vida, frente a una multitud vociferante y armada, o ponerse de su parte expresando los propósitos que dicha multitud perseguía. El veredicto así lo da a entender claramente al decir que se trataba de **"multitudes que participaban en actitud violenta"** en los sucesos, y que la coacción fue grave, pues que obró **"gravemente presionado"**.

"No hacía falta, pues, dice la Procuraduría, en virtud de los términos tan claros empleados por los jueces de conciencia, que éstos consignaran en su veredicto las propias palabras usadas por el legislador, para estructurar la causal de irresponsabilidad atinente a la coacción. Al jurado sólo le basta expresar en sus contestaciones los hechos fundamentales que expliquen su pensamiento y que le sirvan al juez de derecho para ajustarlo a una determinada norma legal".

A propósito comenta el ministerio público lo que es la psicología de las multitudes, tal como ha sido estudiada en los modernos autores, que hacen ver cómo la personalidad consciente de cada sujeto, por separado, se hace inconsciente y se compenetra con la de la multitud, se torna irreflexiva, impetuosa e irresponsable por la imitación, la sugestión y el contagio, y no tolera que se le oponga el menor obstáculo a sus designios. "Por eso, concluye, la multitud es impulsiva, versátil e irritable y no tolerá aplazamiento alguno entre el deseo y su realización; pasa de lo noble a lo cruel, de lo heroico a lo cobarde con extraordinaria facilidad. Para la muchedumbre no hay nada imposible".

Pero puede alegarse que los términos de la primera respuesta a la primera pregunta, de que el procesado se dirigió **'espontáneamente** a los locales que ocupaba la radiodifusora nacional" y allí excitó o invitó al pueblo y a las fuerzas armadas a derribar al gobierno, significan que consintió en la acción, pues que la previó como segura y a pesar de ello se colocó en condiciones de sufrirla. Lo cual, como es obvio, le quitaría todo su efecto exculpativo o de excusa al constreñimiento declarado, pues es claro y lógico, de claridad y lógica elementales, que quien consiente de antemano en un acto, quien sabe que se le va a obligar a hacer algo indebido y, a pesar de ello, se pone en condiciones de que se le coaccione, no puede invocar esa coacción como motivo de irresponsabilidad.

A propósito pueden citarse, no sólo las exposiciones de las señoritas Beatriz Vargas y Alicia

Escobar (folios 11 v. y 63 y 12 y 65), que condujeron en el automóvil en que viajaban al capitán Phillips a la radiodifusora y quienes aseguran que fue a ese lugar a donde, inclusive con amenazas, las obligó a conducirlo, sino las propias palabras del sindicado, que dice que antes de salir de su casa él oyó "'que la radio estaba informando que en el país había estallado una revolución y que todas las radiodifusoras se encontraban en poder de los revolucionarios" (f. 1 v.).

Aislando esas pruebas del debate que hay que surtir en un Consejo de Guerra Verbal, pudiera insistirse en la fuerza de ellas, para llegar a la deducción del consentimiento previo del procesado en la coacción que luégo ejercieron las multitudes para obligarlo a hablar por la radio en contra del Gobierno constitucional. Aún así sería el caso de discutirlas y justipreciarlas, misión que no le incumbe a la Sala, pues que en el proceso figuran pruebas en contra de ese consentimiento previo, de ese conocimiento de la posible futura coacción que permiten también afirmar que no tiene como base sino meras conjeturas y no conclusiones de firme lógica que produzcan completa certidumbre.

Sin embargo, en el proceso que se estudia no hay necesidad de hacer ese trabajo de análisis como si se tratara de un juicio criminal común ante la justicia ordinaria, porque en los consejos de guerra verbales hay una fuente auténtica de interpretación, que es el propio fallo de los vocales del Consejo. En efecto, en estos juicios verbales, el procedimiento es totalmente distinto: la autoridad militar convoca el Consejo, practica ante él las pruebas en sesión permanente y pone ante el mismo "todos los testigos que deben ser interrogados, los documentos pertinentes y la investigación previa, si se ha llevado a cabo" (artículo 127 de la ley 3ª de 1945); el asesor jurídico entrega los cuestionarios (artículo 130); se hace el debate, previo estudio del proceso, y se contesta el citado cuestionario (artículos 131 a 137); y, por último, el asesor redacta el proyecto de sentencia, en desarrollo del veredicto, y lo que es importante para el caso, debe ser **aprobado y firmado por los miembros del Consejo como sentencia** (artículo 138).

Así se procedió en el caso que se estudia, que culminó con la sentencia que ahora se revisa, que fue firmada por los tres vocales y el secretario, de suerte que los conceptos del citado fallo son la interpretación auténtica de la manera como entendieron ellos las respuestas al cuestionario que se les sometió a su decisión. Dicho de otro modo, si en los juicios comunes es discutible el sentido de los términos de un veredicto, porque no hay más fuente de interpretación que lo alegado en la audiencia, o el auto de proceder, o las pruebas del proceso, en los consejos de guerra verbales hay una fuente más segura, porque la sentencia no la dicta un juez distinto, un juez de derecho, sino los propios miembros del jurado o consejo que profiere el veredicto. Y no sería admisible, no sólo cambiar los términos del mismo veredicto, sino cambiar el pensamiento de sus intérpretes genuinos, que son los propios vocales del consejo.

Así las cosas, los apartes de la sentencia condenatoria que cita la Procuraduría, son la prueba más fehaciente del concepto que guió a los vocales del consejo de guerra:

"El carro —dice— bajó por la misma calle a la carrera catorce y continuó por esta vía al sur hasta la calle veintiseis, en donde fue detenido por los amotinados que allí se encontraban y por un tranvía que le interceptó el paso. En este punto descendió el capitán Phillips y una vez advertida su presencia por la multitud **fue impulsado hacia los locales de la radiodifusora** a los gritos de vivas al ejército y al mismo capitán. **Allí se le exigió con apremio que tomara los micrófonos y se dirigiera al pueblo, exigencia que se vio precisado a satisfacer.**

"...En estas circunstancias avanzó el capitán Phillips hasta el local de la Radiodifusora Nacional y **es aceptable su propio aserto de que la entrada allí y la actitud que luégo asumió fueron forzadas por las exigencias y la presión ejercida sobre él por los manifestantes en términos más o menos violentos.**

"...Desde su salida de este lugar no está demostrado que hubiera tomado participación en hechos que impliquen la ejecución de sus propósitos y menos aún que su arenga se hubiera repetido en otro lugar de la ciudad en aquella tarde o en el día siguiente.

"...Está también demostrado en los autos que el capitán Phillips consumó los hechos **bajo la sugestión y el impulso de la muchedumbre que lo condujo a la Radiodifusora Nacional,** y que al pronunciar sus exortaciones lo hacía también poseído de una fuerte y dolorosa emoción, por cuya razón su personalidad no se dibuja en ellos como peligrosa. **Seguramente si tales circunstancias no hubieran operado tan eficientemente, su actua-**

ción hubiera sido distinta" (fls. 92 v., 94, 94 v., y subraya la Corte).

Imposible resulta exigir términos más claros sobre el verdadero pensamiento del Consejo autor del veredicto y también del fallo, que al hacer una interpretación que puede llamarse con autoridad, en forma perentoria y precisa declara que la introducción a los locales de la radiodifusora se hizo por impulso y por constreñimiento se le obligó a hablar contra el gobierno. La conclusión natural y obvia de esos conceptos, de ese pensamiento del veredicto, era la absolución del acusado, pero no se adoptó ese camino, sino que en forma contradictoria de su pensamiento se concluyó que "hay bases suficientes para producir la condena", pues la grave y violenta presión de las multitudes apenas constituyó "una circunstancia atenuante en la actividad del procesado".

Claro está que en el fallo se encuentran conceptos que acreditarían que el capitán Phillips consintió previamente en la coacción, la previó y no obstante no la evitó, como éstos:

"**Es humanamente presumible** que el señor capitán hubiera tomado el propósito de dirigirse al edificio de la citada emisora, ocupado en esos momentos por elementos desafectos al Gobierno y desde donde se trataba de encauzar los graves sucesos revoltosos y ostensiblemente subversivos del orden, desencadenados en el instante mismo en que se consumó el crimen contra el doctor Gaitán, **para ponerse en contacto con ellos y asumir alguna actitud relacionada con los hechos que principiaban a tomar cuerpo y fisonomía propios"** (f. 93).

Y, sin embargo, este modo de apreciar los hechos se halla contradicho por este otro:

"Pocos minutos después **salía a la calle con el propósito de dirigirse a la ciudad en busca de noticias** con el ánimo de concurrir al sitio en donde se encontrara su compañero y gran amigo" (f. 92).

"Tomó la determinación de salir a la calle e ir a la ciudad en busca de noticias relacionadas con el mismo suceso. Así lo expresa en su declaración. **Es posible que en estos primeros momentos de ofuscación y** (sic) **no hubiera concebido plan determinado para llevar a término aquella tarde"** (f. 93 v.).

Es que el veredicto es de suyo contradictorio y, como es natural, el fallo en que se desarrolla es también contradictorio.

Y es contradictorio porque al paso que el cuestionario propuesto al Consejo de Guerra Verbal afirma que el capitán Phillips es responsable de haber tomado parte, como copartícipe, en los sucesos tumultuarios ocurridos el 9 de abril, por haber invitado al pueblo y al ejército a derrocar al Gobierno, en la cuarta respuesta declara una expresa causal de excusa de la responsabilidad.

Pero entonces debe resolverse lo que sea pertinente. Al respecto preceptúan los artículos 570 del código de procedimiento penal y 100 del código de justicia militar que si la Corte acepta la séptima causal de casación, debe ordenar que se devuelva el proceso al juez del conocimiento para que convoque un nuevo jurado.

Pero resulta que, por el inciso primero del artículo 1º de la ley 82 de 1948 se concede "amnistía a los procesados o condenados por delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado, cometidos con ocasión del 9 de abril próximo pasado, de que tratan los artículos 139, 142; incisos 1º, 2º y 3º del artículo 144; 145, 146, 148 y 149 del código penal, y 180 a 187 inclusive, del código de justicia penal militar", procesos que deben darse por terminados sin necesidad de solicitud de parte, como lo dice el inciso 2º del mentado artículo.

Como el capitán Phillips sólo responde en este proceso de un delito de rebelión militar, el previsto en el artículo 181 del código de justicia penal militar, parece que se halla amparado por la amnistía de que habla el precepto invocado, que habla en general de "procesados o condenados por delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado".

Sin embargo, el artículo 2º de la ley 82 autoriza al Presidente de la República "para que conceda indulto de las penas privativas de la libertad **a los militares sentenciados** por Consejos de Guerra Verbales, convocados con motivo de los sucesos del 9 de abril del presente año" (1948), precepto que indica que a los militares no los ampara la amnistía, sino el indulto, por ser disposición especial para ellos.

Este sentir de la Sala encuentra apoyo en la razón de lógica jurídica que consiste en afirmar que entre el artículo primero y el segundo de la ley hay **oposición subalterna,** vale decir, que cuando hay una disposición general y una particular que disponen cosas semejantes para clases distintas de sujetos, la particular debe aplicarse de preferencia a la general para las personas a quienes se refieren. Razón que fue consagrada como principio de hermenéutica en el artículo 5º

de la ley 57 de 1887, ordinal 1º, al estatuir que "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

De otro lado, tal fue el pensamiento del legislador de 1948 al establecer gracia especial menos favorable para los militares que para los particulares, como consta en los antecedentes del citado estatuto. En efecto, el proyecto primitivo tenía como artículo segundo, el siguiente:

"Concédese una amnistía general por los delitos cometidos por **militares** contra el orden constitucional y la seguridad interior del Estado, con motivo de los sucesos del 9 de abril. Dicha amnistía no da derecho a los por ella cobijados para reclamar su reincorporación al servicio activo del ejército, pues en lo referente a este solo punto tendrán pleno efecto las sentencias proferidas y los reglamentos militares vigentes.

"Tal amnistía, con las limitaciones establecidas en el inciso anterior, hácese extensiva a los militares condenados con motivo de los sucesos del 10 de julio de 1944, exclusivamente por los mismos delitos a que dicho inciso se refiere.

"**Parágrafo.**—De los beneficios que produce la amnistía que consagra este artículo, gozarán también los militares a que se refirió el Decreto número 1813 de 31 de julio de 1944".

El Gobierno consideró que la amnistía no debía comprender a los militares, porque equivaldría a "cohonestar los actos de sublevación militar contra las autoridades civiles, cuya guarda precisamente corresponde a la fuerza pública, que el Legislador ordenara el olvido de hechos que implican una mancha en la limpia tradición democrática de Colombia".

Por eso, al aceptar o declarar fundada la objeción, se propuso el artículo segundo vigente, que en vez de amnistía para los militares, facultó al Presidente de la República para conceder indulto.

Así, pues, lo pertinente es devolver el proceso a las autoridades correspondientes para que convoquen un nuevo Consejo de Guerra que defina claramente la situación del procesado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, oído el concepto del 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, por ser el veredicto contradictorio, y en su lugar ordena devolver este proceso a los jueces de instancia respectivos para que den cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 570 del código de procedimiento penal y 100 del código de justicia penal militar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Con salvamento de voto, **Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada** — Con salvamento de voto, **Domingo Sarasty M.—José Amadeo Rey,** Ofl. Mayor en ppdad.

SALVAMENTO de voto de los magistrados doctores Angel Martín Vásquez y Domingo Sarasty.

Por no compartir en su integridad las opiniones de los Magistrados de mayoría, salvamos nuestro voto por los siguientes motivos:

Estamos de acuerdo en que el capitán Phillips, como lo sostiene la Procuraduría y lo afirma la Corte, es responsable de un delito, pero discrepamos en cuanto a la tesis de que el veredicto sea contradictorio en sus respuestas primera y cuarta.

La circunstancia de que el capitán Phillips hubiera ejecutado los hechos "presionado gravemente por las multitudes" no es causa eximente de la responsabilidad prevista por el artículo 23, numeral 1º del Código Penal, sino —simplemente— una circunstancia de menor peligrosidad, contemplada por el numeral 6º del artículo 38 de la misma obra.

Esta demostración de ser circunstancia de menor peligrosidad, la contiene el fallo, la precisa y la determina en el siguiente aparte:

"Está también demostrado en los autos que el capitán Phillips consumó los hechos bajo la sugestión y el impulso de la muchedumbre que lo condujo a la Radiodifusora Nacional, y que al pronunciar sus exhortaciones lo hacía también poseído de una fuerte y dolorosa emoción, por cuya razón su personalidad no se dibuja en ellos como peligrosa. Seguramente si tales circunstancias no hubieran operado tan eficientemente, su actuación hubiera sido distinta".

Esta es la explicación y alcance que los vocales del Consejo Verbal de Guerra, dieron a los términos del veredicto en su respuesta a la cuarta pregunta del cuestinario, pues como lo afirma el fallo, la declaración del Consejo Verbal de Guerra es la mejor fuente de interpretación, porque los mismos que pronuncian el veredicto son quienes dictan la sentencia.

¿Cuál es entonces el verdadero alcance del veredicto? No puede ser otro que el capitán Phillips obró "bajo la sugestión de una muchedumbre", términos del veredicto exactos a los que trae el Código Penal en el numeral 6º del artículo 38; y para dar mayor claridad a su pensamiento, para que no exista duda sobre el particular, afirma la sentencia que este hecho no constituye un eximente de responsabilidad, sino simplemente una circunstancia de menor peligrosidad, cuando expresa: "por cuyas razones su personalidad no se dibuja en ellos como peligrosa", colocando en esta forma ese hecho dentro de la circunstancia de menor peligrosidad, y no como lo afirma el fallo de mayoría, dentro de la eximente de responsabilidad contemplada por el numeral 1º del artículo 23 del Código Penal.

Si el pensamiento de los miembros del Consejo Verbal de Guerra, expresado en el veredicto, hubiera sido distinto, la conclusión lógica habría sido un fallo absolutorio; pero, precisamente, como éste no fue su pensamiento ni aquélla su intención, la sentencia tuvo que ser condenatoria.

En estos casos por ser una misma la persona que pronuncia el veredicto y dicta la sentencia, se puede afirmar que no cabe la hipótesis de la contradicción. El acto aunque discontinuo en la forma objetiva, es uno e idéntico en cuanto al pensamiento que informa el veredicto y la sentencia para buscar una sola finalidad: la conformidad del veredicto con la respectiva sentencia.

Pretender que en un sujeto que voluntaria y espontáneamente se coloca en situación de infringir un mandato legal por la comisión de un hecho ilícito, obren las circunstancias que pregona el numeral 1º del artículo 23, es decir, "por insuperable coacción ajena", es extender el término de este mandato a extremos de peligrosa impunidad.

Para que exista esta causal de inimputabilidad, que opera en sentido negativo o, como si se dijera **non contra jus,** es necesario e indispensable, según lo consigna la doctrina y la jurisprudencia lo reconoce, que el sujeto activo del delito actúe sin proyectar su personalidad, sin espontaneidad, pues sólo obrando de esta suerte puede colocarse en situación de no ser sujeto de derecho penal en virtud de esa causal de excusación.

El término **insuperable** que emplea el Código, no puede cambiarse ni suplirse con frases o palabras que no contengan en sí mismas idéntico significado y alcance, esto es, correspondan al verdadero sentido que el legislador quiso dar a expresiones no definidas es verdad, pero con con-

tenido propio, tanto gramatical como jurídico; aquél como manifestación de algo invencible, inevitable, y éste como fuerza tan irresistible que anulando por completo la libertad del agente, lo obligue a realizar el acto doloso que su voluntad rechaza. Aunque el Consejo Verbal de Guerra no tenga por qué emplear palabras sacramentales, no por ello el intérprete del veredicto debe desatender el texto legal, para encontrarle interpretaciones acomodaticias, a fin de hacerlo decir lo que no contiene.

En este proceso no puede encontrarse intérprete mejor de su propio pensamiento que el Consejo Verbal de Guerra, el cual, dada la mecánica como actúa, es el mismo que rinde el veredicto y dicta sobre él la sentencia correspondiente. Luego si sus propios miembros afirmaron la efectividad de la responsabilidad criminal del agente sin limitación alguna en la primera respuesta del cuestionario, mal podrían interpretar la cuarta en un sentido diferente del significado íntimo y en conciencia que quisieron darle a su texto. Pensar de otra manera sería como considerar que los que son al mismo tiempo jueces de hecho y falladores en derecho, por el **modus operandi** de esa clase de juicios, puedan interpretar en forma diferente su propia decisión para darle alcance legal al íntimo significado de sus propios pareceres contradiciendo los términos en las respuestas de los cuestionarios.

Lo lógico y natural es, en cambio, conceptuar que quienes están en mejor capacidad de fijar el alcance de las voces del veredicto son aquellos que escribieron sus respuestas afirmativas como término de una deliberación tomada en conciencia y con la más entera libertad de juicio. Existe fundamental diferencia cuando es un Juez distinto del que actuó en la decisión de hecho, a quien toca interpretar el veredicto, en cuanto las dos calidades se aunan en el mismo sujeto, y, por tanto, la interpretación del veredicto puede decirse que es la auténtica, como **mutatis mutandis** es, dentro de la hermenéutica, la que el mismo legislador da a las leyes que expide.

Algunas legislaciones llaman a la figura que consagra la primera parte del ordinal primero del artículo 23 del Código Penal "fuerza moral irresistible" y la rechazan como causal de inimputabilidad, sin parvedad alguna, cuando el agente se coloca en la situación dilemática de hacer lo que se le ordena, o recibir, si se abstiene, un grave daño. Cuando este daño en caso de producirse fue buscado de manera espontánea y libre por el propio agente del delito, que ejecutó en tales circunstancias, sería aberrante concederle u otorgarle un tratamiento legal excusante cuando obra en condiciones que puede decirse fueron aceptadas de antemano, exponiéndose al riesgo de ser coaccionado y los actos dolosos se cumplieron dentro de circunstancias previstas y consentidas, lo que les quita todo carácter de causal de excusa.

En el caso de autos la misma conducta del militar rebelde al gobierno y a las autoridades legítimamente constituídas es un acto externo que delata y revela el propósito íntimo que lo llevó a la Radiodifusora, aún recurriendo a atemorizar por medio de la amenaza a dos distinguidas damas, que así lo declaran, sin que sus testimonios se hayan modificado en nada en los propios careos sostenidos con el procesado. Por eso su presencia al frente de la multitud, que en aquel lugar tomaba graves proporciones de agresividad contra el Gobierno legítimo, fue recibida con idéntico sentimiento al que inspirara al capitán Phillips en su resolución de presentarse a ese lugar, el más significativo para desarrollar el proyecto que se perseguía entonces de emplear un medio eficaz de propaganda, para conseguir los fines de la rebelación popular que en esos momentos se llevaba a cabo en Bogotá y mediante el uso sedicioso de la radio quería instigarse o propalarse en toda la República.

Puede aceptarse que el propósito perseguido por el militar fuera al salir de su casa para dirigirse a la Radiodifusora Nacional, impreciso o caótico al principio, sin determinación y objetivo plenamente definido. Pero es innegable que al llegar allí tomó cuerpo y encontró la verdadera finalidad del mismo. Por ello no fue constreñido con fuerza moral de ninguna índole ni tampoco coaccionado de manera insuperable, como se pretende para cohonestar su conducta. Su presencia en la Radiodifusora fue apenas el impulso que movió a las multitudes para solicitar lo mismo que el propio militar se proponía, al principio sin determinación precisa, pero más tarde con mejor conciencia del objetivo buscado, el que puede afirmarse que despertó cuando el mismo grito airado de la multitud, que lo reclamaba como su jefe en esos momentos, le reveló el verdadero sentido de su presencia allí y conjugando su propio querer con el de la multitud, obró como desde el comienzo se lo propusiera. Es decir, desde aquel momento voluntariamente aceptó las consecuencias de sus actos, porque comprendió el

propósito que allí lo había llevado. Dentro de las circunstancias en que obró el capitán Phillips puede afirmarse que la presión multitudinaria no lo obligó a nada distinto de lo que él mismo íntimamente se proponía. Hablar en estas condiciones de insuperable coacción ajena es impropio del lenguaje jurídico, por sustracción de materia.

El proyecto de mayoría señala las condiciones jurídicas para que exista la excusante de la coacción moral insuperable:

"1º Que haya un peligro inminente, esto es, que no sea futuro e incierto, pero serio o inevitable por otro medio;

"2º De un mal que aparezca al sujeto como más grave que el que pueda ocasionar el hecho ilícito propuesto; y

"3º Que no puede ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley, y por tanto, que no **haya sido previsto,** o que no sea resultado de un **hecho voluntario** del agente, en una palabra que **no haya sido consentido previamente".** (Las subrayas son nuestras).

Estamos de acuerdo con esta afirmación en tesis doctrinaria, pero disentimos en el hecho de que esta doctrina pueda aplicarse al caso **sub judice,** porque no se cumplen en toda su integridad los requisitos señalados en los numerales 1º y 3º del fallo, en cuanto a la condición de que "no haya sido previsto, o que no sea resultado de un hecho voluntario del agente, en una palabra, que no haya sido consentido previamente" y también en lo tocante con lo relativo a poco serio o estable del peligro (número 1º), por cuanto dentro de las circunstancias el presunto peligro era sin duda algo evitable.

En efecto, la **coacción insuperable** para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad debe consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irreductible, que tenga por causa un hecho absolutamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere. De manera que, si el agente activo del delito obra por propia y voluntaria determinación e impulso de su actividad consciente, no puede invocar esta excusa, porque el acto inicial fue voluntario y la conducta del sindicado implica que no fue extraño al mal que lo amenazaba, el cual fue creado por su mismo modo de actuar, dando en esta forma nacimiento a una situación de peligro, que estaba en sus manos evitar. De aquí que la doctrina exija que el riesgo en el cual se coloca el agente debe entenderse en sentido específico, es decir, que al actuar el sujeto pudiese prever que se hallaría en la necesidad de violar un bien jurídico, protegido por la ley.

También insiste la doctrina en que las condiciones personales del sujeto no pueden desatenderse en la apreciación de la causal de inimputabilidad en estudio. En este caso, la misma calidad del agente, dada su categoría militar, no le permitía creer que las vociferaciones de la multitud fueran suficientes para constreñirlo a obrar en forma distinta a sus propios deseos. Por el contrario, ya queda dicho que la multitud solicitaba del capitán Phillips exactamente lo mismo que él se proponía realizar, al conjugarse su propio sentimiento con los sentimientos de la misma multitud que lo rodeaba.

En tales circunstancias, no es posible dar al veredicto alcance distinto del que le dio el propio Consejo Verbal de Guerra, considerando la respuesta al cuestionario cuarto como lo es en su pura esencia jurídica, una simple circunstancia de menor peligrosidad.

Réstanos agregar que en nuestro concepto la declaratoria de contradicción del veredicto, contenida en el fallo de mayoría, incide directamente en lo relativo a la gracia del indulto. Esta queda sin eficacia, porque se concede partiendo de la base fundamental de una sentencia. Si la causa no tiene vida jurídica, el efecto —en este caso el indulto— pierde su razón de ser. Los dos elementos, sentencia e indulto, se relacionan tan íntimamente que destruída la primera el segundo desaparece.

Estas son las razones por las cuales nos hemos visto obligados a disentir del fallo de mayoría.

Bogotá, abril 28 de 1950.

Angel Martín Vásquez—Domingo Sarasty M.

SE ACLARA LA SENTENCIA ANTERIOR— LAS SENTENCIAS PUEDEN ACLARARSE EN LO TOCANTE CON FRASES O CONCEPTOS OSCUROS, Y NO SOLO CORREGIRSE LOS YERROS ARITMETICOS EN QUE SE HAYA INCURRIDO EN ELLAS.—INDULTO.—NO ES RENUNCIABLE POR EL FAVORECIDO

1.—Ha dicho la Corte: "Aunque el artículo 194 del código de procedimiento penal no autoriza sino para corregir los yerros aritméticos o numéricos en que el Juez haya incurrido, no hay por qué desechar la tesis de que también puede aclararse la sentencia cuando en ella haya frases o conceptos oscuros, según lo dispone el artículo 482 del código de procedimiento civil, aplicable por virtud del 7º del código de procedimiento penal". (Fallo de 6 de mayo de 1946, G. J., Tomo LX, números 2032-33, pág. 517).

2.—El presupuesto jurídico del indulto es una sentencia condenatoria con autoridad de cosa juzgada y, por ello, concedido el indulto, el proceso queda prácticamente terminado y no puede revivirse con actuaciones posteriores, porque sería tanto como usurpar jurisdicción, al tenor del artículo 148 del código judicial.

3.—Según los comentadores, el indulto no puede ser rehusado por el favorecido con él, en su aceptación no interviene la voluntad del particular, se le impone al condenado, porque todo lo que se refiere a la represión es de orden público.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El representante del procesado y el señor Procurador piden aclaración del anterior fallo.

Dice el primero que la sentencia ordena devolver el proceso a los jueces de instancia respectivos para que se dé cumplimiento a los artículos 570 del código de procedimiento penal y 100 del código de justicia penal militar; y que tales preceptos no se pueden cumplir, por sustracción de materia, puesto que hay un hecho cumplido que nadie puede desconocer, como lo es el indulto con que fue favorecido el capitán Phillips.

La actuación ha quedado, pues clausurada con la sentencia de la Corte, que invalidó la recurrida, pues no "puede someterse al que ha obtenido un indulto a nuevo juicio, con todas sus consecuencias, contrariando el pensamiento altísimo en que se inspiró el legislador al expedir la ley 82 de 1948 y desconociendo un hecho cumplido'.

El señor Procurador, por su parte, pide que se aclare la discordancia que existe entre la parte motiva del fallo y la resolutiva, pues en aquélla se dice que se devuelve el proceso a "las autoridades correspondientes para que convoquen un nuevo Consejo de Guerra que defina claramente la situación del procesado", mientras que en la resolutiva se ordena "devolver este proceso a los jueces de instancia respectivos para que den cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 570 del código de procedimiento penal y 100 del código de justicia penal militar".

Se considera:

Ha dicho esta Sala que, "aunque el artículo 194 del código de procedimiento penal no autoriza sino para corregir los yerros aritméticos o numéricos en que el juez haya incurrido, no hay por qué desechar la tesis de que también puede aclararse la sentencia cuando en ella haya frases o conceptos oscuros, según lo dispone el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por virtud del 7º del Código de Procedimiento Penal". (Fallo de 6 de mayo de 1946. G. J. Tomo LX, números 2032-33, página 517).

Sin embargo, anota la Sala que en el fallo no se observa oscuridad alguna en cuanto al objeto de la devolución del proceso, puesto que claramente se expresa que el expediente se envía a los jueces de instancia para que den cumplimiento a los artículos 570 del código de procedimiento penal y 100 del código de justicia penal militar, esto es, para que se convoque un nuevo tribunal que defina la responsabilidad del procesado, por ser el veredicto contradictorio.

Pero, como el señor apoderado hace extensas consideraciones sobre los efectos del indulto so-

bre la sentencia, se hace preciso aclarar el punto.

Cierto es que el capitán Phillips Rincón fue amparado con el indulto que concedió la ley 82 de 1948. Pero, como se advirtió en el auto de admisibilidad del recurso, "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".

Ahora bien, el presupuesto jurídico del indulto es una sentencia condenatoria con autoridad de cosa juzgada y, por ello, concedido el indulto, el proceso queda prácticamente terminado y no puede revivirse con actuaciones posteriores, porque sería tanto como usurpar jurisdicción, al tenor del artículo 148 del código judicial.

Pero en el presente caso, como lo anota el apoderado del capitán Phillips, se trata de una situación **sui generis**, de carácter excepcional, creada precisamente como consecuencia de los mandatos de la misma ley 82 de 1948, estatuto que, al paso que autorizó el indulto de las penas privativas de la libertad para los militares sentenciados con motivo de los sucesos de abril del mismo año, concedió al propio tiempo un recurso de casación contra dichos fallos, aunque estuvieran **ejecutoriados.** Aquí la sentencia se notificó el 8 de junio de 1948 (f. 141 v. del c. 1º) y el recurso se interpuso el 28 de enero de 1949 (f. 158 v. del c. 1º). Si el indulto se concedió previa la ejecutoria de la sentencia y si la casación se concedió para una sentencia ya ejecutoriada, fue el propio legislador quien, de modo excepcional abrió la posibilidad de que el decreto de indulto, irrevocable por la naturaleza misma de las cosas, no fuera de forzosa efectividad.

El indulto existe virtualmente, pero no impide, que, desaparecido el fallo que le dio vida, pueda seguir la actuación ordenada por la Corte en el recurso extraordinario de casación, hasta obtener que se pronuncie una nueva sentencia. En este caso, si es absolutoria, el indulto ya carece de razón de ser; y si es condenatoria, la gracia concedida impide el cumplimiento de la medida represiva o privativa de la libertad.

El indulto existe virtualmente, se repite, tanto por haberse otorgado en las rigurosas condiciones que la ley exige, como porque el recurso de casación otorgado en circunstancias que lo hacen excepcional o **sui generis** no puede vulnerar aquella gracia, sin quebrantar no sólo la equidad, sino elementales principios jurídicos.

El indulto se concedió previo el lleno de las formalidades que la ley demandaba, esto es, para un sujeto comprometido en los hechos previstos en la propia ley, en las peculiares circunstancias contempladas en la misma ,y sobre una sentencia firme o ejecutoriada. Y según los comentadores, el indulto no puede ser rehusado por el favorecido con él, en su aceptación no interviene la voluntad del particular, se le impone al condenado, porque todo lo que se refiere a la represión es de orden público.

"El indulto y la conmutación —dice Soler— no pueden ser rehusados por aquél a cuyo favor se dictan; son causas de extinción (total o parcial) de la pena, y en ello no tiene efecto la voluntad del particular". (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo II, página 522).

"La gracia (o indulto) una vez concedida, se impone al condenado; que no puede rehusarla... —afirman Vidal y Magnol— porque todo lo que se refiere a la represión es, en efecto, de orden público". (Cours de droit criminel, pág. 687).

Y todavía con mayor amplitud se expresa Pessina, al decir que "la extinción general o amnistía y el indulto tienen como fin, no la mera conveniencia de los acusados o condenados, sino un fin más eminente, dictado por consideraciones de orden general, pues son de los que, al mismo tiempo que se inspiran en un interés político, pueden tener vigor en la esfera de la justicia penal, porque con ellos la razón de Estado no agrava, sino que atenúa el rigor de las leyes; no oprime, sino que favorece la condición de las personas a quienes se aplica... La gracia, entendida según criterio científico moderno, no es un arbitrio de favor, sino temperamento de justicia, y como **nemo auditur perire volens,** nadie puede ser admitido a sufrir por su voluntad la pena o parte de la pena de que se libra por gracia". (Pessina, Elementos de derecho penal, página 692).

Y si se ha dicho que la casación, cuando se interpone por el procesado, no puede ir en desmedro de su situación jurídica; que en este recurso no existe la **reformatio in pejus,** mucho menos puede afectar ese estado una casación otorgada, no contra fallos sin autoridad de cosa juzgada, sin ejecutoriar, en pie de crítica o inestables, sino en una forma insólita y excepcional, para fallos con autoridad de cosa juzgada, ejecutoriados, en pie firme y estable. Eso repitiendo lo ya dicho de que el indulto es un beneficio irrenunciable,

que no puede rechazar el agraciado, porque con él no se busca su beneficio personal, sino el bienestar público o bien general. La casación no puede intervenir sino para sus propios fines con exclusividad, esto es, para el estudio de la sentencia a la luz de la ley, pero en ningún caso para que pueda afectar desfavorablemente a quienes lo hayan interpuesto. Aceptar otra tesis sería tanto como admitir la renuncia del indulto y extender los efectos de la casación a extremos que hasta ahora la jurisprudencia ha rechazado de manera uniforme.

Razones que abonan la tesis de la Sala, sin tener en cuenta la doctrina de algunos autores, entre ellos el célebre Lucchini, que conceptúan que "el indulto, como norma de carácter general, puede aplicarse **preventivamente**, esto es, antes de que la condena tenga la fuerza de cosa juzgada, en el acto mismo en que se pronuncia (**Elementi di procedura penale**, página 434). Y Juan P. Ramos anota que la jurisprudencia argentina ha dicho en varias ocasiones "Que el Poder Ejecutivo puede también indultar a una persona que no tenga todavía una condena firme, es decir, que sea un simple procesado" (Curso de derecho penal, tomo I, pág. 363).

De esta suerte, con la decisión de la Corte sobre convocatoria de un nuevo tribunal militar que juzgue al procesado, no pueden vulnerarse sus intereses. Y hasta tal punto es ello cierto, que aún durante el juzgamiento no podría, por ejemplo, ordenarse la detención preventiva, porque ese tiempo habría que descontarse de la pena impuesta y como el indulto es perdón, se opondría a la efectividad de la sanción aplicada. De no ser así, el objeto del indulto quedaría burlado, haciéndole pagar previamente al procesado lo que la ley no quiere que se pague, o sea, la pena sobre que versa la sentencia, dado este supuesto.

Porque cabe no olvidar que el recurso de casación de que ahora se trata, jamás puede ir encaminado a protestar contra la desaparición de la pena, es decir, contra el perdón que el indulto envuelve. La represión, se repite, es de derecho público y no es opcional del indultado cumplir o no cumplir la pena. La revisión que en términos de casación, de manera insólita o **sui generis** ha establecido el legislador para casos como el presente, por lo expuesto, no podía dirigirse sino a dejarle una acción al procesado, mediante la cual pudiera protestar de un perdón, que al fin y al cabo le deja como responsable, aunque no punible, a tiempo que se puede considerar inocente, por tanto inimputable, no responsable y, en síntesis, sin base alguna para que pueda operar el indulto.

En resumen, no puede acogerse la tesis del apoderado del capitán Phillips sobre aplicación del indulto y orden de archivar el expediente, porque esa gracia extraordinaria del poder público no tiene en los actuales momentos toda su fuerza obligatoria en razón de que le falta el fallo definitivo. Mientras éste no se dicte, el decreto de indulto se halla, por decirlo así, bajo condición suspensiva. Y, sobre todo, porque de acceder a la solicitud, ya no se trataría de una simple aclaración o cuestión adjetiva o de procedimiento, sino de una verdadera reforma de la sentencia, que no es posible hacer, según el artículo 194 del código de procedimiento penal.

La duda del señor Procurador sí tiene perfecto fundamento. En efecto, en la parte motiva se dice que "lo pertinente es devolver el proceso a las autoridades correspondientes para que convoquen un nuevo Consejo de Guerra que defina claramente la situación del procesado", mientras que en la resolutiva se "ordena devolver este proceso a los jueces de instancia respectivos para que den cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 570 del código de procedimiento penal y 100 del código de justicia penal militar".

"El citado artículo 100 manda —dice el señor Procurador— que si la causal aceptada es la séptima, la Corte devuelve el proceso, por conducto del Tribunal Militar, al Juez de primera instancia, "para que convoque nuevo **Tribunal**".

"Y como el Tribunal Militar es entidad distinta del Consejo de Guerra, conforme a claras disposiciones del código sobre la materia, resulta entonces que hay notoria incompatibilidad entre lo afirmado por la H. Corte en la parte motiva de su fallo, acerca de la convocatoria de un "nuevo Consejo de Guerra", y lo ordenado en la parte resolutiva sobre constitución de un nuevo Tribunal Militar, planteándose así una seria duda en relación con la entidad que debe juzgar nuevamente al capitán Phillips Rincón.

No sobra anotar al respecto que en este caso no podría convocarse un Consejo de Guerra Verbal de los creados para juzgar los delitos cometidos con motivo de los sucesos del nueve de abril de 1948, porque los decretos extraordinarios del Gobierno sobre el particular, ya no tienen vigencia".

El artículo 100 del código de justicia penal militar (ley 3ª de 1945) dice en su aparte c);

"Si la causal aceptada es la séptima, devuelve el proceso por conducto del Tribunal Superior Militar, al Juez de primera instancia, para que se convoque un nuevo Tribunal".

Que los Tribunales Militares son entidades distintas de los Consejos de Guerra, se demuestra con la lectura de los preceptos correspondientes de la jurisdicción y competencia.

Y que los decretos extraordinarios sobre convocatorias de consejos de guerra verbales "ya no tienen vigencia", aparece evidente con la lectura del Decreto 4144, de 16 de diciembre de 1948, por el cual se levantó el estado de sitio en el mentado año y que, en relación con los procesos como el de que ahora se trata, dice:

"Artículo tercero. Los procesos penales de que viene conociendo la Justicia Penal Militar por razón de los Decretos números 1285, 1406 y 1895 del año en curso, pasarán inmediatamente y en el estado en que se encuentren a los competentes organismos de la Justicia Penal Ordinaria" (**Diario Oficial** número 2; del mismo año — f. 46 del c. 1º).

La Corte expresó en la sentencia anterior que sí se había demostrado la existencia de una rebelión y que, en caso de resultar responsable el capitán Phillips Rincón, lo sería como **militar**, o sea, en el caso de rebelión militar. Para él hay dos jurisdicciones: la militar ordinaria y la militar extraordinaria o de consejos de guerra verbales.

Como la parte resolutiva es la obligatoria en los fallos, y como en ella se habla de "los jueces de instancia respectivos", que no son los miembros de un Consejo de Guerra Verbal, como se expresó en la parte motiva, sino los señalados en el código militar, o sea, los jueces o tribunales militares ordinarios, es a éstos últimos a los que se debe remitir el proceso.

Queda en estos términos aclarada la sentencia anterior, lo que hace la Corte, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Con salvamento de voto, **Domingo Sarasty M.** — Con salvamento de voto, **Angel Martín Vásquez — José Amadeo Rey**, Ofl. Mayor.



SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES DOMINGO SARASTY M. Y ANGEL MARTIN VASQUEZ

La Corte, en función del artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene facultad para corregir los errores aritméticos, y dentro de la interpretación del artículo 7º puede pensarse en la aplicación de la norma del artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, es decir, aclarar conceptos o frases que ofrezcan dudas. Pero estas prerrogativas, por un criterio de interpretación analógica, no pueden rebasar los límites de las disposiciones comentadas.

La aclaración del fallo en lo que hace referencia al indulto dice:

"El indulto existe virtualmente, se repite, tanto por haberse otorgado en las rigurosas condiciones que la ley exige, como porque el recurso de casación otorgado en circunstancias que lo hacen excepcional o **sui generis** no puede vulnerar aquella gracia, sin quebrantar no sólo la equidad, sino elementales principios jurídicos.

"El indulto se concedió previo el lleno de las formalidades que la ley demanda, esto es, para un sujeto comprometido en los hechos previstos en la propia ley, en las peculiares circunstancias contempladas en la misma, y **sobre una sentencia firme o ejecutoriada.** Y según los comentadores, el indulto no puede ser rehusado por el favorecido con él, en su aceptación no interviene la voluntad del particular, se le impone al **condenado,** porque todo lo que se refiere a la represión es de orden público". (Los subrayados son nuestros).

Las apreciaciones anteriores miran al fondo del recurso de casación, que fue resuelto por sentencia de abril 25 de 1950, y como este tema, también, fue objeto de estudio en los debates, el salvamento de voto contempla ese hecho.

En la aclaración de la sentencia no pueden definirse situaciones jurídicas de índole necesaria, propia y esencial del contenido del fallo, porque eso equivale a resolver una situación de hecho y de derecho que incide en la naturaleza misma de la sentencia. El indulto se vincula y guarda estrecha relación con un acto jurídico fundamental: la sentencia; entre ésta y el indulto, hay una relación de causalidad necesaria e indispensable —causa y efecto— en el sentido de que destruída la causa, sentencia, pierde su vigor jurídico el efecto, o sea el indulto. Si no existe la causa, no existe el efecto; si no existe lo principal, mal puede existir una consecuencia que de ella se deriva.

Lógicamente no puede plantearse la existencia de un **indulto virtual.** En abstracto la tesis sirve como materia de examen y discusión de problemas jurídicos, pero cuando esas normas o tesis tienen aplicación a casos concretos hay que atemperarlos a la realidad. Existe indulto bajo la existencia de un presupuesto necesario: "sentencia firme o ejecutoriada" por un delito, como lo dice la mayoría. Si lo primero queda sin valor, lo segundo —indulto— no tiene razón de ser, por la ausencia de condena y del sujeto pasivo de la misma, o sea el condenado; porque ello equivaldría a la afirmación de que sin existir sentencia, ni sujeto de la misma, puede haber indulto, lo cual engendra el principio de contradicción.

El tema que sirve como motivo de aclaración incide sobre el principio de la retroactividad de la ley penal; pero la escogencia del derecho sobre aplicación de la ley permisiva o favorable, no es tema de aclaración por la Corte, sino materia de aplicación de la ley ante los funcionarios de instancia, ante quienes el sindicado puede invocar ese derecho.

La aclaración tal como está concebida implica una reforma a la sentencia, y esto, no lo puede hacer la Sala, porque el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal se lo prohibe, cuando dice que la sentencia definitiva no es reformable ni revocable por el Juez o Tribunal que la dicta. De aceptar la tesis de la mayoría, en lo futuro las sentencias quedarían bajo el arbitrio del Juez, que amparado por esta tesis, podría modificar sus respectivas sentencias, y esto es, precisamente, lo que el legislador quiso evitar por medio del artículo 194 del Código Procesal Penal.

La mayoría de la Corte, en su providencia, parte de un error, porque no está aclarando la sentencia sino el salvamento de voto de los Magistrados Vásquez y Sarasty, cuando dicen:

"Réstanos agregar que en nuestro concepto la declaratoria de contradicción del veredicto, con-

tenida en el fallo de mayoría, incide directamente en lo relativo a la gracia del indulto. Esta queda sin eficacia, porque se concede partiendo de la base fundamental de una sentencia. Si la causa no tiene vida jurídica, el efecto —en este caso el indulto— pierde su razón de ser. Los dos elementos, sentencia e indulto, se relacionan tan íntimamente que destruída la primera, el segundo desaparece".

La aclaración de la mayoría nada tiene que ver con el indulto, porque este tema no hace parte integrante de lo sustancial de la sentencia. El representa apenas la opinión de los Magistrados disidentes en relación con las consecuencias del fallo de mayoría, pero es bien sabido que los salvamentos de voto no están sujetos ni a rectificación por error aritmético ni a aclaración de ninguna índole.

Domingo Sarasty M.

Comparto los conceptos anteriores, pero me permito agregar, a manera de explicación, en cuanto a la forma de interpretar el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 482 del Código Judicial, en lo relativo a la extensión de las facultades del Juez penal para aclarar una sentencia, lo siguiente:

Según mi criterio, el Código Procesal Penal contiene una modificación fundamental en esta materia a las normas que la regulan en el procedimiento civil. Mientras en éste autoriza el artículo 482 que "pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" y señala el tiempo preciso en que dichas aclaraciones deben hacerse, de oficio o a petición de parte interesada, en el procedimiento penal no existe regla semejante. Por el contrario, el artículo 194 no admite la reforma ni la revocación de la sentencia definitiva, "salvo el caso de error aritmético", remitiendo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil la forma como dicho error debe corregirse, dando aplicación al artículo 483 del Código Judicial, que señala la manera de hacer tal corrección, pues el sentido de la frase contenida en el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal: "en el cual se estará a la dispuesto en el Código de Procedimiento Civil", indica únicamente que la facultad que allí se otorga no va más allá del error aritmético, sin comprender aquella clase de aclaraciones en los conceptos o frases, a que se refiere el artículo 482 del Código Judicial, atribución de que carece el Juez en materia penal.

Si el legislador del Código de Procedimiento Penal hubiera querido extender a más las facultades del Juez penal en este punto, habría dado una norma similar al artículo 482 del Código Judicial. La cita que hizo en el artículo 194 de aquel estatuto del artículo 483 de la última obra, indica que en la reglamentación de esta materia no le fueron ajenos los principios que la informan en el procedimiento civil, más amplio sin duda alguna, ya que el penal quiso restringir, por peligrosa y expuesta a excesos, la atribución de aclarar un fallo que por su misma naturaleza debe tener carácter de definitivo, por la seriedad que es menester que imprima a sus decisiones la justicia.

Además, el artículo 7º del Código Procesal Penal no opera en este caso, porque la aplicabilidad del procedimiento civil para llenar los vacíos de aquel estatuto está condicionada por su mismo texto expreso "en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales".

Como en el Código de Procedimiento Penal la materia sí está contemplada, y no existe propiamente vacío alguno, no es necesario recurrir a aquella disposición, que sólo opera en los casos de inexistencia de normas de procedimiento penal que regulen la actuación.

Bogotá, julio 11 de 1950.

Angel Martín Vásquez

PRACTICA DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL.—NULIDADES. — LA FALTA DE CITACION ANTES DE PRACTICAR PRUEBAS NO CONSTITUYE CAUSAL DE NULIDAD.—CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—El artículo 209 del Código de Procedimiento Penal dice que las partes pueden intervenir en la práctica de las pruebas, y que para ejercitar ese derecho, el funcionario o juez, previamente las citará, SI FUERE POSIBLE. La citación se cumple mediante el acto de la notificación del auto que ordena la recepción de las pruebas.

La expresión "si fuere posible", que emplea la ley, no implica necesariamente que la CITACION a las partes imperiosamente deba realizarse; POSIBLE es lo que puede realizarse cuando se dispone de los medios para cumplirlo o llevarlo a efecto. Pero cuando existen dificultades que no dan base para realizar la citación de que habla el artículo 209, la prueba debe practicarse en cumplimiento del acto que la ordena, pues no se puede sacrificar el contenido de la investigación y su resultado (verdad material de los hechos investigados) al contenido formal de una disposición, que condiciona la eficacia del precepto a la posibilidad de que se pueda realizar, pero no prohibe la práctica de la prueba cuando la CITACION previa a las partes no puede realizarse.

La falta de citación de las partes —para cumplir con el contenido del artículo 209 del C. de P. P.— no es causal de nulidad, ora porque la ley no la erigió como tal, ya también, porque la citación no implica una orden imperativa de previo cumplimiento por el funcionario, sino que se subordina a la simple posibilidad de que pueda efectuarse.

2.—Los autos que dictan los funcionarios comisionados en cumplimiento de una orden superior —en el ramo penal— tienen plena validez jurídica y no necesitan de notificación personal; esas providencias son de simple sustanciación, ya que únicamente se dictan para obedecer y cumplir la comisión e impulsar en esta forma la actuación. No resuelven ningún incidente fundamental del proceso.

3.—En los juicios que se realizan con intervención del jurado, es impertinente alegar la causal segunda de casación; primero, porque el jurado es libre en la apreciación de las pruebas relativas a la demostración de un hecho y de la responsabilidad; y segundo, porque el examen de esas pruebas —en el recurso de casación— conduciría a la declaración de contraevidencia del veredicto con los hechos, y esta modalidad no fue consagrada expresamente por el nuevo Código de Procedimiento Penal como causal de casación.

El examen de los hechos y de las pruebas del proceso corresponde a los falladores de instancia, funcionarios que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, tienen facultad para declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales y para ordenar la convocatoria del nuevo jurado.

Como lo ha dicho la Corte, es cierto que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Sala, guiada por un criterio de amplitud, dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de noviembre 3 de 1944, la Corte recogió sus conceptos y, en sentencias posteriores, unificó su doctrina afirmando que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio treinta de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de trece de mayo de

mil novecientos cuarenta y nueve condenó a Ernesto Flórez Monsalve, a la pena principal de nueve años, cuatro meses de presidio como responsable de un delito de homicidio.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidos los trámites legales se procede a su estudio.

Demanda

Se invocan como causales de casación las de los numerales 4º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad.

La nulidad se deduce de los siguientes hechos:

"Primero.—El auto del Juez 1º del Circuito de Bucaramanga, obedeciendo comisión y ordenando práctica de pruebas en la etapa del juicio (fl. 133, cuaderno 1º) no fue notificado, porque se dictó con CUMPLASE, no obstante que había detenido.

"Segundo.—El auto del Alcalde de Guaca (fl. 143 v. cuad. 1º) sobre objeto similar al anterior, se profirió en idénticas condiciones de **cúmplase** sin notificación, no obstante que había detenido.

"Tercero—El auto del Juzgado del conocimiento, en cuanto disponía dar noticia a los Jurados del resultado del sorteo (fl. 152, cuaderno 1º) no se le notificó al Jurado electo Rafael Díaz Díaz, y tal notificación tenía que hacerse personalmente y no se agotaron las diligencias pertinentes y adecuadas para ello".

Se considera:

En providencia de 12 de junio de 1948, el Juzgado abrió el juicio a prueba. En memorial de 16 de junio del mismo año el defensor solicitó la práctica de pruebas, y el Juzgado dispuso recepcionarlas en auto de 21 del mes y año citados. En esa providencia se comisionó al Juez del Circuito y al Alcalde municipal de Guaca para practicar las pruebas contenidas en los numerales quinto y octavo para el primero, y primero, cuarto, sexto y séptimo para el segundo. Esta providencia fue notificada personalmente a las partes: Agente del Ministerio Público, defensor y procesado.

El Juzgado de Circuito, como la Alcaldía Municipal, dictaron las providencias de junio 27 y 28 de 1948, respectivamente, por las cuales se disponía cumplir la comisión conferida por el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial.

Como estas dos últimas providencias no se notificaron a las partes "no obstante que había detenido", el proceso es nulo —dice el demandante— porque se privó al defensor del derecho de intervenir en la recepción de los testimonios.

El artículo 209 del Código de Procedimiento Penal dice que las partes pueden intervenir en la práctica de las pruebas, y que para ejercitar ese derecho el funcionario o juez, previamente las citará, **si fuere posible.** La citación se cumple mediante el acto de la notificación del auto que ordena la recepción de las pruebas, y esa providencia de junio 21 de 1948 fue notificada personalmente a las partes, cumpliendo así las prescripciones del Código de Procedimiento Penal relativas a notificaciones.

La expresión "si fuere posible", que emplea la ley, no implica —necesariamente— que la **citación a** las partes imperiosamente deba realizarse; **posible** es lo que puede realizarse cuando se dispone de los medios para cumplirlo o llevarlo a efecto. Pero cuando existen dificultades que no dan base para realizar la citación de que habla el artículo 209, la prueba debe practicarse en cumplimiento del auto que la ordena, pues no se puede sacrificar el contenido de la investigación y su resultado (verdad material de los hechos investigados) al contenido formal de una disposición, que condiciona la eficacia del precepto a la posibilidad de que se pueda realizar, pero no prohibe la práctica de la prueba cuando la **citación** previa a las partes no puede cumplirse.

Los autos que dictan los funcionarios comisionados en cumplimiento de una orden superior —en el ramo penal— tienen plena validez jurídica y no necesitan de notificación personal; esas providencias son de simple sustanciación, ya que únicamente se dictan para obedecer y cumplir la comisión e impulsar en esta forma la actuación. No resuelven ningún incidente fundamental del proceso, porque sus funciones se limitan a los términos de la comisión, pero sí tienen la facultad para emplear todos los medios y apremios legales que sean necesarios para el cumplimiento (artículo 135 del C. J.).

"Lo anterior —dice la Procuraduría— indica claramente que la nulidad alegada en lo relativo a pruebas, carece del menor fundamento. Porque si el auto que las decretó fue notificado personalmente a las partes, y si todo comisionado

obra en representación del comitente, como si éste mismo practicara la diligencia, es obvio que el Juez Primero Penal del Circuito de Bucaramanga y el Alcalde de Guaca no tenían por qué notificar la orden de cumplir la comisión, siendo así que tanto el Fiscal como el procesado y su defensor estaban plenamente enterados de que las pruebas se iban a realizar ante esos dos comisionados. Hubiera sido redundante esa nueva notificación que echa de menos el demandante".

La falta de citación de las partes —para cumplir con el contenido del artículo 209— no es causal de nulidad, ora porque la ley no la erigió como tal, ya también, porque la citación no implica una orden imperativa de previo cumplimiento por el funcionario, sino que se subordina a la simple posibilidad de que pueda efectuarse. En estas condiciones, el cargo no tiene valor.

El cargo relativo a la falta de notificación de un miembro del jurado —Rafael Díaz Díaz— no tiene importancia y "se resiente hasta de falta de seriedad" como lo afirma la Procuraduría.

La notificación se omitió porque el jurado Díaz Díaz estaba ausente de Bucaramanga y según informes suministrados por el Secretario, se hallaba en el exterior; por esto, se dictó el auto de 15 de noviembre de 1948 por el cual se ordena verificar el sorteo parcial para reemplazar al jurado ausente. Esa providencia se notificó legalmente, y a la diligencia de sorteo concurrieron el defensor y el procesado.

En el juicio se cumplieron todas las garantías que la ley concede al procesado, no hubo omisión de formalidades para la realización de la investigación y para la culminación del proceso, y mal puede alegarse un vicio de nulidad constitucional por omisión del precepto 26 de la Carta, que afecta el contenido de la sentencia por haberse omitido las formalidades propias del juicio cuando ellas se verificaron.

En consecuencia, la causal alegada no prospera.

Causal segunda

Cuando por errada interpretaciόón o apreciación de los hechos, la sentencia les atribuye un valor que no tienen, o les niega el que sí tienen.

"Los hechos siguientes — dice el recurrente — bastaron (sic) para probar la imposibilidad de participación de Flórez como autor de los delitos de sangre que le fueron imputados, pero el Tribunal, en la sentencia recurrida, interpreta erradamente".

Se replica:

En los juicios que se realizan con intervención del jurado es impertinente alegar la causal segunda de casación; primero, porque el jurado es libre en la apreciación de las pruebas relativas a la demostración de un hecho y de la responsabilidad; y segundo, porque el examen de esas pruebas —en recurso de casación— conduciría a la declaración de contraevidencia del veredicto con los hechos, y esta modalidad no fue consagrada expresamente por el nuevo Código de Procedimiento Penal como causal de casación. El examen de los hechos y de las pruebas del proceso corresponde a los falladores de instancia, funcionarios que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, tienen facultad para declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales y para ordenar la convocatoria del nuevo jurado.

Es cierto —ha dicho la Corte— que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Sala, guiada por un criterio de amplitud, dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de noviembre 3 de 1944, la Corte recogió sus conceptos y, en sentencias posteriores, unificó su doctrina afirmando que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios de derecho. El examen de la responsabilidad del acusado, no es tema propio del recurso de casación sino de las instancias del juicio. Es el jurado quien afirma o niega la responsabilidad fundado en la libre apreciación de las pruebas según el criterio de su íntima convicción. La Corte no tiene facultad para examinar en casación y en los juicios en que interviene el jurado el valor legal de las pruebas, para afirmar o negar la responsabilidad del acusado, porque esa atribución la dio la ley únicamente a los jueces de conciencia y no al juez de derecho, quien dicta sentencia con base en el veredicto del jurado". (Casación de abril 5 de 1948).

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del colaborador y de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por el cual se condena a Ernesto Flórez Monsalve a la pena principal de nueve años y cuatro meses de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA DE CASACION. — DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LA UNA Y LA OTRA.—LA ALEGACION, EN CASACION, DE LA LEGITIMA DEFENSA DEBE HACERSE CON BASE EN LA CAUSAL SEGUNDA.—LIMITES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE COMO TRIBUNAL DE CASACION

1.—La demanda contiene una franca crítica a las conclusiones de la sentencia, en cuanto ésta debió considerar, frente a las pruebas del proceso, las peculiaridades propias del fenómeno jurídico de la legítima defensa. Mas carece de todo análisis probatorio en orden a demostrar que el error del Tribunal fue apreciar determinados hechos probados con un criterio diferente al que llegó para las conclusiones del fallo, de conformidad con las cuales debió ser absolutorio y no condenatorio, como se dedujo de esa valoración de los hechos contrapuestos a los elementos que legalmente tienen que producir aquella circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

El examen de la demanda en relación con la única causal alegada, la primera del artículo 567 del Código Procesal Penal, está tan circunscrito y ceñido al estudio de dicha causal que sus fundamentos no son otra cosa que críticas a las apreciaciones del fallo, por no aceptar los hechos como demostrativos del estado de legítima defensa en que actuó el procesado. Mas en tal procedimiento antitécnico en esta clase de recursos, resulta imposible desembocar en una causal distinta a la alegada expresamente, que no es viable para sustentar la invalidación del fallo, precisamente por la circunstancia de no ceñirse el libelo al procedimiento legal de la casación.

Por ser ello así, es menester insistir en la doctrina sustentada por esta Sala, consistente en declarar que no está de acuerdo con la naturaleza del recurso de casación, pretender que prospere fundándolo únicamente en afirmaciones abstractas o genéricas, sin esfuerzo alguno para demostrarlas con la confrontación misma de las piezas del proceso, único medio de atacar técnicamente las conclusiones del fallo, aunque no se precise dentro de un formulismo rígido la causal o causales alegadas. Pero eso sí, siempre que la demanda deje algún margen para entender que los cargos formulados contra la sentencia son fundados en las pruebas del proceso. De otra suerte, la Corte tendría que tomar el lugar del demandante, suplir los vacíos de su ataque al fallo, lo cual convertiría el recurso de casación en una tercera instancia y conduciría al extremo de reemplazar al recurrente en la indicación y el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida resulten como perjudiciales para el procesado.

Dicho de otro modo, aunque se interpretara la demanda diciendo que en el fondo las causales alegadas eran dos, la segunda que estudia los hechos, y la primera, consecuencial de aquélla, no encuentra la Sala fundamento suficiente para poder declarar la invalidez del fallo, porque el recurrente se contentó con señalar los pasajes que consideró inaceptables en el fallo recurrido, pero sin indicar qué pruebas del proceso acreditan la errada interpretación de los hechos y, por tanto, la indebida aplicación de la ley, que es la primera de las causales señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

2.—Los elementos constitutivos de la legítima defensa son circunstancias de hecho. Por eso su alegación propia en el recurso de casación en los negocios en que no interviene el Jurado, tiene que hacerse con base en la causal segunda, porque es dentro de esta causal como es fácil interpretar si fueron apreciados erradamente esos mismos hechos, negándoles el verdadero valor que tienen para demostrar que el procesado se encuentra protegido legalmente porque actuó en condiciones que de su acción no se desprenden consecuencias penales, ya que lo ampara una eximente de responsabilidad, como es el ejercicio de la legítima defensa.

3.—Dentro de la causal primera el exa-

men de la sentencia recurrida se margina propiamente de los hechos y se fija en consideraciones jurídicas que indican por qué fue erróneamente interpretada o indebidamente aplicada la ley penal. La crítica contra la sentencia se funda en la discrepancia entre esta ley penal y la manera como fue aplicada o interpretada en el proceso, para imponer la sanción. Es, pues, una controversia de índole esencialmente jurídica, en la que los elementos de juicio contenidos en el proceso no intervienen sino para presentar los fenómenos que pueden dar margen a la discrepancia en cuanto a las consideraciones legales que sirven para elevar o disminuir una sanción dentro de la técnica de su imposición prevista en el Código.

Es más conforme con la técnica de la casación incluir o alegar dentro de la causal primera todo lo que se refiera a la aplicación de las sanciones, y dentro de la segunda, que reza con todo lo atañedero a los elementos constitutivos del delito, que determinan o eximen o modifican la responsabilidad de los autores o copartícipes, y, en consecuencia, hacen referencia a las circunstancias modificadoras del mismo.

4.—El límite de la competencia otorgada a la Corte por el mandato legal del artículo 568 del C. de P. P. implica que existe la imposibilidad de invalidar un fallo recurrido en casación, cuando la causal que podría tener alguna viabilidad para prosperar no fue contemplada. Dicho de otra manera, el recurso de casación está circunscrito a las peticiones del recurrente, y únicamente las causales alegadas en el libelo son las que puede considerar la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio treinta de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Rubén Ochoa Arango fue condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, a sufrir la pena principal de ocho meses de presidio y multa de sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos moneda corriente, junto con las penas accesorias del caso.

Contra dicha sentencia el defensor del procesado interpuso el recurso de casación y cumplidas las exigencias procedimentales de rigor, la Sala decide, previa referencia a las tesis expuestas en la sentencia, en la demanda y en el concepto del Procurador.

I. — El proceso contra Ochoa Arango

Refieren los autos que el quince de enero de mil novecientos cuarenta y seis, se encontraban los señores Néstor Restrepo y Antonio Montoya en la hacienda de Guananí, jurisdicción del Municipio de Belalcázar, a donde habían llegado con el fin de avaluar unas reses. Después de la comida los nombrados señores, en compañía del mayordomo, señor Bernardo Mejía Botero, y Rubén Ochoa Arango, se tomaron algunas cervezas y charlaron cordialmente hasta bien entrada la noche; como a las nueve se retiraron a sus habitaciones, a excepción de Mejía Botero, quien permaneció en el corredor. Ochoa Arango ordenó a la esposa del mayordomo que cerrara el comedor y le llevara la llave a su pieza, sin duda con el ánimo de evitar que aquél siguiera bebiendo, lo que disgustó a Mejía Botero que, airado, persiguió a su mujer hasta alcanzarla para agredirla. Fue entonces cuando Ochoa Arango intervino en defensa de la señora, llamándole la atención a Mejía Botero para que dejara el escándalo; pero éste no lo atendió sino que, por el contrario, le lanzó a aquél palabras injuriosas, lo que obligó a Ochoa a castigar a Mejía con un puñetazo y con varios golpes con una guadua. Ochoa Arango y Mejía Botero siguieron discutiendo en el corredor, hasta que el último entró a su cuarto y de allí salió armado de machete y dirigiéndose a Ochoa lo ultrajó y amenazó con el arma que portaba. Entonces el procesado entró a su pieza, tomó su revólver y con él disparó sobre su agresor, con tan mala suerte que en vez de herir a Mejía la bala hizo blanco en el señor Néstor Restrepo, quien al oír lá molestia había salido con don Antonio Montoya al corredor con el fin de intervenir para evitar la continuación del incidente.

La herida sufrida por el señor Néstor Restrepo en el incidente que se ha relatado, le produjo una incapacidad para trabajar de treinta días y, como consecuencia, "la limitación de los movi-

mientos del hombro izquierdo, que es de carácter permanente".

Con base en los datos del proceso, se abrió causa criminal contra el procesado por el delito de lesiones personales y en dicha providencia se estimó que ellas habían sido consumadas dentro de la atenuante señalada en el artículo 28 del Código Penal y en las circunstancias precisas del artículo 14 ibídem.

Teniendo en cuenta la calificación dada al delito en el auto de proceder, el Tribunal Superior de Manizales, en segunda instancia y por medio del fallo que es materia del recurso, condenó a Rubén Ochoa Arango a la pena de ocho meses de presidio y multa de sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos moneda legal y las accesorias correspondientes.

III. — La demanda

El apoderado especial designado al efecto, alega como causal de casación, la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque considera que Ochoa Arango, al lesionar a Restrepo, obró en legítima defensa, mas no en forma antijurídica, como lo ha estimado el Tribunal.

En efecto, el demandante en su libelo, dice:

"Invoco la causal primera de casación, o sea: la violación de la ley sustantiva penal por errónea interpretación".

Transcribe en seguida la relación de los hechos acogida por el Tribunal, y continúa:

"Nos parece que estamos en el caso exacto de una indebida aplicación de los textos legales, cuyos elementos constitutivos no encajan dentro de la escena a que se refieren las probanzas", y concluye:

"La reacción del señor Ochoa Arango al dar de golpes al mayordomo, fue proporcionada a la agresión, fue justa, y sobre todo no produjo consecuencias en la integridad personal del mayordomo Bernardo Mejía Botero, ni son materia del presente proceso".

Combate luégo los argumentos del Tribunal y después de analizar los motivos que tiene para considerar que existe la causal de justificación del artículo 25, ordinal 2º del Código Penal para su mandante, se expresa así:

"Cabe anotar que la institución de la irresponsabilidad penal no es una **atenuante,** sino una causal de eximencia de la responsabilidad penal, que es precisamente lo que cabía aplicar al señor Ochoa Arango, porque su actuación se ajusta en forma impresionante a los elementos constitutivos de esa verdadera institución jurídica".

III. — Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al contestar la demanda de casación de que se trata, expone:

"Con todo, la Procuraduría se abstiene de penetrar en el fondo de la cuestión, porque encuentra que el distinguido y competente autor del libelo equivocó la causal adecuada al problema, para aducir otra que no era pertinente, error que, por sí solo, es bastante para hacer ineficaz el recurso.

"En efecto, es la causal segunda de casación la que prevé una errada interpretación o apreciación de los hechos, en cuanto éstos sean elementos "constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la sanción".

Concluye el colabórador pidiendo a la Corte que no case la sentencia recurrida, por cuanto la causal primera invocada es inoperante en el presente caso, toda vez que se trata de la legítima defensa "vinculada sustancialmente a hechos y pruebas, cuyo examen sólo incide en la causal segunda de casación, cuandó se trata de procesos en que no ha intervenido el Jurado".

Se considera:

La demanda contiene una franca crítica a las conclusiones de la sentencia, en cuanto ésta debió considerar, frente a las pruebas del proceso, las peculiaridades propias del fenómeno jurídico de la legítima defensa. Mas carece de todo análisis probatorio en orden a demostrar que el error del Tribunal fue apreciar determinados hechos probados con un criterio diferente al que llegó para las conclusiones del fallo, de conformidad con las cuales debió ser absolutorio y no condenatorio, como se dedujo de esa valoración de los hechos contrapuestos a los elementos que legalmente tienen que producir aquella circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

El examen de la demanda en relación con la única causal alegada, la primera del artículo 567 del Código Procesal Penal, está tan circunscrito y ceñido al estudio de dicha causal que sus fundamentos no son otra cosa que críticas a las apreciaciones del fallo, por no aceptar los hechos como demostrativos del estadó de legítima de-

fensa en que actuó el procesado. Mas en tal procedimiento, antitécnico en esta clase de recursos, resulta imposible desembocar en una causal distinta a la alegada expresamente, que no es viable para sustentar la invalidación del fallo, precisamente por la circunstancia de no ceñirse el libelo al procedimiento legal de la casación.

Por ser ello así, es menester insistir en la doctrina sustentada por esta Sala, consistente en declarar que no está de acuerdo con la naturaleza del recurso de casación, pretender que prospere fundándolo únicamente en afirmaciones abstractas o genéricas, sin esfuerzo alguno para demostrarlas con la confrontación misma de las piezas del proceso, único medio de atacar técnicamente las conclusiones del fallo, aunque no se precise dentro de un formulismo rígido la causal o causales alegadas. Pero eso sí, siempre que la demanda deje algún margen para entender que los cargos formulados contra la sentencia son fundados en las pruebas del proceso. De otra suerte, la Corte tendría que tomar el lugar del demandante, suplir los vacíos de su ataque al fallo, lo cual convertiría el recurso de casación en una tercera instancia y conduciría al extremo de reemplazar al recurrente en la indicación y el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida resulten como perjudiciales para el procesado.

Dicho de otro modo, aunque se interpretara la demanda diciendo que en el fondo las causales alegadas eran dos, la segunda, que estudia los hechos, y la primera, consecuencial de aquélla, no encuentra la Sala fundamento suficiente para poder declarar la invalidez del fallo, porque el recurrente se contentó con señalar los pasajes que consideró inaceptables en el fallo recurrido, pero sin indicar qué pruebas del proceso acreditan la errada interpretación de los hechos y, por tanto, la indebida aplicación de la ley, que es la primera de las causales señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La casación, como tanto se ha repetido, es una crítica de la sentencia de segunda instancia, pero por lo mismo que tiene ese carácter, debe ser una crítica fundamentada en el proceso, en las pruebas allegadas al expediente, porque es la única forma de poder concluir que hay discrepancia entre la ley y el fallo recurrido.

Los elementos constitutivos de la legítima defensa son circunstancias de hecho. Por eso su alegación propia en el recurso de casación, en los negocios en que no interviene el Jurado, tiene que hacerse con base en la causal segunda, porque es dentro de esta causal como es fácil interpretar si fueron apreciados erradamente esos mismos hechos, negándoles el verdadero valor que tienen para demostrar que el procesado se encuentra protegido legalmente porque actuó en condiciones que de su acción no se desprenden consecuencias penales, ya que lo ampara una eximente de responsabilidad, como es el ejercicio de la legítima defensa.

Dentro de la causal primera el examen de la sentencia recurrida se margina propiamente de los hechos y se fija en consideraciones jurídicas que indican por qué fue erróneamente interpretada o indebidamente aplicada la ley penal. La crítica contra la sentencia se funda en la discrepancia entre esta ley penal y la manera como fue aplicada o interpretada en el proceso, para imponer la sanción. Es, pues, una controversia de índole esencialmente jurídica, en la que los elementos de juicio contenidos en el proceso, no intervienen sino para presentar los fenómenos que pueden dar margen a la discrepancia en cuanto a las consideraciones legales que sirven para elevar o disminuir una sanción dentro de la técnica de su imposición prevista en el Código.

Es más conforme con la técnica de la casación incluir o alegar dentro de la causal primera todo lo que se refiere a la aplicación de las sanciones, y dentro de la segunda, que reza con todo lo atañedero a los elementos constitutivos del delito, que determinan o eximen o modifican la responsabilidad de los autores o partícipes, y, en consecuencia, hacen referencia a las circunstancias modificadoras del mismo.

Por lo demás, el texto del artículo 568 del Código Procesal Penal, no se presta a interpretaciones. Su claridad es diáfana y su mandato es rigurosamente prohibitivo: "La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

Este texto constituye una limitación del recurso extraordinario de casación, recurso que por tener precisamente este carácter, en técnica procesal se distingue de la apelación, por lo mismo que éste implica para el superior la facultad de poder revisar en toda su integridad el fallo de instancia. En cambio, en la casación este principio de oficiosidad no existe, ya que la ley misma limita su extensión, al otorgar a la Corte competencia únicamente para tomar en cuenta las causales invocadas en la demanda.

El límite de la competencia otorgada a la Corte por el mandato legal antes citado implica que existe la imposibilidad de invalidar un fallo re-

currido en casación, cuando la causal que podría tener alguna viabilidad para prosperar no fue contemplada. Dicho de otra manera, el recurso de casación está circunscrito a las peticiones del recurrente, y únicamente las causales alegadas en el libelo son las que puede considerar la Corte.

Los puntos de vista desarrollados en el concepto del señor Agente del Ministerio Público no admiten objeción alguna. La Corte hubiera querido entrar en minucioso análisis de los inteligentes razonamientos de la demanda, pero se encuentra ante la situación ineludible de mantener la plenitud de una prolija jurisprudencia sobre la manera de plantear en estos casos el recurso de casación, que por ser extraordinario y destinado a controvertir el fallo de segunda instancia, como que técnicamente está dirigido contra las tesis de la sentencia, tiene que circunscribirse estrictamente a los mandatos legales, que no admiten extender el alcance de las causales más allá de los propios motivos de su alegación, sin que sea permitido a la Corte interpretar por extensión el texto de la demanda, porque de otra suerte este recurso se convertiría en una nueva instancia y perdería su finalidad propia, que es la de una verdadera recusación contra el fallo.

La manera ceñida al derecho en esta clase de recursos como el señor Procurador Delegado plantea la cuestión, en el sentido de considerar deficiente la demanda en orden a la única causal alegada, hace que la Corte prohije estos mismos razonamientos, que difícilmente podrían ser distintos a los consignados en el concepto de aquel funcionario, ya que ésta ha sido la invariable doctrina sustentada por esta Sala, que no es susceptible de modificación alguna.

"Y este rigor — dice la Procuraduría — en la técnica de casación no es que se resienta de un formulismo aberrante, ni que constituya un obstáculo al reconocimiento del derecho sustantivo, sino que obedece simplemente a la naturaleza y alcance del recurso extraordinario que, como controversia que es entre el fallo demandado y la ley, en orden a uniformar la jurisprudencia, está sometido a un especial tratamiento legal en su forma y en su fondo, para que en nada se parezca a una tercera instancia.

"En su forma, porque la demanda debe contener un resumen de los hechos materia del debate, la indicación expresa de las causales pertinentes y el estudio de ellas en capítulos separados, cuando fueren varias. Y en su fondo, porque el libelo debe expresar, necesariamente, los fundamentos jurídicos de cada motivo de casación, con cita de los textos legales que el recurrente considere infringidos por el Tribunal. Exigencias éstas que consagra el artículo 531 del Código Judicial, aplicable al ramo penal en virtud del mandato del artículo 7º de la ley 94 de 1938.

"La casación es, por lo tanto, un recurso de elevada juridicidad y de exigente manejo.

"Además, es de la esencia del derecho procesal positivo el empleo de ritualidades y formulismos para garantía social, orden en las actuaciones, validez de éstas y para fijar las bases y condiciones en que ha de moverse el poder jurisdiccional del Estado".

La reiterada jurisprudencia de la Corte al respecto, es como sigue:

"La sentencia puede ser equivocada; pero si el demandante equivocó las causales y presentó en las alegadas motivos propios de otra u otras, o se fundó en alguna que es improcedente para determinados casos, según doctrinas firmemente establecidas, la Corte, se repite, no puede interpretarle el pensamiento al demandante o suplir sus deficiencias, porque eso sería tanto como proceder oficiosamente, sustituir al actor y, en fin, obrar en contra de un expreso mandato legal concretado en el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal..." (GACETA JUDICIAL, Tomo 63, números 2053 á 2059, pág. 869).

"Aunque se hubiera comprobado plenamente en el proceso (la legítima defensa), la Corte no habría podido admitirla como motivo de la primera causal, ya que —como el Procurador lo sostiene— lo objetable habría sido la prueba del delito, y ésta, en los procesos de competencia de los Jueces de Circuito, sólo puede alegarse como razón de la segunda causal, no de la primera, por ser, en el fondo, errada apreciación de la prueba, y no errónea interpretación e indebida aplicación de la ley penal". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXV, Nos. 2066—2067, pág. 130).

"Cuando se alega en casación lo relativo a legítima defensa y a cualquiera de los motivos que justifiquen el hecho, no es la causal primera la pertinente, sino la segunda, en tratándose de juicios en que no ha intervenido el jurado, porque es ésta —la 2ª— la que prevé una errónea interpretación o apreciación de los hechos, "siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que han influído en la determinación de la sanción". Que, por tanto, agrega el Procu-

rador, el demandante incurrió en un error de técnica en la invocación de la causal adecuada para sustentar la legítima defensa, error que, por sí solo, sería suficiente para rechazar él cargo.

"Evidentemente, hubo un error de técnica procesal al presentar, como fundamento de la causal 1ª, lo relativo a la legítima defensa, pues hay más lógica con los hechos que se pretenden demostrar en demanda de casación y en juicios en que no ha intervenido el Jurado, invocar la causal 2ª, cuando de legítima defensa se trata, ya que ésta necesariamente se desprende de determinados hechos y a éstos se les ha podido atribuir —en la sentencia— un valor probatorio que no tienen, o negado el que sí tienen, o no se les ha tenido en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, por errada apreciación o interpretación de los mismos. Y porque esos hechos que estructuran la legítima defensa son elementos eximentes o, al ménos, modificadores de la responsabilidad (como cuando exista exceso en esta circunstancia) en los autores o partícipes del hecho punible)". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXV, números 2070-2071, pág. 701).

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Manizales, de fecha cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, por la cual fue condenado Rubén Ochoa Arango, a la pena principal de ocho meses de presidio y las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales en Néstor Restrepo A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSALES SEGUNDA Y CUARTA DE CASACION. — DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE UNA Y OTRA EN CUANTO A LA APRECIACION DE LOS HECHOS.- LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA Y EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA.—LA POSICION DISTINGUIDA DEL DELINCUENTE COMO CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD.—ESA POSICION NO PUEDE SER APRECIADA EN FORMA ABSTRACTA, SINO EN CADA CASO CONCRETO, PUES PUEDE TAMBIEN ACREDITAR UNA MENOR PEIGROSIDAD, SEGUN CUALES SEAN LAS PECULIARES CONDICIONES DEL HECHO

1.—Los hechos se analizan en la causal segunda en cuanto son la base inmediata para deducir la responsabilidad y para aplicar las sanciones, mientras que en la cuarta se miran como actuaciones llevadas a término en forma irregular, u omitidas cuando eran obligatorias, o apreciadas en forma equivocada.

Así, pues, si se ha llamado a juicio por un delito cuya existencia, a través de los episodios de su realización externa, no se comprobó plenamente, el proceso debe invalidarse, porque el cuerpo del delito con los elementos que lo tipifican dentro de una categoría específica, es la base del juicio criminal (artículos 203, 271, 272, 294, 426, 431, etc., del C. de P. P.) pues mientras no conste que ha habido un delito determinado, no se puede proceder contra persona alguna.

2.—Cabe no olvidar que la certeza humana no es casi nunca absoluta, pero el mínimo de probabilidad en contra de lo que se asegura con certeza, no impide que se ejerciten las humanas actividades, ni que se pueda decir que hay una prueba plena o completa de algo.

3.—La legítima defensa subjetiva consiste, según los comentadores, en que el sujeto cree razonablemente hallarse en las condiciones de la ley cuando éstas no se hallan reunidas, sobre todo, la de actualidad o realidad de la violencia o peligro. Es, por ejemplo, el caso del individuo que cree que va a ser atacado por otro en su persona, su honor o sus bienes, por ser su enemigo y por tomar éste alguna actitud que infunda aquella creencia, pero sin ser ello verdadero. Obvio es que entonces la causal de justificación no existe, porque los actos humanos hay que apreciarlos, no en abstracto, sino en concreto; no como hubieran podido o debido ser, sino como los aprecian los protagonistas.

El exceso en la legítima defensa es distinto: no hay entonces error fundado sobre la actitud del presunto atacante, sino que existe un verdadero peligro inminente, una violencia que amenaza, y de ella se defiende la presunta víctima, pero excediendo los límites de lo necesario, esto es, sin guardar la proporcionalidad entre la violencia y la reacción, o, como dicen los clásicos, sin guardar el moderamen inculpatae tutelae.

4.—El homicidio concausal y el ultraintencional son figuras específicas cuyo reconocimiento debe hacerse por el jurado en su veredicto, pues la sentencia, en los juicios en que interviene, debe hacerse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos.

5.—El artículo 37 del C. P., en su ordinal 15, considera como circunstancia de mayor peligrosidad "la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio".

Y es que en la sociedad, la preeminencia debida a cualquier circunstancia, aunque sea fruto del esfuerzo personal, crea obligaciones, de las cuales la principal es la de guardar la jerarquía observando la práctica de las virtudes adecuadas y evitando la comisión de hechos ilícitos. Obvio es que las faltas de los sujetos sobresalientes son más graves, porque producen mayor escándalo, y porque la formación moral que en ellos ha de suponerse, permite también presumir un mejor control de su voluntad.

Sin embargo, la posición sobresaliente no puede valorarse en forma abstracta, sino en cada caso concreto, pues así como ella pue-

de ser índice de mayor peligrosidad, puede también no serlo y aún acreditar una menor, en las peculiares condiciones del hecho.

Por eso estima la Sala muy atinado el concepto del señor Procurador al decir que si el infractor actúa, no para borrar los méritos adquiridos, sino, al contrario, para mantenerlos en alto defendiendo su vida, su honor o sus intereses de cualquier género, debe favorecer el hecho a su autor, porque ha obrado de acuerdo "con las conveniencias sociales, con la dignidad humana y con la especial preeminencia que el individuo ocupa en el conglomerado por su ilustración, riqueza, profesión u oficio".

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Medellín condenó a Luis Angel Muriel Correa a la pena principal de tres años de presidio, como autor de la muerte del doctor Edgar Poe o Edgard de Jesús Restrepo Acevedo, en sentencia que lleva fecha de 14 de octubre de 1947.

Contra esa sentencia se interpuso el recurso de casación, con base en las causales primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

El expediente original se quemó en el incendio del edificio de la Procuraduría, ocurrido el 9 de abril de 1948, de suerte que habrá de decidirse el recurso sobre las copias de las piezas importantes que pudieron obtenerse (artículos 125 y 251 del c. de p. p., 632 del C. J., y 8, 15 y 18 del decreto 1897 de 1948).

Hechos. El señor Procurador hace el relato de los hechos en la siguiente forma:

"En la noche del 25 de agosto de 1942, los señores doctor Edgar de Jesús Restrepo, Alfonso López y Santiago Osorio festejaban al doctor Sergio Monsalve Arbeláez en la cantina "Chapinero", de la ciudad de Medellín, con motivo del nombramiento que se le había hecho como juez municipal de esa ciudad.

"En el mismo establecimiento se hallaba el señor Luis Angel Muriel con Hernán Zapata, Teresa Ruiz y Elvia Osorio. A consecuencia del licor ingerido y por algún viva indiscreto que echó Osorio, éste y Zapata tuvieron alguna desavenencia, que se liquidó amigablemente por virtud de la intervención del doctor Restrepo.

"Momentos después, Osorio volvió a echar otro viva, lo cual recibió de mala gana el señor Muriel e invitó a pelear a los que estaban en la mesa del juez agasajado. Este segundo incidente fue más serio, porque hubo un principio de cambio de agresiones de hecho entre Edgar y Muriel, en el cual el primero le dio un bofetón al segundo. Sin embargo, vino la reconciliación entre los protagonistas y juntos salieron a la calle cogidos de la mano, como buenos amigos.

"Con todo, ya fuera del establecimiento, parece que hicieron recuerdo de lo que acababa de ocurrir entre ellos, bien porque Edgar golpeara duro en el hombro a Muriel, o por cualquier otra causa, lo cierto fue que éste atacó inmediatamente a aquél con arma blanca y le causó una herida penetrante en el abdomen. Esa misma noche el doctor Restrepo Acevedo fue llevado al hospital de San Vicente de Paúl, donde permaneció hasta el 15 de noviembre de 1942, fecha en que fue trasladado a su casa y allí murió el 11 del mismo mes".

Actuación procesal.—El Juzgado cuarto Superior de Medellín llamó a responder en juicio criminal a Luis Angel Muriel Correa en providencia de 24 de noviembre de 1943, y rechazó las tesis de la legítima defensa, del estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación y que pudiera tratarse de un homicidio distinto de uno simplemente intencional, providencia que confirmó el Tribunal en la de 28 de julio de 1944.

El jurado declaró a Muriel Correa responsable del homicidio, pero realizado por exceso en la legítima defensa causado por el miedo, por lo cual se le condenó en primera instancia a la pena de diez y seis meses de presidio, en sentencia de 12 de julio de 1946, pena que el Tribunal, en la sentencia que ahora se revisa en casación, aumentó a tres años de la misma pena.

Debe, pues, hacerse ahora el estudio de las causales invocadas, en orden de eficacia sobre el recurso, que es el seguido por el señor Procurador.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos.

Opina el señor Procurador que esta causal debe desecharse, por tratarse de un proceso en que ha intervenido el jurado, como tantas veces lo ha repetido la Sala. Así lo hará la Corte, tanto más cuanto que en la demanda no se ensaya siquiera una crítica a esta reiterada doctrina.

Causal cuarta: nulidad del juicio.

Aunque no dice claramente cuál es la nulidad ocurrida en el proceso, del contexto del libelo se deduce claramente que es la 8ª del artículo 198 del código de procedimiento penal, o sea, el haber incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción.

No se ha demostrado, dice el recurrente, el vínculo de causalidad entre la lesión imputada al procesado y la muerte de la víctima. El hecho "fue mal calificado en el auto de proceder y, en consecuencia, el juicio es nulo y sobre él se dictó la sentencia condenatoria".

La muerte no fue efecto natural y directo de la peritonitis subsiguiente a la lesión, porque ésta se presenta de ordinario de quince a veinte días y no deja como consecuencia, cuando la muerte no acaece, sino una debilidad permanente de la pared abdominal.

El enfermo fue dado de baja en el hospital de San Vicente, por mejoría, de suerte que no padecía la peritonitis consiguiente a una lesión abdominal.

El doctor Restrepo padecía de una ateroma arterial, que fue la causa del trombus que condujo al infarto pulmonar que le causó la muerte, lo cual es "independiente de la lesión" que recibió de manos de Muriel.

También padecía el doctor Restrepo de un absceso en el saco de Douglas, de sintomatología grave, que resulta incompatible con la mejoría que permitió darlo de baja del hospital.

En fin, los peritos observaron una fístula en el colon sigmoide, la cual demuestra que la muerte del doctor Restrepo se debió a causas distintas de la lesión, pues según concepto de los doctores Gil J. Gil y Rafael Franco dicha fístula no tuvo como origen la perforación intestinal.

Tanto es así, que en la diligencia de autopsia no se afirma que la muerte del doctor Restrepo se debió a la peritonitis ocasionada por la herida, sino que ella fue "causa probable", o sea, incierta o insegura, cuando la prueba del cuerpo del delito debe ser, según los comentadores del derecho penal, plena o completa.

Se considera:

A primera vista parece que el estudio de esta causal encajaría más bien dentro de la segunda, que contempla todo lo relativo a los **hechos,** entre ellos, los que sean "elementos constitutivos del delito", esto es, lo referente a lo que se ha llamado cuerpo del delito. Sin embargo, los hechos se analizan en la causal segunda en cuanto son la base inmediata para deducir la responsabilidad y para aplicar las sanciones, mientras que en la cuarta se miran como actuaciones llevadas a término en forma irregular, u omitidas cuando eran obligatorias, o apreciadas en forma equivocada.

Así, pues, si se ha llamado a juicio por un delito cuya existencia, **a través de los episodios de su realización externa,** no se comprobó plenamente, el proceso debe invalidarse, porque el cuerpo del delito con los elementos que lo tipifican dentro de una categoría específica, es la base del juicio criminal (artículos 203, 271, 272, 294, 426, 431, etc., del C. de P. P.), pues mientras no conste que ha habido un delito determinado, no se puede proceder contra persona alguna.

Como ya se advirtió antes, los jueces de instancia enjuiciaron a Muriel Correa por homicidio simplemente intencional, "cuando de haber homicidio sería concausal o ultraintencional", como afirma el recurrente, y es lo que pasa a decidirse: si "el hecho fue mal calificado en el auto de proceder", como lo dice la demanda, pues de ser así, todo el trámite procesal estaría minado por su base.

En el peritazgo transcrito en las piezas allegadas a este expediente, se llega a las siguientes conclusiones:

"Primera. Que la causa inmediata de la muerte de Edgar de Jesús Restrepo fue un infarto agudo, de la parte posterior del lóbulo inferior del pulmón izquierdo.

"Segunda. Que la causa de este infarto fue una embolía partida del corazón derecho.

"Tercera. Que la causa de esta embolía fue un trombus mixto de la aurícula derecha que por la rama izquierda de la arteria pulmonar, llegó a localizarse en una de las ramas intrapulmonares de este vaso.

"Cuarta. Que la **causa probable** de formación de este trombus fue la infección que, partida del abdomen, llegó por las vías porta y cava inferior hasta la aurícula derecha.

"Quinta. Que la causa de esta infección vascular fue una peritonitis generalizada que en parte estaba en vías de curación, pero que presentaba focos de actividad y aun abscesos enquistados.

"Sexta. Que la causa de esta peritonitis generalizada fue una herida penetrante del abdomen con varias perforaciones intestinales, pese al tratamiento adecuado a que se le sometió.

"Séptima. Que como consecuencia de una de esas perforaciones intestinales se estableció una

fístula estercoral que comunicaba el colon sigmoide con la piel.

"Octava. Que existía una ulceración de la piel de la fosa ilíaca izquierda, lugar en donde se produjo tanto la herida penetrante como la herida quirúrgica a que fue sometido.

"Novena. Que existían además pequeños infartos subserosos del intestino delgado cuyo mecanismo de producción juzgamos haya sido un proceso de trombosis local por inflamación propagada del peritoneo, infartos que no afectaban la vitalidad del intestino.

"Décima. Que existía además una hepatoesplenomegalia, un comienzo de degeneración grasosa del hígado y un principio de ateroma arterial, lesiones todas explicables como de reciente formación por la toxemia a que estuvo sometido este individuo, por la peritonitis generalizada de varias semanas de duración" (fs. 10 y 94 y, subraya la Corte).

Verdad es que el trombus se atribuye solamente como "causa probable" a la infección que por la porta y la cava inferior llegó a la aurícula derecha, pero de todos modos, las conclusiones son afirmativas para el perito. Y cabe no olvidar que la certeza humana no es casi nunca absoluta, pero el mínimo de probabilidad en contra de lo que se asegura con certeza no impide que se ejerciten las humanas actividades, ni que se pueda decir que hay una prueba plena o completa de algo. Y aquí se ha de notar que la fístula, el ateroma incipiente y demás estados de la víctima se atribuyen a la peritonitis ocasionada por la herida penetrante del abdomen.

No debe perderse de vista tampoco que el tema del cuerpo del delito se discutió ahincadamente en el proceso, para dejar en pie el vínculo de causalidad entre la herida causada por Muriel y la muerte del doctor Restrepo, no como producida por una concausa sobreviniente, ni como fenómeno ajeno a la voluntad del procesado, sino como consecuencia natural de la lesión causada por el victimario.

A propósito se invocó entonces —y la Procuraduría lo cita oportunamente— el testimonio del autorizado médico doctor Gil J. Gil, que atendió al doctor Restrepo Acevedo durante todo el curso de su enfermedad, y que refuerzan las conclusiones de la autopsia. Dice así:

"Antes de contestar las preguntas considero oportuno hacer un recuento del caso clínico, hasta donde la memoria lo permita, y sin detenerme en fechas y horas:

"En la madrúgada de un día de fines de 1942 fui llamado a atender de urgencia al doctor Edgar Poe Restrepo, quien estaba en la Policlínica Municipal. Encontré al doctor Restrepo **en estado de suma gravedad,** con una pequeña herida en la parte izquierda e inferior del abdomen, gran defensa abdominal, meteorismo y fenómenos de hemorragia interna. De acuerdo con los médicos de turno, se le aplicó el tratamiento de urgencia indicado, para sacarlo del estado colapso, y se procedió en seguida a operarlo, como es lo indicado en las heridas penetrantes del abdomen. Se encontró primero una arteria sangrando y un hematoma en la pared; luégo una gran hemorragia en el peritoneo, producida por la herida del mesenterio y sección de algunos vasos, y por último **dos perforaciones del intestino delgado.** Se suturaron éstas, se hizo la limpieza de la cavidad abdominal, se dejó un dren **por considerar que había una infección en potencia, por motivo de las perforaciones intestinales.**

"Los primeros días el doctor Restrepo estuvo sumamente grave, **tuvo signos graves de peritonitis aguda,** fenómenos de parálisis intestinal, dilatación aguda del estómago, grandes alzas de temperatura, pulso rápido y débil, corazón muy flojo. A pesar de tantas complicaciones empezó a mejorar después de la primera semana. Con la localización de la infección general, se formó un absceso en la herida y al abrir se comprobó que venía de la profundidad; un poco más tarde **se formó una fístula intestinal** que venía del intestino grueso, a juzgar por los caracteres de las materias excretadas.

"Con mejorías alternadas con exacerbaciones, durante las cuales volvía la fiebre y los fenómenos del abdomen agudo y se cubría después de abscesos a la herida, el doctor Restrepo duró en el hospital aproximadamente dos meses; en este tiempo **se le trató con toda la terapéutica aconsejada** por la ciencia moderna; lo único que faltó fue la penicilina, droga que no teníamos en ese tiempo. Varias veces la decadencia del enfermo fue manifiesta y el corazón marchó a gran rapidez y con muy poca fuerza, y hasta se llegó a pensar en que presentara realmente una miocarditis, es decir, la inflamación y degeneración de la fibra muscular cardíaca.

"Aprovechando una mejoría —período febril, mejor estado general se le permitió trasladarse a su casa, tanto por circunstancias económicas cuanto por levantar la moral del enfermo, quien vivía especialmente deprimido por lo largo de la

infección y sobre todo por la presencia de la fístula estercolar. **El traslado del enfermo a su casa no significaba que estuviera curado o completamente fuera de peligro,** sino que se tenía la esperanza de que la mejoría se sostuviera al cambiar de medio y el enfermo se robusteciera y ganara fuerzas, pues si la fístula persistía había que cerrarla quirúrgicamente; el doctor Restrepo fue vigilado en la casa, visitado por mí varias veces, y allí sufrió exacerbaciones con alza de temperatura y taquicardia. Una mañana sucumbió súbitamente con fenómenos asfíxicos, cuando en la visita de la víspera no presentó síntoma alarmante.

"Las heridas penetrantes del abdomen con la lesión intestinal son siempre graves y llevan en potencia el peligro de una infección peritonea que en el caso presente se localizó la infección en (ilegible), que se abrió al exterior, pero que comprometió la pared de la ilíaca, la necrosó y **se formó la fístula que describe la autopsia.** Así quedan ampliados los conceptos leídos. En cuanto a la supervivencia, es norma calcular en promedio para un individuo sano y normal. Si hay apreciaciones que no puedan comprobarse sino por estudio microscópico, los médicos expertos en anatomía patológica pueden formarse conceptos y sacar conclusiones de la necropsia a que los autoriza su experiencia, y estos conceptos son perfectamente aceptables. Como ya dije, el doctor Restrepo fue trasladado a su casa en un período de mejoría y por levantarle el ánimo. **El peligro no era inmediato, pero sí existía, puesto que continuaba habiendo manifestaciones de infección, provenientes de su antigua peritonitis y de la localización del absceso.** Se trataba de darle mayor tranquilidad y ello se obtuvo realmente, pues estuvo días muy animado y sin fiebre, pero también en otros hubo alza de temperatura, mayor supuración y pulso rápido y débil. En cuanto a la observancia de régimen y la aceptación de drogas, tratamiento y curaciones, puedo afirmar que observó las prescripciones médicas con una paciencia benedictina...

"La **peritonitis** se presenta con poca frecuencia debido en mucha parte a los cuidados y precauciones que los cirujanos tomamos en esta clase de casos y lo severo y estricto de la técnica usada, pero **el peligro de tan temible complicación existe siempre, en los casos de perforación intestinal especialmente.** Los infartos pueden presentarse en las primeras horas o días después de operaciones o heridas, pero **más comúnmente son tardíos**... Las heridas producen rara vez infartos; es especialmente en algunas operaciones y en ciertas condiciones de hipoplapsia circulatoria en la que se presenta el infarto. En las flebitis, infecciones de las pequeñas venas periuterinas, tiene origen la **flegmatia alba dolens,** y del trombo parte el óvulo y hace el infarto. Lo mismo ocurre en casos de circulación retardada y perezosa con aumento de viscosidad sanguínea, como ocurre en las operadas para fibroma interno, y en el caso presente puede pensarse en flebitis infecciosa de las venas pequeñas del mesenterio y del intestino. Una colitis o una pericolitis pueden ocasionar los fenómenos observados por los señores médicos en el doctor Restrepo" (f. 27 y subraya la Corte).

La muerte del doctor Restrepo se debió, pues, según este concepto, a la herida penetrante del abdomen, que le produjo una peritonitis y ocasionó las demás consecuencias letales.

En la audiencia pública se debatió el punto con intensidad, y los médicos legistas encontraron lógica y real la conclusión de fondo a que llegan los peritos, o sea, "que la causa de la muerte fue la peritonitis crónica que se desarrolló en el doctor Edgar Poe Restrepo" (f. 10 v.).

Sobre este particular concluye la Procuraduría, que tanto de la autopsia como de lo expresado por los médicos legistas en la audiencia y del valioso testimonio del doctor Gil, aparecen establecidos los siguientes hechos:

"Que el doctor Edgar de Jesús Restrepo Acevedo sufrió una herida en el abdomen con varias perforaciones intestinales; que, a consecuencia de tal lesión, se desarrolló una peritonitis aguda y generalizada en un principio, la cual se tornó después en crónica, a pesar del tratamiento adecuado que se puso en práctica; que la peritonitis produjo una infección vascular, que a tiempo de la muerte de la víctima todavía presentaba "focos de actividad y aún abscesos enquistados"; que el estado de gravedad del enfermo fue siempre permanente y que, no obstante la mejoría que tuvo en los últimos días de su vida, el peligro existía, "puesto que continuaba haciendo manifestaciones de infección, provenientes de su antigua peritonitis y de la localización del absceso"; que "el peligro de tan temible complicación existe siempre, en los casos de perforación intestinal especialmente"; y, en fin, que para salvar la vida de Edgar Poe se hizo "todo lo que la ciencia aconsejaba".

"De suerte que la simple "probabilidad" de

que habla la diligencia de autopsia en la conclusión cuarta, queda totalmente vencida y superada por la realidad de los citados hechos, que son los que dan la génesis verdadera de la muerte del ofendido, a tal punto que entre éstas y la agresión del acusado se descubre fácilmente un nexo de causalidad, una relación necesaria. Es decir, que el cuerpo del delito de homicidio es indiscutible.

Para reforzar sus lucubraciones, que la Corte acepta integralmente, cita el Procurador los autorizados conceptos de los profesores de medicina legal, doctores Uribe Cualla y C. E. Putnam, de los cuales expresa el primero:

"Las heridas penetrantes del abdomen son de naturaleza muy grave, porque aun cuando el instrumento vulnerante no haya perforado ningún vaso, ni víscera, sin embargo, existe el peligro inminente de la peritonitis, al ponerse en contacto la cavidad peritoneal con un medio siempre muy séptico o virulento... **Es necesario saber que la peritonitis, cualquiera que sea su forma, en estas heridas penetrantes del abdomen, siempre es efecto natural y directo de la misma herida, bien se haya tratado el caso quirúrgicamente o no.** Porque hay que tener presente que la intervención de urgencia que se practica con el fin de suturar las perforaciones intestinales, sólo da muy remota probabilidad de salvación de la víctima". (Medicina Legal y Psiquiatría forense, 5ª edición, página 235, y subraya la Corte).

Nada tiene que añadir la Sala, en consecuencia, a las conclusiones del Ministerio Público, que expone así:

"Por consiguiente, ante la evidencia del proceso evolutivo de la herida y de sus complicaciones, que anotan los médicos, y ante las enseñanzas de la ciencia, que es representación sistemática de la realidad objetiva, lesiones como las sufridas por el doctor Edgar de Jesús Restrepo son gravísimas y de desenlace fatal. Y así las cosas, sólo una prueba contraria, basada también en hechos y en principios científicos, podía destruir el vínculo de causalidad eficiente entre la agresión del acusado y la muerte de su víctima. Y tal prueba brilla en los autos por su ausencia, pues fuera de la peritonitis crónica nacida de la herida, ningún otro hecho concreto se descubre como generador del fallecimiento del doctor Restrepo Acevedo".

Por tanto, la causal cuarta invocada no puede prosperar.

Causal tercera: desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

Dice el recurrente que al declarar el jurado que Muriel había obrado "en legítima defensa, con exceso en ella, causado por el miedo", había afirmado una legítima defensa putativa, que el Tribunal no aceptó, poniendo su sentencia en desacuerdo con el veredicto.

Se considera:

Muriel fue llamado a juicio por un homicidio simplemente intencional y, de acuerdo con ese cargo, se le preguntó al jurado si era responsable "de haber lesionado, con arma cortante y punzante y con el propósito de matar a Edgar Poe o Edgar de Jesús Restrepo Acevedo, a consecuencia de lo cual murió éste". Y el jurado contestó:

"Sí, en legítima defensa, con exceso en ella, causado por el miedo" (fls. 9 y 21).

Los jueces de instancia conceptuaron que el veredicto declaraba un homicidio consumado en exceso de legítima defensa. En lo cual estuvieron acertados, pues la lectura desprevenida de la respuesta del jurado eso da a entender de manera obvia, pues la explicación es apenas redundancia de lo que es causa, al menos general, del exceso en el ejercicio de la legítima defensa, esto es, el miedo.

El recurrente, luégo de citar algunos comentadores sobre lo que es la legítima defensa, concluye que "cuando el jurado afirmó existir una defensa justa, que calificó de excesiva", y explicó que tal caso era debido al miedo, entendió consignar una legítima defensa putativa y no objetiva.

"Y es claro: encontró probada una agresión ilegítima y grave, pero no de una magnitud tal que pusiera en peligro la vida del agresor, en la realidad; el agente reobró por medios desproporcionados, objetivamente, a la agresión, pero justificados en la conciencia suya por el estado anímico temeroso, es decir, que se excedió en la legítima defensa objetiva por razón del miedo sufrido, y en consecuencia obró en legítima defensa subjetiva de su vida". Por ello pide que se absuelva al procesado, pues ocurre entonces una causal de justificación del hecho.

De lo cual se deduce que el demandante argumenta confundiendo la legítima defensa subjetiva con el exceso en la legítima defensa.

La legítima defensa subjetiva consiste, según

los comentadores, en que el sujeto cree razonablemente hallarse en las condiciones de la ley cuando éstas no se hallan reunidas, sobre todo, la de la actualidad o realidad de la violencia o peligro. Es, por ejemplo, el caso del individuo que cree que va a ser atacado por otro en su persona, su honor o sus bienes, por ser su enemigo y por tomar éste alguna actitud que infunda aquella creencia, pero sin ser ello verdadero. Obvio es que entonces la causal de justificación no existe, porque los actos humanos hay que apreciarlos, no en abstracto, sino en concreto; no como hubieran podido o debido ser, sino como los aprecian los protagonistas.

El exceso en la legítima defensa es distinto: no hay entonces error fundado sobre la actitud del presunto atacante, sino que existe un verdadero peligro inminente, una violencia que amenaza, y de ella se defiende la presunta víctima, pero excediendo los límites de lo necesario, esto es, sin guardar la proporcionalidad entre la violencia y la reacción, o, como dicen los clásicos, sin guardar el **moderamen inculpatae tutelae.**

Lo que sucede con la argumentación del recurrente, que presenta un aparente vigor, es que confunde el error en la elección de medios, determinado por el miedo, y que ha conducido al exceso, con el error sobre la realidad del peligro, que también hubiera podido ser causado por el miedo (y de ordinario así acontecerá) y que configura la legítima defensa subjetiva o putativa Lo que expresa con suprema claridad Soler cuando dice:

"No debe confundirse el error en la elección le medios, determinado por el temor, y que conluce al exceso, con el error en la apreciación de a existencia de una situación justificada, como n la legítima defensa putativa; en este último aso el error es esencial e inculpable y versa soore la situación objetiva misma". (Derecho penal argentino, tomo I, página 438).

¿Cuál de las dos figuras reconocieron los miemros del jurado? Indudablemente que la segunla, la del exceso, porque los términos de su veedicto son tan claros, que no dejan lugar a duda lguna. Proceder "en legítima defensa, **con exeso en ella,** causado por el miedo", es declarar isa y llanamente que se ha procedido con exceo en la legítima defensa, con la explicación reundante de lo que de ordinario es causa del xceso, que es el miedo, como sin larga meditaión puede concluírse.

Porque se necesita un verdadero esfuerzo mental para decir que porque el jurado expresó cuál era en su sentir, la causa del exceso, se trataba de una legítima defensa subjetiva o putativa, como si hubiera omitido hablar de tal exceso, cuando la concordancia de los términos no deja lugar a duda de que el miedo se refiere, no sólo o con exclusividad a la defensa, sino al exceso. El "exceso en ella" se refiere a la legítima defensa, y el "miedo" se refiere al exceso, para que concuerden "ella" con "defensa" y "causado" con "exceso".

De otro lado, tal fue el sentido que los jueces de conciencia quisieron darle a su veredicto, pues el defensor les pidió que declararan que no había habido responsabilidad, que dijeran simplemente "No"; o que, en subsidio, dijeran que no había responsabilidad "porque obró en legítima defensa"; o todavía, en subsidio, que dijeran que "sí, por exceso en la defensa". Luego si no se aceptó la primera proposición, fue porque consideraron que no había habido legítima defensa, siquiera subjetiva o putativa, sino que existía un exceso de ella, causado por el temor, que es lo que de ordinario es ocasión de excederse en momentos de peligro.

Dadas estas razones, parece fácil concluír que si el jurado hubiera querido declarar una legítima defensa subjetiva o putativa, no la hubiera expresado en la forma en que lo hizo, sino en otra clara y sencilla, en que no hubiera necesidad de circunloquios para interpretarla.

"El miedo se define —dice atinadamente el señor Procurador— como la reacción súbita motivada por la representación de un peligro inminente; es la forma defensiva de la conservación individual, así como **la cólera** es la forma ofensiva de ese mismo instinto. El miedo es, pues, instrumento de protección y defensa de la personalidad amenazada, estado emotivo que se aviene a cabalidad con el exceso, en virtud de que éste, en la generalidad de los casos, se debe a un error de cálculo, a una precipitación, determinada por el miedo o temor que embarga la psiquis de quien se halla al frente de un peligro grave e inminente".

En consecuencia, la causal invocada no puede prosperar.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

La funda el recurrente en dos motivos:

El primero, que el Tribunal condenó al procesado "por un homicidio simplemente voluntario

o intencional, cuando de haber homicidio, sería concausal o ultraintencional"; y

El segundo, que el Tribunal le agravó la pena al procesado, pues "de la ponderación de su carácter suave y apacible, de su ilustración y competencia como empleado, se ha deducido la existencia de la circunstancia 15 de mayor peligrosidad", siendo así que la posición distinguida de un infractor ha de tomarse, no en forma absoluta, sino relativa, de acuerdo con el medio, el tiempo, las personas y los hechos.

Se considera:

Como lo dice el Ministerio Público, el homicidio concausal o ultraintencional son figuras específicas cuyo reconocimiento debe hacerse por el jurado en su veredicto, pues la sentencia, en los juicios en que interviene, debe hacerse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos, y ya se vio que los jueces de conciencia no contemplaron ninguna de estas especies. Por lo cual el primer motivo de invalidación debe desecharse.

En cuanto al segundo, consideró el Tribunal que la sanción debía aumentarse, no sólo por el modo de ejecución del delito, pues lo sorpresivo del ataque colocó en indefensión a la víctima —circunstancia que no se ataca en la demanda—, sino por el lugar destacado que el infractor ocupa en la sociedad, si no por su riqueza, sí por su ilustración, "inusitada dentro del medio en que le ha tocado vivir, y por los oficios o empleos que le ha correspondido desempeñar, todos los cuales le imponían mayores obligaciones en relación con la sociedad en donde ha vivido".

El artículo 37, en su ordinal 15, considera como circunstancia de mayor peligrosidad "la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio".

Y es que en la sociedad, la preeminencia debida a cualquier circunstancia, aunque sea fruto del esfuerzo personal, crea obligaciones, de las cuales la principal es la de guardar la jerarquía observando la práctica de las virtudes adecuadas y evitando la comisión de hechos ilícitos. Obvio es que las faltas de los sujetos sobresalientes son más graves, porque producen mayor escándalo, y porque la formación moral que en ellos ha de suponerse permite también presumir un mejor control de su voluntad.

Sin embargo, la posición sobresaliente no puede valorarse en forma abstracta, sino en cada caso concreto, pues así como ella puede ser índice de mayor peligrosidad, puede también no serlo y aún acreditar una menor, en las peculiares condiciones del hecho.

Por eso estima la Sala muy atinado el concepto del señor Procurador al decir que si el infractor actúa, no para borrar los méritos adquiridos, sino, al contrario, para mantenerlos en alto defendiendo su vida, su honor o sus intereses de cualquier género, debe favorecer el hecho a su autor, porque ha obrado de acuerdo "con las conveniencias sociales, con la dignidad humana y con la especial preeminencia que el individuo ocupa en el conglomerado por su ilustración, riqueza, profesión u oficio".

En el presente caso y al tenor del veredicto, que es aquí la pauta definitiva para apreciar la responsabilidad de Muriel, éste dio muerte al doctor Restrepo en exceso de legítima defensa. Luego hay que concluir que la personalidad del victimario no juega papel en la calificación de su peligrosidad, porque la defensa propia, así sea excesiva, no es índice de ella, ya que defenderse no sólo es un "verdadero y sagrado **derecho** —como lo dice el maestro de Pisa— sino un verdadero y sagrado **deber**".

La Sala estima, en consecuencia, que debe descartarse la circunstancia dicha.

Descartada la aludida circunstancia y, siguiendo aquí la solicitud del Procurador, debe hacerse una rebaja equitativa, que se estima de seis meses de presidio. Y así, la pena principal debe reducirse a dos años y medio de la misma sanción.

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, INVALIDA la sentencia recurrida en cuanto por ella se condena a Luis Angel Muriel Correa a la pena principal de tres años de presidio, y en su lugar lo condena a dos años y medio de la misma pena. En lo demás queda en firme la sentencia recurrida, con la salvedad de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar por un período igual al de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Alberto Benavides Guerrero (Conjuez)—**Julio E. Argüello R.**, Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA MILITAR PARA CONOCER DE UNOS PROCESOS POR DELITOS DE HURTO Y ROBO

De conformidad con los preceptos del Decreto número 1426 de 1950, los procesos por los delitos de hurto y robo cuyo conocimiento había sido atribuído a la justicia militar por decreto número 3562 de 1949 serán del conocimiento de los jueces ordinarios, a partir de la vigencia del decreto 1426.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Juzgado Segundo Superior de Bogotá, remite a la Corte algunas diligencias para que se dirima la competencia surgida entre ese despacho y el Juzgado Superior Militar de la Brigada.

Es el caso que ante el Juzgado 3º Permanente se presentó el señor Mario García Durán para dar cuenta de que en la casa del señor Alberto Moreno se había cometido un delito de hurto, en cuantía superior a dos mil pesos, del cual sindica a la mujer Leonilde Vanegas o Stella Rodríguez, que se había quedado cuidando dicha casa mientras sus moradores se hallaban ausentes.

El Juzgado 2º Superior de Bogotá, a quien se repartió el negocio, ordenó pasarlo al Juez Penal Militar de la Brigada, "por ser de su competencia".

El Juez Superior Militar lo devolvió al Juez 2º Superior, "por cuanto de conformidad con el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1426 de 1950, pasa nuevamente a la justicia ordinaria el conocimiento de los delitos de **hurto y robo**".

El Juez 2º Superior hizo entonces un detenido análisis del precepto invocado por el Juez Superior Militar, para concluir que no le correspondía la competencia, y por eso lo remitió al fallo de esta Sala de la Corte, donde ha de dirimirse el conflicto, al tenor del ordinal 4º del artículo 42 del código de procedimiento penal.

Se considera:

El Gobierno, por medio del decreto 3562 de 1949, radicó en los comandos de Brigada de las Fuerzas Militares de la República, "el conocimiento y juzgamiento", entre otros, de los delitos de "hurto y robo", por la "repetida comisión", por cuadrillas de malhechores, de incendios, asesinatos, robos, saqueos y otros contra la seguridad y los bienes de las personas".

Este decreto fue aclarado por el 3981 del mismo año, en el sentido de señalar como cuantía, para el hurto la suma de mil pesos y para el robo la de quinientos pesos.

Y el decreto 1426 de 1950 estableció lo siguiente:

"Artículo 1º — A partir de la vigencia de este decreto, las personas que cometan delitos contra la propiedad —excepción hecha de los contemplados en el capítulo 5º, título XVI y libro segundo del código penal— serán juzgados por los jueces competentes siguiendo el procedimiento señalado en los artículos 13 y siguientes de la ley 48 de 1936, aunque no exista contra ellas comprobación de antecedentes judiciales o policivos, pero las sanciones serán las previstas en el código penal, y las apelaciones y consultas se surtirán ante el inmediato superior.

"Parágrafo. El conocimiento de los delitos de hurto y robo que se había atribuído a la justicia militar por medio del decreto extraordinario número 3562 de 1949, pasará nuevamente a la justicia ordinaria, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 1º de este decreto". (Subraya la Corte).

El Juzgado Segundo Superior dice que el precepto transcrito no tiene vigencia sino para los delitos cometidos después de la fecha de su expedición, como lo da a entender el artículo 1º, y como lo explica el parágrafo, que complementa el artículo en ese sentido, pues todo el estatuto habla de "personas" y de "delitos", pero no de "procesos".

Pero este razonamiento no parece aceptable, puesto que de los delitos se conoce por medio de procesos que se adelantan contra las personas que los hayan llevado a cabo, y el término **conocimiento** se emplea en ocasiones, como la presen-

te, en un sentido lato que comprende la instrucción y el juicio. Por lo cual estima la Corte que la competencia para conocer del negocio de que se trata pertenece a la justicia ordinaria, aquí al señor Juez 2º Superior de Bogotá, y no a la militar.

En efecto, el artículo primero del decreto 1426 dice que a las personas que cometan delitos contra la propiedad **después** de la vigencia del decreto, las juzga la justicia ordinaria, puesto que así lo indica la expresión "a partir" de la vigencia, esto es, que ese es el punto inicial del juzgamiento de los ladrones por los jueces comunes.

Pero como por medio de un estatuto anterior se había atribuído ese juzgamiento a la justicia militar, el parágrafo explica el alcance del precepto, dándole efecto retroactivo, para decir que los autores de delitos de hurto y robo cuyo conocimiento se había atribuído a la justicia militar los juzgarían también los jueces comunes, pues que habla de esa competencia que **antes** se les había atribuído a los jueces castrenses para juzgarlos, si algo significa el antecopretérito ("había atribuído") y si algo enseña el adverbio de orden o tiempo "Nuevamente".

Quiso el Gobierno, indudablemente, con el decreto 3562 de 1949, proveer a la rápida represión de los delitos contra la propiedad, que han estado causando alarma justificada en la ciudadanía, por su frecuente ocurrencia. Pero talvez se consideró que no era la justicia militar la más indicada al efecto, no tanto por la falta de versación jurídica, sino más bien porque las milicias han de estar dedicadas a lo que es su destino propio y natural, que es la guarda del orden externo o interno por medio de las armas, que no a la tutela de los intereses civiles por medio de la aplicación de la ley en los estrados judiciales. Y por ello apenas les ha dejado el juzgamiento de unos cuantos delitos, taxativamente determinados, principalmente los que afectan la seguridad interior del Estado.

Sentido que confirma el decreto 1534 de 1950 (mayo 9), al atribuírle una vez más a la justicia castrense el juzgamiento, entre otros delitos, de los de "hurto y robo de cabezas de ganado mayor cometidos en las circunstancias previstas en el numeral 7º del artículo 398" del código penal, pero aclarando que de "los demás delitos de hurto y robo pasarán a la justicia ordinaria, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1º del decreto número 1426 de 1950" (D. O. número 27316, de 20 de mayo de 1950).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión de que se viene hablando en el sentido de declarar que es a la justicia ordinaria a la que corresponde el conocimiento del negocio de que se viene hablando. En consecuencia, remítanse las diligencias al señor Juez 2º Superior de Bogotá, y dése cuenta al señor Juez Superior Militar de la Brigada.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSALES SEGUNDA Y TERCERA DE CASACION. — NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.—NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.—LA RESPONSABILIDAD PENAL Y EL ESTADO DE EMBRIAGUEZ NO SON INCOMPATIBLES ENTRE SI

1.—El artículo 374 del Código de Procedimiento Penal contiene una obligación facultativa para el funcionario de instrucción, condicionada al hecho de que si en la persona del procesado se descubrieren u observaren indicios de que padece de una grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa, puede ordenar la práctica de la prueba tendiente a determinar ese hecho. Establecida en principio la grave anomalía psíquica, es indudable que surge la obligación respecto del funcionario para ordenar la práctica de la prueba; pero la circunstancia de que el procesado, al rendir la indagatoria, manifieste que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga, no constituye indicio alguno para que, perentoriamente, se averigüe un dato que en la mayoría de los casos está ausente de la realidad procesal.

2. — La facultad que otorga la ley a las partes, para pedir la inclusión en el cuestionario de la pregunta relativa a la grave anomalía psíquica, puede ejercitarse aún en el acto de la celebración de la audiencia, siempre y cuando las pruebas del proceso den lugar a la invocación de ese derecho. Porque esa atribución no se deduce de la simple afirmación que haga el defensor, sino de las pruebas en que ella se respalda.

3.—Si el veredicto en las instancias del juicio no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales, la Corte — en casación — no puede hacer ese pronunciamiento, por no tener facultad legal para ello, pues dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal no se consagró como causal de casación, en los juicios en que interviene el jurado, la del numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

4—Cuando se alega la causal tercera como motivo de casación, se puede impugnar la sentencia por dos razones: por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado. Lo primero tiene aplicación explícita en los juicios de puro derecho, donde el juez es autónomo para calificar los hechos, estimar las pruebas, resolver sobre temas de responsabilidad y dictar la sentencia; pero, por regla general, en los juicios en que el jurado interviene, no es procedente alegar este motivo como causal de casación. En estos juicios, quien califica los hechos y la responsabilidad son los jueces de conciencia, y la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto del jurado. Si el fallo se invalidara por este primer aspecto, el juzgador se convertiría en juez de hecho y de derecho, porque al prescindir del veredicto, fundamento inmediato de la sentencia en el hecho, se suprimiría la institución del jurado.

5.—La declaración de nulidad en el proceso penal no está, por disposición de la ley sometida a trámite alguno; siendo la acción penal de carácter esencialmente público, el reconocimiento y declaratoria de las nulidades, cuando ellas existen, se hace de oficio por el juzgador. Las nulidades en lo penal, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil, no se ponen en conocimiento de las partes, y se declaran de plano. Por consiguiente, no son aplicables las disposiciones de los artículos 456 y 395 del código judicial, que disponen que el incidente de nulidad se tramite como una articulación.

6.—No hay nulidad por incompetencia de jurisdicción, consistente en el hecho de que el sumario fue adelantado por un juez de instrucción criminal de los creados por una ordenanza de una asamblea departamental.

Actualmente y dentro de las normas que rigen la investigación de los procesos penales, no existen, propiamente, los funcionarios de instrucción de que hablan los artículos 37 a 40 y 60, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal, porque el Decreto ley 1111 de junio 26 de 1938 suspendió la vigencia de las disposiciones citadas y determinó que mientras se apropian las partidas correspondientes "continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter" y esos funcionarios no son otros que los enumerados en las diversas leyes anteriores al código de procedimiento penal, o sean, entre otros, los corregidores, inspectores de policía nacional o departamental y todos aquellos funcionarios creados en virtud de ordenanzas departamentales.

7.—La expresión "Sí, pero perturbado por el alcohol", sólo implica la afirmación de la responsabilidad con el reconocimiento de una circunstancia de menor peligrosidad. La adición no presupone el reconocimiento de una enfermedad de la mente dentro de las modalidades comprendidas en el artículo 29 del Código Penal, sino —se repite— una circunstancia de menor peligrosidad dentro de la norma del artículo 36 de la ley sustantiva, numeral 5º. La respuesta "Sí, pero perturbado por el alcohol" puede traducirse en estas otras: "Sí, pero en estado de embriaguez"; "Sí, pero bajo los efectos del alcohol", adición que sirve como atenuante para la imposición de la pena, pero en ningún caso como circunstancia modificadora de la responsabilidad.

La afirmación de la responsabilidad y el estado de embriaguez no son incompatibles entre sí, puesto que la ley tiene como sujeto de derecho penal a todo el que delinque hallándose embriagado. Sólo que, en el caso de intoxicación crónica producida por el licor, deben imponerse al delincuente medidas de seguridad, en vez de las penas propiamente dichas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de diez de mayo de 1949, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, condenó a Ignacio Cardona Naranjo a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, como responsable del homicidio cometido en la persona de Simón Alvarez Pérez.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, y como se hallan agotados los trámites procesales se procede a su estudio:

Demanda:

Se invocan cómo causales de casación las de los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El estudio de la demanda se hará siguiendo el orden en que lo trae la Procuraduría, cuya vista fiscal es el resultado de un estudio laborioso y conciso sobre los diversos problemas planteados por el recurrente, para concluir que las causales alegadas son improcedentes.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Los motivos de impugnación sustentados en esta causal los resume el colaborador así:

"Que no se dio cumplimiento al artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, ordenando el examen psíquico del acusado, no obstante que la indagatoria de éste y otras pruebas del expediente, daban base para oír a los especialistas en enfermedades mentales; que esa omisión llevó al Juez del conocimiento a no presentar al Jurado el cuestionario adicional de que trata el artículo 28, inciso 2º, de la Ley 4ª de 1943; que el veredicto reconoció para el acusado una grave anomalía psíquica producida por el alcohol, y, a pesar de ello, el Tribunal dejó de aplicarle las medidas de seguridad previstas para estos casos: que se violó el parágrafo del artículo 29 de la citada Ley 4ª, "por cuanto que las conclusiones del jurado no se tomaron en privado por mayoría de votos"; que en el proceso no obran legalmente producidas la prueba plena de la infracción y la de que el procesado es responsable de ella, especialmente en lo relacionado con la acción psíqui-

ca del agente; que, en caso de interpretar el veredicto en la forma en que lo hicieron los jueces, "tal veredicto sería contrario a la evidencia de los hechos"; que todo procesado "perturbado por el alcohol" debe comparecer en juicio asistido de un curador, quien debe designar el apoderado y defensor, lo cual no se hizo aquí; y, en fin, que el funcionario instructor —Juez Departamental— carecía de jurisdicción, por cuanto fue creado por una Ordenanza de la Asamblea, y ésta no tiene esa facultad, conforme a la Carta Fundamental".

De estos temas, sólo pueden ser materia de estudio en esta causal, aquellos que inciden en la violación de la ley, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Se considera:

El artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, contiene una obligación facultativa para el funcionario de instrucción, condicionada al hecho de que si en la persona del procesado se descubrieren u observaren indicios de que padece de una grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa, puede ordenar la práctica de la prueba tendiente a determinar ese hecho. Establecida en principio la grave anomalía psíquica, es indudable que surge la obligación respecto del funcionario para ordenar la práctica de la prueba; pero la circunstancia de que el procesado al rendir su indagatoria manifieste que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga, no constituye indicio alguno para que, perentoriamente, se averigüe un dato que en la mayoría de los casos está ausente de la realidad procesal.

"La indagatoria de éste —dice la Procuraduría— en la cual recalca tanto el señor defensor, era insuficiente para ello, porque de esa pieza aparece que Cardona Naranjo recuerda muy bien casi todos los pormenores del suceso en que perdió la vida Simón Alvarez, y sólo se rompe su memoria cuando se trata de puntualizar la responsabilidad del autor del homicidio". Ello apenas constituye un recurso defensivo, pero no la demostración del indicio de que sufra una grave anomalía psíquica.

La facultad que otorga la ley a las partes, para pedir la inclusión en el cuestionario de la pregunta relativa a la grave anomalía psíquica, puede ejercitarse aún en el acto de la celebración de la audiencia, siempre y cuando las pruebas del proceso den lugar a la invocación de ese derecho. Porque esa atribución no se deduce de la simple afirmación que haga el defensor, sino de las pruebas en que ella se respalda, y como de autos no aparece comprobado que efectivamente el procesado hubiera obrado dentro de uno de los estados comprendidos en el artículo 29 del C. P., era lógico que la misma defensa prescindiera de plantear tanto al Juez de derecho como a los jurados esta modalidad. Por esto, también, fue desechada —previamente— por el juez de la causa.

En relación con los otros motivos que se aducen como razones de impugnación: omisión del cuestionario sobre grave anomalía psíquica; prueba del delito y de la responsabilidad; veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales y nulidad constitucional, la Sala acepta las razones de su colaborador, cuando dice que esos motivos son ajenos a esta causal, por ser materia de otras, y, en lo relativo a la contraevidencia del veredicto no es tema que pueda alegarse en los juicios en que interviene el Jurado.

En consecuencia la causal alegada no prospera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Dice el recurrente que hubo mala apreciación de los hechos por cuanto "la sentencia consideró una afirmación genérica perturbado por el alcohol" como equivalente a la expresión específica "embriaguez voluntaria" y que a pesar de estar demostrados en el proceso los hechos indicativos de la anormalidad producida por el alcohol, "no se tomaron en cuenta".

Se replica:

En los juicios en que interviene el jurado, la causal segunda es inoperante, porque el recurso de casación no versa propiamente sobre el examen de los hechos, sino sobre la confrontación de la sentencia con la ley.

El estudio de los hechos y de las pruebas relativas a la responsabilidad, su crítica y valoración corresponde al juez y al Tribunal, pero la Sala —en estos casos— no puede entrar a analizar esas pruebas, ya que el recurso no es una tercera instancia, pues ello conduciría a una declaración sobre injusticia del veredicto dictado por los miembros del jurado.

Si el veredicto en las instancias del juicio no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales, la Corte —en casación— no pue-

de hacer ese pronunciamiento, por no tener facultad legal para ello, pues dentro del nuevo código de Procedimiento Penal no se consagró como causal de casación, en los juicios en que interviene el jurado, la del numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal tercera

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado.

La sentencia no está en consonancia con el veredicto del jurado, "porque no hay veredicto legalmente producido" sugiere que la demostración se hizo extensamente en los alegatos de segunda instancia; y que "aunque se entendiera equivocadamente que hay veredicto, esto no podría interpretarse en la forma como se ha hecho", afirmación —dice el demandante— que está demostrada en el alegato de segunda instancia.

Se considera:

Cuando se alega la causal tercera como motivo de casación, se puede impugnar la sentencia por dos razones: por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado. Lo primero tiene aplicación explícita en los juicios de puro derecho, donde el juez es autónomo para calificar los hechos, estimar las pruebas, resolver sobre temas de responsabilidad y dictar la sentencia; pero —por regla general— en los juicios en que interviene el jurado, no es procedente alegar este motivo como causal de casación. En estos juicios, quien califica los hechos y la responsabilidad son los jueces de conciencia, y la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto del jurado. Si el fallo se invalidara por este primer aspecto, el juzgador se convertiría en juez de hecho y de derecho, porque al prescindir del veredicto, fundamento inmediato de la sentencia —en el hecho— se suprimiría la institución del jurado.

En cuanto al segundo motivo, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, no basta la simple enunciación de la causal, sino que es necesario demostrarla. La cita —que el recurrente hace— de alegatos de segunda instancia para demostrar una causal, no es operante en casación; pues ello peca contra la técnica del recurso, ya que esos motivos o esos alegatos son pertinentes para el Juez o Tribunal ante quien se dirigen pero no para fundamentar una causal de casación.

La afirmación de la inexistencia del veredicto es un cargo gratuito, pues sin éste no habría sentencia, ya que el primero, es el fundamento inmediato de la segunda. El veredicto y la sentencia, en los juicios en que interviene el jurado, son postulados esenciales del proceso penal. La inexistencia del veredicto conduce por lógica consecuencia a la negación del fallo. El Juri por mayoría de votos afirmó los hechos y la consiguiente responsabilidad y sobre ese veredicto se dictó la sentencia, por tanto, la falta de veredicto alegada por el recurrente carece de fundamento.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Dos son los motivos que se aducen como causales de nulidad: a) que el Juez y el Tribunal se negaron a practicar las pruebas pertinentes, para demostrar las nulidades alegadas, y b) que la actuación en el sumario se adelantó por un funcionario carente de jurisdicción y competencia, hecho que incide en la causal de nulidad prevista por el artículo 198 del C. de P. P., numeral 1º.

Se observa:

La declaración de nulidad en el proceso penal no está, por disposición de la ley, sometida a trámite alguno; siendo la acción penal de carácter esencialmente público, el reconocimiento y declaratoria de las nulidades, cuando ellas existen, se hace de oficio por el juzgador. Las nulidades en lo penal, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil, no se ponen en conocimiento de las partes, y se declaran de plano. Por consiguiente, no son aplicables las disposiciones de los artículos 456 y 395 del código judicial que disponen que el incidente de nulidad se tramite como una articulación. Por esto, los juzgadores de instancia omitieron abrir el incidente a prueba, y la actuación cumplida en esta forma no es nula sino que tiene plena validez jurídica.

No hay nulidad por incompetencia de jurisdicción, consistente en el hecho de que el sumario fue adelantado por un juez de instrucción criminal de los creados por ordenanzas números 21 de 1944 y 38 de 1946 de Santander. "Actualmente y dentro de las normas que rigen la investi-

gación de los procesos penales, no existen —propiamente— los funcionarios de instrucción de que hablan los artículos 37 a 40 y 60 del numeral 5º del Código de Procedifiento Penal, porque el Decreto ley 1111 de junio 26 de 1938 suspendió la vigencia de las disposiciones citadas y determinó que mientras se apropian las partidas correspondientes "continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter" y esos funcionarios no son otros que los enumerados en las diversas leyes anteriores al Código de Procedimiento Penal, o sean entre otros, los corregidores, inspectores de policía nacional o departamental y todos aquellos funcionarios creados en virtud de ordenanzas departamentales. De manera que la nulidad alegada por este aspecto no tiene base legal.

Pero existe otra razón, que es la aducida por el Procurador cuando dice:

"Lo que aquí plantea el demandante, como él mismo lo sugiere, es la invalidez de las Ordenanzas que crean funcionarios de instrucción; pero ese problema, como también lo dice el propio defensor, es punto que incumbe resolver a la justicia contenciosoadministrativa, y no a la H. Corte en el recurso de casación.

"Por tanto, mientras estén vigentes las Ordenanzas que crearon los Juzgados de Instrucción Criminal de Santander, ellos tienen competencia y sus actos son válidos, de acuerdo con las siguientes normas:

"Artículo 192 de la Constitución Nacional.— "Las Ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

"Artículo 111 del Código de Régimen Político y Municipal. — "Las Ordenanzas son obligatorias mientras no sean anuladas o suspendidas por la autoridad judicial (hoy jurisdicción de lo contencioso administrativo).

"Artículo 122 ibídem.—Las denuncias (sic) sobre nulidad de las Ordenanzas no afectan los derechos constituídos conforme a ellas durante su vigencia".

"Se basan, pues, tales preceptos en un claro principio de seguridad social".

En consecuencia el cargo no prospera.

Causal quinta

No expresar la sentencia, clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

"La sentencia —dice el recurrente— no expresó clara y terminantemente, que el hecho de que el procesado sufriera una perturbación producida por el alcohol, hecho declarado por tres de los miembros del jurado, fuera un hecho desvirtuado en el proceso, cual fuera la prueba que lo desvirtuara, y la razón científica y justa para identificar una afirmación genérica con una específica".

Se anota:

El Tribunal no ha desconocido el veredicto, ni la afirmación del jurado sobre el tema de la responsabilidad. El fallo da todo el valor legal a la respuesta "Sí, es responsable, pero perturbado por el alcohol". Sobre este veredicto se funda la sentencia, y si este hecho fue reconocido por el fallador el cargo no tiene fundamento. Lo que pretende el recurrente es que el fallador al reconocer la circunstancia de que el agente obró "perturbado por el alcohol" le hubieran impuesto medidas de seguridad, únicamente, en vez de penas, pero resulta que esas medidas de seguridad se imponen exclusivamente a los anormales y no a las personas normales que obran bajo el influjo del alcohol. (Artículo 29 del C. P.).

"El demandante —como dice la Procuraduría— confunde la interpretación del veredicto —aspecto de la causal tercera— con la deficiencia del fallo que prevé la causal quinta. Y esa deficiencia está muy lejos de ocurrir aquí, porque la sentencia del Tribunal es clara y explícita, en lo concerniente a los hechos y sus pruebas".

Basta leer el fallo del Tribunal para concluir que el cargo es infundado, pues, contiene una narración de los hechos y de los diversos elementos probatorios que sirven para concluir que el veredicto no es contrario a la evidencia procesal. Es claro que la Corte no podría sostener cuáles hechos se dan por demostrados en la sentencia del Tribunal, porque el fallo del juzgador de instancia, en los juicios en que interviene el jurado, no se funda propiamente en los hechos, sino en el veredicto del Juri.

Causal séptima

Dictarse la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Se funda el cargo así:

"Como en esta demanda se ha demostrado y como se demostró en alegato de primera instancia y en forma extensa en alegato de segunda instancia, las tres respuestas de los miembros del

Jurado, son evidentemente contradictorias y ellas entrañan un veredicto evidentemente contradictorio, o mejor carencia de veredicto, ya que como lo demostré, no podría escrutarse".

Se contesta:

Para el demandante, dos de sus miembros afirmaron simplemente la responsabilidad; dos contestaron afirmativamente con la circunstancia de haber obrado el procesado "perturbado por el alcohol" y el último negó la intención y el propósito. Para el Tribunal, las respuestas de los jurados, por la forma en que están escritas, o por el orden o lugares en que fueron puestas sus firmas, puede también pensarse que el jurado Acevedo Díaz suscribe igualmente la respuesta dada por el jurado Serrano P.; y entonces es solamente el jurado Vásquez Dávila quien dijo: "Sí, pero perturbado por el alcohol". Para la Procuraduría "dos jurados contestaron "Sí", otro "sí, pero perturbado por el alcohol"; otro "sí, pero no tuvo intención de matar porque el licor ingerido no le dejó formar ese propósito"; y el quinto jurado, dada la colocación de su firma, puede estimarse que adhirió a una de estas dos últimas afirmaciones (pág. 69, cuaderno 3º).

Así, pues, las respuestas de los miembros del jurado no son contradictorias, sino afirmativas de la responsabilidad. El veredicto no es contradictorio porque no pugna con ninguna de sus proposiciones; hubo amplitud en su interpretación por parte de los falladores de instancia, y por esto es por lo que se admitió la circunstancia de menor peligrosidad contenida en la expresión "pero perturbado por el alcohol". Esta frase no implica otra cosa, que el simple reconocimiento del estado de embriaguez, pero no conlleva el reconocimiento de una de las enfermedades de la mente (artículo 29 del C. P.).

Ni la enajenación mental propiamente dicha; ni la intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia venenosa; ni la grave anomalía psíquica que comprende la zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental —locura— y la normalidad absoluta, fueron reconocidos por los miembros del jurado.

La expresión "Sí, pero perturbado por el alcohol", sólo implica la afirmación de la responsabilidad con el reconocimiento de una circunstancia de menor peligrosidad. La adición no presupone el reconocimiento de una enfermedad de la mente dentro de las modalidades comprendidas en el artículo 29 del Código Penal, sino —se repite— una circunstancia de menor peligrosidad dentro de la norma del artículo 36 de la ley sustantiva, numeral 5º. La respuesta "Sí, pero perturbado por el alcohol", como bien lo expresa el Tribunal, puede traducirse en estas otras: "Sí, pero en estado de embriaguez"; "Sí, pero bajo los efectos del alcohol", adición que sirvé como atenuante para la imposición de la pena, pero en ningún caso como circunstancia modificadora de la responsabilidad.

"La afirmación de la responsabilidad y el estado de embriaguez —dice el colaborador— no son incompatibles entre sí, puesto que la ley tiene como sujeto de derecho penal a todo el que delinque hallándose embriagado. Sólo que, en el caso de intoxicación crónica producida por el licor, deben imponerse al delincuente medidas de seguridad, en vez de las penas propiamente dichas".

Por estos motivos la causal 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, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo de diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve que ha sido objeto del presente recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE CALUMNIA Y DE ABUSO DE AUTORIDAD

1.—La Corte es competente para conocer de la imputación por calumnia, pues aunque este delito es común, en el caso a estudio está íntimamente ligado con las funciones propias del Magistrado acusado, como era la de revisar, en segunda instancia, un auto de proceder dictado por el Juez Superior del respectivo Distrito Judicial.

La Corte, sobre el particular ha sentado la siguiente doctrina:

"La falsedad, la calumnia y la injuria pueden realizarlas los particulares o los funcionarios.

"Pero si éstos las ejecutan en una función propia de su oficio, si alteran la verdad material o intelectualmente, o si emiten conceptos mendaces y lesivos de la honra ajena que van a desembocar o influir en la resolución de un negocio judicial, es claro que no se les puede quitar el carácter de cargos de responsabilidad a la falsedad o a las afirmaciones injuriosas o calumniosas, aunque el código las tipifique como delitos independientes".

2.—El elemento material u objetivo del delito de calumnia, conforme al precepto del artículo 333 del Código Penal y al del artículo 23 de la Ley 29 de 1944, que sólo reformó al del Código en cuanto a la calidad de la pena privativa de la libertad y en cuanto concedió al procesado el derecho para solicitar que se le conmute el arresto o parte de él por una sanción pecuniaria a favor del calumniado, consiste en la imputación de un hecho falso concreto, categórico, francamente afirmativo, que no suscite dudas acerca del propósito de atribuírlo a la persona que se siente ofendida en su integridad moral. Las simples suposiciones o hipótesis, las sospechas y cualquier estado de incertidumbre, son penalmente indiferentes a este respecto, El que atribuye el hecho falso debe asegurar que existió realmente y que un sujeto determinado fue autor o partícipe de él.

Esta es la llamada CALUMNIA MANIFIESTA, que es la única prevista por el Código Penal colombiano, el cual excluyó la calumnia denominada encubierta o equívoca, que consiste en formular la imputación de modo velado, indirecto, con rodeos o disfraces, como eludiendo la responsabilidad del acto.

La exclusión se debe seguramente a que tal especie de calumnia encubierta se presta a muchas dificultades en la práctica, ya porque no hay certeza en cuanto a la cualidad del hecho imputado, por su vaguedad y carácter equívoco, o ya porque no se determina el sujeto pasivo objeto de la ofensa. Sólo una ulterior aclaración del responsable puede definir la cuestión, para establecer si hay o no calumnia. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 112 del Código Penal argentino en los siguientes términos:

"El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá el mínimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta".

Con todo, nuestro legislador instituyó la calumnia encubierta únicamente cuando ella se hace por medio de la prensa, pues el artículo 27, inciso 2º, de la Ley 29 de 1944, que reglamenta esta materia, dispone:

"Tampoco exime de responsabilidad el que la calumnia o la injuria se produzcan empleando expresiones o medios indirectos, siempre que aparezcan los elementos constitutivos del delito y que la publicación se refiera de manera inequívoca al ofendido".

Respecto al elemento subjetivo o doloso de la calumnia, radica simplemente en el conocimiento positivo de la falsedad que envuelve el hecho atribuído, y en la voluntad de imputarlo a una persona. Más claro: el dolo está en querer predicar del ofendido lo que se sabe es falso, de tal suerte que hay una discrepancia entre lo que el agente afirma y lo que él sabe sobre el hecho concreto materia del ilícito. Por eso, la ca-

lumnia, a semejanza de la falsedad (que de ella tiene bastante), es un delito típicamente doloso, no susceptible de culpa ni de error.

En consecuencia, si el presunto responsable, al afirmar el hecho falso, tiene la creencia real y fundada de que se refiere a algo verdadero, no comete calumnia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio siete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Por segunda vez debe calificar la Corte el mérito de las presentes diligencias adelantadas contra el Magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Vicente Vernaza Gómez, por los delitos de calumnia y abuso de autoridad que le imputó el denunciante, doctor Carlos Arturo Gil.

Por auto de 27 de marzo del año en curso, se declaró cerrada la presente investigación, y se ordenó pasar el proceso al señor Procurador Delegado en lo Penal para su concepto de fondo.

La Corte procede a examinar por separado los dos cargos imputados al Magistrado sindicado.

Primer cargo.—Delito de calumnia.

En el proceso por uxoricidio adelantado contra el señor Aicardo Uribe Vásquez, negocio en el cual se debatían cuestiones sobre el honor e infidelidad de la esposa del procesado, el Juez Primero Superior de Cali llamó a responder en juicio a Uribe Vásquez, imputándole el hecho en la circunstancia contemplada por el inciso 2º del artículo 382 del Código Penal.

Apelada esta providencia, subió el proceso al Tribunal Superior y le correspondió, en reparto, al Magistrado doctor Vicente Vernaza Gómez.

El Tribunal, en extensa y juiciosa providencia, se apartó de la tesis sustentada por el Juez acerca de la especie del homicidio, llegando a la conclusión de que el delito lo había cometido el procesado Uribe Vásquez en circunstancias constitutivas de asesinato, pues, las supuestas relaciones ilícitas de la víctima con un tercero no tenían comprobación en el proceso y, por el contrario, estaban desmentidas con pruebas de indiscutible credibilidad que establecían la conducta irreprochable de la esposa.

El Tribunal, en auto de proceder de segunda instancia a que se ha hecho referencia, expresó, sobre el particular, lo siguiente:

"La Sala por su parte tiene que dejar constancia de las declaraciones altamente elogiosas de personas honorables de la sociedad de Palmira y dignas del mayor aprecio y estimación, como son los señores Wenceslao Herrera, Vicente Herrera P., doctor Aristides Alvarez, don Rafael Materón, doctor Domingo Irurita y señoras doña Elvia Barragán de Echeverri, Susana Durán de Cadena, doña Eva Mejía de Echeverri y doña Benilda de Navia, quienes, en términos altamente elogiosos para la conducta y antecedentes de doña Odilia Pareja de Uribe, la pintan como una dignísima y abnegada dama, quien fundó un hogar muy apreciado por sus claras virtudes, quien fue ejemplar como esposa, como madre y como amiga y cuya muerte conmovió hondamente a la sociedad de Palmira, todo lo cual pregona y proclama que no existió un motivo justificado, ni ante la ley, ni ante la moral para arrebatarle la vida.

"Tampoco puede pasar la Sala por alto y dejar sin comentarios las declaraciones recogidas dentro del proceso a Rafael Giraldo, Pablo Emilio Arana y Pedro Gómez, quienes después de muerta doña Odilia Pareja de Uribe, se atreven a poner en labios de Fabio Gómez expresiones que nunca pronunció por la muerte de su amiga y que si las hubiera dicho no añadirían un adarme de responsabilidad para la muerta, porque el sentido de las mismas no expresa sino el sentimiento de ese pobre muchacho por verse envuelto en un drama pasional tan intenso y venir a servir él de causa aparente para la consumación de semejante delito, agregando a esto los vínculos de amistad que tenía con la víctima. Por estas razones la Sala estima que estas tres declaraciones son inoperantes para el fin que se persigue y ellas demuestran la presencia de una actitud discutible del encargado de la defensa del procesado".

El señor defensor del procesado Uribe Vásquez, doctor Carlos Arturo Gil, tomando pie en este último concepto del Tribunal, o sea, que "estas tres declaraciones son inoperantes para el fin que se persigue y ellas demuestran la presencia de una actitud discutible del encargado de la defensa del procesado", presentó denuncia por ca-

lumnia contra el Magistrado ponente doctor Vicente Vernaza Gómez, excluyendo de la acusación a los Magistrados doctores Antonio J. Vásquez Otero y Máximo H. Martínez, quienes firmaron, como campañeros de Sala del doctor Vernaza Gómez, el auto de proceder en donde aparecen los conceptos que el denunciante considera calumniosos.

No está por demás decir que la Corte es competente para conocer de la imputación que por calumnia hace el denunciante, pues, aunque este delito es común, en el caso a estudio está íntimamente ligado con las funciones propias del Magistrado acusado, como era la de revisar, en segunda instancia, un auto de proceder dictado por el Juez Superior del respectivo Distrito Judicial.

La Corte, sobre el particular ha sentado la siguiente doctrina:

"La falsedad, la calumnia y la injuria pueden realizarlas los particulares o los funcionarios.

"Pero si éstos las ejecutan en una función propia de su oficio, si alteran la verdad material o intelectualmente, o si emiten conceptos mendaces y lesivos de la honra ajena que van a desembocar o influir en la resolución de un negocio judicial, es claro que no se les puede quitar el carácter de cargos de responsabilidad a la falsedad o a las afirmaciones injuriosas o calumniosas, aunque el código las tipifique como delitos independientes".

Ahora bien: el señor Procurador Delegado en lo Penal, al referirse al delito de calumnia que el denunciante imputa al Magistrado doctor Vernaza Gómez, y que hace consistir en el pasaje del auto de proceder de segunda instancia transcrito anteriormente, hace un estudio tan juicioso y acertado del problema **sub judice,** que esta Sala comparte íntegramente y lo acoge como fundamento de su fallo sobre el particular.

Dice el señor Procurador:

"El artículo 333 del Código Penal configura así la calumnia:

"El que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento haga a otro la imputación falsa de un hecho personal concreto, que la ley haya erigido en delito, o que por su carácter deshonesto o inmoral, sea susceptible de exponerlo a la animadversión o al desprecio públicos, estará sujeto a prisión de seis meses a tres años y a la multa de ciento a dos mil pesos".

"El anterior precepto fue reformado por la Ley 29 de 1944 (artículo 23), pero sólo en cuanto a la calidad de la pena privativa de la libertad, que en vez de ser prisión la sustituyó por arresto, y en lo referente al derecho concedido al procesado para solicitar que se le conmute el arresto, o parte de él, por una sanción pecuniaria de dos pesos por cada día, a favor del calumniado, sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar.

"Por consiguiente, la figura típica de la calumnia quedó integrada en sus elementos constitutivos en la forma definida por el artículo 333 transcrito.

"Conforme a esta norma positiva, el elemento material u objetivo del delito consiste en la imputación de un hecho falso concreto, categórico, francamente afirmativo, que no suscite dudas acerca del propósito de atribuírlo a la persona que se siente ofendida en su integridad moral. Las simples suposiciones o hipótesis, las sospechas y cualquier estado de incertidumbre son penalmente indiferentes a este respecto. El que atribuye el hecho falso debe asegurar que existió realmente y que un sujeto determinado fue autor o partícipe de él.

"Esta es la llamada **calumnia manifiesta,** que es la única prevista por el Código Penal colombiano, el cual excluyó la calumnia denominada encubierta o equívoca, que consiste en formular la imputación de modo velado, indirecto, con rodeos o disfraces, como eludiendo la responsabilidad del acto.

"La exclusión se debe seguramente a que tal especie de calumnia encubierta se presta a muchas dificultades en la práctica, ya porque no hay certeza en cuanto a la cualidad del hecho imputado, por su vaguedad y carácter equívoco, o ya porque no se determina el sujeto pasivo objeto de la ofensa. Sólo una ulterior aclaración del responsable puede definir la cuestión para establecer si hay o no calumnia. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 112 del Código Penal argentino en los siguientes términos:

"El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá el mínimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta".

"Con todo, nuestro legislador instituyó la calumnia encubierta únicamente cuando ella se hace por medio de la prensa, pues el artículo 27 —inciso 2º— de la Ley 29 de 1944, que reglamenta la materia, dispone:

"Tampoco exime de responsabilidad el que la

calumnia o la injuria se produzcan empleando expresiones o medios indirectos, siempre que aparezcan los elementos constitutivos del delito y que la publicación se refiera de manera inequívoca al ofendido".

"Respecto al elemento subjetivo o doloso de la calumnia, radica simplemente en el conocimiento positivo de la falsedad que envuelve el hecho atribuído, y en la voluntad de imputarlo a una persona. Más claro: el dolo está en querer predicar del ofendido lo que se sabe que es falso, de tal suerte que hay una discrepancia entre lo que el agente afirma y lo que él sabe sobre el hecho concreto materia del ilícito. Por eso, la calumnia, a semejanza de la falsedad (que de ella tiene bastante), es un delito típicamente doloso, no susceptible de culpa ni de error.

"En consecuencia, si el presunto responsable, al afirmar el hecho falso, tiene la creencia real y fundada de que se refiere a algo verdadero, no comete calumnia.

"Para que exista calumnia —dice Eusebio Gómez— es esencial que la imputación sea hecha con el conocimiento de la falsedad del hecho que forma su objeto. El que de buena fe, por error excusable, formula imputación de un delito a una persona determinada, procede sin dolo".

"Y Cuello Calón dice también que "no hay voluntad delictuosa y, por tanto, no hay delito, cuando la falsa imputación se hace de buena fe o en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo".

"Aplicando estos principios al caso **sub judice,** se tiene:

"Cuando el Magistrado ponente doctor Vernaza Gómez dijo en su fallo que las declaraciones de Giraldo, Arana y Gómez eran inoperantes y demostraban "la presencia de una actitud discutible de la defensa del procesado", allí no hizo una afirmación categórica, concreta, determinada sobre un hecho falso, precisamente porque la expresión usada —"actitud discutible"— envuelve algo susceptible de controversia, algo que es dudoso e incierto, lo cual se opone al carácter rotundo y perentorio, que debe tener la calumnia manifiesta. Si el magistrado hubiera dicho, por ejemplo, que el defensor aleccionó o sobornó a los testigos para que declararan falsamente, entonces sí no habría duda acerca del aspecto objetivo del delito contra el patrimonio moral del representante del procesado, ni tampoco de la existencia del dolo.

"En esta forma "la imputación falsa de un hecho personal concreto" que exige el artículo 333 del Código Penal no se cumplió aquí.

"Y como dicho estatuto, para el caso de autos, no prevé la calumnia encubierta o equívoca, puesto que ella —se repite— sólo tiene operancia en los delitos cometidos por medio de la prensa, síguese que, por este otro aspecto, tampoco le cabe responsabilidad penal al Magistrado.

"En lo concerniente a la acción subjetiva o dolosa, hay que llegar a la misma conclusión. Porque si el Magistrado encontró pleno respaldo procesal en declaraciones de personas de reconocida honorabilidad para obtener la sincera certidumbre de que la señora víctima del homicidio, era una persona de excelentes cualidades morales, de limpia reputación y de honesta conducta en cuanto a su fidelidad como esposa, esa situación probatoria impelía y determinaba al funcionario a creer honradamente que los testimonios de Giraldo, Arana y Gómez resultaban inaceptables e inoperantes en orden a comprometer el honor sexual de dicha señora.

"De ahí que el párrafo tachado de calumnioso no sea más que el efecto de una severa crítica del juzgador sobre el valor de la prueba, crítica que es, cabalmente, una de las funciones propias de aquél en su noble y ardua tarea de fijar la verdad de los hechos y de impartir la justicia debida. Ese el fundamento para que el citado tratadista Cuello Calón diga muy bien que el dolo de la calumnia es inaceptable, si la imputación se hace de buena fe, o en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un cargo u oficio.

"En tales condiciones, es preciso admitir que de parte del funcionario acusado no hubo el perverso deseo ni la dañada intención de imputar un hecho falso, ni de lesionar la integridad moral del distinguido abogado autor de la querella.

"Así lo sostiene vehementemente el doctor Vernaza Gómez en su informe rendido al investigador.

"...Por mi parte —dice — como Magistrado ponente, tampoco pasó por mi mente irrogar una ofensa o hacer una alusión siquiera indirecta al defensor de Aicardo Uribe Vásquez, porque la misión del juzgador no es la de zaherir u ofender a las partes, sino la de buscar la verdad en el proceso y dar a cada cual el derecho que le corresponde".

"Y más adelante agrega que ni siquiera fue su voluntad poner en tela de juicio la reputación profesional del doctor Carlos Arturo Gil".

De lo anterior se deduce que el delito de calumnia imputado por el denunciante al Magistrado acusado no tiene existencia jurídica y, en consecuencia, debe ser favorecido con un sobreseimiento definitivo, por tal delito.

Segundo cargo.—Abuso de autoridad.

Sobre este punto dice el denunciante:

"Con un afán inexplicable el auto de proceder que contiene la calumnia contra mí, fue publicado en la revista que sirve de órgano de publicación al Tribunal Superior de Cali, denominada "Justicia", y de la cual acompaño un ejemplar para que sirva de prueba. Ese auto fue publicado cuando todavía estaba en reserva el sumario, pues no se había definido un recurso sobre restitución de su ejecutoria".

La supuesta violación de la reserva del sumario por parte del Magistrado doctor Vernaza Gómez, aparece totalmente desmentida, no sólo por el dicho del sindicado, sino con el testimonio del señor José Morante Bolívar, Relator por aquel tiempo de la Revista "Justicia", y con la diligencia de inspección ocular que se realizó en el proceso contra el señor Aicardo Uribe Vásquez.

Al efecto, el señor Morante Bolívar, declara así:

"En ejercicio del cargo de Relator del Tribunal antes mencionado, y para publicar la revista de dicho Tribunal a que alude la pregunta anterior, como de costumbre, fui a donde los señores Magistrados tanto de la Sala Penal como de la Sala Civil para que me dieran material para hacer la publicación mencionada. Llegué como de costumbre a donde el doctor Vernaza Gómez y le dije que si tenía algún estudio jurídico que mereciera la publicación de la revista. El doctor Vernaza Gómez me dijo que allí había varias providencias, que las estudiara y que si encontraba algo novedoso en ellas, esto es, puntos jurídicos que merecieran la publicación en la citada revista, sacara copia de ellas pero siempre y cuando que ya estuvieran ejecutoriadas y que no pertenecieran a la reserva del sumario. Tomé el libro copiador de autos que se lleva en la Sala Penal del Tribunal y entre otras providencias encontré la referente a la causa del señor Aicardo Uribe Vásquez, ya que en ella el Tribunal hacía un estudio a fondo de la ira e intenso dolor acogidos por el Juez de primera instancia, cosa ésta que me interesó sobre manera por ser en realidad de verdad un estudio novedoso en relación con dicho estado psíquico. Una vez que leí la providencia y más que todo el punto jurídico estudiado por el Tribunal, volví a donde el doctor Vernaza Gómez y le dije que esa providencia en mi concepto merecía la publicación en la Revista por contener ella un estudio a fondo de lo que es la ira e intenso dolor. El doctor Vernaza me dijo entonces que preguntara en la Secretaría si ya esa providencia estaba en firme a fin de que sacara la copia correspondiente para llevarla junto con el resto del material a la imprenta donde se edita la Revista. El Secretario de la Sala Penal me informó que ya estaba en firme la providencia, por lo cual hubo de sacarse la copia aludida. Y tan es esto así que la Revista en mención fue publicada en octubre de 1948. Agrego nuevamente, que es la costumbre del Tribunal la de esperar la ejecutoria de las providencias tanto penales como civiles, para publicarlas en la Revista, luégo de que el respectivo Magistrado autorice la publicación. En honor de la verdad y al juramento prestado declaro que no le ví ningún interés directo ni indirecto al Magistrado doctor Vernaza Gómez al autorizar la publicación de la providencia aludida, en la revista en mención, pues ésta se hizo como he dicho y repito, por contener ella un estudio jurídico, el que aparece publicado en forma de jurisprudencia".

Y en la inspección ocular, se expresa lo siguiente:

"El Juzgado, con la colaboración de los señores testigos actuarios, en vista de los autos y de las respectivas diligencias de notificación, deja constancia de que el auto del H. Tribunal Superior que reformó el llamamiento a juicio contra Aicardo Uribe Vásquez por homicidio, fecha veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, constatando los términos con el almanaque del referido año de 1948, quedó ejecutoriado el seis de abril, día martes, en virtud de que el cuatro fue feriado y no se cuenta, conforme a disposiciones legales del Código de Procedimiento Penal y por no existir en esa fecha ningún recurso pendiente contra esa providencia".

Con las anteriores pruebas se llega a la clara conclusión de que el auto de proceder de segunda instancia quedó ejecutoriado el 6 de abril de 1948; que esa providencia fue publicada en la Revista "Justicia" (Organo del Tribunal Superior de Cali) en el mes de octubre del mismo año (1948), es decir, cuando ya hacía seis meses que el proceso había salido del estado de sumario,

para convertirse en juicio. Y la publicación de las piezas de un juicio no constituye delito, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 276 del Código de Procedimiento Penal, 1º de la Ley 107 de 1943 y 34 de la Ley 29 de 1944.

Bastan estas consideraciones para considerar que el Magistrado doctor Vernaza Gómez no ha cometido hecho alguno que pudiera ser sancionado penalmente. Por lo tanto, debe finalizarse este proceso dando aplicación a lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

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, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Vicente Vernaza Gómez, Magistrado del Tribunal Superior de Cali, por los cargos de calumnia y abuso de autoridad que le imputó el doctor Carlos Arturo Gil en su denuncia de once de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, de los cuales se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA MILITAR PARA CONOCER DE UN PROCESO POR EL DELITO DE ROBO

Como ya lo ha dicho la Corte, "quiso el Gobierno, indudablemente, con el Decreto 3562 de 1949, proveer a la rápida represión de los delitos contra la propiedad, que han estado causando alarma justificada en la ciudadanía, por su frecuente ocurrencia. Pero talvez se consideró que no era la justicia militar la más indicada al efecto, no tanto por la falta de versación jurídica, sino más bien porque las milicias han de estar dedicadas a lo que es su destino propio y natural, que es la guarda del orden externo e interno por medio de las armas, que no a la tutela de los intereses civiles por medio de la aplicación de la ley en los estrados judiciales. Y por ello apenas les ha dejado unos cuantos delitos, taxativamente determinados, principalmente de los que afectan la seguridad interior del Estado".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio ocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Para que la Corte dirima la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito y el Juzgado Superior de la quinta Brigada se han enviado las presentes diligencias.

Hechos

Fernando Posada Botero el 7 de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve presentó denuncio criminal para que se adelantara la correspondiente investigación referente al siguiente hecho: "Que en la noche del 6 al 7 de diciembre se robaron del edificio Rasaver —segundo piso— varios bultos de mercancías, los cuales fueron avaluados en la cantidad de mil cuatrocientos pesos moneda legal".

15—Gaceta

Auto del Juzgado

El Juzgado 1º Penal del Circuito de Cúcuta en providencia de abril veintidós de mil novecientos cincuenta expresó:

"De acuerdo con los artículos 1º del decreto 3562 de 10 de noviembre y 1º del decreto número 3981 de diciembre 16 de 1949, corresponde el conocimiento de este negocio a la Justicia Penal Militar por ser mayor de un mil pesos la cuantía del ilícito". Y en consecuencia, ordenó pasar el negocio al comando de la 5ª Brigada de Bucaramanga por ser el funcionario competente.

Juzgado Superior Militar

En providencia de mayo veintidós de mil novecientos cincuenta este funcionario dijo:

"De conformidad con Decreto 1426 de 27 de abril del presente año, en su parágrafo del artículo 1º, en que se consideran de competencia de la Justicia Ordinaria los delitos de hurto y robo, envíanse las presentes diligencias al Juzgado de Circuito de Cúcuta, para su conocimiento".

Colisión de competencias

Como hubiera desacuerdo entre estos funcionarios el Juzgado de Circuito remitió las diligencias a la Corte para que se resuelva el incidente planteado entre la justicia penal ordinaria y la justicia militar.

Al resolver un problema similar, al que hoy se estudia la Corte expresó su pensamiento en la siguiente forma:

"El Gobierno, por medio del Decreto 3562 de 1949, radicó en los comandos de Brigada de las Fuerzas Militares de la República, "el conocimiento y juzgamiento", entre otros, de los delitos de "hurto y robo", por la "repetida comisión", por cuadrillas de malhechores, de incendios, asesinatos, robos, saqueos y otros contra la seguridad y los bienes de las personas".

"Este decreto fue aclarado por el 3981 del mis-

mo año, en el sentido de señalar como cuantía, para el hurto la suma de mil pesos y para el robo la de quinientos pesos.

"Y el decreto 1426 de 1950 estableció lo siguiente:

"Artículo 1º—A **partir de la vigencia de este decreto, las personas que cometan delitos contra la propiedad** —excepción hecha de los contemplados en el capítulo 5º, título XVI y libro segundo del Código Penal —serán juzgadas por los jueces competentes siguiendo el procedimiento señalado en los artículos 13 y siguientes de la ley 48 de 1936, aunque no exista contra ellos comprobación de antecedentes judiciales o policivos, pero las sanciones serán las previstas en el Código Penal, y las apelaciones y consultas se surtirán ante el inmediato superior.

"Parágrafo. El conocimiento de los delitos de hurto y robo que se había atribuído a la justicia militar por medio del decreto extraordinario número 3562 de 1949, pasará nuevamente a la justicia ordinaria, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 1º de este decreto". (Subraya la Corte).

"El Juzgado Segundo Superior dice que el precepto transcrito no tiene vigencia sino para los delitos cometidos después de la fecha de su expedición, como lo da a entender el artículo 1º, y como lo explica el parágrafo, que complementa el artículo en ese sentido, pues todo el estatuto habla de "personas" y de "delitos", pero no de "procesos".

"Pero este razonamiento no parece aceptable, puesto que de los delitos se conoce por medio de procesos que se adelantan contra las personas que los hayan llevado a cabo, y el término **conocimiento** se emplea en ocasiones, como la presente, en un sentido lato que comprende la instrucción y el juicio. Por lo cual estima la Corte que la competencia para conocer del negocio de que se trata pertenece a la justicia ordinaria, aquí el señor Juez 2º Superior de Bogotá, y no a la militar.

"En efecto, el artículo primero del decreto 1426 dice que a las personas que cometan delitos contra la propiedad **después** de la vigencia del decreto, las juzga la justicia ordinaria, puesto que así lo indica la expresión "a partir de la vigencia", esto es, que ese es el punto inicial del juzgamiento de los ladrones por los jueces comunes.

"Pero como por medio de un estatuto anterior se había atribuído ese juzgamiento a la justicia militar, el parágrafo explica el alcance del precepto, dándoles efecto retroactivo, para decir que a los autores de delitos de hurto y robo cuyo conocimiento se había atribuído a la justicia militar los juzgarían también los jueces comunes, pues que habla de esa competencia que **antes** se les había atribuído a los jueces castrenses para juzgarlos, si algo significa el antecopretérito ("había atribuído") y si algo enseña el adverbio de orden o tiempo "nuevamente".

"Quiso el Gobierno, indudablemente, con el decreto 3562 de 1949, proveer a la rápida represión de los delitos contra la propiedad, que han estado causando alarma justificada en la ciudadanía, por su frecuente ocurrencia. Pero talvez se consideró que no era la justicia militar la más indicada al efecto, no tanto por la falta de versación jurídica, sino más bien porque las milicias han de estar dedicadas a lo que es su destino propio y natural, que es la guarda del orden externo e interno por medio de las armas, que no a la tutela de los intereses civiles por medio de la aplicación de la ley en los estrados judiciales. Y por ello apenas les ha dejado el juzgamiento de unos cuantos delitos taxativamente determinados, principalmente de los que afectan la seguridad interior del Estado.

"Sentido que confirma el decreto 1534 de 1950 (mayo 9), al atribuírle una vez más a la justicia castrense el juzgamiento, entre otros delitos, de los de hurto y robo de cabezas de ganado mayor cometidos en las circunstancias previstas en el numeral 7º del artículo 398" del Código Penal, pero aclarando que de "los demás delitos de hurto y robo pasarán a la justicia ordinaria, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1º del decreto número 1426 de 1950" (D. O. número 27316 de 20 de mayo de 1950)".

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 de competencias en el sentido de declarar que es a la justicia ordinaria a quien corresponde conocer del presente negocio.

Remítanse estas diligencias al señor Juez 1º Penal de Circuito de Cúcuta para los fines legales y dése cuenta al señor Juez Superior Militar de la 5ª Brigada.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NO PUEDEN CONFUNDIRSE LAS CAUSALES DE RECUSACION DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS CON LOS MOTIVOS SEÑALADOS POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PARA QUE PUEDA CAMBIARSE LA RADICACION DE UN PROCESO NI PUEDE ACCEDERSE A ORDENAR ESE CAMBIO POR EL SOLO MOTIVO DE QUE LOS JUZGADORES A QUIENES CORRESPONDE O PUEDA CORRESPONDER EL CONOCIMIENTO PROFESEN IDEAS POLITICAS CONTRARIAS A LAS DEL PROCESADO

1—Las causales de recusación de que trata el artículo 73 del C. de P. P. no pueden confundirse con los requisitos expresamente establecidos por el artículo 58 del mismo estatuto procedimental para ser operante el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan causales de recusación contra un funcionario para conocer de determinado negocio penal, no es fundamento legal para el cambio de radicación del rsepectivo proceso.

2.—Acceder al cambio de radicación de un proceso únicamente porque los Jueces y Magistrados a quienes corresponde o pueda corresponder su juzgamiento profesan ideas políticas contrarias a las del procesado, sería sencillamente aceptar la falta absoluta de dignidad en los encargados de administrar justicia. Y es forzoso presumir que los ciudadanos que ejercen la judicatura son personas de la más recta honorabilidad en quienes la sociedad tiene plena confianza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

El señor Director del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud formulada por el señor Alejandro Mosquera Mena sobre el cambio de radicación del proceso que por el delito de peculado se sigue contra dicho ciudadano en el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Quibdó.

Corresponde a la Corte emitir su concepto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

La petición está acompañada de los siguientes documentos:

a) Certificado del Juez y Secretario del Juzgado Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en el cual consta que en dicho Juzgado se adelanta un proceso contra el señor Alejandro Mosquera Mena, por el delito de peculado; que en dicho proceso se dictó auto de proceder contra el sindicado; y, que al serle notificado al procesado Mosquera Mena el auto de proceder, no designó defensor y pidió al Juzgado se le designara de oficio;

b) Un ejemplar del periódico "Derechas", correspondiente al número 44, de 12 de mayo del año en curso, donde aparece publicada una "Carta abierta" dirigida a los señores Presidente de la Corte Suprema y Ministro de Justicia, suscrita por el señor Marco T. Murillo C., en donde denuncia alguna actuación de los Magistrados —de filiación liberal— del Tribunal Superior de Quibdó, y anuncia que recusará "a todos y cada uno de los Jueces liberales para conocer de los negocios contra los hombres de mi partido"; y

c) Las declaraciones de los señores Celestino Mosquera C., Alfredo Cañadas, Luciano Asprilla Dávila, Natalio Quesada M., Manuel Lozano Pernet y Eleázar Valencia, recibidas por el señor Juez del Circuito Penal de Quibdó, con las cuales el peticionario pretende demostrar la conveniencia del cambio de radicación del proceso en referencia.

Motivos del cambio de radicación

El señor Mosquera Mena aduce como motivos para que se opere el cambio de radicación, el hecho de que tanto el Juez Superior como la mayoría de los Magistrados del Tribunal del Dis-

trito Judicial de Quibdó, "han demostrado su sectarismo y beligerancia política contra el suscrito por no ser de su filiación partidista". Afirma el señor Mosquera que los actuales Jueces y Magistrados del referido Distrito Judicial, "no hacen más que seguir las consignas de las directivas liberales comunistas, y como uno no se deja matar por sus sabuesos, lo encarcelan, en cualquier forma".

Se considera:

Con los documentos allegados a las presentes diligencias, Alejandro Mosquera Mena 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 del proceso de que se ha hablado.

Tanto la "Carta abierta", publicada en el periódico "Derechas", dirigida a los señores Presidente de la Corte y Ministro de Justicia, como las declaraciones traídas por el peticionario, pretenden establecer falta de imparcialidad de los Jueces y Magistrados de filiación liberal, que ejercen sus funciones en el Departamento del Chocó, por el hecho de haberse negado "a nombrar las comisiones escrutadoras para comprobar la elección del eximio dirigente de las derechas colombianas doctor Laureano Gómez".

Según el signatario de la carta, "estos hechos demuestran que la mayoría del Tribunal Superior del Chocó obra con moral política. De suerte, pues, que yo, como legítimo representante de mi partido en el Chocó, recuso a todos y cada uno de los Jueces liberales para conocer de los negocios contra los hombres de mi partido".

Los anteriores conceptos expuestos en la carta en referencia, sirvieron de fundamento al señor Mosquera Mena para solicitar el cambio de radicación del proceso que se le sigue por el delito de peculado, pues, refiriéndose a ello manifiesta que "salta a la vista que mi pedimento se basa en un todo en motivos netamente de orden público y social".

No puede aceptarse que por el hecho de que algunos Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó no hubieran nombrado las comisiones escrutadores a que se refiere el señor Marco T. Murillo C. en su carta publicada en el periódico "Derechas", y los declarantes en sus respectivas exposiciones, sea tal omisión indicativa de sectarismo político por parte de los funcionarios jurisdiccionales; ni mucho menos que aquello indique falta de imparcialidad por parte de tales funcionarios en el juzgamiento de los procesados que pertenezcan a un partido político distinto del que puedan tener los Jueces y Magistrados. Sería sencillamente aberrante que por los encargados de administrar justicia en cargos de tan acentuada responsabilidad, como son los de Jueces y Magistrados, se tuviera en cuenta la filiación política de un procesado para sancionarlo indebidamente o para pasar por alto las infracciones sancionadas por la ley.

Si el señor Mosquera Mena considera que entre los Jueces y Magistrados a quienes corresponde el estudio y resolución del proceso que se le adelanta por el delito de peculado, existe enemistad grave, tiene el derecho de recusarlos de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Pero las causales de recusación de que trata el artículo 73 citado, no pueden confundirse con los requisitos expresamente establecidos por el artículo 58 del mismo estatuto procedimental, para ser operante el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan causales de recusación contra un funcionario para conocer de determinado negocio penal, no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso.

En el caso a estudio no aparece que el delito —peculado—por el cual se sindica al señor Mosquera Mena sea de excepcional gravedad que haya conmovido la opinión pública, ni que en forma directa o indirecta haya sido consumado bajo el influjo de las pasiones políticas. Caso en el cual bien podría prosperar el cambio de radicación para sustraer su juzgamiento del Distrito Judicial donde el hecho —en tales circunstancias— se cometiera. Pero acceder al cambio de radicación de un proceso únicamente porque los Jueces y Magistrados a quienes corresponde o pueda corresponder su juzgamiento, profesan ideas políticas contrarias a las del procesado, sería sencillamente aceptar la falta absoluta de dignidad en los encargados de administrar justicia. Y es forzoso presumir que los ciudadanos que ejercen la judicatura son personas de la más recta honorabilidad en quienes la sociedad tiene plena confianza.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación de la causa seguida ante el Juzgado Superior de Quibdó, contra el señor Alejandro Mosquera Mena, por el delito de peculado.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

Según el precepto del artículo 172 del Código Penal, comete abuso de autoridad el funcionario o empleado público "que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado". Es decir, que tánto abusa de su autoridad el que simplemente no cumple con sus deberes, el que por desidia no los lleva a término (omite), como el que se niega a realizarlos (rehusa), y también el que difiere o se demora en su ejecución (retarda).

En relación con la prueba, fácil resulta allegar la de la omisión o del rechazo, porque tanto la una como el otro traducen actitudes del funcionario o empleado francamente opuestas a un precepto legal que le imponía el deber de actuar en determinado sentido, no susceptible de interpretación o duda. No así el retardar, porque el diferir o aplazar el acto puede obedecer a múltiples causas que descartan el dolo, la desidia o negligencia del funcionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, catorce de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Cartagena sobreseyó definitivamente en favor del Juez Primero Superior del mismo distrito, doctor Carmelo Saladen Marrugo, por el delito de abuso de autoridad, en providencia de 12 de septiembre último, que fue apelada por el fiscal 2º del mismo Tribunal.

De los autos resulta probado:

a) El Fiscal mentado, en oficio de 7 de octubre de 1947, le pidió al Juez 1º Superior de Cartagena que se trasladara al municipio de San Pelayo, con el fin de que investigara el grave atropello de que había hecho víctima el Jefe de Policía en dicho lugar al Juez del Circuito de Cereté, pues asesorado de unos agentes le había arrebatado documentos importantes para el esclarecimiento de los hechos delictuosos en que aparecía como culpable el alcalde del pueblo (f. 1).

b) A los dos días contestó el Juez Superior diciendo que no podía trasladarse a San Pelayo, porque el cúmulo de asuntos urgentes le impedía abandonar el despacho y porque los trámites para el viaje en lo referente a viáticos constituían una dificultad perjudicial, por lo cual optó por dirigirse al Procurador General de la Nación (fs. 9 y 40).

c) En efecto, en telegrama del 9 de octubre le da cuenta de los hechos al Procurador y le pide que, dada la gravedad de los mismos y sus consecuencias, ayude a obtener la "pronta intervención" de un funcionario investigador de insospechables condiciones de "rectitud, imparcialidad y competencia" (f. 39).

d) Como, según dijo, no había recibido respuesta del Procurador, resolvió dictar un auto para comisionar al Juez 16 de Instrucción Criminal, residente en Cartagena, "para que instruya el correspondiente sumario por los delitos denunciados" y dio aviso al Gobernador para que autorizara el cumplimiento de la comisión. La providencia lleva fecha de 5 de diciembre (f. 21).

e) Hechas las gestiones ante el Gobernador, fue designado el Juez 16 de Instrucción para que investigara los hechos y se le entregaron las diligencias el 12 de marzo de 1948. Pero dicho funcionario las devolvió el 10 de junio siguiente sin cumplir la comisión, alegando la necesidad de atender a otros sumarios surgidos con motivo de los acontecimientos del 9 de abril (fls. 21 y v.).

f) El 24 de marzo del mismo año antepasado, el Juez Superior insistió ante el Procurador sobre el envío de un "funcionario especial encargarse investigación sucesos San Pelayo", encareciéndole la "urgencia envío dicho funcionario" (f. 39).

Se considera:

[illegible] plausible la conducta del funcionario porque objetivamente no cumplió [illegible] eres que la ley le imponía al recibir una [illegible]ia criminal, y no de un simple particular, [illegible] de un agente del ministerio público, encargado, como representante de la sociedad, de

procurar "la sanción de los infractores de la ley penal" (artículos 92 y siguientes del C. de P. P.). Es más, sin la denuncia del Fiscal tenía obligación el Juez de iniciar "de oficio" la instrucción del sumario, o poner el hecho delictuoso en conocimiento de la autoridad competente (artículo 10 ibídem).

Laudable parece, en cambio, el empeño del representante de la sociedad porque se obtuviera la sanción de los infractores de la ley penal en su distrito, pues con ello no ha hecho otra cosa que cumplir con elementales deberes de su cargo.

Pero no encuentra la Corte motivos suficientes para fundar un enjuiciamiento del juez acusado, en lo cual está de acuerdo con la Procuraduría, pues no se hallan acreditados los elementos constitutivos de un abuso de autoridad por actos negativos, en la modalidad del artículo 172 del código penal, que sería la cumplida en el caso que se estudia.

Según tal precepto, comete abuso de autoridad el funcionario o empleado público "que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado". Es decir, que tánto abusa de su autoridad el que simplemente no cumple con sus deberes, el que por desidia no los lleva a término (omite), como el que se niega a realizarlos (rehusa), y también el que difiere o se demora en su ejecución (retarda).

En relación con la prueba y, siguiendo el pensamiento del Procurador, fácil resulta allegar la de la omisión o del rechazo, porque tanto la una como el otro "traducen actitudes del funcionario o empleado francamente opuestas a un precepto legal que le imponía el deber de actuar en determinado sentido, no susceptible de interpretación o duda. No así el retardar, porque el diferir o aplazar el acto esperado puede obedecer a múltiples causas que descartan el dolo, la desidia o negligencia del funcionario".

Sobre estas bases doctrinarias comenta el señor Procurador el caso que se estudia:

"En el presente asunto el Juez doctor Saladén Marrugo no omitió ni rehusó darle curso a la denuncia del señor Fiscal, puesto que ejecutó actos positivos encaminados a poner en marcha la investigación pedida, como fueron el [illegible] al Procurador General sus bue[illegible] el envío, con carácter apremiante, de un Juez instructor especial, y el de haber comisionado al Juez 16 de Instrucción Criminal, cuando vio que de Bogotá no llegaba el investigador requerido con tanto ahinco.

"Y no hubo tampoco retardo doloso ni culposo de su parte, porque si la investigación sufrió demoras en iniciarse, ello se debió precisamente a factores extraños a la voluntad del Juez Primero Superior. Esos factores consistieron en la no llegada del investigador especial procedente de la capital y en no haber podido el Juez 16 comisionado por la Gobernación cumplir el encargo que le confió el Juez doctor Carmelo Saladen en su auto de 5 de diciembre de 1947.

"Por otra parte, dadas las extraordinarias circunstancias ambientales que imperaban en San Pelayo y el hecho especialísimo de tener las autoriades de allí algún nexo con la investigación que iba a iniciarse, el camino más indicado para el buen éxito de la misma, era el que adoptó el Juez acusado, de pedir un funcionario instructor competente, de indiscutible probidad y alejado totalmente del medio en que iba a actuar.

En resumen: las providencias que tomó el Juez doctor Saladén Marrugo para atender a la denuncia del señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena, y la alteza de miras que él tuvo para que la investigación no fuera a fracasar, son factores incompatibles con la rebeldía o desidia que reprime el artículo 172 del Código Penal. En consecuencia, ese funcionario no cometió delito alguno" (fs. 6 y 7 del cuaderno de la Corte).

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, CONFIRMA el sobreseimiento definitivo de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Para que la Corte emita el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia ha enviado la solicitud formulada por el doctor Germán Cruz Perdomo, a fin de que el Gobierno ordene el cambio de radicación del proceso criminal que se adelanta en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga, contra el señor Pablo Julio Campo Rivera, por el delito de homicidio.

El peticionario expone como razones para fundamentar su pretensión, las siguientes:

1ª Que en el Juzgado Primero Superior de Buga se adelanta la causa contra el señor Pablo Julio Campo Rivera, por homicidio en las personas de Leonidas Antonio y Francisco Pulgarín, hechos que se consumaron en la tarde del 25 de marzo de 1949, frente a la hacienda denominada "San Rafael", de propiedad del padre del procesado y administrada por éste;

2ª Que la decisión última del referido negocio corresponderá al Jurado popular, "circunstancia ésta —dice el peticionario— que me parece conveniente subrayar desde ahora, porque ella resulta de interés para efectos de la solicitud" sobre cambio de radicación del mentado proceso;

3ª "Los occisos Pulgarín —continúa el doctor Cruz Perdomo— pertenecen a una familia liberal y eran parientes cercanos de un líder político de dicha causa, el señor Germán Pulgarín, Diputado principal a la Asamblea del Valle del Cauca y jefe beligerante, de ejecutorias bien conocidas en la región. Por su parte, el señor Campo Rivera, aun cuando hijo de un prócer conservador, ha sido también de filiación liberal, concejal de la ciudad de Buga, pero de una extracción económica y social muy diferente —por no decir antagónica— a la de los anteriores. Lo que quiere decir que entre las partes interesadas en el proceso no es conjeturable una oposición que pueda tener origen en las ideologías y habituales luchas entre nuestros dos grandes partidos tradicionales, pero sí una notoria pugnacidad derivada de aquella malaventurada lucha de clases que el país viene conociendo y sufriendo desde hace varios años, y que en el Departamento del Valle, y especialmente en Buga, asume cada día caracteres más alarmantes y peligrosos".

Enumera luégo los hechos y manifestaciones que, en su concepto, inducen a creer que en el desarrollo de la causa criminal contra el señor Campo Rivera, la lucha de clases puede influir en detrimento de la justicia, así:

"**El Renacimiento,** periódico de Buga, dio una relación de los hechos en que perdieron la vida los Pulgarín a manos del señor Campo Rivera, y la cartelera en que se anunciaba el contenido de la hoja periodística fue destruída por airados manifestantes, quienes la sustituyeron por alusiones violentas contra el agresor, como "asesino", "rico privilegiado, que se creía a salvo de la justicia por razón de su solvencia económica".

En el sepelio de los Pulgarín se produjo una manifestación popular y en ella se lanzaron gritos e injurias alusivas a la posición social y económica del procesado, "contra quien se clamaba venganza, acción dura y enérgica de las autoridades, sanción no con espíritu de justicia sino con ánimo de retaliación".

"Y como es precisamente —termina el peticionario— del núcleo social de donde parten tan notorias manifestaciones de hostilidad, rencor y deseo de venganza, de donde también deberán escogerse los jueces de hecho llamados a fallar en la causa de la referencia, aparece claro que la justicia, en defensa de sus fueros sociales, de su ideal moral y jurídico y de su independencia, debe estar consecuencialmente interesada en remover todos los obstáculos que puédan presentarse para su recta aplicación, aun cuando sólo sea para consolidar y mantener en el espíritu de los asociados la absoluta confianza en su imparcialidad, y en la serenidad de sus decisiones".

Por último, el peticionario, para ponderar la intromisión de la lucha de clases en el negocio de cuyo cambio de radicación se trata, transcribe una parte de una vista del Fiscal del Juzgado Primero Superior de Buga en el citado negocio, que dice:

"Respecto al sindicado Campo —dice el señor Fiscal en el concepto cuya copia acompaño a este escrito— es hijo del doctor Luis Felipe Campo y de la señora Matilde Rivera de Campo. El doctor Luis Felipe Campo es reputado como poseedor de una gran fortuna representada en varias haciendas muy grandes cubiertas de ganadería seleccionada y de una solvencia efectiva elevada; posee una esmerada cultura y su refinamiento espiritual doblega en admiración a las personas que lo tratan. Se ignora de su altruísmo como también de su espíritu público, ya que los funcionarios investigadores, posiblemente por creérlo inconducente, no averiguaron al respecto, y por este motivo no se sabe si con esa gran fortuna ayuda o ha protegido a los hospitales, planteles de educación o establecimiento alguno de caridad. Existe a ese respecto un angustiado interrogante".

Pruebas

A la solicitud de cambio de radicación, se acompaña lo siguiente:

a) Certificado del Juzgado Primero Superior de Buga, en el que consta que la causa por homicidio contra el señor Pablo Julio Campo Rivera, cometido en las personas de Francisco y Antonio Pulgarín, el día 25 de marzo de 1949, se adelanta en ese Despacho; que el procesado se encuentra detenido en la cárcel de ese Distrito Judicial por la misma causa, y que el doctor Gerardo Cruz Perdomo, es su defensor;

b) Declaraciones rendidas ante autoridad competente, por los señores: Célimo Bejarano, Miguel Angel Bejarano, Aurelio Guato, Aureliano Giraldo Arango, Marco Tulio Grisales H., José Valencia L., Eduardo Antonio Arias, Luis Ignacio Campo R., Germán Cortés, Luis Ernesto Herrera, Leonardo Marino Arango, José María Herrada y José María Campo R., personas de reconocida honorabilidad, según certificaciones de las autoridades que recibieron los testimonios, con los cuales el peticionario establece, en forma suficiente, la veracidad de las afirmaciones hechas en el escrito en que formula la solicitud;

c) Un certificado del Personero Municipal de Buga, en el cual manifiesta que le correspondió, como Alcalde de la misma ciudad, iniciar el sumario contra don Julio Campo Rivera, por la muerte de Francisco y Antonio Pulgarín y que, "por esa circunstancia y por haber permanecido desde entonces hasta la fecha, en esta ciudad de Buga, ha podido darse cuenta de que en torno a ese proceso han ocurrido manifestaciones que demuestran inequívocamente la existencia de marcados prejuicios de carácter económico y social contra el sindicado Campo Rivera y su familia, lo que ha creado un ambiente adverso a la causa, suficiente a influír en las decisiones del Tribunal popular".

Se considera:

Es indispensable para cambiar de radicación un proceso por circunstancias inherentes a la presunta coacción social que pueda presentarse contra los encargados permanentes—Jueces—o transitorios —Jurados— de administrar justicia, que las causas alegadas demuestren verdaderamente la posibilidad de que aquella situación se produzca y ella obligue a sustituir los jueces habituales del ilícito por razón del territorio, por otros sobre quienes ninguna coacción moral o física se ejerza.

En el presente caso las pruebas aportadas a la solicitud de la defensa para el cambio de radicación, expresan que dadas las condiciones de ambiente en que tienen que actuar los Jueces no es imposible que la lucha enconada de sentimientos clasistas determine repercusiones peligrosas o excesivas en la marcha imparcial de la justicia, que la interfieran en el cumplimiento ecuánime de sus funciones.

No se compadece, precisamente, con el criterio de ecuanimidad y de absoluta imparcialidad que debe ser propio de los empleados judiciales o del Ministerio Público, encargados de una determinada causa criminal, estampar conceptos ajenos a los mismos acontecimientos que traduce el proceso y que en no pocas circunstancias parece que se formulan con la única finalidad de conjugar el concepto de los funcionarios que en aquél, por uno u otro motivo intervienen, con el sentimiento pasional que el delito pudo producir en determinados sectores sociales del lugar de su realización.

Eso acusa, por lo menos, un estado de parcialidad tanto más peligroso cuanto mayor extensión tenga la división misma que en el seno de la sociedad afectada por el delito haya éste producido como reacción popular en sentido contrario a los intereses de la justicia, la cual debe juzgar con ánimo desapasionado y atenta únicamente al cumplimiento rígido de la ley.

Se ve muy claro que existe en este proceso un ambiente impropio para la imparcial administración de justicia y cuando un hecho de tal índole

está comprobado, es menester recurrir a los medios legales que permiten sustraerlo de toda posible intervención de factores extraños a la rectitud e imparcialidad que debe distinguir cualquier decisión judicial.

Es verdad que la defensa podría hacer uso de los recursos que la ley brinda para separar a los funcionarios que considere prevenidos en contra de los intereses de la parte que representa y que hayan ido en sus apreciaciones más allá del justo límite de sus facultades legales al conceptuar sobre la materia jurídica del proceso. Pero es también evidente que no es posible conocer hasta qué punto aquella arbitraria forma de proceder por parte de algún funcionario —en este caso el Fiscal del Juzgado Primero Superior de Buga— haya surgido de la presión creada por el pugnaz ambiente en que se desenvuelve la acción judicial en el proceso cuyo cambio de radicación se ha solicitado.

Todos estos factores hacen aconsejable que la Corte emita concepto favorable a aquella petición, con lo cual se logra quitar desde ahora a la recta administración de justicia en este caso cualquier motivo de sospecha que conduzca a restar imparcialidad a la decisión final que sobre el proceso haya de recaer.

Dadas estas consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— es de parecer que el negocio seguido contra el señor Pablo Julio Campo Rivera, por homicidio en las personas de Leonidas Antonio y Francisco Pulgarín, sea cambiado de radicación a un Distrito Judicial distinto de aquel en que en la actualidad se adelanta.

Cópiese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE NIEGA LA REVISION DE UNA PROVIDENCIA SOBRE LIBERTAD PROVISIONAL, REVISION SOLICITADA DURANTE EL RECURSO DE CASACION

La Corte, cuando actúa como tribunal de casación, no puede revisar la providencia que el Tribunal profirió durante la segunda instancia del proceso para resolver lo relativo a la libertad provisional del procesado, porque la Corte sólo puede decidir recursos de apelación oportunamente interpuestos en asuntos fallados por los Tribunales en primer grado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El abogado doctor Pablo Salah Villamizar, apoderado de Alejandro Vargas Insignares para sostener ante la Corte el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Barranquilla que lo condenó por homicidio a ocho años de presidio, solicita lo siguiente:

a) Que se modifique la obligación de presentación cada tercer día que se le impuso en el auto del 23 de abril del año pasado por el cual se le concedió, por causa de pena cumplida (artículo 411, C. P. P.), la libertad provisional, y en su lugar, que tal presentación se haga cada quince o veinte días;

b) Que se declare insubsistente la obligación consistente en la prohibición de concurrir a lugares en que se expendan bebidas embriagantes, y

c) Que en caso de decisión favorable, se conceda al procesado Vargas el viajar a esta ciudad para fines de su defensa.

Como elementos de juicio, la Corte enumera los siguientes:

a) El Juez 1º Superior de Barranquilla, en sentencia del cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, condenó a Alejandro Vargas Insignares —con base en los artículos 28 y 362 del Código Penal— a la pena de cuatro años de presidio, por el homicidio en Wilfredo Donado el día 27 de febrero de 1945 en la plaza de mercado de la ciudad de Barranquilla;

b) El mismo Juez en auto del veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y nueve concedió a Vargas Insignares, la libertad provisional, mediante fianza de cinco mil pesos, por haber sufrido más de cuatro años en detención preventiva;

c) En el auto mencionado se impusieron a Vargas las obligaciones de residir en Barranquilla durante el proceso, de no cambiar de domicilio sino previo aviso, de presentarse los lunes y jueves de cada semana ante el funcionario que conozca del proceso, de no concurrir a lugares en que se expendan bebidas embriagantes, y finalmente, de observar buena conducta;

d) El Tribunal Superior, en sentencia del primero de marzo del año en curso, y considerando que Vargas no dio muerte a Donado en las circunstancias del artículo 28, reformó la sentencia de primer grado, en el sentido de aumentar a ocho años de presidio la pena impuesta por el Juez, y

e) Los abogados de los hermanos del occiso que representan la parte civil, y también el procesado, interpusieron recurso de casación contra la referida sentencia.

No es admisible la anterior solicitud, porque la Corte sólo puede decidir recursos de apelación —oportunamente interpuestos— en asuntos fallados por los Tribunales en primer grado. Ello significa que carece de competencia para revisar un acto que no tiene aquella condición y que, si la tuviera, no fue en tiempo legal impugnado. Revisar, pues, la providencia del Tribunal (aquí entidad de segundo grado), por la cual concedió a Vargas Insignares la libertad provisional, sería actuar en un tercer grado, no creado en la ley procesal.

La Corte observa, finalmente, que si el Tribunal, en abril del año pasado, pudo —en consideración a la pena impuesta en el fallo de primer grado— otorgar a Vargas la libertad provisional, frente a la de segundo grado que aumentó la pena,

la situación del procesado (en relación con esa gracia) ha tenido una seria modificación, que imposibilitaría —si la petición fuera viable— la reforma de dicha providencia.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara inadmisible la solicitud de que se modifique el auto del Tribunal de Barranquilla que concedió a Alejandro Vargas Insignares la libertad provisional.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.



NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

1.—La libertad provisional que la ley concede a quienes han estado detenidos durante un tiempo igual al que se les haya fijado como pena en el fallo aún no ejecutoriado por causa de recurso, se funda en el factor "tiempo" más que en la entidad del delito y la peligrosidad del sentenciado, elementos éstos que sí son de obligada consideración cuando la concesión de esa libertad se apoya en motivos distintos.

2.—Al reformar el Tribunal la sentencia del Juez de primer grado en el sentido de aumentar la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, habría podido revocar la providencia de libertad provisional que el Juez había proferido con fundamento en que el tiempo de pena impuesto ya había sido cumplido con detención provisional, y no sería óbice para el cumplimiento de esta providencia que revocaba la libertad provisional, el hecho de que la sentencia de segunda instancia no estuviera todavía ejecutoriada porque contra ella se había interpuesto un recurso de casación todavía no decidido por la Corte.

3.—Dado el carácter del recurso de casación, de contenido eminentemente jurídico, la presencia del procesado en la sede de la Corte no es indispensable.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Corte decide aquí el recurso de reposición que el abogado de Alejandro Vargas Insignares promovió contra el auto de diez y seis de junio, por el cual no admitió la solicitud de que se modificaran las condiciones que, al concederle la libertad provisional por pena cumplida, le impuso el Tribunal de Barranquilla.

Funda el mencionado recurso en las razones que en seguida se extractan:

a) Que no pidió reforma, como lo entendió la Sala, del auto del Tribunal por medio del cual le concedió la libertad provisional, sino de las condiciones que se le impusieron, las cuales pueden modificarse por cuanto son accesorias y muy diferentes a la concesión de aquella libertad;

b) Que tales condiciones son del arbitrio del funcionario que las concede en consideración a la personalidad del beneficiado y a la entidad del hecho incriminado;

c) Que el título legal (sentencia) que permitió la concesión de la libertad provisional está vigente, porque aquélla no está aún ejecutoriada;

d) Que Vargas no se obligó a presentarse ante el Juez, ni ante el Tribunal, sino ante el funcionario que está conociendo del proceso, y

e) Que siendo la Corte la entidad que en la actualidad tiene el conocimiento, es ante ella ante la que debe hacerse tal solicitud, y ella la que puede reformar las condiciones, ya que Juez y Tribunal han perdido la jurisdicción.

Considera la Corte que estas razones son, en el fondo, análogas a las expuestas en la solicitud primitiva y que, por ello, no dan lugar a la modificación del auto recurrido, como en seguida se explica.

Del examen del proceso contra Vargas se tiene lo siguiente:

a) El Juez 1º Superior de Barranquilla lo condenó el 5 de noviembre de 1948 —con base en los artículos 28 y 362 del Código Penal— a la pena de cuatro años de presidio;

b) El Tribunal Superior, cuando por apelación y consulta conocía de la mencionada sentencia, concedió a Vargas la libertad provisional por haber estado detenido más de cuatro años, y

c) El mismo Tribunal, posteriormente, el primero de marzo del presente año, dejando de aplicar el artículo 28, aumentó a ocho años la pena de presidio.

La libertad provisional que la ley concede a quienes han estado detenidos durante un tiempo igual al que se les haya fijado como pena en fallo aún no ejecutoriado por causa de recurso

—como es el caso— se funda en el factor "tiempo" más que en la entidad del delito y la peligrosidad del sentenciado, elementos éstos que sí son de obligada consideración cuando la concesión de esa libertad se apoya en motivos distintos.

Ella se puede otorgar —según el artículo 411— antes de calificarse el sumario o de fallarse la causa, esto es, antes de dictarse auto de proceder o sentencia y mediante determinadas condiciones, entre ellas la del domicilio obligado, la de presentación periódica ante la autoridad y la de buena conducta según la noción que —aunque no taxativamente— fija el Código Penal (artículo 55).

Se puede también cancelar en cualquier tiempo, de oficio a solicitud de parte —según el artículo 416— si en el proceso se comprueba que el delito investigado o el procesado están excluídos de la excarcelación.

Aplicadas las normas acabadas de resumir, resulta que el Tribunal, al reformar la sentencia del Juez, hubiera podido revocar la providencia de libertad provisional, por cuanto su fundamento, es decir, la igualdad del tiempo de pena y el de la detención cumplida, ya había dejado de existir; significa esto que, por tal causa, el procesado Vargas se halla en una posición privilegiada que el fallo de la Corte puede modificar o ratificar.

De aquí se deriva lo inaceptable de la tesis —en apoyo de la reposición— de que el Título legal que permitió la concesión de la libertad está vigente por cuanto no hay sentencia ejecutoriada, ya que si fuere así porque el Tribunal hubiera confirmado la del Juez y la sentencia de segundo grado no se hubiera impugnado, la libertad decretada habría sido la definitiva y no la provisional.

Las razones anteriores reafirman aún más la decisión de la Corte al rechazar la solicitud del representante de Vargas, la que —aunque se suponga lo contrario— va dirigida a cambiar las condiciones en que el Tribunal fundó la concesión de la libertad provisional, sin que pueda argüirse —lo que no es jurídico— la independencia entre la libertad y las condiciones al menos en este caso, pues si éstas son facultativas, el haberlas impuesto implica una conexión necesaria con el beneficio otorgado; cambiar esas condiciones, por lo tanto, es cambiar la providencia del Tribunal mediante la cual fueron fijadas en apoyo de la libertad otorgada.

Aún aceptando —aunque sólo como hipótesis— que la Corte es el Juez del proceso, que ante ella debe el libertado cumplir el deber de presentarse, que ella puede dar licencia para cambiar la residencia y que es la única competente para resolver las peticiones del procesado porque Juez y Tribunal han perdido la jurisdicción, el hecho de que el Tribunal haya aumentado la pena y desaparecido, por lo tanto, la base de la libertad provisional concedida, refuerzan la inadmisibilidad de la solicitud.

Se observa, finalmente, que dado el carácter del recurso de casación, de contenido eminentemente jurídico, la presencia del procesado en la sede de la Corte no es indispensable, y que si las condiciones que el Tribunal impuso al procesado parecen excesivas son las que ordinariamente se exigen en casos análogos como garantía de buena conducta.

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, no repone su auto del diez y seis de junio del presente año.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA MILITAR. — DELITO DE ENCUBRIMIENTO.—EN EL CODIGO PENAL VIGENTE, EL HECHO EN QUE EL ENCUBRIMIENTO CONSISTE, AUNQUE SE PRESUME LA EXISTENCIA DE UN DELITO ANTERIOR, ES, EN CUANTO AL CASTIGO, UNA INFRACCION AUTONOMA DE LA INFRACCION PRINCIPAL

El delito de encubrimiento, tal como lo consagra el Código Penal de 1936, en cualquiera de sus modalidades que se determinan en los artículos 199 al 202, está estructurado como entidad jurídica independiente, o mejor, como delito autónomo, en forma distinta a como lo hacía el Código derogado de 1890, en el cual había encubridores, pero no existía delito propiamente dicho de encubrimiento. De aquello se ocupaba el viejo estatuto en la Parte General, cuando, después de definir en el título segundo, "De los delincuentes", las personas punibles, determinaba en el artículo 22 los autores del delito; en el 23, los cómplices; en el 24, los auxiliadores y fautores; y en el 25, los encubridores.

Por consiguiente, esta modalidad hacía parte del concepto general de la complicidad dentro de aquel estatuto. En cambio, en el Código Penal vigente, el delito se estructura como hecho autónomo, con independencia de la infracción principal de la cual pueden derivarse las consecuencias punibles que resultan de la receptación o favorecimiento, modalidades que están implícitas en las normas que sancionan el encubrimiento en el Capítulo IV, Título IV, del Código Penal. bajo el rubro de "Delitos contra la administración de justicia".

Por ello, aunque no puede perderse de vista el carácter secundario del delito de encubrimiento, con respecto a un hecho principal, al cual va unido por una relación de dependencia, la verdad es que en el Código Penal vigente, aunque se presume la existencia de un delito anterior, el hecho en que el encubrimiento consiste es un delito PER SE y, por lo tanto, resulta imposible aceptar que dentro de la estructura del Código Penal en vigencia, un acto así, autónomo, en aquel sentido, de la infracción principal, pueda quedar supeditado a las contingencias que aquélla corra, bien sea en orden a la investigación del hecho o al castigo de los presuntos autores o partícipes del mismo.

El delito de encubrimiento, como lo definen los doctrinantes, es aquel que se consuma después de un delito principal, y sin que el agente hubiera comprometido su actuación con anterioridad o simultaneidad al mismo, oculta, favorece o facilita la fuga del delincuente, borra los rastros o huellas, esconde los objetos sustraídos o instrumentos con que se perpetró el delito o realiza otros actos análogos destinados a favorecer a los delincuentes o a entorpecer la acción de la justicia.

Por eso dice algún autor que "en este delito se perfila con claridad su independencia, que ataca al principio de autoridad, en la vida social. El encubridor no es el autor del delito principal y no puede ser cómplice porque no conocía la existencia de tal delito, no había concertado nada antes de su realización". Afirmación ésta que encuadra admirablemente dentro de la forma como el Código Penal estructura el delito, ya que si la presunta infracción porque se responsabiliza a los procesados es la configurada en el artículo 200, se trata de un caso típico de favorecimiento real si el hecho constituye la circunstancia de ocultar o ayudar a ocultar el producto o fruto del delito, o sería un caso de receptación, simplemente, si el hecho lo constituyera comprar o expender, a sabiendas de su procedencia, el producto o fruto de la infracción pero en ambas ocurrencias es menester que esté presente el elemento sin el cual no sería delito de encubrimiento el cometido por los procesados, es decir, que la acción de éstos no esté comprendida entre los casos

de concurso en el delito, porque de no ser ello así, sería inaplicable el artículo 200, cuya norma comienza con esta cláusula: "El que fuera de los casos de concurso en el delito". De manera que si hay concurso, no hay encubrimiento. Este existe independientemente de aquella forma de participación delictual.

No existiendo hasta ahora otro cargo contra los procesados sino el de encubrimiento y siendo éste, como se ha demostrado, una infracción autónoma—en cuanto al castigo—del hecho principal, no es menester que tal hecho esté investigado ni establecido para que el delito de encubrimiento pueda ser punible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Debe la Corte dirimir la colisión de competencias surgida entre el Juez Superior Militar de la Quinta Brigada con residencia en Bucaramanga y el Juez del Circuito de San Andrés (S.), para lo cual han llegado las presentes diligencias sumarias contra Angel María Caballero Hernández y Luis Moreno Chiparra, por el delito de encubrimiento.

Hechos:

El dos de febrero del corriente año el Cabo del Ejército señor José Nevardo Díaz, en compañía de algunos soldados a su mando, decomisó dos fusiles Mauser, modelos 1940 y 1934, números 7893 y 1000, que se encontraban en poder de Angel María Caballero y Luis Moreno Chiparra, hecho éste que tuvo lugar en la fracción de "Playitas", jurisdicción del Municipio de San Andrés, Departamento de Santander.

Por comisión del Juzgado Superior Militar de la Quinta Brigada, correspondió al señor Juez cincuenta y cuatro de Instrucción Criminal levantar la investigación que el hecho requería y ordenar la detención preventiva de los sindicados, en auto de diez y seis de marzo pasado, en cuya providencia el funcionario instructor calificó el ilícito como transgresión al artículo 200 del Código Penal.

Posteriormente, el apoderado del sindicado Angel María Caballero, en escrito de 21 del mismo mes de marzo, suscitó ante el Juez Superior Militar, de conformidad con el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, la colisión de competencias entre la jurisdicción militar y la ordinaria, por cuanto considera que el delito de encubrimiento compete juzgarlo a ésta última y no a la militar, conforme a la legislación al respecto.

El Juez Militar aceptó la razón aducida por el apoderado del sindicado Caballero y ordenó pasar las diligencias al Juez del Circuito Penal de Málaga; este funcionario, en virtud de haberse cumplido los hechos investigados en jurisdicción de San Andrés, dispuso el envío del sumario al señor Juez Promiscuo del Circuito de aquella ciudad, quien, a su vez, por auto de veintinueve de mayo se declaró incompetente para aprehender el conocimiento del negocio y lo remitió nuevamente al Juzgado Superior de la Quinta Brigada, por competencia.

El Juez Superior de la Quinta Brigada, en providencia de nueve de junio, se reafirmó en sus puntos de vista anteriores, sobre competencia, y dispuso la remisión de los autos a la Corte para que ésta resuelva en definitiva la colisión surgida entre las dos jurisdicciones.

Auto del Juzgado

El Juez del Circuito de San Andrés, razona así para sostener sus puntos de vista:

"Si bien es cierto que la investigación se ha dirigido especialmente a comprobar el encubrimiento, como observó este Juzgado en auto anterior (un encubrimiento por receptación de dos fusiles del Ejército Nacional), es evidente que ese delito tiene como causa original, fundamental, el delito de **sustracción** de los mismos elemento a que aquél se refiere. No puede existir el encubrimiento sin que se haya consumado la sustracción. En donde existe un delito de encubrimiento existe necesariamente un delito encubierto: en el presente caso, el de sustracción de armas de la Nación, el cual debe averiguarse en sus elementos material y moral.

"El elemento material de la sustracción lo demuestra el hecho de haberse encontrado en poder de particulares los dos fusiles reconocidos en

autos y que son armas de propiedad exclusiva de la Nación, que no podían estar legalmente en poder de particulares. El segundo elemento está por averiguar: quién o quiénes son los autores de la sustracción.

"En consecuencia, prima en este caso el punto de vista de la sustracción, erigida en delito conforme al Código de Justicia Penal Militar (Ley 3ª de 1945, aún vigente), y del proceso debe conocer un Consejo de Guerra Verbal, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1534 de 1950. ...Y si el encubrimiento se relaciona en este caso —de manera íntima y necesaria— con la sustracción de los elementos hallados en poder de Caballero y Moreno, puesto que depende de ella, el concetpo de conexidad entre los dos delitos tiene asidero suficiente y perfecto, por lo cual, de dichos dos delitos deberá conocer conjuntamente y en un solo proceso la justicia penal militar, conforme al artículo 2º del Decreto 1534 antes citado y el 50 del Código de Procedimiento Penal, éste último en concordancia con el artículo 30 de la ley 3ª de 1945, en vigencia".

Juzgado Superior Militar

Por su parte, el Juzgado Superior Militar de la Quinta Brigada afirma que el ilícito por el cual se procede en el presente caso, no es otro que el de encubrimiento y que éste no es de los enumerados en el Decreto que autorizó al Estado Mayor General de las Fuerzas Militares para convocar consejos verbales de guerra.

"Además — dice el Juez Superior Militar — el delito principal que desazona al señor Juez del Circuito de San Andrés, y que para él lo constituye la "sustracción" de los dos fusiles, es incuestionable que hubo de ser investigado en su oportunidad, es decir, cuando los expresados fusiles desaparecieron del lugar a que habían sido destinados por el Gobierno, en forma que cree dicho funcionario ser del caso desentrañar las distintas modalidades de aquella primera infracción, a fin de darles la conexión legal con la que es materia de esta investigación.

".....

"Como resultado de todas las anteriores consideraciones, este Despacho estima que lo investigado en el presente negocio, seguido a Angel María Caballero y Luis Moreno Chiparra, es únicamente la violación que pueda existir del artículo 200 del C. P., que es una modalidad de encubrimiento perfectamente desvinculada del delito primero, y en la que se incurre con el simple hecho de estar en posesión de una arma de la exclusiva propiedad del Estado, cuando, como en el caso en estudio, el elemento "a sabiendas" surge inconmovible tanto de las indagatorias que rindieron los sindicados como de la circunstancia de saber leer los procesados para enterarse de los distintivos que en lugares visibles ostentan los fusiles, y que los acreditan como de propiedad nacional.... La conexidad exigida para radicar la competencia en la justicia militar, no es simplemente la del ilícito sino también la que cabe a las personas o, lo que es lo mismo, que una o varias personas consumen dos o más delitos, ya que la responsabilidad aislada, por un solo delito, cuando no es de los atribuídos al conocimiento expreso de la justicia militar, es juzgada por la justicia ordinaria".

Se considera:

Para dirimir la colisión que se estudia, resulta en primer término necesario atenerse a lo dispuesto en el Decreto número 3562 de 1949, en virtud del cual se ordenó la convocatoria de Consejos Verbales de Guerra con base en el Decreto 3518 del 10 de noviembre del año antes citado, que declaró el estado de sitio y turbado el orden público en toda la República, el primero de los cuales regía en la época de la consumación del delito.

El artículo primero de ese Decreto dice textualmente:

"Radícase en los Comandos de Brigada de las Fuerzas Militares de la República el conocimiento y juzgamiento de los delitos en que incurran las personas militares o civiles sindicadas de los enumerados en los Títulos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 y 11 del Código de Justicia Penal Militar, y además de los delitos "contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado"; "de asociación e instigación para delinquir y apología del delito"; "contra la economía nacional, la industria y el comercio"; "hurto y robo"; y también, "contra la vida e integridad personal"; pero éstos últimos cuando se cometan en conexidad con cualquiera de los anteriormente nombrados y de que trata el Código Penal común, cometidos en el territorio nacional durante la vigencia del presente Decreto".

De manera que el artículo copiado contempla tres categorías de infracciones que juzga la Justicia Penal Militar, aparte, desde luego, de la que incluye el parágrafo del mismo artículo, de que en seguida se hablará.

Estas tres categorías son las siguientes:

Primera. — La que se contrae a los delitos en que incurran las personas militares o civiles de que tratan los siguientes títulos del Código Penal Militar que regía en la época de la infracción de que se sindica a los procesados Caballero Hernández y Moreno Chiparra, o sea la ley 3ª de 1945.

Esos títulos, en el orden de numeración que trae la mencionada ley, son estos: 2º "delitos contra la existencia y seguridad del Estado"; 3º "de los delitos contra el régimen constitucional y seguridad interior del Estado"; 4º "disposiciones comunes a los títulos anteriores". Este título no contiene sino el artículo 189, que si bien contempla un caso **sui generis** de encubrimiento, no es precisamente el encubrimiento típico, que por receptación o favorecimiento real o personal, sanciona el Capítulo 4º del título 4º del Código Penal común. Para el caso no es necesario hacer mención de los demás Títulos contemplados en el Decreto.

De manera, pues, que el Título cuarto a que se refiere el Código Penal Militar, no incluye entre sus disposiciones las mismas normas a que hace referencia el título de igual número del Código Penal común. Por consiguiente, todas las infracciones calificadas bajo el mote de encubrimiento, de que trata el Título 4º de este último estatuto, no están comprendidas en la norma en virtud de la cual se autoriza la convocatoria de consejos verbales de guerra, para que sea la Justicia Militar la competente en el juzgamiento de esas infracciones.

Segunda.—Tampoco está en los demás delitos enumerados en el mismo artículo primero del Decreto número 3562 y que constituyen los segundos casos que juzga la Justicia Penal Militar. Dichos eventos, en su orden, son: "delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado"; "de asociación o instigación para delinquir y apología del delito"; "contra la salud y la integridad colectivas"; "contra la economía nacional, la industria y el comercio"; "hurto y robo", infracciones todas éstas que juzga la Justicia Penal Militar de conformidad con el Decreto mencionado.

Tercera.—Los otros eventos delictivos que también juzga dicha justicia, son los "contra la vida y la integridad personal", mas para esto se requiere, como claramente lo determina el artículo primero de aquel Decreto, que "se cometan en conexidad con cualquiera de los anteriormente nombrados y de que trata el Código Penal común". Como ninguno de los nombrados anteriormente incluye el encubrimiento, es obvia la razón para que tampoco en este evento corresponda a la Justicia Penal Militar juzgar la posible infracción de los procesados Caballero Hernández y Moreno Chiparra.

Lo mismo puede decirse en relación con el parágrafo del ya mentado artículo 1º del Decreto número 3562, porque tampoco existe conexidad, como ese parágrafo lo requiere, con "cualquier otro delito de los especificados en el artículo anterior". Se dice esto porque de las diligencias investigativas hasta ahora no se deduce cargo ninguno que implique para los procesados alguna presunta rseponsabilidad por delitos de los mencionados anteriormente.

Según esto, la competencia para juzgar el caso **sub judice** no puede corresponder a otra autoridad que a la justicia ordinaria en razón del territorio en donde el delito tuvo su cumplimiento, siguiendo las reglas generales que para el caso contempla el Código Procesal Penal.

Y no se diga, como lo pretende el señor Juez del Circuito de San Andrés, que siendo el delito de encubrimiento una infracción subsidiaria de la posible sustracción de los elementos de guerra encontrados en poder de los procesados, precisa el esclarecimiento de los autores o partícipes del hecho principal, en forma preferente, para que de allí pueda derivarse la competencia que corresponda al Juez que debe juzgar el hecho subsidiario del encubrimiento.

Esta tesis no encuentra asidero en la legislación penal vigente, porque el delito de encubrimiento, tal como lo consagra el Código Penal de 1936, en cualquiera de sus modalidades que se determinan en los artículos 199 al 202, está estructurado como entidad jurídica independiente, o mejor, como delito autónomo, en forma distinta a como lo hacía el Código derogado de 1890, en el cual había encubridores, pero no existía delito propiamente dicho de encubrimiento. De aquello se ocupaba el viejo estatuto en la Parte General, cuando después de definir en el título segundo, "De los delincuentes", las personas punibles, determinaba en el artículo 22 los autores del delito; en el 23, los cómplices; en el 24, los auxiliadores y fautores; y en el 25, los encubridores.

Por consiguiente, esta modalidad hacía parte del concepto general de la complicidad dentro de aquel estatuto. En cambio, en el Código Penal

vigente, el delito se estructura como hecho autónomo, con independencia de la infracción principal de la cual pueden derivarse las consecuencias punibles que resultan de la receptación o favorecimiento, modalidades que están implícitas en las normas que sancionan el encubrimiento en el Capítulo IV, Título IV, del Código Penal, bajo el rubro de "Delitos contra la administración de justicia".

Por ello, aunque no puede perderse de vista el carácter secundario del delito de encubrimiento, con respecto a un hecho principal, al cual va unido por una relación de dependencia, la verdad es que en el Código Penal vigente, aunque se presume la existencia de un delito anterior, el hecho en que el encubrimiento consiste es un delito catalogado como infracción **per se** y, por lo tanto, resulta imposible aceptar que dentro de la estructura del Código Penal en vigencia, un acto así, autónomo, en aquel sentido, de la infracción principal, pueda quedar supeditado a las contingencias que aquélla corra, bien sea en orden a la investigación del hecho o al castigo de los presuntos autores o partícipes del mismo.

El delito de encubrimiento, como lo definen los doctrinantes, es aquel que se consuma después de un delito principal, y sin que el agente hubiera comprometido su actuación con anterioridad o simultaneidad al mismo, oculta, favorece o facilita la fuga del delincuente, borra los rastros o huellas, esconde los objetos sustraídos o instrumentos con que se perpetró el delito o realiza otros actos análogos destinados a favorecer a los delincuentes o a entorpecer la acción de la justicia.

Por eso dice algún autor que "en este delito se perfila con claridad su independencia, que ataca al principio de autoridad, en la vida social. El encubridor no es el autor del delito principal y no puede ser cómplice porque no conocía la existencia de tal delito, no había concertado nada astes de su realización". Afirmación ésta que encuadra admirablemente dentro de la forma como el Código Penal estructura el delito, ya que si la presunta infracción por que se responsabiliza a los procesados es la configurada en el artículo 200, se trata de un caso típico de favorecimiento real si el hecho constituye la circunstancia de ocultar o ayudar a ocultar el producto o fruto del delito, o sería un caso de receptación, simplemente, si el hecho lo constituyera comprar o expender, a sabiendas de su procedencia, el producto o fruto de la infracción, pero en ambas ocurrencias es menester que esté presente el elemento sin el cual no sería delito de encubrimiento el cometido por los procesados, es decir, que la acción de éstos no esté comprendida entre los casos de concurso en el delito, porque de no ser ello así sería inaplicable el artículo 200, cuya norma comienza con esta cláusula: "El que fuera de los casos de concursos en el delito". De manera que si hay concurso, no hay encubrimiento. Este existe independientemente de aquella forma de participación delictual.

No existiendo hasta ahora otro cargo contra los procesados sino el de encubrimiento y siendo éste, como se ha demostrado, una infracción autónoma —en cuanto al castigo— del hecho principal, no es menester que tal hecho esté investigado ni establecido para que el delito de encubrimiento pueda ser punible. En estas condiciones, no estando incluída esta infracción dentro de las que corresponden por el Decreto extraordinario al principio mencionado, a la Justicia Penal Militar, es manifiesto que la competencia de su juzgamiento corresponde a la justicia común.

Por último, tampoco es del caso dar aplicación en este proceso al parágrafo del artículo 2º del Decreto número 1534 de 1950, como lo afirma el señor Juez del Circuito de San Andrés, por cuanto que esa disposición devolvió la competencia a la justicia ordinaria de los delitos de hurto y robo distintos de los cometidos en cabezas de ganado mayor en las circunstancias previstas en el numeral 7º del artículo 398 del Código Penal, agregando el mismo parágrafo que el conocimiento de la justicia ordinaria se hará con sujeción al artículo 1º del Decreto número 1426 de 1950.

Con motivo de varias colisiones de competencia que han surgido de la interpretación de estos Decretos, por parte de la justicia ordinaria y la justicia militar, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, de la siguiente manera:

"En efecto, el artículo primero del Decreto 1426 dice que a las personas que cometan delitos contra la propiedad **después** de la vigencia del Decreto, las juzga la justicia ordinaria, puesto que así lo indica la expresión "a partir de la vigencia", esto es, que ese es el punto inicial del juzgamiento de los ladrones por los jueces comunes.

"Pero como por medio de un estatuto anterior se había atribuído ese juzgamiento a la justicia militar, el parágrafo explica el alcance del precepto, dándole efecto retroactivo, para decir que a los autores de delitos de hurto y robo cuyo có-

nocimiento se había atribuído a la justicia ordinaria los juzgarían también los jueces comunes, pues que habla de esa competencia que **antes** se les había atribuído a los jueces castrenses para juzgarlos, si algo significa el antecopretérito ("había atribuído") y si algo enseña el adverbio de orden o tiempo "nuevamente."

"Quiso el Gobierno, indudablemente, con el Decreto 3562 de 1949, proveer a la rápida represión de los delitos contra la propiedad, que han estado causando alarma justificada en la ciudadanía, por su frecuente ocurrencia. Pero talvez se consideró, que no era la justicia militar la más indicada al efecto, no tanto por la falta de versación jurídica, sino más bien porque las milicias han de dedicarse a lo que es su destino propio y natural, que es la guarda del orden externo e interno por medio de las armas, que no a la tutela de los intereses civiles por medio de la aplicación de la ley en los estrados judiciales. Y por ello apenas les ha dejado el juzgamiento de unos cuantos delitos, taxativamente determinados, principalmente los que afectan la seguridad interior del Estado".

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, dirime la colisión de competencia planteada, en el sentido de declarar que es a la justicia ordinaria —en este caso el Juez del Circuito de San Andrés (S.)—a quien corresponde conocer del presente negocio.

Remítanse estas diligencias al señor Juez del Circuito mencionado y dése cuenta de lo resuelto al señor Juez Superior Militar de la Quinta Brigada.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

ACLARACION DEL MAGISTRADO DOCTOR DOMINGO SARASTY M.

Bogotá, julio 28 de 1950

Hago una aclaración al concepto absoluto que contiene la parte motiva de esta providencia cuando dice:

"No es menester que tal hecho esté investigado ni establecido para que el delito de encubrimiento pueda ser punible".

Esta afirmación en la práctica puede ser objeto de algunas excepciones. Si dentro de la investigación del delito principal se llega a la conclusión de que es indispensable finalizar el proceso con una sentencia del artículo 153 del código de procedimiento penal, resultaría que por el delito principal no hay sentencia, bien porque el hecho principal no existió, o porque la ley no lo considera como delito; y sin embargo, por el delito de encubrimiento existe una investigación y una sentencia, lo cual implicaría una contradicción en los dos fallos. Por lo demás, estoy de acuerdo en los puntos de vista que contempla el auto, tanto en su parte motiva, como resolutiva.

Domingo Sarasty M.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN PROCESO POR EL DELITO DE FUGA—CUAL ES EL LUGAR DONDE SE CONSUMA ESTE DELITO Y EL JUEZ QUE POR RAZON DEL TERRITORIO ES SIEMPRE COMPETENTE PARA CONOCER DE EL

La sede, organización, régimen, funcionamiento y clasificación de las instituciones de detención, como la cárcel, las colonias movibles (trabajo al aire libre), se condicionan, de acuerdo con la ley (Decreto 1405 de 1934) a la división territorial judicial; así, en toda capital de Distrito, Circuito y Municipio deben funcionar, respectivamente, Cárceles de Distrito, Cárceles de Circuito, Cárceles Municipales, destinadas a la detención de los procesados dependientes de las autoridades judiciales del Distrito, del Circuito y del Municipio.

El delito de fuga, según lo expuesto, es la violación de un mandato judicial de detención o condena de un procesado y de las normas del régimen disciplinario de la institución en que se cumple tal mandato; la que puede realizarse no sólo mediante violencia en las personas y edificios, sino también mediante fraude, engaño y abuso de la confianza dada al evadido, casos todos éstos en los cuales aquél se substrae o evade del régimen de una cárcel determinada, al que está sometido por orden emanada del Juez de su proceso.

Si aquel delito, pues, requiere el funcionamiento de una cárcel y el internamiento del procesado en ella, se concluye que se comete en el territorio en donde aquélla existe, y que el Juez competente para juzgarlo es el de ese territorio, aunque —como en el caso presente— la fuga se haya ejecutado mediante aprovechamiento indebido de la confianza que el Director, al darle licencia de salir fuéra de la cárcel, y el guardián al permitirle retirarse a un lugar que se encontraba ya más allá del límite de la jurisdicción territorial del juez por cuenta del cual se hallaba detenido, depositaron en el evadido.

Se deriva de lo anterior que el delito de fuga, por causa de su esencia de ruptura del régimen carcelario, se comete, sea en la realidad o sea en virtud de una ficción de prolongamiento de régimen que acompaña al detenido dondequiera se halle, en el territorio en que funciona la cárcel en que el responsable se halle detenido, y que, por lo tanto, el Juez competente para juzgar al evadido es el de ese territorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal ha sometido a la Corte la colisión que ha surgido entre él y el Juez Penal del Circuito de Pereira en relación con el proceso contra el preso Félix A. Estrada Yarcé y el guardián Fabio González, por el delito de fuga cometido la tarde del cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

A título de premisas de la decisión que se adopte, se enumeran los siguientes hechos:

a) Estrada Yarcé se hallaba legalmente detenido o ya sentenciado, en la Cárcel del Distrito Judicial de Pereira, el día cinco de agosto del año pasado, y Fabio González pertenecía al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de dicho establecimiento el mismo día;

b) Estrada Yarcé, bajo la custodia y responsabilidad de González, previa licencia del Director de la Cárcel, salió de ésta el mencionado día, con la obligación de regresar a las cinco o seis de la tarde;

c) Estrada y González, en vez de cumplir el propósito de la licencia (parece que la consecución de dinero para el primero), entraron a algunas cantinas y más tarde al cabaret "El Casino", situado en la margen derecha del río Otún, y ya en jurisdicción de Santa Rosa de Cabal;

d) Estrada, obtenido que hubo de González permiso para ir al interior del Cabaret, se fugó de allí;

e) El Juez Penal del Circuito de Pereira, funcionario que asumió la investigación por el delito de fuga, provocó competencia negativa al Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con base en la tesis de que el delito se cometió dentro de este Circuito, y

f) El Juez Penal últimamente nombrado no aceptó tal tesis, y sometió a la Corte la decisión del conflicto.

El motivo de discrepancia entre los Jueces mencionados está en la interpretación que dan al artículo 55 del estatuto procesal, pues si el de Pereira afirma que el competente para juzgar a Estrada y González es el de Santa Rosa por cuanto fue en territorio de la jurisdicción de éste en el que se cometió la infracción, el último, opuestamente, arguye que es al de Pereira al que le corresponde, dado que los infractores eran, detenido el uno y guardián el otro, de la Cárcel que funciona en el último Circuito.

La Corte considera que esta última es la tesis que se acomoda al contenido de la norma, en atención a la esencia y naturaleza de la fuga.

La fuga o evasión, como infracción penal, supone lo siguiente: la existencia de una institución, cárcel o sitio dependiente o anexo a ella, abierto o cerrado, condicionados al régimen disciplinario que fija el estatuto carcelario, la detención e internamiento en ellos de una persona en virtud de orden emitida en un proceso criminal, y, finalmente, la realización del propósito de substraerse a esta orden y a aquel régimen.

La sede, organización, régimen, funcionamiento y clasificación de las instituciones de detención, como la cárcel, las colonias movibles (trabajo al aire libre) se condicionan, de acuerdo con la ley (Decreto 1405 de 1934) a la división territorial judicial; así, en toda capital de Distrito, Circuito y Municipio deben funcionar respectivamente, Cárceles de Distrito, Cárceles de Circuito, Cárceles Municipales, destinadas a la detención de los procesados dependientes de las autoridades judiciales del Distrito, del Circuito y del Municipio.

El delito de fuga, según lo expuesto, es la violación de un mandato judicial de detención o condena de un procesado y de las normas del régimen disciplinario de la institución en que se cumple tal mandato; la que puede realizarse no sólo mediante violencia en las personas y edificios sino también fraude, engaño y abuso de la confianza dada al evadido, casos todos éstos en los cuales aquél se substrae o evade del régimen de una cárcel determinada, al que está sometido por orden emanada del Juez de su proceso.

Si aquel delito, pues, requiere el funcionamiento de una cárcel y el internamiento del procesado en ella, se concluye que se comete en el territorio en donde aquélla existe, y que el Juez competente para juzgarlo es el de ese territorio, aunque —como en el caso presente— la fuga se haya ejecutado mediante aprovechamiento indebido de la confianza que el Director, al darle la licencia de salir fuéra de la cárcel, y el guardián al permitirle retirarse al interior del Cabaret, depositaron en el evadido.

Se deriva de lo anterior que el delito de fuga, por causa de su esencia de ruptura del régimen carcelario, se comete, sea en la realidad o sea en virtud de una ficción de prolongamiento de régimen que acompaña al detenido dondequiera se halle, como es el caso, en el territorio en que funciona la Cárcel en que el responsable se halle detenido, y que, por lo tanto, el Juez competente para juzgar al evadido es el de ese territorio.

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, decide que es el Juez Penal del Circuito de Pereira, y no el de Santa Rosa de Cabal, el competente para juzgar a Félix A. Estrada y Fabio González por el delito de fuga cometido en la tarde del cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve en el sitio "El Casino", Municipio de Santa Rosa de Cabal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL CIVIL.—PRESUNCION DE CULPABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS Y MODO DE DESVIRTUARLA

1.—Un sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria puede decidir de la acción civil. Y se dice que puede, porque la regla no es absoluta, y es preciso examinar hondamente los componentes de una decisión de aquella clase, para poder llegar a la conclusión de que ellos configuran sin lugar a la menor duda un motivo de exculpación de la responsabilidad penal; porque si se presentare la menor duda, entonces el Juez Civil tiene que avanzar el procedimiento hasta agotarlo y poder decidir con pleno conocimiento acerca de la responsabilidad del presunto demandado, para condenarlo o absolverlo. Mas, si del proceso penal resultare que el sobreseimiento o la absolución del reo se han basado en prueba plena que da lugar a una profunda convicción, entonces esto obra automáticamente contra la acción civil para enervarla, y la absolución se impone.

La acción civil es independiente de la penal; pero, al mismo tiempo, la justicia y el bien común exigen que haya armonía entre el fallo penal y el civil, porque disuena en grado sumo que puedan presentarse dos sentencias en choque, y que un fallo absuelva al reo y otro lo condene, cuando la materia es la misma.

Con mucha frecuencia la Corte Suprema ha expuesto estos principios.

2.—En el caso de la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas, presunción fundada en el artículo 2356 del C. C., se trata de una presunción legal, y toca al demandado presentar la prueba de la irresponsabilidad, que puede versar sobre un caso fortuito, sobre una fuerza irresistible o sobre la intervención de un elemento extraño, no imputable al demandado, que haya dado lugar al accidente, elemento que puede ser un descuido o una imprudencia de la víctima, es decir, la culpa de ésta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, primero de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Reinaldo Cagua fue atropellado por una volqueta del Departamento de Cundinamarca, en momentos en que se bajaba de un camión que lo conducía hacia el Municipio de Chía.

La volqueta prestaba servicio en la pavimentación de una carretera, tarea que realizaban conjuntamente el Departamento mencionado y la Nación.

El acontecimiento dio origen a una acción penal, de que se hablará adelante, y a una acción civil, que se ha estado estudiando.

Historia procesal

El doctor Marco Naranjo López, hablando en nombre de los padres y de unos hermanos de Cagua y de la sucesión de éste, presentó demanda de perjuicios contra la Nación y contra el Departamento de Cundinamarca, en escrito de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, dirigido al Tribunal Superior de Bogotá, y señaló como representante de los demandados al señor Fiscal del mismo Tribunal.

El señor Fiscal planteó el punto de su doble representación y pidió reposición del auto sobre traslado de la demanda, reposición que el Tribunal negó. Dijo el Tribunal para sostener la doble representación :"La acción que se ejercita en la demanda es una misma, tanto contra la Nación como contra el Departamento; la acción de perjuicios se hace valer mediante un mismo proce-

dimiento, que es el juicio ordinario, y finalmente, el Tribunal es competente para conocer del juicio, por razón de la calidad de las partes demandadas (artículo 76, numerales 1º y 2º). Por lo tanto, procede la acumulación de la acción contra las dos personas morales demandadas (artículo 209)".

El demandante entonces, colocándose dentro del punto de vista del señor Fiscal, pidió en seguida que la demanda fuera notificada al Gobernador del Departamento "pues el señor Fiscal no puede representar en este caso a la Nación y al Departamento conjuntamente". Y el Tribunal negó esta solicitud, diciendo que "el señor Fiscal está representando a la Nación y al Departamento, y en su carácter de tal está asimilado a apoderado judicial de las dos personas morales demandadas". Y en estas circunstancias, el Fiscal contestó la demanda.

El juicio siguió el curso en su primera etapa; las dos partes produjeron pruebas; sólo alegó el señor Fiscal, y el Tribunal dictó sentencia absolutoria el once de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, que apelada por la parte demandante, pasó al estudio de esta Sala.

Ya en esta segunda instancia el juicio fue abierto a prueba, y ambas partes las produjeron. Pero a poco el señor Procurador Delegado en lo Civil presentó un incidente de nulidad de todo lo actuado, "por carencia de representación de una o de ambas partes, en los términos de la ley". Dice el señor Procurador que la demanda se propuso contra la Nación y contra el Departamento, esto es, contra dos personas distintas, no porque se las considerara solidariamente responsables, sino porque el demandante no podía precisar cuál de las dos debería ser la condenada a pagar los perjuicios reclamados, de manera que el Fiscal no podía representar a la vez a las dos entidades, puesto que sus intereses no eran idénticos. En la Corte fue negada la solicitud de nunulidad, negativa con la cual no se conformó el señor Procurador Delegado, glosando esa decisión de la Corte en escrito que termina así: "Solicito de esa H. Corte deje establecido claramente quién representará al Departamento en esta segunda instancia del juicio, siendo así que la Procuraduría sólo puede representar a la Nación". Nada resolvió sobre esto último la Corte, ni repuso el auto de la negativa. Mas, a poco, el punto se definió por el numeral 3º del artículo 192 del Acto Legislativo número 1º de 1945, sobre reforma de la Constitución Nacional, y entonces, a petición de la Procuraduría se hizo intervenir en el juicio al señor Gobernador de Cundinamarca, quien ha actuado por conducto de un alto empleado de su dependencia. El negocio está entonces para recibir sentencia de segundo grado.

La demanda y la contestación

Como hechos cardinales de la demanda se enuncian los siguientes:

1º En abril de mil novecientos cuarenta y uno, Reinaldo Cagua, en momentos en que se bajaba de un camión que lo conducía hacia Chía por la carretera que une este Municipio con el de Usaquén, fue violentamente atropellado por una volqueta conducida por el señor Anastasio Rodríguez.

Hecho éste que aceptó la parte demandada pero advirtiendo que el caso "se debió únicamente al descuido y a la imprudencia graves del muerto".

2º Cagua murió el mismo día a consecuencia del mencionado accidente.

La parte demandada acepta la muerte, pero dice que sobre la causa de ella ni la afirma ni la niega.

3º La volqueta pertenecía al Departamento de Cundinamarca, pero se explotaba y usaba en el día del accidente por cuenta de la Nación y del Departamento en la pavimentación de la carretera, a virtud de contrato entre las dos entidades, y estaba manejada por dependientes de éstas.

Este hecho ni lo aceptó ni lo negó la contraparte.

4º El occiso era hijo de Darío Cagua y Ruperta Rodríguez, y hermano de María del Carmen, Luis Eduardo y María Susana Cagua.

Acepta esto la contraparte.

11. El atropello mencionado fue producido: o por el solo hecho dañoso de la volqueta que puede imputarse a culpa civil de la Nación y del Departamento por causa o con ocasión de la explotación, uso o guarda del aparato; o por hecho o culpa civil de los dependientes de los demandados, cometida por causa o con ocasión del ejercicio de sus funciones; o por causa o con ocasión de la organización y funcionamiento de la empresa de pavimentación; o por culpa civil cometida por los mismos demandados o por sus representantes por causa o con ocasión de la explotación, uso o guarda en general de la volqueta, o de la organización y funcionamiento de la empresa.

A lo que contestó terminantemente la parte demandada: "No es cierto".

Para la decisión final no es preciso hacer mención de los demás hechos, sin importancia en la **litis.** Y como ya se dijo, la demanda fue presentada en nombre de los padres y de los tres hermanos de Cagua, citados en el hecho 4º de arriba, y en ella se piden estas declaraciones:

a) Que la Nación y el Departamento son civilmente responsables de los perjuicios causados a Darío Cagua, Ruperta Rodríguez, María del Carmen Cagua, Luis Eduardo Cagua, o subsidiariamente al señor Reinaldo Cagua, con el accidente de tránsito de que fue víctima el señor Reinaldo Cagua el 25 de abril de 1941 en la carretera de Usaquén a Chía, sea que tales perjuicios se deban al solo hecho dañoso del vehículo, o que se deban a hecho o culpa civil de los dependientes de la Nación y el Departamento, o que hayan sido causados por culpa civil realmente cometida por las entidades demandadas o por sus representantes.

b) Que la Nación y el Departamento están obligados a pagar, dentro del término legal, a las personas citadas en el punto anterior, la suma de pesos que se fije dentro del juicio o al fallarlo, como valor de la indemnización correspondiente a los perjuicios causados a estas mismas personas con el accidente de tránsito, mas los intereses legales de esa suma liquidados desde la fecha de la muerte de Cagua hasta el día del pago.

c) Subsidiariamente a la petición b): Que los demandados están obligados a pagar a la sucesión de Reinaldo Cagua, representada por Darío Cagua y Ruperta Rodríguez, la suma de pesos que se fije dentro del juicio o al fallarlo, como valor de la indemnización correspondiente a los perjuicios causados a Reinaldo Cagua con el accidente de tránsito.

El actor no cita en concreto las disposiciones legales en que funda sus solicitudes, sino que invoca el Título 34 del Libro 4º del C. Civil, y Títulos 12 y 21 del Libro 1º del mismo Código.

La sentencia de primer grado

El once de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia en la cual se niegan las peticiones de la demanda y se absuelve a los demandados.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal historía el caso de la siguiente manera:

"Los elementos de prueba ya conocidos dan cuenta de que el día veinticinco (25) de abril de mil novecientos cuarenta y uno (1941), a eso de las siete de la noche, viajaba por la carertera que conduce de la población de Chía a la Estación, en dirección de Oriente a Occidente, el camión con placa número 7944 de Bogotá, manejado por el conductor Wenceslao Ayala; el referido camión iba cargado con tejas de barro que transportaba desde un chircal situado al Norte de la Estación La Caro, en la carretera central; sobre la teja cargada en el vehículo viajaban Reinaldo Cagua, la víctima, y Pedro Ignacio Moreno, quien presenció el accidente. Cerca al sitio denominado "Las Delicias" el conductor disminuyó la velocidad del camión y los pasajeros Moreno y Cagua comenzaron a bajarse sobre el estribo izquierdo del carro, para quedarse en el referido sitio de "Las Delicias"; Moreno alcanzó a bajarse sobre el estribo del camión; pero en el momento en que Reinaldo Cagua bajaba también al mismo estribo, ocurrió que la volqueta número 37, con placa número 8723 de Bogotá, manejada por el conductor Anastasio Rodríguez y que viajaba en dirección contraria, de Occidente a Oriente, chocó de lado y en su parte trasera con el camión y atropelló violentamente a Reinaldo Cagua, causándole lesiones que determinaron su muerte momentos después".

Y luégo enuncia el Tribunal la cuestión de derecho así:

"**La causalidad**—El dictamen médico-legal contenido en el acta de autopsia, el testimonio de Moreno como testigo presencial, el dicho de los conductores Ayala y Rodríguez y las demás pruebas indirectas del proceso, demuestran plenamente también que la defunción de Reinaldo Cagua ocurrió como una consecuencia ocasional de la fricción violenta de los dos vehículos. Pero, a juicio de la Sala sentenciadora, la causa principal y directa de la muerte trágica de Cagua reside en la grave imprudencia de haberse bajado del camión, estando éste en movimiento y precisamente por el costado izquierdo, o sea, por el flanco del carro expuesto al contacto con los vehículos que viajaban en dirección contraria, conforme lo estimó ya el juzgador del proceso penal. La demostración clara de esta aseveración resulta de la circunstancia probada, consistente en que el testigo Moreno se hallaba en el momento del choque parado en el estribo izquierdo del camión y nada le sucedió.

"**La culpabilidad.**—Ya vimos que los datos probatorios del proceso no arrojan prueba de ningún

género acerca de que el conductor de la volqueta del Departamento hubiera incurrido en **culpa,** por acción o abstención, en el choque con el camión en que viajaba la víctima. No hay culpa probada a cargo de ninguno de los conductores Ayala y Rodríguez. Aplicando a uno y otro la presunción de responsabilidad del artículo 2356 del Código Civil, por tratarse de vehículos cuyo manejo conlleva peligrosidad, se observa que una y otra presunción se neutralizan y enervan recíprocamente, por lo que no es jurídico tampoco hablar de **culpa presunta** a cargo de las entidades demandadas.'

"En consecuencia, en el terreno de la culpabilidad tan sólo queda pesando la **culpa probada** de la propia víctima, como causa eficiente y directa de su muerte. Y entonces, conforme a la doctrina del artículo 2357 del Código Civil, teniendo en cuenta la gravedad de la imprudencia y falta de precaución de la víctima y la ausencia de culpa de las entidades demandadas, corresponde apreciar la culpa de la víctima como hecho plenamente exonerativo de la responsabilidad civil de la parte demandada, en la presente instancia del juicio, aplicando la jurisprudencia que alega el señor Fiscal como pertinente al caso de autos".

Lo que dicen la Procuraduría y la Gobernación

El señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene la sentencia de primer grado con dos argumentaciones: Influencia de la sentencia o auto de sobreseimiento dentro del juicio civil, y culpa de la víctima que desvirtúa la responsabilidad de que trata el artículo 2356 del C. Civil.

En cuanto a lo primero, la Procuraduría acepta que la acción penal y la acción civil son distintas; que la culpa penal es distinta de la culpa civil, pues aquélla tiene en cuenta el agente mismo, mientras que la culpa civil nace al comparar la actividad del presunto responsable con la conducta de un hombre prudente y diligente; que bien puede ocurrir que habiendo auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, sea viable la acción de perjuicios; y que no obstante, importa grandemente que las dos jurisdicciones, la penal y la civil, no se hallen jamás en desacuerdo, que no se pronuncien fallos contradictorios, lo que quiere decir que este principio de interés público limita la libertad de la acción civil cuando ya ha habido auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria en lo penal.

Y hecho el estudio de estos puntos, la Procuraduría sintetiza la cuestión relacionada con la muerte de Cagua de la manera siguiente:

"Así, pues, cree la Procuraduría que, como regla general, la acción civil es independiente de la acción penal y que lo resuelto en el proceso penal influye en la viabilidad de la acción civil, a menos que el éxito de la acción civil llevara a dar coexistencia a dos fallos contradictorios, o a menos que el asunto penal sea de aquellos taxativamente enumerados en el artículo 28 del C. P. Penal. Es decir, no basta estudiar su contenido mismo, a fin de determinar si puede quedar o no contradicción entre la decisión penal y la decisión civil.

"En el juicio penal adelantado en averiguación de los responsables por la muerte del señor Reinaldo Cagua ya se dejó perfectamente establecido que éste pereció por su propia culpa. Que la causa única y exclusiva del accidente fue la actitud imprudente y culposa del mismo Cagua. Dice, en efecto, el auto de sobreseimiento del Juzgado Superior, confirmado más tarde por el Tribunal: "De acuerdo con la declaración del testigo Pedro Ignacio Moreno, único que pudo presenciar a cabalidad los hechos, Reinaldo Cagua fue víctima de su propia imprudencia y descuido: porque quiso bajarse del camión cuando éste iba en marcha; porque intentó bajarse por el lado izquierdo, debiendo hacerlo por el derecho; y porque no tomó precaución ninguna, sino que ciegamente obró, sin fijarse que por ese lado iba a pasar la volqueta contra la cual se estrelló... Esta imprudencia y falta de cuidado del señor Cagua, no puede achacarse a ninguno de los dos sindicados; pues es evidente que si él no procede así, nada habría sucedido...' (F. 4, c. Nº 3)".

En cuanto a lo segundo, dijo la Procuraduría: "A pesar de que lo expuesto es, en mi opinión, suficiente para obtener la absolución definitiva de la parte demandada, considero que, visto el problema en su aspecto meramente civil, sin vincularlo para nada con las decisiones penales, hay que llegar a la misma conclusión ya indicada.

"En efecto: aceptando que pesara contra las entidades demandadas una presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas (artículo 2356, C. C.), como sostiene la parte actora, es lo cierto que esa presunción es desvirtuable con la prueba de culpa de la víctima. Y en este proceso civil está plenamente acreditada la culpa de la víctima, de Reinaldo Cagua, como causa única y exclusiva del siniestro en que él mismo perdió la vida.

"En primer término, obran los autos de sobre-

seimiento de los jueces penales (Juzgado Superior y Tribunal), que, en este juicio civil, pueden estimarse como indicios de la falta de culpa de las entidades demandadas y como prueba indiciaria para demostrar la culpa de Cagua. Obran, en prueba trasladada, un dictamen pericial sobre las causas del accidente, la diligencia de reconstrucción del mismo, y también varias declaraciones rendidas por los testigos ante el juez penal (f. 14 v. ss., c. Nº 5), indagatorias, etc. (c. Nº 3, fl. 1 y ss.).

"Además, en este juicio civil han rendido declaración los señores Pedro Ignacio Moreno (f. 28, c. Nº 5), Jorge Galindo Escobar (f. 29 v. c. Nº 5), Evangelista Ruiz (f. 38 v. c. Nº 5), y algunos otros, declaraciones que vienen a confirmar la apreciación que antecede sobre la conducta imprevisiva y culposa de Cagua. Estas pruebas, unidas a las que dejo enumeradas anteriormente, bastan para demostrar, en este juicio, la culpa de la víctima, culpa que, a su vez, exime de toda responsabilidad a las entidades demandadas, conforme a lo dicho por esa H. Corte en reiterada jurisprudencia sobre la manera de desvirtuar la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del C. Civil".

El apoderado del Departamento en esta instancia, estudia también los dos tópicos a que se contrae el alegato del señor Procurador Delegado, y uno y otro coinciden en sus conclusiones.

Consideraciones de la Corte

1ª Influencia del proceso penal en el civil.—

Un sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria puede decidir de la acción civil. Y se dice que puede, porque la regla no es absoluta, y es preciso examinar hondamente los componentes de una decisión de aquella clase, para poder llegar a la conclusión de que ellos configuran sin lugar a la menor duda un motivo de exculpación de la responsabilidad penal; porque si se presentare la menor duda, entonces el Juez Civil tiene que avanzar el procedimiento, hasta agotarlo y poder decidir con pleno conocimiento acerca de la responsabilidad del presunto demandado, para condenarlo o absolverlo. Mas si del proceso penal resultare que el sobreseimiento o la absolución del reo se han basado en prueba plena que da lugar a una profunda convicción, entonces esto obra automáticamente contra la acción civil para enervarla, y la absolución se impone.

La acción civil es independiente de la penal; pero al mismo tiempo, la justicia y el bien común exigen que haya armonía entre el fallo penal y el civil, porque disuena en grado sumo que puedan presentarse dos sentencias en choque, y que un fallo absuelva al reo y otro lo condene, cuando la materia es la misma.

Con mucha frecuencia la Corte Suprema ha expresado estos principios. Dijo la Corte:

"El artículo 28 del C. de P. P. no puede aplicarse en forma mecánica, siempre que se presente un auto de sobreseimiento o una sentencia definitiva que estén ejecutoriados, pues por el contrario, el Juez Civil para aplicarlo debe indagar previamente si se contempla alguno de los casos limitativamente previstos en dicha disposición, y si además la decisión penal de la naturaleza dicha abarcó en su totalidad la materia o punto a que se contrae el proceso civil, pues si así no aconteciere al Juez civil le asiste plena libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resultaren inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. Así sucedería, por ejemplo, en todos los casos en que la decisión de índole penal tenga su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y sancionado en el Código de la materia, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención o culpa del acusado, o cuando la decisión penal juzgue apenas sobre la intención del acusado en la comisión del hecho y el juicio civil se fundamente en la mera culpa del demandado, pues en todos esos casos tal sentenciamiento o calificación definitivos no impiden la posible prosperidad de la acción civil, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o la culpa civil o completar la prueba declarada insuficiente en lo penal para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado. Como consecuencia de esa doctrina jurisprudencial, se puede desprender como criterio práctico que para determinar si el artículo 28 del C. de P. P. debe o no aplicarse en un caso concreto, es necesario ante todo esclarecer si el fallo proferido por la jurisdicción penal encaja precisamente en alguna de las hipótesis limitativamente previstas en aquella disposición y si, además, existe identidad completa entre las cuestiones o problemas fundamentales resueltos en el proceso penal con los que en el juicio civil están por decidirse, pues si faltare esa completa identidad no podría invocarse la au-

toridad o influencia del fallo penal sobre la acción civil. (Casación Civil. Junio 17 de 1948. T. LXIV. Nº 2062-2063)".

En otra parte dijo esta Sala:

"La influencia de la acción penal en el proceso civil estaba gobernada anteriormente por el artículo 39 de la Ley 169 de 1896. Hoy rige el artículo 28 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal). En acatamiento a esta norma varias providencias de la Sala de Negocios Generales han ordenado la suspensión de los juicios sobre responsabilidad hasta tanto se tenga conocimiento de las resultas del proceso criminal. Este mandamiento no tiene otro fin que el de prevenir y evitar el pronunciamiento de dos sentencias contradictorias. El artículo 28 de la Ley 94 de 1938 enerva la acción civil, es obvio, únicamente cuando en el proceso criminal se cubren todos los frentes de la responsabilidad. Es solamente entonces cuando el **status** creado por la resolución judicial podría verse perturbado, con evidente detrimento del orden público, propiciando un conflicto jurisdiccional. En el caso de autos la acción civil no existe, en virtud del sobreseimiento definitivo, por ausencia de la infracción o culpabilidad del conductor del vehículo que causó la muerte de la víctima. (Septiembre 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051)".

Sobre esta materia se tiene lo siguiente:

a) El camión y la volqueta de que se ha hablado estaban manejados por Wenceslao Ayala y Anastasio Rodríguez, contra quienes se abrió juicio criminal por la muerte de Cagua, y el Juzgado Segundo Superior de Bogotá dictó auto de sobreseimiento definitivo a favor de aquéllos, en el cual se lee: "De acuerdo con la declaración del testigo Pedro Ignacio Moreno, único que pudo presenciar a cabalidad los hechos, Reinaldo Cagua fue víctima de su propia imprudencia y descuido: porque quiso bajarse del camión cuando éste iba en marcha; porque intentó bajarse por el lado izquierdo, debiendo hacerlo por el derecho; y porque no tomó precaución ninguna, sino que ciegamente obró, sin fijarse que por ese lado iba a pasar la volqueta contra la cual se estrelló. Esta imprudencia y falta de cuidado del señor Cagua no puede achacarse a ninguno de los dos sindicados, pues es evidente que si él no procede así, nada habría sucedido".

b) El Tribunal Superior de Bogotá, al confirmar este sobreseimiento, dijo lo siguiente:

"En cuanto a la imputabilidad del hecho delictuoso con cargo a los sindicados Ayala y Rodríguez no existe en el informativo prueba suficiente de la culpabilidad o responsabilidad de éstos en el delito investigado, toda vez que de las diligencias practicadas tendientes al esclarecimiento de los hechos, no se pudo establecer cuál de los dos sindicados fue el culpable del accidente, y en cambio obra el testimonio del único testigo que presenció los hechos, el cual hace presumir, que la causa exclusiva del accidente en el cual perdió la vida Cagua, fue la imprudencia de éste, al pretender bajarse del camión cuando éste estaba todavía en marcha, por el lado contrario y sin fijarse que en dirección opuesta venía una volqueta, que al pasar, lo alcanzó a coger, botándolo lejos y causándole la muerte".

c) Wenceslao Ayala, conductor del camión, dijo que el aparato marchaba cargado con teja; que dos obreros viajaban encima del cargamento; que cuando él se disponía a parar para que los obreros bajaran, en sentido contrario viajaba una volqueta; que en ese momento los obreros que venían sobre la carga descendían al estribo izquierdo del camión con disposición de bajarse; que Cagua era precisamente el que descendía en el momento del choque, y así recibió el golpe; que los obreros no le avisaron que se bajaban, pues si lo hubieran hecho, seguramente él hubiera detenido el carro.

d) Pedro Ignacio Moreno, el otro obrero que acompañaba a Cagua en momentos del siniestro, dice entre otras cosas: Que el chofer disminuyó la velocidad del carro y en ese momento "procedí yo a bajarme al estribo por el lado izquierdo del camión, y al mismo tiempo pretendió hacer lo mismo el finado Cagua por el mismo lado; que cuando yo estaba ya en el estribo me dijo Cagua que me corriera un poco, lo que hice; que en momentos en que Cagua bajaba al estribo, ocurrió el choque entre los dos aparatos; que el camión viajaba por el centro de la carretera, y que la camioneta subía conservando su derecha.

e) En el acta sobre reconstrucción del accidente, se lee: que del examen practicado a ambos vehículos no se les encontró rastro alguno de que hubieran chocado de frente; que sus frenos, luces, dirección, etc., estaban en perfecto buen estado; que las personas que viajaban en el camión afirman a una que este aparato viajaba por el centro de la carretera, más bien cargado hacia la izquierda, dicen otros de los ocupantes; y que éstos expresan que la volqueta iba por su derecha.

f) Los peritos que intervinieron en el examen

de los hechos expresaron: que el choque o rozamiento no se realizó por exceso de velocidad; que es posible que los conductores no hubieran apagado en tiempo las luces de sus aparatos, y se hubieran **encandelillado**; que pudo haber ocurrido el accidente por haber intentado Cagua bajarse en el momento en que pasaba la camioneta.

Examinados con espíritu de justicia todos estos elementos de juicio, se llega a la conclusión nítida de que a los conductores de los vehículos no se les puede atribuir responsabilidad alguna por la muerte de Cagua, lo cual salva también de responsabilidad a las dos entidades de derecho que fueron demandadas, y entonces la acción civil por perjuicios queda totalmente enervada, que fue la conclusión a que llegaron la Procuraduría y el apoderado del señor Gobernador.

En esta segunda instancia los demandantes trajeron pruebas al proceso, pero ellas no desvirtúan en forma alguna los elementos probatorios aquí examinados.

2ª—**La acción civil.**—Prescindiendo de estas consideraciones y entrando en el campo puramente civil, se tiene lo siguiente:

El caso del pleito hay que ubicarlo dentro del artículo 2356 del C. Civil sobre presunción de responsabilidad por actividades peligrosas. Se trata de una presunción legal, y toca al demandado presentar la prueba de la irresponsabilidad, que puede versar sobre un caso fortuito, sobre una fuerza irresistible o sobre la intervención de un elemento extraño, no imputable al demandado, que haya dado lugar al accidente, elemento que puede ser un descuido o una imprudencia de la víctima, es decir, la culpa de ésta. Se dijo que el actor no señaló en concreto en la demanda el texto o textos legales en que basara ésta; pero ya en el alegato de segunda instancia también colocó el caso del litigio dentro del artículo 2356 del C. C., y argumentó largamente sobre el contenido de esta disposición legal.

Sobre estos particulares expresó lo siguiente esta Sala:

"En reiterada jurisprudencia ha llegado a aceptar la Corte la presunción de culpabilidad cuando se trata de actividades peligrosas como las desarrolladas por una empresa férrea y más si ella hace girar los trenes por las propias calles de una ciudad. Tal presunción de culpa la ha basado la Corte en el artículo 2356 del Código Civil. Contra esa presunción y para el efecto de hacerla desaparecer, o para aminorar la indemnización que corresponda, hay lugar a tener en cuenta la intervención de elementos extraños, entre los cuales está la culpa de la víctima, y también la fuerza mayor o caso fortuito. En el caso del litigio puede partirse de la base incontrovertible de que tanto la entidad que explota un ferrocarril, especialmente si atraviesa las calles de una ciudad, como la empresa que explota un tranvía urbano cuya línea tiene sitios de cruce con el ferrocarril referido, ejecutan ambas actividades de mutua peligrosidad, aparte de la existente para el público en general con tal explotación. Causado el daño a una de esas empresas por obra de la otra, y merced a la presunción de culpabilidad basada en el ya citado artículo 2356 del C. C., hay lugar a la correspondiente indemnización, salvo el caso de que la entidad que causó dicho daño logre probar los motivos de que ya se habló, o sea, los llamados a exonerarla de tales culpabilidad y consiguiente responsabilidad civil. En el caso del litigio hay también una concurrencia de culpas tanto de la parte actora como de la demandada. (Sentencia, febrero 22 de 1945 T. LVIII, Nº 2017)".

Ya han quedado enunciados atrás los hechos que llevan a la conclusión de que el occiso Cagua obró con gran imprudencia y falta de precaución al bajarse del vehículo, lo cual dio ocasión a su muerte y exonera de responsabilidad civil a la parte demandada. La culpa estuvo de parte de Cagua. No lo niega tampoco el apoderado de los demandantes, pues en su alegato de segunda instancia acepta que pudo haber alguna culpa de Cagua, sobre todo por haber tratado de abandonar el vehículo por la izquierda y no por la derecha; pero considera que esa culpa de carácter muy leve puede desvirtuarse si se considera que "dadas las circunstancias en que ocurrió el accidente, un campesino de la misma categoría social de Cagua no habría caído en la cuenta de que, de acuerdo con los reglamentos de circulación, hay que bajarse por la derecha y no por la izquierda". Pero ocurre que esta argumentación no tiene fundamento en disposición alguna legal. El señor apoderado en un largo escrito lleno de doctrina y de interesantes consideraciones de derecho, no entra en parte alguna a considerar con-

cretamente la sentencia apelada, ni las argumentaciones muy bien cimentadas de los representantes de la Nación y del Departamento.

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 de que se ha hecho mérito.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION REIVINDICATORIA. — LO PRIM ERO QUE DEBE EXAMINARSE ES SI EN LOS AUTOS ESTA SUFICIENTE MENTE DETERMINADA LA COSA REIVINDICADA

Si el actor considera que unas cosas le pertenecían, pero que no estaban en su poder sino que las posee el Departamento, por cualquier motivo, y pide que éste se las restituya, ese actor ha debido invocar los artículos 946 y siguientes del Código Civil, pues se trata de una acción reivindicatoria, y no de otra cosa.

Y es elemento esencial de esta acción la determinación de la cosa de que el actor se dice dueño. El artículo 946 del Código Civil, que es eje de esa acción, habla de "cosa singular", y es preciso examinar primeramente si de los autos aparece determinado ese elemento, pues que de no, en balde se entra al estudio de los otros componentes de la acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio dos de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Se trata en este proceso de un juicio ordinario promovido por Angel Orrego contra el Departamento de Antioquia, desde el año de mil novecientos cuarenta y dos. Se dictó en él sentencia de primer grado, por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, por la cual se absolvió al Departamento, y la cual fue apelada por el actor; y agotado el procedimiento en esta Sala, se entra a decidir.

Es exacta esta relación de hechos que se lee en la sentencia del Tribunal:

"En la exposición de los hechos fundamentales de la acción dijo el señor Orrego que adquirió, entre otros bienes, el local de tienda que existía sobre el citado lote de terreno de la empresa del F. C. del Departamento, por remate verificado el 25 de septiembre de 1933 en el Juzgado 2º de este Circuito Civil, en el juicio ejecutivo de Manuel Carvajal contra Juan Agudelo; que estuvo ocupándolo durante bastante tiempo; que a fines de enero o a principios de febrero de 1935 un incendio destruyó algunos de los locales edificados por arrendatarios del F. C. de Antioquia en la Estación Virginia, y entre estas edificaciones se cuenta una parte de las de que Orrego era dueño, que tenía arrendadas al señor Abraham Zuluaga; que ocurrido el incendio, Zuluaga, aprovechándose de la confusión que reinaba entre los damnificados, con algunos pocos materiales nuevos como maderas y algunas latas de zinc, ocupó y edificó de carrera, en el término de tres días, un nuevo local que añadió a "la parte" que del local del señor Orrego había quedado sin quemarse, se instaló allí y no reconoció ni la propiedad de Orrego, ni la del Ferrocarril; que esta empresa se vio en el caso de promover pleito contra Zuluaga, y que después de dilatada tramitación logró que las autoridades judiciales ordenaran la entrega del local, y que cuando ésta se realizó, procedió a destruírlo, "a retirar y a aprovechar los materiales" sin darle tiempo de que él —Orrego— los retirara y sin pagárselos; y que en esta forma el Ferrocarril se aprovechó de los materiales del edificio que Orrego remató en 1933, "en toda la parte en que esos materiales no fueron consumidos por el incendio". También dijo en la demanda que en los contratos de arrendamiento celebrados por particulares con el Ferrocarril de Antioquia, para ocupación de terrenos en la Estación Virginia, se estipulaba que el Ferrocarril no pagaría las mejoras que el arrendatario introdujera en la propiedad arrendada, pero que a tiempo de la desocupación esas mejoras podrían retirarse".

El actor invocó en su favor los artículos 1494 y 2341 del C. Civil y con base en ellos hizo estas peticiones en una corrección de la demanda.

Primera: Que se condene al Departamento a restituir a mi poderdante o entregarle todas las mejoras que él tiene puestas en el lote de terreno alinderado bajo el numeral primero de la demanda, consistentes esas mejoras en todos los

materiales de que se hallaba compuesto el local de tienda mencionado allí.

Segunda: Subsidiariamente, que el Deparmento debe pagar a mi poderdante la cantidad de $ 1.200.00 "o cuanto más probare", por concepto del valor de esos materiales y mejoras materiales que el Ferrocarril de Antioquia retiró y usó en su provecho.

Consideró el Tribunal que las disposiciones legales citadas por el actor no fundamentaban estas peticiones, y decidió que se trataba de una acción reivindicatoria, y en subsidio de una petición sobre pago del precio de los objetos a que la reivindicación se refiere, para el caso en que hayan sido consumidos. El Tribunal aceptó así la tesis de la Fiscalía.

En su alegato de conclusión presentado al Tribunal, el actor no menciona siquiera la primera de las solicitudes de la demanda, y en varios pasajes de ese escrito se refiere a la obligación por parte del Departamento de pagarle el valor de los materiales y de los perjuicios. Pero este empeño del actor no puede modificar los términos de la demanda, que son precisos en esa primera petición, en la cual se dice que el Departamento debe "restituir" o "entregar" las mejoras de que se cree dueño el actor, consistentes esas mejoras "en todos los materiales de que se hallaba compuesto el local de tienda mencionado". De esta suerte, si el actor considera que unas cosas le pertenecían, pero que no estaban en su poder sino que las posee el Departamento, por cualquier motivo, y pide que éste se las restituya, ese actor ha debido invocar los artículos 946 y siguientes del Código Civil, pues se trata de una acción reivindicatoria, y no de otra cosa.

Es elemento esencial en esta acción la determinación de la cosa de que el actor se dice dueño. El artículo 946 del Código Civil, que es eje de esa acción, habla de "cosa singular", y es preciso examinar primeramente si de los autos aparece determinado ese elemento, pues que de no, en balde se entra al estudio de los otros componentes de la acción, y también de la petición subsidiaria.

Dice el actor en la demanda que por remate adquirió un local de tienda de bahareque y techo de zinc, sobre terrenos del Ferrocarril, y que un incendio **destruyó parte** de ese local.

Dice también que Abraham Zuluaga, pasado el incendio, levantó de carrera una modesta edificación sobre el lote del Ferrocarril "la cual añadió **a la parte** que del mío había quedado sin quemarse".

Por último dice la demanda que el Ferrocarril se aprovechó de los materiales del edificio, **en la parte** en que esos materiales no fueron consumidos por el incendio.

En la primera de las peticiones, como ya se vio, habla el actor de que se le deben entregar las mejoras que él tenía puestas en el lote, consistentes en los materiales "de que se hallaba compuesto el local de tienda mencionado". Aquí se habla de los materiales que componían el local de tienda; mientras que en otras partes dice que parte del local fue destruído por el fuego.

Como se ve, hasta aquí se trata de unos materiales, de unas mejoras, de un pedazo de edificación, todo indeterminado.

En el alegato de primera instancia (no se presentó en la segunda), el actor habla de que "un incendio destruyó parte considerable del local"; de que Zuluaga "reedificó el local" e hizo local nuevo aprovechando "la parte buena que se había salvado". Dice también este alegato que con las declaraciones de Jesús Tobón, Teodosio Gallego, Juan Guillén y Arturo Estrada se confirma que el edificio no fue totalmente destruído y que de él quedó **una parte** sana.

A los testigos mencionados se les preguntó si es verdad que estando el local en poder de Angel Orrego "aquilado al señor Abraham Zuluaga", un incendio "destruyó **parte** del local"; y si es verdad que Zuluaga se apoderó de la **parte** del local no incendiado, que era como de las **dos terceras partes** de él".

Dijo Tobón, citado arriba, que el local fue destruído por el incendio "en más de las dos terceras, no habiendo quedado sino de dos a tres metros y eso siempre destruídos, sin techos, y esa parte era cancel de tablas ordinarias, maderas redondas y lo mismo que el armazón del techo".

Dijo Gallego, también citado: Que en el local alquilado a Zuluaga, se produjo un incendio que destruyó **una parte**; que "no sé la magnitud porque yo no lo medí"; que Zuluaga se apoderó "de la parte del local no incendiada, no sé qué parte quedó no incediada".

Dijo Estrada, otro de los testigos mencionados arriba, que la parte no incendiada "fue por lo menos de la mitad".

Por último dijo Guillén, que lo destruído por el incendio fue "una parte que no pasó de la tercera parte".

Como se ve, los testigos no están de acuerdo

en cuanto a la parte destruída, y hasta aquí todo resulta indeterminado.

Se pidió que por peritos se avalúe "la edificación que quedó después del incendio, de la cual se apoderó Abraham Zuluaga". Los dos peritos, uno designado por el actor y otro por el Inspector del Corregimiento de Virginia, a quien se comisionó para el caso, rindieron dictamen uniforme en abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, es decir, cuando habían transcurrido más de nueve años después del incendio (éste ocurrió, según la demanda, en enero o febrero de 1935), y se dice en ese dictamen de pocas líneas: "En nuestro concepto, el perjuicio de que se trata, ya que conocimos **la parte** del local no incendiada que quedó, vale la suma de $ 400.00". Nada más. Poco mérito tiene este dictamen, talvez ninguno.

De esta suerte, no se sabe cuál es la cosa reclamada por el actor, qué es lo que debe restituír el Departamento. La acción en estas condiciones no puede prosperar.

Pero hay algo más que se pasó por alto en la primera instancia: Según los autos, el actor remató un local, sobre terrenos del Ferrocarril de Antioquia; ese local lo arrendó a Abraham Zuluaga; estando en poder de Zuluaga, se produjo el incendio que destruyó una parte; Zuluaga reedificó el local, construyendo la parte incendiada, "y no me quiso reconocer más propiedad", dice el actor, "ni quiso reconocer al Ferrocarril como dueño"; el Ferrocarril tuvo que apelar entonces a los Jueces para conseguir la entrega del local; ya el local en manos del Ferrocarril, "local que se tomó violentamente Zuluaga", aquél procedió a destruírlo y a retirar los materiales, aprovechándose de ellos.

Ciertamente el Ferrocarril entabló juicio contra Zuluaga, pero en relación con un lote que fue arrendado a éste el quince de agosto de mil novecientos treinta y ocho, es decir, mucho después del incendio, lote en que se podía tener casa de habitación y tienda, y cuya desocupación y entrega pedía el Ferrocarril. Zuluaga manifestó que si el Ferrocarril le pedía el lote, le debía pagar las mejoras plantadas en él, y no desocupó, desoyendo el requerimiento. El Ferrocarril, entonces pidió el lanzamiento de Zuluaga, y manifestó que de acuerdo con el contrato firmado con Zuluaga, el Ferrocarril no estaba obligado a reconocer mejoras ni a pagarlas. El Tribunal decretó el lanzamiento y fijó un plazo para que Zuluaga pudiera retirar las mejoras. Se venció el plazo y Zuluaga no retiró las mejoras, por lo cual el Ferrocarril pidió que se le permitiera retirar esos materiales y ponerlos a disposición de Zuluaga; y el Tribunal autorizó la demolición de las obras por cuenta de Zuluaga, y el retiro de los materiales en el transcurso de treinta días. Y dijo el Tribunal: si no se retiran "se entiende que los renuncia a favor del Ferrocarril". Entonces Zuluaga celebró un contrato con el Ferrocarril, que consta en escritura 775 de 16 de marzo de 1942, Notaría 2ª de Medellín, por medio de la cual aquél vende a éste la edificación, y en la cual escritura se lee: "Noveno: Que por cuanto en el contrato de arrendamiento de 15 de agosto de 1938, suscrito entre el Ferrocarril y Zuluaga, de manera expresa se estipuló que éste debía conservar la casa de habitación y tienda, **y que si en el lote de terreno arrendado había edificaciones pertenecientes a terceros, se obligaba a entenderse con éstos, el exponente obliga a su poderdante Zuluaga a reconocer al Ferrocarril la suma de dinero que éste tenga que desembolsar en pago de reclamaciones,** a lo que será citado el señor Zuluaga..." (la Corte subraya).

Se han historiado estos incidentes para poder preguntar: ¿Qué vínculo contractual existió entre el actor Orrego y el Ferrocarril de Antioquia, que pueda dar ocasión al pleito que se está estudiando? Ninguno.

¿Era Orrego arrendatario del Ferrocarril? No hay prueba. En la demanda se dice que Orrego remató el local, y que después "fue ratificado conmigo el contrato de arrendamiento en 24 y 25 de marzo de 1935". Lo cual no fue aceptado por el opositor, ni hay prueba de ello.

Cuando el incendio se produjo, el local estaba arrendado a Zuluaga, quien se apoderó de la parte que el incendio dejó, y levantó un nuevo local. ¿Qué tiene qué ver aquí el Departamento o el Ferrocarril? Nada. Resultaría una vinculación de derecho entre Orrego y Zuluaga.

El Ferrocarril celebró contrato de arrendamiento con Zuluaga, sobre un lote de tierra; allí había una edificación; el Ferrocarril hizo lanzar del lote al citado Zuluaga, y por último se celebró un contrato entre éste y aquél, en virtud del cual pasó la edificación a manos del Ferrocarril por compra. ¿El lote era el mismo de la edificación de Orrego? No se sabe. ¿La edificación era la misma que Zuluaga reedificó aprovechándose de la parte que dejó el incendio? No se sabe. Se sabe sí que aquí se trata de unas vinculaciones entre Zuluaga y el Ferrocarril de las cuales es ajeno Orrego.

Zuluaga, subarrendatario de Orrego, se apoderó abusivamente de la parte de edificación que dejó el incendio. ¿Por qué entonces quiere Orrego que el Ferrocarril le restituya los materiales de esa parte que Zuluaga tomó abusivamente, según se dice?

De todo esto resulta, sin lugar a duda, que no hay razón jurídica para que Orrego haya demandado al Departamento por esos materiales.

Y si la acción principal no puede prosperar, por indeterminación del objeto; y si no hay prueba de que el Ferrocarril se haya apoderado de materiales salvados del incendio, que Orrego consideraba o considera suyos, tampoco puede prosperar la petición subsidiaria sobre pago del valor de los materiales.

Sin necesidad de más consideraciones, 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 providencia materia del recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leyva Charry.—Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS ORIGINADOS EN EL CUMPLIMIENTO DE UNA RESOLUCION ADMINISTRATIVA NULA.—LOS PARTICULARES NUNCA PUEDEN INVOCAR DERECHO A DETERMINADA COMPETENCIA

Si a la justicia contencioso-administrativa quedaron adscritas las reparaciones por actos o hechos administrativos que lesionen derechos de los particulares, como lo disponen los artículos 67, 68 y 69 de la Ley 167 de 1941, mal pudieron quedar subsistentes para estos casos las atribuciones de que antes gozaba la justicia ordinaria.

De otra parte, que el derecho a la reparación del demandante naciera antes de la nueva competencia, no implica que éste pueda acogerse a la antigua. Los particulares no pueden invocar derecho a determinada competencia, ya que en este campo sólo se trata de deberes funcionales, de situaciones objetivas que derivan exclusivamente de la ley. Por esto la competencia puede cambiarse o modificarse en cualquier tiempo, con incidencia sobre los actos jurídicos realizados con anterioridad, y aún respecto de las acciones ya intentadas y todavía no decididas. La competencia nunca puede retenerse en contra de lo ordenado por el Legislador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles).

Dentro del juicio ordinario seguido ante el Tribunal Superior de Santa Marta por el señor Marco A. Hernández Durán contra el Departamento del Magdalena, sobre indemnización de perjuicios materiales y morales, se decretó de oficio la nulidad de toda la actuación procesal por providencia de quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, con fundamento en que la competencia para conocer del asunto no correspondía a la justicia ordinaria sino a la justicia contencioso-administrativa.

De esta providencia del Tribunal apeló el apoderado de la parte demandante, motivo por el cual ha venido el negocio a esta Sala de la Corte. Y como aquí está agotada ya la tramitación prevista por el artículo 502 del Código Judicial, se procede ahora a decidir sobre el recurso interpuesto.

Antecedentes

Por la ordenanza número 57 de 1937 la Asamblea del Magdalena, con el ánimo de intensificar en su territorio el cultivo de la caña de azúcar, dispuso que en la compra de mieles y panela para la Fábrica de Licores se daría preferencia a los productores del Departamento, a quienes se debería pagar el artículo a precios que se consideraban remuneradores para el fomento buscado.

A este mismo propósito el Gobernador del Magdalena, autorizado por la Asamblea, celebró un convenio con la Cooperativa de Caña de Azúcar del Magdalena, Limitada, cuyo objeto era el de garantizarle la compra de mieles y panela en las condiciones señaladas por la ordenanza precitada. Se previó expresamente que tal convenio se entendería prorrogado al terminar su vigencia en el mes de diciembre de 1939, si ninguna de las partes manifestaba por escrito su voluntad en contrario.

Dentro de este estado de cosas la Gobernación del Magdalena, a consecuencia de una investigación administrativa sobre fraudes al Departamento en el suministro de dulces, expidió la resolución número 20 de 27 de febrero de 1941, en la cual se ordenó:

"1º Cancelar al señor Marco A. Hernández Durán la inscripción de su finca de caña de azúcar denominada "Calabazo", y de hoy en adelante el Departamento se abstendrá de seguir negociando con dicho señor, ya sea directa o por interpuesta persona o por medio de la Cooperativa de Caña de Azúcar.

"2º Suspender la compra de mieles a la Cooperativa de productores de caña de azúcar por la razón de haber encubierto su gerente las maniobras de uno de los cooperados. Esta suspensión durará mientras la Cooperativa no dé las segu-

ridades de que serán cumplidas de manera estricta las disposiciones ordenanzales a que se comprometió en el aparte e) de la cláusula primera del contrato de 8 de agosto de 1939, y especialmente el cambio de gerente. Entre tanto el Departamento para no perjudicar a los cooperados les comprará las mieles individualmente, siempre que se hayan inscrito en la Secretaría de Hacienda".

Se dijo en dicha resolución que el señor Marco A. Hernández Durán se había colocado en las circunstancias previstas por el artículo 15 de la ordenanza 57 de 1937, conforme al cual "a todo cultivador a quien se le compruebe que ha engañado o tenido la intención de engañar al Departamento haciendo pasar mieles de extraña procedencia como si fueran producidas en fincas inscritas, se le cancelará la inscripción y no podrá seguir negociando con el Departamento".

Finalmente la aludida resolución de la Gobernación del Magdalena fue declarada nula por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santa Marta por sentencia de treinta de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en juicio promovido por el señor Pedro M. Hernánez, en su doble condición de ciudadano colombiano y de gerente de la Cooperativa de Caña de Azúcar del Magdalena, Limitada.

El motivo de la acción

De acuerdo con las súplicas de la demanda presentada al Tribunal Superior de Santa Marta el veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, las reparaciones o indemnizaciones solicitadas por el señor Hernández Durán contra el Departamento del Magdalena provienen de perjuicios que se dicen causados por "el acto injusto de la Resolución número 20 de 27 de febrero de 1941, expedida por la Gobernación del Departamento".

También se adujeron en la demanda como causa o hechos de la acción, para no dejar ninguna duda sobre el origen de tales perjuicios, los siguientes:

"**Octavo.**—La orden primitiva, injusta e ilegal de la Gobernación contenida en dicha resolución, produjo, como era natural, la paralización de los trabajos de la finca de mi mandante y la ruina completa de ella a los pocos meses.

"**Undécimo.**—Hizo circular profusamente la Gobernación, en hojas sueltas, la mencionada resolución punitiva contra el señor Hernández, produciendo el consiguiente escándalo social y gr vísimos perjuicios morales a mi mandante".

Las razones del Tribunal

Al plantear la cuestión de competencia motiv de la nulidad decretada, razona el **a quo:**

"El demandante señor Marco A. Hernández Du rán encuentra en la resolución expedida por l Gobernación del Magdalena, número 20 de 27 d febrero de 1941, la causa que originó los perju cios cuya reparación solicita ante la justicia or dinaria, en demanda que tiene fecha 20 de no viembre de 1941, introducida en esa misma fech en este Tribunal.

"Siendo como lo es esa resolución un acto ad ministrativo de carácter departamental, los per juicios que en ese acto se originaron no puede demandarse, hoy por hoy, ante la justicia ordi naria sino ante la jurisdicción especial de lo con tencioso-administrativo, por haberlo dispuesto as la ley que reglamentó esta jurisdicción, que lo e la 167 de 1941, cuya vigencia empezó de acuerd con la misma ley el 1º de abril de 1942. (Véase e artículo 285 de la ley citada).

"La razón es clara. La ley citada reglament íntegramente la materia, estableciendo lo que en el Derecho Administrativo se conoce con el nombre del "Contencioso de Plena Jurisdicción", que es el régimen en virtud del cual se puede demandar ante la jurisdicción administrativa, además de la nulidad del acto que lesione derechos de una persona, el consecuencial restablecimient del derecho lesionado, pudiendo para este solo efecto estatuir el Tribunal Administrativo correspondiente "disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas" (artículos 67 y sig. del C. de lo Contencioso Administrativo).

"Verdad es que durante la vigencia de la ley 80 de 1935, cuando fue expedida aquella resolución y demandada la nulidad de la misma no había obstáculo, por existir una dualidad de jurisdicciones, en que se acusase la nulidad de un acto de la administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que obtenida la declaratoria de nulidad por el interesado, en ejercicio de la acción privada, se pudiera acudir ante la justicia ordinaria para que ésta decretara la correspondiente indemnización de perjuicios que no se demandaron ante la justicia administrativa.

"Las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia que el demandante transcribe y cita en su

egato ponen de relieve la exactitud de esta sis.

"Mas todo esto se cumplía así siempre que la manda ante la justicia ordinaria se hubiera enblado antes de la vigencia de la ley 167 de 41, pues a partir de esta ley aquella dualidad jurisdicciones, para conocer la una de la nuad y la otra de la reparación, desapareció".

Consideraciones de la Sala

Como la Corte está de acuerdo con las razones puestas por el Tribunal, sobre las cuales nada alegado ahora el demandante, le bastará apes con referirse a la tesis sustentada por éste en primera instancia, al considerar que el asunto es de la competencia de la justicia ordinaria, por haberse originado los perjuicios antes de vigencia de la ley 167 de 1941, ya por haberse mandado con antelación a este estatuto la nuad de la resolución número 20 de 27 de febrede 1941 de la Gobernación del Magdalena.

Interesa advertir ante todo que la interpretaón que la Corte le diera al artículo 4º de la y 80 de 1935, como acertadamente lo observa **a quo,** carece hoy de toda significación, en esencia de la ley 167 de 1941, ora porque esta y regula íntegramente la materia de lo contenso-administrativo, ora porque los artículos 67 siguientes de la misma, al estructurar con tos sus consecuencias el llamado contencioso subivo o de plena jurisdicción, derogaron el preto que dio origen a la jurisprudencia citada r el demandante.

Si a la justicia contencioso-administrativa queron adscritas las reparaciones por actos o hos administrativos que lesionen derechos de los rticulares, como lo disponen los artículos 67, y 69 de la ley 167 de 1941, mal pudieron quer subsistentes para estos casos las atribuciones que antes gozaba la justicia ordinaria.

De otra parte, que el derecho a la reparación demandante naciera antes de la nueva comencia, no implica que éste pueda acogerse a la igua. Los particulares no pueden invocar derecho a determinada competencia, ya que en este campo sólo se trata de deberes funcionales, de situaciones objetivas que derivan exclusivamente de la ley. Por esto la competencia puede cambiarse o modificarse en cualquier tiempo, con incidencia sobre los actos jurídicos realizados con anterioridad, y aún respecto de las acciones ya intentadas y todavía no decididas. La competencia nunca puede retenerse en contra de lo ordenado por el Legislador.

Con esto queda dicho también que la competencia jurisdiccional para conocer de este negocio en nada puede afectarse, como lo pretende el demandante, por la circunstancia de que la nulidad de la resolución de la Gobernación del Magdalena se intentara antes del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, máxime cuando esa nulidad ni siquiera fue promovida por el actor en el presente juicio.

Síguese de lo anterior que la providencia del Tribunal Superior de Santa Marta es perfectamente legal, si además se tiene en cuenta: a) que la resolución de la Gobernación del Magdalena, en cuanto se relaciona con el señor Hernández Durán, es un acto típicamente administrativo, desde luego que las sanciones que a éste se le impusieron se hacen derivar de la violación de una ordenanza departamental; b) que el propio actor considera que los perjuicios demandados se le causaron a consecuencia de dicha resolución, como lo expresa claramente en las peticiones y hechos de la demanda; y c) que cuando la acción se intentó ante el Tribunal de Santa Marta ya había entrado en vigencia la ley 167 de 1941, según la cual de estos asuntos le incumbe conocer a la justicia contencioso-administrativa.

Y sin más, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma la providencia objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leyva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE LOTERIA—LA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION NO ES PERENTORIA CONFORME A NUESTRA LEGISLACION.—PARA QUE PROCEDA LA FUNCION JURISDICCIONAL DE LAS AUTORIDADES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SE REQUIERE, ENTRE OTRAS CONDICIONES, QUE EL ACTO DE LA ADMINISTRACION SEA VIOLATORIO DE LA LEY POR INFRACCION DIRECTA, Y NO COMO RESULTADO DE SITUACIONES JURIDICAS PRODUIDAS POR LA ACCION PRIVADA O CON EL NECESARIO CONCURSO PARTICULAR. — NATURALEZA JURIDICA DE LA LOTERIA

1.—El concepto de excepción, como medio de defensa contra la acción, se funda en un defecto de ésta, y puede hallarse o en el derecho mismo que por medio de ella se quiere hacer efectivo, o en el modo como ese derecho se ejercita. De allí la primera gran clasificación que nos ofrece la doctrina, en excepciones de fondo y excepciones de forma, y sobre cuyo contenido se expresa así el conocido tratadista Fábrega y Cortés: "Las excepciones de fondo combaten el derecho mismo, las de forma combaten puramente el modo como el derecho ha sido deducido en el juicio, y aún cuando matan el juicio promovido, dejan subsistir el derecho para promover un nuevo juicio. Así las excepciones de fondo como las de forma se subdividen en perentorias y dilatorias: llámanse perentorias, de perimere (matar), las que matan el derecho o el juicio en el cual el derecho se ejercita; y dilatorias, de differre (diferir, alargar, prolongar), aquellas que no matan el derecho ni el juicio, sino que sólo se refieren al ejercicio del derecho o al curso del juicio, o a la contestación de la demanda". En ese orden de ideas podríanse ofrecer como ejemplos, los siguientes: Excepción perentoria de fondo, la de pago, porque mata o extingue definitivamente el derecho del acreedor. Perentoria de forma, la de prescripción de la acción ejecutiva, porque también mata o extingue el procedimiento especial del apremio que se ejercita, aún cuando no el derecho que el acreedor puede hacer efectivo por la vía ordinaria. Excepción dilatoria de fondo, la de petición antes de tiempo, porque aplaza la efectividad del derecho para cuando se haya cumplido el tiempo de la exigibilidad. Y dilatoria de forma, la de inepta demanda, porque difiere el curso de la acción para cuando aquélla se proponga en regular forma.

Pero esta clasificación de la doctrina no es, sin embargo, la seguida por nuestra legislación. Según ella "las excepciones que pueden proponerse en juicio se dividen en dilatorias que se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo; y en perentorias, que son las que se oponen a lo sustancial de la acción" (artículo 328 del C. J.) las primeras se deciden en incidente de previo y especial pronunciamiento (artículo 335 ibid.), en tanto que las segundas lo son en la sentencia definitiva (art. 324 ibid.).

Ahora bien: la incompetencia de jurisdicción no es un hecho que se dirija contra la existencia misma del derecho pretendido por la parte demandante, o sea, contra lo sustancial de la acción, sino que va simplemente contra el procedimiento; por lo cual nunca podría determinar, en el concepto legal, una excepción perentoria; apenas origina la dilatoria de declinatoria de jurisdicción, o, en caso de no haberse propuesto como tal, determina una causal de nulidad

2—En conformidad con los principios que rigen la jurisdicción contencioso-administrativa, y que concreta la ley 167 de 1941 la extensión de sus atribuciones se limita a juzgamiento de aquellos actos, hechos u operaciones de la Administración violatorios de la ley propiamente dicha, de la Ordenanza o del Acuerdo Municipal y de decretos que los reglamentan, o de los que se han producido con abuso o desviación de

las facultades propias del funcionario o corporación que los profiere; ya sea sólo para anularlos, o para restablecer, directamente o como consecuencia de la anulación, los derechos particulares quebrantados por ellos. En consecuencia, para que proceda esta especie de función jurisdiccional, se requieren dos condiciones: que el acto, hecho u operación contra el cual se dirige, sea un acto de la Administración, esto es, ejecutado por un agente del servicio y en razón de actividades inherentes a la función administrativa que le encomienda la ley; y que dicho acto sea violatorio de la ley, por infracción directa, y no como resultado de situaciones jurídicas producidas por la acción privada o con el necesario concurso particular, las cuales, por su naturaleza, caen bajo la jurisdicción de la Justicia Ordinaria.

Así las cosas, no puede entonces válidamente sostenerse que el acto por medio del cual el Gerente o Administrador de la Lotería del Departamento de Bolívar estableció el orden como debía hacerse el sorteo extra celebrado en noviembre de 1945, esté sujeto por su naturaleza al control administrativo antes que al de la justicia ordinaria, porque la supuesta obligación que tuviera el Gerente de verificarlo en determinado orden, no tiene su fuente en ley, Ordenanza o Acuerdo Municipal ni en decreto reglamenatrio de ninguna de tales disposiciones; se deriva de las disposiciones reglamentarias de la empresa, y hasta de la costumbre misma, que al ser conocidas y aceptadas por el público adquirente de los billetes en juego, formalizó con éste un contrato de adhesión cuyas estipulaciones obligan por igual a las dos partes contratantes. Luego al desconocerse por una de ellas alguna o algunas de tales estipulaciones, lo que en realidad se presenta es una infracción del contrato, cuyas consecuencias no pueden ventilarse y decidirse sino por la Justicia Ordinaria.

3.—Al adquirir el particular uno o más billetes de una lotería, adhiere a las condiciones del sorteo, y formaliza con el acto de aceptación a la oferta de la empresa, un contrato de los que específicamente se denominan "contratos de adhesión", que le da derecho a participar en el juego en las mismas e idénticas condiciones de probabilidad en que participan los poseedores de otros títulos, y a que, si la cifra que identifica su billete resulta favorecida, se le entregue el premio de acuerdo con el plan preestablecido por la empresa.

No se trata, en consecuencia, del simple acto unilateral de una de las partes que fija e impone a su arbitrio los términos de la relación jurídica, como algunos lo pretenden para los contratos de adhesión; porque lo cierto es que nunca los actos reglamentarios de quien hace la propuesta son susceptibles de producir consecuencias mientras no sobrevenga la aceptación del tercero, que desde luego es libre para darla o no; y porque, aún cuando es verdad que la naturaleza de las cosas coloca al oferente en condiciones de privilegiada ventaja, no lo es menos que tanto la acción de la ley que interviene para impedir o restarle eficacia a las cláusulas abusivas, como la misma publicidad que protocoliza las condiciones de la oferta, son factores bastantes para restablecer el equilibrio jurídico entre las partes y garantizarles el límite de los derechos y obligaciones de cada una de ellas.

Pero si el conjunto de las declaraciones en que el oferente concreta los términos de la propuesta constituye de por sí el contenido de la estipulación contractual a que las partes vinculan su voluntad, la naturaleza misma de esta clase de actos impone la necesidad de distinguir en aquéllas, las llamadas cláusulas esenciales, que versan estrictamente sobre la materia contractual, de las puramente accesorias o accidentales, que constituyen más bien previsiones de simple reglamento institucional. Las primeras, como determinantes absolutos de la voluntad del oferente que las presenta y del tercero que las acepta, crean entre los dos un vínculo contractual ineludible, que los obliga ciertamente; las segundas sólo constituyen fuente de derechos contractuales, en cuanto respondan a la real intención que las partes tuvieron para contratar, a la buena fe con que procedieron y a las finalidades esenciales del contrato. Por lo cual y para establecer la forma como contractualmente quedan obligadas las partes en la ejecución del contrato, no basta simplemente con acreditar la existencia de una determinada disposición reglamentaria, o la práctica invete-

rada como actos anteriores de la misma naturaleza se llevaron a cabo; se requiere, además, que ese hecho así consagrado por el reglamento o la costumbre, no sea puramente circunstancial, sino de entidad suficiente para estimarse como uno de los determinantes de la voluntad que acepta la propuesta, en forma que, suprimido o siquiera modificado, resulta incierta o improbable aquella aceptación, dentro de la buena fe que debe presidir los contratos y las finalidades que con ellos se proponen las partes.

. . . . . .

El señalamiento del orden como deben sortearse los premios separados de una lotería no es, desde luego, una previsión de carácter esencial en el perfeccionamiento del contrato. Quien pretende adquirir un billete para participar en el sorteo, no determina su voluntad en consideración del orden como los números de la suerte van a ser escogidos, porque ese orden no aumenta ni disminuye, dentro de la naturaleza aleatoria de la suerte, las probabilidades de obtener el premio. Es una cláusula circunstancial y accesoria, que si se especifica dentro de los planes de una rifa, es por la necesidad forzosa de ejecutarla de alguna manera, no porque la observancia de este o del otro orden estimule mejor la voluntad del que vacila en participar en ella, o de cualquier otro modo sea susceptible de incidir sobre la suerte. De ahí el que pueda omitirse esa determinación previa dentro de los planes generales del reglamento y los particulares del sorteo, reservándola para el acto mismo en que ha de iniciarse; o que, establecido con anticipación, pueda luégo modificarse en dicho acto, sin que por ello los jugadores que no alcanzaron el premio puedan válidamente deducir perjuicios jurídicos como consecuencia de tal determinación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio tres de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y seis presentó el doctor José Gabriel de la Vega en nombre y representación de don Hernando Vergara Támara, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, demanda civil ordinaria contra el Departamento de Bolívar, a efecto de que por la vía ordinaria se hagan las siguientes declaraciones:

"Primero. — Que el Departamento de Bolívar, en cumplimiento del contrato de lotería determinado en esta demanda, debe pagar al señor Hernando Vergara Támara, mayor y de este vecindario..., la suma de sesenta y siete mil seiscientos sesenta y cinco pesos con setenta centavos ($ 67.665.70) dentro del término de tres (3) días, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia favorable que decida el litigio que promuevo.

"Segundo. — Que el Departamento de Bolívar debe pagar al señor Hernando Vergara Támara los perjuicios que le ha causado el incumplimiento del contrato de lotería particularizado por esta demanda.

"Tercero.—Que, a título de perjuicios moratorios, el Departamento de Bolívar debe pagar al señor Hernando Vergara Támara, tres días después de ejecutoriada la sentencia favorable que decida este litigio, un interés anual del seis por ciento (6 %) sobre sesenta y siete mil seiscientos sesenta y cinco pesos con setenta centavos ($ 67.665.70) computables desde el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) hasta que el pago se efectúe".

Luégo de darse a esta demanda el curso regular correspondiente, fue decidida por el Tribunal, con salvamento de voto de uno de sus Magistrados, por sentencia de diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, en los siguientes términos:

"1º Condénase al Departamento de Bolívar a pagar al señor Hernando Vergara Támara, mayor y de este vecindario, con cédula de ciudadanía número 1798375 (de Cartagena), la suma de sesenta y siete mil seiscientos sesenta y cinco pesos con setenta centavos ($ 67.665.70) m. cte., dentro del término de tres días contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia.

"2º Condénase asimismo al Departamento de Bolívar a pagar a dicho Hernando Vergara Támara, a título de perjuicios moratorios, tres días después de ejecutoriada la sentencia, un interés anual del 6 % sobre la suma de sesenta y siete mil seiscientos sesenta y cinco pesos con setenta centavos ($ 67.665.70) computables desde el ocho

de abril de 1946, día de la contestación de la demanda, hasta que el pago se efectúe. Sin costas".

De esta providencia apeló el señor apoderado del Departamento; y como el trámite de la segunda instancia se halla agotado, es procedente decidir el recurso, para lo cual se considera:

Antecedentes

Mediante Decreto número 115 de 8 de febrero de 1945 la Gobernación del Departamento de Bolívar, haciendo uso de las facultades que le confirieron los artículos 8º de la Ordenanza número 34 de 1943 y 5º de la Ordenanza número 4 de 1944 para la reorganización de la Lotería de Bolívar y regulación de los gastos que demanden los sorteos extraordinarios, ordenó:

"**Artículo primero.** — Dispónese la celebración de un sorteo extraordinario de la Lotería de Bolívar para el lunes veintiseis (26) de noviembre del corriente año. Los billetes se compondrán de (30) treinta fracciones, el valor de cada billete será de $ 30.00, y consecuencialmente los premios serán los siguientes:

PREMIO MAYOR ..... $	70.000.00
PRIMER PREMIO SECO	2.500.00
SEGUNDO PREMIO SECO	1.500.00
TERCER PREMIO SECO	500.00
CUARTO PREMIO SECO	300.00
QUINTO PREMIO SECO	200.00
ANTERIOR AL MAYOR	1.500.00
POSTERIOR AL MAYOR	1.500.00
OCHO (8) premios anteriores al mayor y ocho (8) posteriores, el billete $ 187.50, la fracción $ 6.25	3.000.00
Nueve (9) premios para las tres últimas cifras, el billete $ 1.200, la fracción $ 40.00	10.800.00
Noventa (90) premios para las dos (2) últimas cifras, el billete $ 180, la fracción $ 6.00.....	16.200.00
Novecientos (900) premios la última cifra (doble), el billete $ 60, la fracción $ 2.00.....	54.000.00
Total de premios ..... $	162.000.00

"**Artículo segundo.** — Del valor nominal de la emisión se destinará el 54 % para premios, de conformidad con lo prescrito en el artículo 7º de la Ley 12 de 1932, inciso 2º.

"**Artículo tercero.**—De conformidad con el artículo 5º de la Ordenanza 4 de 1944, los gastos de propaganda del sorteo extraordinario se fijan en la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00).

"**Artículo cuarto.**—Para atender a la exención de toda clase de impuestos para el presente sorteo, oportunamente se harán las gestiones consiguientes, ante los órganos competentes" (fl. 1º y v., c. número 1º).

En cumplimiento de este Decreto, la Gerencia o Administración de Renta de la Lotería de Bolívar dió a la publicidad la correspondiente propaganda, ciñéndose exactamente al plan prefijado en las disposiciones gubernamentales antes transcritas, y puso a la venta los billetes con que el público podía participar en la rifa, de los cuales, el demandante de este pleito, señor Hernando Vergara Támara, adquirió veintinueve (29) de las treinta fracciones correspondientes al número **cinco-tres-ocho-cuatro** (5384). La leyenda de cada una de las fracciones en que fueron divididos los billetes, dice así:

"República de Colombia. —Cartagena — Sorteo 1265—LOTERIA DE BOLIVAR—Sorteo 1265—A las cinco de la tarde en Cartagena.—Renta Departamental de Bolívar para su beneficencia. (Luégo en cifras y letras el número del billete). Valor $ 1.00—Sorteo Extra, 1265—Noviembre 26 de 1945—El Gerente, B. Martínez A. — Premios según la lista oficial. — Pagaré irreemplazable al Portador.—Caduca al año.—Plan de sorteo el anunciado".

En el día señalado tuvo lugar el mencionado sorteo, en los términos que describe la correspondiente acta, cuyo texto es el siguiente:

"ACTA Nº 1262—República de Colombia, Departamento de Bolívar, en la ciudad de Cartagena a los 26 días del mes de noviembre de 1945, reunidos en los bajos del Palacio de la Gobernación los señores Alcalde Mayor del Distrito, Administrador de la Lotería de Bolívar y Auditor de la Contraloría Departamental ante la Lotería de Bolívar, con presencia de los testigos señores Raúl Piñeres y Eduardo A. de Pombo, a las siete de la noche, con el objeto de celebrar el Sorteo Extraordinario número 1265. Se procedió a verificarlo y efectuado éste la suerte favoreció a los siguientes números: Premio mayor número 8567. Primer seco número 5725. Segundo seco número 3869. Tercer seco número 5021. Cuarto seco número 8882. Quinto seco número 5384. Se verificó el sorteo en orden ascendente. Del premio mayor número 8567 se derivan los premios menores. Para constancia se firma la presente acta por quienes en ella han interveni-

do. El señor Alcalde, Fco. Obregón Jarava. Administrador de la Lotería de Bolívar, Bmé. Martínez Aycardi. — Auditor de la Contraloría Departamental, Andrés J. Valverde. Testigo: Eduardo A. de Pombo. Testigo: Raúl Piñeres" (fl. 5 ibid).

No relaciona este documento, el orden como se hiciera el sorteo; pero todas las declaraciones allegadas a los autos por una y otra parte, están conformes en testificar que a virtud de resolución tomada por el Administrador de la Empresa, y profusamente anunciada al público por la radio antes de que se iniciara el acto, el referido sorteo se llevó a cabo en orden ascendente, o sea, del último premio seco hasta el premio mayor. José del Carmen Pérez, por ejemplo, dice: "Por la razón anterior sí me di cuenta de que cuando se anunció al público en forma ostensible, por radio y otras formas, que el sorteo se iba a efectuar en orden ascendente, o sea, que el premio mayor se rifaría de último, todo el público aplaudió y dio señales de aprobación". (C. número 3, fl. 4). Andrés J. Valverde declara: "Por haber presenciado el sorteo de que habla la pregunta anterior sé que la forma en que se efectuó el sorteo se avisó previamente y de manera profusa y pública hasta con el empleo de la radio, avisando que se comenzaría el sorteo por el quinto premio seco menor o sea el último de la lista publicada, con el objeto de dejar para el último el premio mayor, verificándose así el sorteo en orden ascendente, hasta llegar al premio mayor cuyo número fue el último rifado... agregando que el público allí, presente que era numeroso, no dio muestra de desagrado por la manera como fue anunciado y jugado el sorteo mencionado" (fl. 4 v. ibid.). Cayetano Orbegozo manifiesta: "Por la razón anterior y por mi condición de lotero me di cuenta que al anunciarse al público por radio y otras formas, el sorteo se efectuaría en orden ascendente, es decir, que el premio mayor se rifaría de último, todo el público allí presente aplaudió y dio señales de aprobación, desde luego que yo estuve allí durante todo el sorteo" (fl. 5 ibid.). Don Eduardo A. de Pombo testifica: "Por haber presenciado el sorteo extraordinario de que trata la pregunta anterior, me di cuenta que antes de efectuarse el sorteo se avisó previamente al público allí presente por el señor Bartolomé Martínez Aycardi que dicho sorteo comenzaría por el premio seco menor, o sea el último de la lista publicada, y que se dejaría para último la rifa o sorteo del número correspondiente al premio mayor, es decir, haciendo el sorteo en forma ascendente" (fl. 5 v. ibid.). Raúl Piñeres, expone: "Por haber presenciado el sorteo de que trata la pregunta anterior me consta la forma como se efectuó el sorteo, la que se avisó previamente y en forma repetida por el locutor de la radio que allí funcionaba, avisando que se comenzaría el sorteo por el premio seco menor, o sea el último de la lista, a fin de dejar para último el premio mayor, es decir, haciendo el sorteo en forma ascendente" (fl. 7 ibid.). En forma análoga se expresan los señores Zoilo Jiménez, César Camargo Sierra, Sebastián Babilonia, Ignacio Iriarte, Horacio López, Humberto Insignares, Juan Mier Benítez, Sansón Vellojín y Francisco Obregón Jarava (fls. 7 a 12 ibid.).

Celebrado el sorteo en las condiciones anotadas y después de casi dos meses, cuando ya los premios se hallaban cubiertos en su casi totalidad, se presentó a la Administración de la Lotería de Bolívar el señor Vergara Támara, y con exhibición de las fracciones de billete que había comprado para el sorteo a que se viene haciendo referencia, exigió el pago de la suma correspondiente al premio mayor; entonces, "se le hizo saber al reclamante que ese billete correspondía al premio del **quinto seco**, según el acta respectiva, y que cada fracción ganaba la suma de seis pesos sesenta y seis centavos ($ 6.66); pero al ir a efectuarse el pago, el señor Vergara Támara lo rechazó, y, por tanto, es ésta la razón por la cual el número de fracciones del billete antedicho no fue cancelado por esta oficina" (fl. 6 ibídem).

En sentir del señor Vergara Támara, y como lo expresa su apoderado en la demanda, el orden sucesivo en que fueron saliendo los números sorteados, era el que establecía, descendentemente, de mayor a menor, los respectivos premios, y no la determinación unilateral que tomó el Administrador de invertir arbitrariamente dicho orden; por lo cual, concluye el actor, habiendo salido sorteado en primer término el número 5384 del cual éste había adquirido veintinueve fracciones, el premio que le corresponde no es el **quinto seco** de $ 200.00, sino el gordo o mayor de $ 70.000.00. Estos los hechos que han dado origen a la demanda, cuyos términos petitorios se dejaron ya transcritos.

La competencia

Antes de proceder al análisis de las distintas cuestiones de fondo que se han planteado en re-

lación con el problema aquí debatido, estima necesario la Sala hacer algunas breves consideraciones relacionadas con la competencia de la Justicia Ordinaria sobre la materia. Porque aún cuando es verdad que ante la Corte se ha hecho caso omiso de este particular, no lo es menos que, suscitada la cuestión en la primera instancia por el representante del Departamento, siquiera hubiera sido dentro del concepto equivocado de una excepción perentoria, se hace indispensable dejar expresamente definido el punto, ya que la incompetencia de jurisdicción, como causal de nulidad que es, afecta la nulidad de la actuación y determina para el Juez el deber de avisarla y declararla de oficio.

En concepto del señor apoderado del Departamento durante la primera instancia, la empresa de las loterías en Colombia, constituye una actividad expresamente reservada por la ley a las entidades de derecho público y más concretamente a los Departamentos, únicos que pueden realizarla con fines de caridad pública. En consecuencia, el ejercicio de tales actividades, constituyen actos propios de la Administración, y quienes las llevan a cabo, lo hacen precisamente como funcionarios u órganos de la misma. Luego al tomar el señor Administrador de la Lotería de Bolívar la determinación de invertir el orden como debían asignarse los premios en la extraordinaria que se verificó el 26 de noviembre de 1945, y en los términos en que da fe el acta correspondiente, su acto fue un acto de la Administración, cuyas consecuencias no pueden desconocerse sino por conducto de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya directamente, como lo establece el artículo 68 de la ley 167 de 1941, o ya mediante la previa anulación del mismo, como lo prevé el artículo 67 del mismo estatuto. De donde se sigue que, al proponerse esta demanda ante la Justicia Ordinaria, y más aún, sin que previamente se haya anulado el acto administrativo que determinó el perjuicio por cuya indemnización se reclama, se han producido las excepciones perentorias de "incompetencia de jurisdicción" y de "petición de modo indebido antes de tiempo", que el sentenciador debe declarar.

Ante todo se hace necesario rectificar el concepto legalmente equivocado en que incurre el señor representante del Departamento, cuando asigna a la **incompetencia de jurisdicción** —en que en definitiva se traduce el conjunto de hechos que alega para fundar medios defensivos distintos— la calidad de una excepción perentoria, susceptible por lo tanto, de ser decidida en la sentencia (artículo 342 del C. J.).

El concepto de excepción, como medio de defensa contra la acción, se funda, en un defecto de ésta, y puede hallarse o en el **derecho mismo** que por medio de ella se quiera hacer efectivo, o en el **modo** como ese derecho se ejercita. De allí la primera gran clasificación que nos ofrece la doctrina, en **excepciones de fondo** y **excepciones de forma,** y sobre cuyo contenido se expresa así, el conocido tratadista Fábrega y Cortés: "Las excepciones de fondo, combaten el derecho mismo, las de forma combaten puramente el modo como el derecho se ha deducido en el juicio, y aún cuando maten el juicio promovido, dejan subsistir el derecho para promover un nuevo juicio. Así las excepciones de fondo como las de forma se subdividen en **perentorias** y **dilatorias;** llámanse perentorias, de **perimere** (matar), las que matan el derecho o el juicio en el cual el derecho se ejercita; y dilatorias, de **diferre** (diferir, alargar, prolongar), aquellas que no matan el derecho ni el juicio, sino que sólo se refieren al ejercicio del derecho o al curso del juicio, o a la contestación de la demanda". En ese orden de ideas podríanse ofrecer como ejemplos, los siguientes: Excepción **perentoria de fondo,** la de pago, porque mata o extingue definitivamente el derecho del acreedor. **Perentoria de forma,** la de prescripción de la acción ejecutiva, porque también mata o extingue el procedimiento especial del apremio que se ejercita, aún cuando no el derecho que el acreedor puede hacer efectivo por la vía ordinaria. **Excepción dilatoria de fondo,** la efectividad del derecho para cuando se haya cumplido el tiempo de la exigibilidad. Y **dilatoria de forma,** la de inepta demanda, porque difiere el curso de la acción para cuando aquélla se proponga en regular forma.

Pero esta clasificación de la doctrina, no es sin embargo la seguida por nuestra legislación. Según ella "las excepciones que pueden proponerse en juicio se dividen en **dilatorias** que se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo; y en **perentorias,** que son las que se oponen a lo sustancial de la acción" (artículo 328 del C. J.); las primeras se deciden en incidente de previo y especial pronunciamiento (artículo 335 ibid.), en tanto que las segundas lo son en la sentencia definitiva (artículo 324 ibid.).

Ahora bien: la incompetencia de jurisdicción en que realmente vienen a traducirse las distintas consideraciones expuestas por el mandatario

del Departamento, no es un hecho que se dirija contra la existencia misma del derecho pretendido por la parte demandante, o sea, contra lo sustancial de la acción, sino que va simplemente contra el procedimiento; por lo cual nunca podría determinar, en el concepto legal, una excepción perentoria; apenas origina la dilatoria de declinatoria de jurisdicción, o, en caso de no haberse propuesto como tal, determina una causal de nulidad. Luego no habiéndose hecho valer en el primer carácter, lo que ahora corresponde es examinar la exactitud jurídica de su contenido para definir si la justicia ordinaria es o no competente para conocer de los extremos que son materia de la controversia, y por lo tanto, si el procedimiento seguido es o no válido.

En conformidad con los principios que rigen la jurisdicción contencioso-administrativa, y que concreta la ley 167 de 1941, la extensión de sus atribuciones se limita al juzgamiento de aquellos actos, hechos u operaciones de la Administración violatorios de la ley propiamente dicha, de la Ordenanza o del Acuerdo Municipal y de decretos que los reglamentan, o de los que se han producido con abuso o desviación de las facultades propias del funcionario o corporación que los profiere; ya sea sólo para anularlos, o para restablecer, directamente o como consecuencia de la anulación, los derechos particulares quebrantados con ellos. En consecuencia, para que proceda esta especie de función jurisdiccional, se requieren dos condiciones: que el acto, hecho u operación contra el cual se dirige, sea un acto de la Administración, esto es, ejecutado por un agente del servicio y en razón de actividades inherentes a la función administrativa que le encomienda la ley; y que dicho acto sea violatorio de la ley, por infracción directa, y no como resultado de situaciones jurídicas producidas por la acción privada o con el necesario concurso particular, las cuales, por su naturaleza, caen bajo la jurisdicción de la Justicia Ordinaria.

Así las cosas, puede entonces válidamente sostenerse que el acto por medio del cual el Gerente o Administrador de la Lotería del Departamento de Bolívar estableció el orden como debía hacerse el sorteo extra celebrado en noviembre de 1945, esté sujeto por su naturaleza al control administrativo antes que al de la Justicia Ordinaria? Absolutamente, no. Porque la supuesta obligación que tuviera el Gerente de verificarlo en determinado orden, no tiene su fuente en ley, ordenanza o acuerdo municipal ni en decreto reglamentario de ninguna de tales disposiciones; se deriva, y así lo tiene planteado el actor en su demanda, de las disposiciones reglamentarias de la empresa y hasta de la costumbre misma, que al ser conocidas y aceptadas por el público adquirente de los billetes en juego, formalizó con éste un contrato de adhesión cuyas estipulaciones obligan por igual a las dos partes contratantes. Luego al desconocerse por una de ellas alguna o algunas de tales estipulaciones, como aquí se afirma respecto del Departamento de Bolívar, lo que en realidad se presenta es una infracción del contrato, cuyas consecuencias no pueden ventilarse y decidirse sino por la Justicia Ordinaria, tal como se ha propuesto en el presente caso.

La cuestión jurídica

En principio, "la lotería es una empresa organizada con el fin de atribuir a gran número de personas, mediante ciertos pagos fijos, el derecho a tomar parte en el sorteo de sumas o de objetos llamados premios" (Planiol y Ripert). Como fuente de obligaciones, excepcionalmente reconocidas por la ley con fines de beneficencia o caridad pública, podríasele definir, un contrato aleatorio en virtud del cual una de las partes se obliga para con la otra a sortear uno o más premios, y a entregarlos a la persona o personas que resulten favorecidas.

En la formación de este contrato, la empresa comienza por elaborar un plan de sorteo que fija los términos y condiciones en que éste debe celebrarse, y le ofrece al público por medio de billetes o cupones al portador. Al adquirir el particular uno o más de tales billetes, adhiere a las condiciones del sorteo, y formaliza con el acto de aceptación a la oferta de la empresa un contrato de los que específicamente se denominan "contratos de adhesión", que le da derecho a participar en el juego en las mismas e idénticas condiciones de probabilidad en que participan los poseedores de otros títulos, y a que, si la cifra que identifica su billete resulta favorecida, se le entregue el premio correspondiente de acuerdo con el plan preestablecido por la empresa.

No se trata, en consecuencia, del simple acto unilateral de una de las partes que fija e impone a su arbitrio los términos de la relación jurídica, como algunos lo pretenden para los contratos de adhesión; porque lo cierto es que nunca los actos reglamentarios de quien hace la propuesta

son susceptibles de producir consecuencias, mientras no sobrevenga la aceptación del tercero, que desde luego es libre para darla o no; y porque aún cuando es verdad que la naturaleza de las cosas coloca al oferente en condiciones de privilegiada ventaja, no lo es menos que tanto la acción de la ley que interviene para impedir o restarle eficacia a las cláusulas abusivas, como la misma publicidad que protocoliza las condiciones de la oferta, son factores bastantes para restablecer el equilibrio jurídico entre las partes y garantizarles el límite de los derechos y obligaciones de cada una de ellas.

Pero si el conjunto de las declaraciones en que el oferente concreta los términos de su propuesta, constituye de por sí el contenido de la estipulación contractual a que las partes vinculan su voluntad, la naturaleza misma de esta clase de actos impone la necesidad de distinguir en aquéllas, las llamadas **cláusulas esenciales** que versan estrictamente sobre la materia contractual, de las puramente **accesorias** o **accidentales** que constituyen más bien previsiones de simple reglamento institucional; las primeras, como determinantes absolutos de la voluntad del oferente que las presenta y del tercero que las acepta, crean entre los dos un vínculo contractual ineludible, que los obliga ciertamente; las segundas sólo constituyen fuente de derechos contractuales, en cuanto respondan a la real intención que las partes tuvieron para contratar, a la buena fe con que procedieron, y a las finalidades esenciales del contrato. Por lo cual y para establecer la forma como contractualmente quedan obligadas las partes en la ejecución del contrato, no basta simplemente con acreditar la existencia de una determinada disposición reglamentaria, o la práctica inveterada como actos anteriores de la misma naturaleza se llevaron a cabo; se requiere además, que ese hecho así consagrado por el reglamento o la costumbre, no sea puramente circunstancial, sino de entidad suficiente para estimarse como uno de los determinantes de la voluntad que acepta la propuesta, en forma que, suprimido o siquiera modificado, resulta incierta o improbable aquella aceptación, dentro de la buena fe que debe presidir los contratos, y las finalidades que con ellos se proponen las partes.

La exactitud jurídica que conlleva esta distinción reguladora de los derechos y obligaciones emanados de esta clase de contratos se aprecia más exactamente, con sólo analizar la forma como suele organizarse y planearse las loterías. En los reglamentos con que esta clase de empresas se organizan, ofrécense, por lo general, dos clases de disposiciones: las de organización puramente institucional, relacionadas con el personal de administración, sueldos, propaganda, impuestos, destinación de productos, y en fin, con todo aquello que se refiere al funcionamiento de la empresa como tal; y las generales relacionadas con la ejecución misma de los sorteos, concretadas de ordinario a la fijación del número y cuantía de los premios, cantidad y precio de los billetes y fracciones que deben jugar, forma, orden y hasta lugar, día y hora en que han de verificarse, tiempo de caducidad para los premios, etc. De este conjunto de disposiciones reglamentarias, las **orgánicas de la empresa** y las **accidentales del contrato,** son en absoluto extrañas a los móviles de libre estipulación tenidos en cuenta por el público para determinarse a participar o no en la rifa. A él no le interesa, que la empresa funcione con este o el otro número de empleados, que tengan tal o cual remuneración, etc., ni que la rifa se haga un lunes y no un martes, que en la plaza pública, o en la avenida, o en las horas de la mañana más bien que en las de la tarde. Los móviles de su determinación, los que en realidad le inducen a participar o no en el sorteo, y a los que, en consecuencia vincula su libre voluntad de contratación, son los contenidos en las **cláusulas esenciales,** o sea las que concretan la intención de las partes en orden al fin que se han propuesto dentro de las eventualidades de la surete, y de la buena fe con que debe ejecutarse el contrato: cuantía y número de los premios, valor y número de los billetes que han de participar en el sorteo, forma como debe éste realizarse a fin de que todos los interesados gocen de las mismas e idénticas probabilidades de ganar, etc.

Se sigue de lo dicho hasta aquí, que estando la empresa en capacidad jurídica de modificar las cláusulas accidentales aún después de formalizado el contrato de adhesión, como para el caso lo comprueba el hecho de haberse verificado el sorteo a las siete de la noche y no a las cinco de la tarde señaladas en el plan mismo publicado en las boletas, sin que tal circunstancia haya dado origen al menor reclamo, las que se propusiera introducir a las estipulaciones esenciales no podrían serlo válida y eficazmente, sino cuando se hicieran antes de formalizado el contrato con la aceptación del público participante. Hasta el momento, el principio de la autonomía contractual permite al empresario proponer o no un sorteo,

y ofrecerlo en estas o en las otras condiciones, a la vez que garantiza a los terceros la más absoluta libertad para aceptar o rechazar la oferta. En consecuencia, al modificar desfavorablemente al interés de los terceros las cláusulas esenciales del reglamento, ya porque disminuya la cuantía y número de los premios, o porque aumente el precio inicial de los cupones con que debe jugarse, o porque disminuya el número de probabilidades para obtenerlo, etc., la empresa puede hasta desmerecer en la confianza del público y afectar con ello su crédito y respetabilidad, pero no infringir un contrato que aún no se ha perfeccionado, ni por consiguiente, asumir responsabilidades indemnizatorias por dicho concepto.

Esto supuesto, corresponde examinar ahora el contenido y naturaleza jurídica de las normas que regían y aún rigen la Lotería de Bolívar, en relación con el punto concreto que ha dado origen a esta controversia: el de la forma y orden como debe obtenerse el número o números de la suerte.

Según el artículo 7º del Reglamento general que en el año de 1888 elaboró el antiguo concesionario de la Empresa, y que según las informaciones del expediente rige aún hoy sus actividades, "Los sorteos se verificarán del modo siguiente: Se introducirán en una urna giratoria por la autoridad o persona que ésta designe, diez bolas iguales en color, diámetro, marcadas con los números 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9. Antes de ser introducida cada bola será mostrada al público y después de introducida se hará girar la urna. Hecho esto se procederá a sacar la primera bola, lo que hará un niño o un ciego, quien la entregará a la autoridad o persona designada por ésta, la que deberá destornillar y abrir la bola, leer el número en alta voz y marcarlo en un tablero que al efecto estará fijado y visible. Se volverá a introducir la bola en la urna y se procederá a extraer la segunda con las mismas formalidades y cuyo número se inscribirá en el tablero a la derecha del primero. Se vuelve a introducir la bola en la urna y se extrae la tercera, cuyo número se inscribirá a la derecha del segundo, y finalmente se extrae la cuarta cuyo número se inscribirá a la derecha del tercero. El resultado de los cuatro guarismos será el número favorecido por la suerte, que gana el premio mayor y de donde se desprenden los otros premios". Y el artículo 9º agrega: "Cuando la empresa resuelva sortear en el mismo día uno o más premios separadamente, se repetirán para cada uno de ellos las operaciones anteriores. De las cifras que resulten de estos **sorteos** no se derivarán aproximaciones".

Dados los términos clarísimos de estas disposiciones, no puede remitirse a duda que, desde el punto de vista reglamentario, estaba prevenido que, cuando se jugaran varios premios separadamente, como fue el caso, el primer número sorteado correspondía al premio mayor, porque no otra significación puede darse al hecho de haber dispuesto en primer término la forma de seleccionar el número determinante de dicho premio y el de sus correspondientes aproximaciones, y ordenando a continuación que, en caso de sortearse varios premios separadamente", "se **repetirán** para cada uno de ellos las operaciones anteriores". Esa, de otro lado, había sido la costumbre seguida en el funcionamiento de dicha lotería, y tácitamente la indicación que se hacía en el plan que se publicó para la verificación del sorteo de que se viene tratando.

Definido así este primer aspecto de la cuestión, queda por dilucidar —en conformidad con lo dicho anteriormente— cuál sea la naturaleza jurídica de la cláusula que preestablecía el orden procedimental para el sorteo, y cuáles las consecuencias que, desde el punto de vista del contrato, comporta el hecho de no haber obrado la empresa en conformidad con dicha cláusula en el verificado el 26 de noviembre de 1945.

El señalamiento del orden como deben sortearse los premios separados de una lotería, no es desde luego una previsión de carácter esencial en el perfeccionamiento del contrato. Quien pretende adquirir un billete para participar en el sorteo, no determina su voluntad en consideración del orden como los números de la suerte van a ser escogidos, porque ese orden no aumenta ni disminuye, dentro de la naturaleza aleatoria de la suerte, las probabilidades de obtener el premio. Es una cláusula circunstancial y accesoria, que si se especifica dentro de los planes de una rifa, es por la necesidad forzosa de ejecutarla de alguna manera, no porque la observancia de este o del otro orden estimule mejor la voluntad del que vacila participar en ella, o de cualquier otro modo sea susceptible de incidir sobre la suerte; de ahí el que pueda omitirse esa determinación previa dentro de los planes generales del reglamento y los particulares del sorteo, reservándola para el acto mismo en que ha de iniciarse; o que establecido con anticipación, pueda luégo modificarse en dicho acto, sin que por ello los jugadores que no alcanzaron el premio, puedan válida-

mente deducir perjuicios jurídicos como consecuencia de tal determinación. Como no han pretendido deducirlos, y resultaría inocuo que lo hicieran, por el hecho de no haberse efectuado el sorteo a la hora de las cinco de la tarde que estaba señalada como fue anunciado en los billetes, sino a la de las siete de la noche que certifica el acta respectiva.

Esa cláusula de orden para la celebración del sorteo, no fue ni podía ser móvil determinante de la voluntad de contratar en quienes decidieron jugar a la suerte. A su cumplimiento exacto, tampoco se hallaba vinculado el fin que los jugadores se proponían obtener, por cuanto concretada esa finalidad a la obtención del premio, las probabilidades de ganarlo seguían siendo las mismas con el orden anunciado que con el seguido en la celebración de la rifa. Ni la inejecución o inobservancia del primero, dadas las condiciones en que se hizo la modificación o sea, antes de principiarse el acto y con publicidad suficiente para que el interés colectivo pudiera conocerlo y someter a esa modificación la expectativa de la suerte, comprometía en forma alguna la buena fe de las partes en el contrato, como así lo confirmaron las demostraciones de beneplácito general con que el público asistente recibió aquella determinación. De esta suerte se ha dado el caso de un contrato que, sin embargo de no haberse ajustado en su ejecución al tenor literal de una de sus cláusulas, no fue violado o quebrantado en su contenido jurídico; precisamente porque no se demostró, ni dentro de la naturaleza aleatoria del contrato era posible hacerlo, que con el cambio de orden para el sorteo de los distintos premios, en que consiste la infracción, el demandante (lo mismo que cualquiera de los otros participantes en la rifa) hubiera disminuído las probabilidades iniciales de ganar que era el fin perseguido por todos.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de primera instancia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y en su lugar FALLA:

No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones demandadas por el señor Hernando Vergara Támara en este juicio, y en consecuencia ABSUELVE al Departamento de Bolívar de los cargos que le fueron formulados en la demanda. No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Leyva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RODRIGUEZ PEÑA

Al acoger mis distinguidos colegas, con entusiasmo que estimula mi reconocimiento, los términos de la anterior providencia, decidieron sin embargo excluir de su contenido, el razonamiento con que, entendí, le correspondía contestar a la Corte, uno de los argumentos fundamentales propuestos por el actor, en respaldo de sus pretensiones indemnizatorias. Consideran ellos que, no obstante su absoluto acuerdo con el fondo de las consideraciones que allí se hacen, su inclusión en la sentencia demerita la severidad de su forma, y aún alcanza a debilitar el valor de su doctrina, talvez novedosa dentro de nuestra Jurisprudencia.

Me parece que, por encima de toda consideración, el deber del sentenciador le obliga a referirse concretamente a cada una de las tesis con que las partes sustentan sus pretensiones, máxime cuando, como en el caso presente, han de ser ellas desechadas. Esta la razón para que me permita exponer, a manera de salvamento, las razones con que en el proyecto se contestaban los siguientes puntos de vista expuestos por el señor apoderado de la parte demandante:

Se ha dicho, para demostrar el vínculo de causalidad entre la culpa que traduce la violación del contrato por el Departamento de Bolívar, y el perjuicio recibido por don Hernando Vergara Támara al resultar privado del premio mayor de la lotería, que de no haberse modificado por unilateral determinación de la Empresa el orden que los reglamentos y la costumbre habían preestablecido para la celebración de las rifas, dicho señor hubiera ganado el gordo de la lotería; y que en consecuencia siendo tal actitud la que le determinó la pérdida de la suerte, el Departamento está en la obligación jurídica de indemnizarle el consiguiente perjuicio.

Pero es que siendo la **certeza** aquel estado en que la mente adhiere al objeto conocido sin temor alguno de equivocarse, no es un **hecho** cierto sino **deducción meramente probable,** la de que al haberse verificado la rifa sin las incidencias originadas por el cambio en el orden de los premios, hubieran siempre salido los mismos números y en el mismo orden que resultaron con la modificación. Pudiera ser **más probable,** quizá, que la suerte se hallara, antes que en el medio con que se la busca en la buena o mala estrella de quien la juega; y que sorteada ella dentro de elementales prácticas de pulcritud y buena fe, sean del todo indiferentes a su resultado las modalidades circunstanciales en que se la realice. También es posible y por lo tanto **más o menos probable,** que verificado el sorteo sin el retardo que implicaba el solo anuncio de la modificación en el orden, y sin las alteraciones emotivas que éste produjo, susceptibles de influir hasta en la extensión e intensidad de los impulsos con que se barajaban las balotas de la suerte, los números favorecidos hubieran sido otros; como **probablemente** hubieran sido también distintos, si la rifa se celebra a la hora anunciada de las cinco, en vez de las siete en que tuvo lugar. Pero como las **probabilidades,** por grandes que ellas sean, excluyen la certeza para fundar **la duda,** y "cualquier duda en el procedimiento judicial, sea en cuanto a la apreciación de los hechos, o a la aplicación del derecho, se resuelve en favor del demandado, a falta de otros principios establecidos en la ley" (artículo 234 del C. J.), síguese entonces, que no siendo un hecho cierto sino dudoso, el vínculo de causalidad que debe mediar entre la culpa y el daño, esto es, entre la infracción reglamentaria por parte de la empresa, y la pérdida del premio mayor por parte del señor Vergara Támara, la obligación indemnizatoria que se demanda no puede ser declarada.

Gualberto Rodríguez Peña

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

Como ya lo dijo la Corte en sentencia de 5 de agosto de 1946, el Estado, por conducto de sus órganos regulares, fundado en razones suficientes de interés general o público, puede llegar hasta el desconocimiento o ruptura de los contratos por él celebrados, quedando eso sí a su cargo, y a pesar de que pueda admitirse la legitimidad de su actividad, la correspondiente indemnización de perjuicios a favor de la parte contratante perjudicada, doctrina ésta fundada, por lo demás en la aplicación de los artículos 30 de la Constitución y 18 de la Ley 153 de 1887.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Conoce la Corte de la demanda instaurada por el doctor Francisco García García contra la Nación sobre incumplimiento de un contrato y otros cargos.

Fue presentada tal demanda el día 10 de julio de 1944 y corresponde a la Corte decidir acerca de ella en una primera y única instancia.

Tramitado el asunto en debida forma, se procede en seguida a dictar el fallo definitivo de fondo, y a este efecto se considera:

Relaciona así el demandante los hechos en que funda su acción:

"**Primero.**—El día 25 de septiembre de 1943 celebré con el Gobierno Nacional, debidamente representado por el doctor Alfonso Araújo, en su carácter de Director General de la Policía Nacional, un contrato para formar parte del Curso Especial de Comandantes de División de la Policía Nacional, creado por el Decreto-ley número 1718 de 1943 (septiembre 1º). Este Decreto fue dictado en uso de facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la Ley 5ª de 1943, y por consiguiente, tiene la calidad jurídica de un Decreto-ley.

"**Segundo.**—Cumplí con mis obligaciones contractuales, cuales eran, iniciar y proseguir, con el mayor esfuerzo, los estudios y prácticas correspondientes al pénsum fijado, estando listo en la actualidad, una vez obtenido mi grado de Comandante de División y ya terminado el curso, a prestar mis servicios al Gobierno Nacional, en un lapso no menor de los dos años pactados y en los lugares a donde fuere destinado.

"**Tercero.**—Obtuve, como resultado lógico de mi esfuerzo personal en el estudio y práctica de las asignaturas civiles y militares, calificaciones suficientemente altas, para aprobar plenamente mi curso, como consta en certificado que adjunto.

"**Cuarto.**—El Director General de la Policía Nacional, General Carlos Venegas Montero; el Subdirector, Teniente Coronel Miguel Angel Hoyos, el Jefe del Departamento Docente, doctor Miguel Lleras Pizarro, el ex-Director del Departamento Nacional de Seguridad y actual Jefe de la Sección Jurídica, doctor Alfonso Castilla Sáiz, dieron fe de mi excepcional preparación jurídico-policiva, al terminar el Curso, cuando tuvieron a bien recomendarme al Consejo Británico, para que se me concediera una beca de estudios de especialización policiva en Inglaterra, que oportunamente solicité. Todo esto consta en documentos que presento y que demuestran elocuentemente cómo sí cumplí satisfactoriamente con todas y cada una de mis obligaciones, como alumno del Curso.

"**Quinto.**—El R. P. Joaquín Restrepo, S. J. Decano de disciplina de la Universidad Javeriana, en cumplimiento de insinuación hecha a las Facultades Privadas de Derecho, por el Director General de la Policía Nacional, doctor Alfonso Araújo, en carta enviada al Director del Consejo Británico, que adjunto, anuncia que la citada Universidad tiene vivo interés en establecer para sus alumnos la Cátedra de Derecho Policivo y afirma que ninguno más apto que yo para regentarla.

"**Sexto.**—En virtud también de las calificaciones suficientes logradas en las materias civiles y militares del Curso, fueron plenamente aproba-

dos, junto conmigo, al finalizar las labores escolares, diecinueve alumnos más, de los cuarenta y ocho que lo iniciamos, conforme consta en el numeral cuarto del certificado que adjunto.

"**Séptimo.**—Trece de esos veinte alumnos, aprobados en el curso, son a saber: Enrique Alvarez Isaacs, Hernando Albornoz Plata, José Alfonso Campo, Guillermo Nieto Gracia, Gustavo Romero Conti, Diógenes Osorio Quesada, Benicio Arce Vera, Eugenio Arce Herrera, Alfonso Escobar Calvo, Mario Bejarano Muñoz, Agustín Linares Flórez, Higinio Paz Navia, y Alberto Lara Navarro, recibieron el grado de Comandantes de División de la Policía Nacional, por Decreto número 634 de 1944 (marzo 18) y luégo fueron destinados al servicio activo por medio de Resoluciones de la Dirección General de la Policía Nacional.

"**Octavo.** — El Gobierno Nacional ha cumplido, pues, su obligación contractual con los trece anteriormente nombrados, puesto que ellos continuaron devengando desde el día en que les fue conferido el grado de Comandantes de División, en adelante, un sueldo mensual de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), más la prima correspondiente.

"**Noveno.**—Por haber sido yo aprobado en el Curso, en virtud de mis calificaciones, se me confirió el grado de Comandante de División de la Policía Nacional, destinándoseme a la Reserva, por Decreto número 635 de 1944 (marzo 18), junto con seis compañeros más de los veinte plenamente aprobados en el Curso, son a saber: Benjamín Arboleda Arboleda, Vicente Camargo Caballero, José Vicente Vivas Castrillón, Gonzalo Klopatofsky Ospina, Armando Ramírez S. y Carlos Monroy Reyes.

"**Décimo.** — En mi calidad de Comandante de División, destinado a la Reserva, no he sido llamado, hasta la fecha, al servicio activo y, en consecuencia, no he recibido del Gobierno Nacional ningún sueldo que haga referencia al cargo de Comandante de División de Policía.

"**Undécimo.**—El Gobierno Nacional, por lo tanto, no cumplió el contrato celebrado con el suscrito, por conducto del Director General de la Policía Nacional, el día 25 de septiembre de 1943.

"**Duodécimo.**—Si no acudo a prestar mis servicios como Comandante de División en cualquier momento en que el Gobierno Nacional así me lo exija, la señora Clemencia Lynn v. de Herrán Caicedo, mayor y de este vecindario, de reconocida solvencia económica, tiene la obligación de pagar al Gobierno Nacional la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), como fiadora solidaria y personal que es mía, para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a que en el contrato me comprometí.

"**Décimotercero.** — Hay una irritante falta de equidad en el hecho de que el Gobierno Nacional no cumple su obligación contractual de pagarme la asignación de doscientos cincuenta pesos mensuales, estando, por ótra parte, en capacidad de exigir coactivamente el cumplimiento de la mía, al paso que yo, estando dispuesto a cumplir con mi obligación de prestar el servicio público a que me comprometí, no puedo exigir, bajo caución, el cumplimiento de la obligación del Gobierno.

"**Décimocuarto.**—El Gobierno Nacional no dio por terminado el contrato durante la etapa preparatoria o del Curso, mediante Resolución motivada, publicada en la Orden General de la Policía Nacional, y de acuerdo con los trámites del Reglamento de la Institución, porque yo no di motivo de ninguna naturaleza para ello.

"**Décimo quinto.**—El Gobierno Nacional tampoco ha dictado en la actualidad la anterior resolución de caducidad del contrato, porque mal puede hacerme cesar en funciones que no estoy ejerciendo.

"**Décimo sexto.** — Por causa y con ocasión del futuro cumplimiento del contrato, abandoné, desde iniciados los seis meses del Curso, las actividades propias de mi doble profesión de abogado y de profesor de enseñanza secundaria.

"**Décimo séptimo.**—No he podido reasumir las anteriores actividades porque la clientela de mi oficina ha entregado sus intereses a otros abogados, y porque las cátedras a mi cargo, ante la imposibilidad de quedar acéfalas, han sido encomendadas a otros profesores.

"**Décimo octavo.**—Aunque de mi libre voluntad dependiera reasumir las anteriores actividades profesionales, sin embargo, imperativos éticos elementales me lo prohibirían, pues estaría obligado a romper en cualquier momento los compromisos adquiridos con terceros por causa de ellos, en virtud de que el Gobierno puede llamarme al servicio activo de la Policía, cuando a bien lo tenga dentro de un período fluctuante de dos años, ya que, al afirmar el Decreto 635 de 1944 que, "los Comandantes de Reserva podrán ser llamados a servicio activo", no ha especificado el día o mes precisos de ese llamamiento.

"**Décimo nono.**—El ejercicio de la profesión de

abogado, por prohibición legal, y la propia intensiva del profesor, por razones obvias, son incompatibles con el servicio público prestado por los Comandantes de División, razón por la cual, en el evento de ser llamado a filas, me vería en absoluta imposibilidad de hacerlos coexistir.

"**Vigésimo.** — Esta obligada inactividad a que estoy sometido por las causas expuestas, me ocasiona enormes perjuicios materiales, como jefe de numerosa familia que soy, al no poder solucionar debidamente sus necesidades. Sufro también con ello grandes perjuicios morales, dado el dolor que a un jefe de hogar le proviene, al verse imposibilitado para acudir a la congrua subsistencia de los suyos.

"**Vigésimo primero.** — El hecho de habérseme excluído del servicio activo de la Policía Nacional, en los precisos momentos en que se opera en ella una severísima selección física, moral e intelectual, especialmente en sus cuerpos directivos, me causa extraordinarios perjuicios morales, máxime si se tiene en cuenta que la opinión pública, simplista en sus apreciaciones, establece un necesario parangón entre los Comandantes excluídos del servicio activo de la Policía y los aceptados en él, que es fatalmente peyorativo para los primeros.

"**Vigésimo segundo.**—Si no era yo un elemento de selección para la Policía Nacional, no debió otorgárseme el grado de Comandante. Recibido el título de tal, en vista de mis méritos, no hay derecho para que, a renglón seguido, se me demerite ante la opinión ajena, ya que, con la exclusión que se me ha hecho del servicio activo de la Policía, se niegan, a la faz pública, cualidades que se me reconocen en consilio privado.

"**Vigésimo tercero.** — En virtud del incumplimiento del contrato, por parte del Gobierno Nacional, la Nación colombiana está obligada a reconocerme por concepto de perjuicios, enumerados en los hechos anteriormente transcritos, las siguientes cantidades que, si así lo tiene a bien la Honorable Corte, dejo al arbitrio de peritos, quienes han de señalarlas en la forma legal, dentro de este juicio o al ejecutarse la sentencia..."

Con base en las alegaciones transcritas, el demandante hubo de pedir de esta manera:

"**Primera.**—Que el Gobierno Nacional dé inmediato cumplimiento al contrato celebrado con el suscrito el día 25 de septiembre de 1943, por conducto del doctor Alfonso Araújo, en su calidad de Director General de la Policía Nacional, y que en consecuencia, me llame al servicio activo, como Comandante de División de la Policía Nacional, pagándome la asignación mensual de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), más la prima móvil correspondiente al cargo público, creada por el Decreto-ley número 1232 de 1943 (junio 22).

"**Segunda.**—Que la Nación colombiana está en la obligación de pagarme el valor de los perjuicios materiales y morales resultantes del incumplimiento del contrato, por parte del Gobierno Nacional, perjuicios que estimo globalmente en más de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00), establecidos en la forma descrita en esta misma demanda".

Además, el mismo demandante en pasaje no transcrito antes y correspondiente al hecho **vigésimo tercero** de la demanda, puntualizó los montos pecuniarios de su solicitud de indemnización, así:

"a) La suma de mil pesos ($ 1.000.00) hasta el once del mes en curso, por concepto de los doscientos cincuenta pesos mensuales que no he recibido del Fisco, por no haber sido llamado a servicio activo, tan pronto como recibí el grado de Comandante de División.

"b) La suma de ciento sesenta pesos ($ 160.00), más o menos, por concepto de prima móvil en estos cuatro meses.

"c) La suma que resulte por incumplimiento del contrato desde el once de julio del presente año, hasta la fecha en la cual se le dé cumplimiento, partiendo de la asignación mensual de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), más la prima correspondiente.

"d) La suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) por concepto de los perjuicios materiales que he sufrido, en virtud de haberme visto obligado, por causa del contrato, a abandonar el ejercicio de mi doble profesión, tanto de abogado como de profesor de enseñanza secundaria.

"e) La suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) por los perjuicios morales que me ha causado el incumplimiento del contrato, perjuicios cuya esencia dejé explicada en los hechos pertinentes".

Una vez admitida la demanda, le dio contestación a ella, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en la cual y respecto a los puntos de hecho antes transcritos en el presente fallo, se pronuncia en los siguientes términos:

"Los hechos los contesto así:

"Primero. Es cierto que se celebró el contrato.

"Segundo. Es cierto que hasta el momento de

presentar la demanda el señor García y García había dado cumplimiento al contrato.

"Tercero. Me atengo a lo que dice el certificado.

"Cuarto. Me atengo a las recomendaciones presentadas con la demanda.

"Quinto. No afirmo; ni niego la autenticidad de la carta.

"Sexto. Me atengo a lo que reza el certificado.

"Séptimo. No me consta.

"Octavo. No me constan los nombramientos ni los sueldos.

"Noveno. Es cierto que por medio del Decreto citado, se confirió al demandante un grado en la Reserva de la Policía Nacional y se dispone que podría ser llamado al servicio activo de conformidad con el Decreto 2310 de 1943.

"Décimo. Es cierto que el demandante no ha sido llamado al servicio activo y que en consecuencia no se le han pagado sueldos por servicios no prestados.

"Undécimo. Es una apreciación del demandante, que no comparto.

"Duodécimo. Es una interpretación del contratante, que comparto.

"Décimo tercero. Es una apreciación sobre las facultades del Gobierno en relación con el nombramiento de sus agentes en el ramo de Policía, de conformidad con la ley y con el contrato, que yo no estimo irritante.

"Décimo cuarto. Es cierto.

"Décimo quinto. Es cierto que no se ha dictado Resolución de caducidad.

"Décimo sexto. No me consta.

"Décimo séptimo. No me consta.

"Décimo octavo. No me consta.

"Décimo nono. Son apreciaciones de orden moral para hechos hipotéticos, apreciaciones respetables.

"Vigésimo. No me consta.

"Vigésimo primero. Al demandante no se le excluyó del servicio activo de la Policía Nacional, pues como Comandante, nunca ha sido excluído en tal servicio.

"Vigésimo segundo. No es un hecho, sino consideraciones de orden jurídico y moral para respaldar los fundamentos de derecho de la demanda.

"Vigésimo tercero. No es un hecho, sino apreciaciones sobre incumplimiento del contrato y sobre cuantía de los perjuicios, que no comparto".

Luégo el señor Procurador, bajo el título de "Fundamentos de Derecho", hace extensas consideraciones acerca de la pretensión del demandante y a efecto de negar el derecho del mismo para incoar la demanda en consideración.

Adjuntó el demandante algunas pruebas a su escrito de demanda, y durante el término probatorio del juicio hizo venir algunas más al proceso. De su lado el representante de la parte demandada se abstuvo de hacer llegar al juicio comprobación alguna.

Por cuanto el litigio se ha originado de que el demandante doctor García estima que el Gobierno violó el contrato por él celebrado con el señor Director de la Policía Nacional, interesa ante todo tener en cuenta que la celebración de ese linaje de contratos, llamados a ser perfeccionados con el Director aludido, aparece haber sido expresamente autorizada por el artículo segundo del Decreto ley número 1718 de 1943, cuyos términos son claros al respecto y que, por lo demás, no ha sido declarado inexequible por la Corte en demanda alguna sobre su constitucionalidad.

He aquí los términos categóricos del Decreto ley número 1718 de 1943, en parte pertinente:

"**Decreto número 1718 de 1943** (septiembre 1º), por el cual se establecen cursos especiales para la preparación de Oficiales de la Policía Nacional.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5ª de 1943, **Decreta:**

"Artículo 1º — Mientras la Escuela de Policía 'General Santander' no pueda, por razón de su reciente fundación, dotar a la Policía Nacional del personal de Oficiales, en el número y con los conocimientos requeridos para la prestación del servicio, el Gobierno establecerá cursos especiales, de carácter intensivo, previa selección entre el personal que acredite, a satisfacción del Gobierno, poseer conocimientos suficientes para ingresar a dichos cursos.

"Es entendido que estos cursos especiales no alterarán en manera alguna la marcha normal de los que se siguen en la Escuela de Policía General Santander.

"La Dirección General de la Policía Nacional, por medio de resoluciones sujetas a la aprobación del Ministro de Gobierno, establecerá las condiciones de admisión y los reglamentos de trabajo de los cursos a que se refiere este artículo.

"Artículo 2º—Los aspirantes deberán acreditar, además de los conocimientos mínimos que para cada caso se requieran, poseer aptitudes físicas que los capaciten para la carrera, condiciones de

conducta irreprochable, de honorabilidad, de moralidad y de excelente reputación social.

"Además, cada aspirante suscribirá un contrato con la Dirección de la Policía Nacional, en virtud del cual se obligue, bajo caución que el Director señalará en cada caso, a efectuar los estudios, los entrenamientos reglamentarios, y a prestar sus servicios, una vez obtenido el grado correspondiente, en los lugares a donde fuere destinado, durante un lapso no menor de dos años.

"Artículo 3º—Durante el término del contrato, el funcionario tendrá la obligación de depositar, por conducto del Cajero o Habilitado de la Policía, el 20% de su sueldo en una cuenta especial en la Caja Colombiana de Ahorros, sobre la cual sólo podrá girar al vencimiento del contrato o a su retiro de la Policía, mediante el comprobante correspondiente expedido por el Director. Pero en caso de destitución, de expulsión o de baja por mala conducta, las sumas depositadas quedarán a favor de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. En el contrato respectivo se incorporarán estas condiciones .....

.....

"Artículo 8º—Este Decreto rige desde su fecha.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a 1º de septiembre de 1943.

"ALFONSO LOPEZ

"El Ministro de Gobierno, **Darío Echandía.**

'El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

"Arcesio Londoño Palacio.

"El Ministro de Educación Nacional,

Rafael Parga Cortés".

Por otra parte, para lograr la mejor comprensión del tema debatido, procede transcribir en su integridad el contrato antes mencionado, el cual reza así:

"Entre los suscritos Alfonso Araújo, titular de la cédula de ciudadanía número 1212737 expedida en Bogotá, mayor de edad y de este vecindario, en su carácter de Director General de la Policía Nacional, por una parte, y Francisco J. García y García, portador de la cédula de ciudadanía número 1835623, expedida en Bogotá, también mayor y de este vecindario, quien en adelante se denominará "El Aspirante", por otra parte, en la fecha se ha celebrado el contrato que contiene las siguientes cláusulas:

"Primera: El aspirante se obliga a iniciar y proseguir los estudios correspondientes al curso especial de preparación para obtener el grado de Comandante de División de la Policía Nacional, curso que ha sido creado por el Decreto número 1718 del 1º de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

"Segunda: El aspirante se obliga a poner de su parte todo el esfuerzo necesario para llegar a poseer la mejor preparación posible al finalizar el curso de que se ha hecho mención en la cláusula anterior.

"Tercera: Una vez obtenido el grado correspondiente al terminar el curso el aspirante se obliga para con el Gobierno a prestar sus servicios durante un lapso no menor de dos años y en lugares a donde fuere destinado.

"Cuarta: Durante el término del presente contrato el aspirante tendrá la obligación de depositar, por conducto del Cajero General de la Policía Nacional, el veinte por ciento (20%) de sus sueldos, en una cuenta especial en la Caja Colombiana de Ahorros y que sólo podrá retirar al vencimiento del contrato o cuando se separe de la Policía, mediante la orden respectiva expedida por la Dirección de este cuerpo. Pero en caso de destitución, de expulsión o de baja por mala conducta, las sumas depositadas quedarán a favor de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional.

"Quinta: Si el aspirante cumple satisfactoriamente con todas y cada una de las obligaciones consignadas en este contrato, tendrá derecho a tomar parte en los concursos que organizará el Gobierno para constituir comisiones de especialización en Policía, que se enviarán por cuenta del Estado a los países de más alta técnica policial, con el fin de que perfeccione sus conocimientos.

"Sexta: El aspirante mientras sea alumno del curso ya citado gozará de las siguientes asignaciones que le pagará el Gobierno:

"a) En el primer mes de estudios, cincuenta pesos ($ 50.00) mensuales;

"b) En el segundo mes de estudios, cien pesos ($ 100.00) mensuales;

"c) Del tercer mes en adelante hasta la terminación del curso, ciento cincuenta pesos ($ 150.00) mensuales.

"Séptima: Si el aspirante por razón de sus calificaciones es dado de alta como Comandante de División, continuará devengando una asignación de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales que le pagará el Gobierno hasta la terminación de este contrato.

"Octava: El Gobierno podrá dar por terminado el presente contrato en cualquier época, por medio de Resolución motivada, publicada en la orden general de la Policía Nacional, y de acuer-

do con los trámites del Reglamento de la Institución, sin que el aspirante tenga derecho a indemnizaciones de ninguna naturaleza.

"Novena: Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contenidas en este contrato, el aspirante presenta la fianza personal y solidaria de la señora Clemencia I. v. de Herrán, mayor de edad y de este vecindario, con tarjeta de identidad número..... expedida en....., de reconocida solvencia económica, y quien se obliga a pagar al Gobierno la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) por una sola vez, en el caso de que el aspirante fiado por él, deje de cumplir alguna de estas obligaciones.

"Para constancia se firma el presente documento por las partes contratantes, el fiador y ante dos testigos, en la ciudad de Bogotá a los veinticinco días del mes de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, fecha ésta en que principia a regir el presente contrato.

"El Director General de la Policía Nacional,
Alfonso Araújo

"El Aspirante, (fdo.) Francisco García García.

"Testigo, (fdo.) Jorge Millán B.

"Testigo, (firma ilegible).

"El fiador, (fdo.) Clemencia Lynn v. de Herrán".

Con fecha 18 de marzo dictó el Gobierno Nacional el Decreto número 635 de 1944, que interesa copiar en su integridad:

"**Decreto número 635 de 1944** (marzo 18), por el cual se confieren unos grados en la reserva de la Policía Nacional.

"El Primer Designado, Encargado de la Presidencia de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, **Decreta:**

"Artículo 1º—En atención a los resultados del Curso creado por el Decreto número 1942 de 1943, confiérese en la reserva de la Policía Nacional, con fecha 11 de los corrientes, el grado de Comandantes de División, a los siguientes alumnos:

Benjamín Arboleda Arboleda, Vicente Camargo Caballero, Francisco García García, Gonzalo Clopatofsky Ospina, José Vicente Vivas Castrillón, Armando Ramírez S., Carlos Monroy Reyes.

"Artículo 2º—Los Comandantes de Reserva podrán ser llamados a servicio activo de conformidad con lo establecido en el Decreto número 2310 de 1943.

Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a 18 de marzo de 1944.

"DARIO ECHANDIA

"El Ministro de Gobierno, **Alberto Lleras**".

Aparece del Decreto que se acaba de transcribir que en él figura el demandante doctor Francisco García García como una de aquellas personas a las cuales se les confirió el grado de Comandante de División, pero sólo en calidad de reservistas en la Policía Nacional, o sea mediante una calificación **ad hoc** y arbitraria, especialmente si se toma en consideración el no ser de creación legal, ni constitucional tales reservistas en la Policía Nacional, en términos tales que el caso no podría ser siquiera previsto por el contratista García al contratar (artículo 40, Ley 153 de 1887).

Y el mismo día fue dictado el Decreto 634 de 1944, en el cual se les confirió el grado de Comandantes de División, y al mismo tiempo fueron llamados al ejercicio de sus funciones otros ciudadanos colombianos, dándolos de alta.

Parece que éstos últimos llegaron a la posición oficial mencionada con fundamento en un contrato de naturaleza idéntica al celebrado por el demandante doctor García y García; y en el proceso actual el representante del Estado no ha intentado presentar siquiera alguna explicación de fondo acerca del fundamento de la discriminación, o sea la base o criterio que se tuviera en cuenta para dar de alta a algunos de los interesados y pasar a la reserva a los restantes.

Desde luego no ha llegado a hacerse en forma alguna por parte del representante del Estado, la imputación al demandante García de incumplimiento del contrato antes transcrito, y de que se ha venido haciendo mérito en el presente fallo.

Y volviendo a lo estipulado en tal contrato, aparece como fundamental en él, y para los efectos del litigio, la cláusula séptima que es del siguiente tenor literal:

"Séptima: Si el aspirante por razón de sus calificaciones es dado de alta como Comandante de División, continuará devengando una asignación de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales que le pagará el Gobierno hasta la terminación del presente contrato".

Y acaeció que, aunque el doctor García obtuvo buenas calificaciones, no se le dio de alta, al paso que lo contrario ocurrió con otras personas que hicieron también los cursos pactados sobre policía.

El demandante interpreta la cláusula que se acaba de copiar en el sentido de que, obtenidas las buenas calificaciones en el curso de policía de parte del contratista, el Gobierno quedaba es-

trictamente obligado a darlo al punto de alta como Comandante de la Policía Nacional.

Empero el representante del Estado se aparta de esta interpretación en el juicio actual, ya que sostiene aquél que, a la luz de la cláusula séptima transcrita, era facultativo de parte del Gobierno el inmediato llamamiento del doctor García a la prestación de servicios de la Policía Nacional.

Se advierte además que no existe noticia en el proceso de la expedición de resolución alguna que pudiera valer como precedente explicativo de la situación actual creada para el doctor García y que lo ha movido a promover el litigio.

En tales circunstancias la motivación del fallo habrá de circunscribirse a examinar si la interpretación judicialmente aceptable de la cláusula séptima del contrato es la que sugiere el demandante; o si, por el contrario, se amolda ella mejor a lo sostenido por el representante de la parte demandada.

Y es que si la interpretación del demandante fuera la aceptable, cualesquiera que pudieran haber sido los motivos que indujeron al Gobierno para prescindir de aprovechar los servicios del doctor García, motivos que es de presumir fueron inspirados en un interés general o público, si en esta calidad pueden eximir al Gobierno de la obligación de llevar a ejecución el contrato celebrado, han de conducir sin embargo a la configuración de la correspondiente indemnización pecuniaria del contratante perjudicado, quedando a cargo del Estado esa indemnización.

Tal es la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, según aparece consignada en sentencia de fecha cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, dictada en el juicio ordinario por perjuicios, seguido por la Compañía Colombiana de Electricidad y otras contra la Nación. Hubo de reconocerse, en efecto, en el fallo que acaba de ser mencionado que el Estado por conducto de sus Organos regulares, fundado en razones suficientes de interés general o público, puede llegar hasta el desconocimiento o ruptura de los contratos por él celebrados, quedando eso sí a su cargo, y a pesar de que pueda admitirse la legitimidad de su actividad, la correspondiente indemnización de perjuicios a favor de la parte contratante perjudicada. Doctrina ésta fundada, por lo demás, en la aplicación de los artículos 30 de la Constitución y 18 de la Ley 153 de 1887.

De otro lado aparece aceptable, según las constancias del proceso, que el doctor García especialmente como profesor de segunda enseñanza, o sea aparte de abogado en el ejercicio de su profesión, sufrió perjuicios efectivos al tener que abandonar sus ocupaciones docentes en las cuales estaba bien establecido, y en las que por lo general fue definitivamente reemplazado por otros profesores, para dedicarse a los estudios pactados en el ramo de policía, con el halago muy natural y justo de que, pasaría sin tardanza a desempeñar el cargo de Comandante de División de la Policía Nacional.

Finalmente, no puede revocarse a duda que el demandante, al contratar, probablemente hubiera entendido, y de buena fe, en tal sentido la cláusula séptima del contrato, mas no habría de negarse de otro lado que, en presencia de un litigio, y debiendo mediar aquí una decisión judicial, y al no estar la parte contraria de acuerdo con la interpretación del doctor García, preciso es buscar la genuina interpretación de la cláusula en referencia, según las normas jurídicas que gobiernan la interpretación de los contratos.

En armonía con la doctrina del artículo 1618 del Código Civil "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras".

En el caso actual no puede operar de manera directa la regla de interpretación que se acaba de transcribir, en cuanto reconoce prevalencia a la claramente conocida intención de las partes contratantes, y ya que en el proceso no obra comprobante alguno suficiente para dar por directamente demostrado que el Estado al contratar por conducto del Director General de la Policía Nacional, y especialmente al estipular el texto de la cláusula séptima en referencia, hubiera tenido en mientes el que obligatoriamente debía dar, de alta, sin tardanza alguna y en calidad de Comandantes de División, a todos los estudiantes del curso que llegaran a obtener buenas calificaciones.

Otra regla de interpretación contractual con la cual puede directamente relacionarse el caso del presente juicio es la del artículo 1621 del Código citado, según el cual "en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpertación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato".

No puede perderse de vista; dentro de la noción de la naturaleza del contrato, que, tratándose de una convención pactada en nombre del Estado, imprime a aquél características especiales, llamadas a dejar al Estado mismo en cierta libertad de acción, características que, a juicio de

la Corte, se hallan cristalizadas en lo concerniente a la terminación de él, en la cláusula 8ª de tal contrato, la cual reza textualmente así:

"Octavo: El Gobierno podrá dar por terminado el presente contrato en cualquier época, por medio de resolución motivada, publicada en la orden general de la Policía Nacional, y de acuerdo con los trámites del Reglamento de la Institución, sin que el aspirante tenga derecho a indemnización de ninguna naturaleza".

Empero no se ha alegado en este litigio que el caso del doctor García pueda ser colocado dentro del contenido y alcance de la estipulación transcrita. Y para un cabal convencimiento de lo que se acaba de expresar, basta anotar que, en parte alguna, se ha pretendido siquiera sostener que efectivamente hubo de ser dictada la **Resolución motivada** que en aquélla se menciona.

De manera que puesto así el caso actual fuera de lo previsto en la cláusula 8ª transcrita del contrato celebrado entre las partes, preciso es entrar en el estudio de la naturaleza y calidades propias, en concreto, del contrato referido.

De donde se sigue que, llevado el análisis, como necesariamente tiene que llevarse, al supuesto contemplado en la cláusula 7ª del mismo contrato, que es precisamente el del litigio, cumple estudiar si tal cláusula 7ª instituye o no una doble condición por lo que hace al logro del inmediato llamamiento al ejercicio de sus funciones por parte del Comandante de la Policía, es a saber: a) La existencia de las adecuadas calificaciones obtenidas por el aspirante; b) La expedición del acto gubernamental expreso sobre llamamiento al servicicio en calidad de acto libre y voluntario del Gobierno.

O si por el contrario la condición pactada se reduce simplemente a la existencia de esas adecuadas calificaciones obtenidas en sus estudios por el aspirante, en términos tales que, al quedar cumplido tal requisito aquí llamado **condición**, surgía **ipso facto** la obligación contractual a cargo del Gobierno, de dar inmediatamente de alta y de remunerar en armonía con lo pactado al Comandante de la Policía.

A juicio de la Corte, proporciona luz suficiente para calificar la naturaleza del contrato con el propósito de interpretación de que se viene hablando, el contenido del Decreto ley número 1718 de 1943 "por el cual se establecen cursos especiales para la preparación de Oficiales de la Policía Nacional", y señaladamente en sus artículos 1º y 2º, ya transcritos.

Se sigue del texto de las demás disposiciones del mismo Decreto ley número 1718 de 1943, que los cursos de formación de los funcionarios de policía y la celebración del contrato de que trata el artículo 2º transcrito obedecían a una genuina necesidad pública del Estado, consistente en ponerse en condiciones de disponer para su servicio de funcionarios competentes e idóneos por todo concepto.

Si ello es así, resulta lógico aceptar también que tales contratos no eran celebrados con ánimo de parte del Gobierno de otorgar un beneficio gracioso al aspirante y encaminado a favorecerlo con una enseñanza oficial, exclusivamente útil para el contratista aprendiz del ramo de policía.

Es evidente además que el referido aspirante quedaba estrechamente vinculado con el Estado por obligaciones que debían llegar aún a ser respaldadas con cauciones a cargo del aspirante dicho.

¿Y cuál podría ser la causa jurídica de parte del contratista a contraer tan estrictas obligaciones? No podría serlo, como ya hubo de insinuarse, el simple logro de un aprendizaje que, por su especialidad y por sus peculiaridades mismas, mal podría constituir razonablemente la meta ambicionada, y ello no obstante la remuneración para durante la época de estudios existente a favor de quien pactaba esas obligaciones a su cargo.

Y si las obligaciones contraídas por el aspirante debían tener una causa seria, desaparecería esa causa si quedaba al libre arbitrio del Gobierno el no llamar o el aplazar el llamamiento al servicio remunerado de quien había obtenido el grado respectivo, y salvo el caso contractualmente previsto de que el Gobierno se hubiera acogido, sometiéndose desde luego a ella, a la cláusula 3ª del contrato mismo.

Y siendo así que, según el artículo 2º del Decreto 1718 que antes se reprodujo, los aspirantes una vez obtenido ese grado debían prestar sus servicios "en los lugares a que fuere destinado, durante un lapso no menor de dos años", y en armonía con la cláusula 3ª del contrato.

Como lo reza el artículo 1524 del Código Civil "no puede haber obligación sin una causa real y lícita...", disposición que establece también que "se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato".

De manera que precisamente para poder reconocer valor y firmeza a la obligación de prestar servicio contraída por el aspirante en el contrato, necesario es reconocer al propio tiempo obliga-

toriedad jurídica a la promesa del Gobierno de llamar al servicio activo, una vez aprobados sus estudios, al aspirante contratista. De lo contrario desaparecería la causa de la obligación contraída por el aspirante contratista.

Y así las cosas, la interpretación que mejor cuadra a la naturaleza del contrato celebrado y que así conduce además al conocimiento de la voluntad implícita de los contratantes al contratar es la que, obtenidas las adecuadas calificaciones de parte del contratista en el curso de sus estudios por él seguidos, debía surgir automáticamente a cargo del Gobierno la obligación de llamar a servicio a quien así había cumplido con lo de su incumbencia.

Admitir lo contrario conduciría necesariamente a menoscabar la causa de la obligación del contratista y por consiguiente, tratándose de un contrato bilateral, á retirar los fundamentos mismos de la obligación y su subsistencia como tal.

De manera que, para poder reconocer plena firmeza y validez al contrato en consideración, necesario es admitir que, si el contratista contrajo con él obligaciones civiles, también las contrajo el Estado; y entre ellas como una de las más importantes, la de prestación por el demandante de servicios remunerados en la Policía Nacional con la categoría de Comandante de División, una vez que hubiera sido favorablemente calificado en sus estudios.

Conclusión ésta que armoniza además, y a cabalidad, con la doctrina jurídica consignada en el artículo 1603 del mismo Código Civil, y al tenor del cual: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

Ahora bien: el demandante en su demanda pide, en primer término, que la Corte disponga que el Estado, por conducto del Gobierno Nacional, cumpla la obligación contraída.

Mas es de presumirse que, si el Gobierno Nacional dejó de cumplir oportunamente el contrato referido, tal hubo de hacer por motivos prevalecientes de interés público o social y no por simple capricho injustificable.

No procede en tal virtud hacer la declaración sobre ejecución o cumplimiento futuro del contrato que aparece incumplido por el Gobierno Nacional. Por lo demás ese incumplimiento resulta plenamente demostrado con el texto del Decreto número 635 de 1944, que antes hubo de ser transcrito, y en el cual, a la vez que se reconoce implícita, pero inequívocamente, que el doctor García obtuvo las necesarias calificaciones en sus estudios puesto que le fue concedido el título de Comandante de División, dejó de hacérsele entonces el inmediato llamamiento, con derecho a una remuneración de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales según lo pactado en el contrato.

Y este incumplimiento aparece más notorio aún, si se tiene en cuenta que, por el Decreto número 634 se hizo el llamamiento a prestar servicio a otras personas que, en presencia de las constancias de los autos, resulta que estaban en una situación jurídica contractual idéntica a la del doctor García.

La obligación del Gobierno pertenece a la categoría jurídica de las obligaciones de hacer.

Y a la luz del ordinal 1º del artículo 1608 del Código Civil, la violación de la correspondiente obligación contractual quedó consumada, por lo que con el Estado toca, desde el momento en que, reconocida la idoneidad personal del doctor García, se abstuvo no obstante de llamarlo al servicio como Comandante de la Policía Nacional.

Ya hubo de expresarse en otra parte de este fallo, que los autos arrojan una debida demostración de que el doctor García sufrió perjuicios por el no cumplimiento por parte del Gobierno de su obligación contractual y al tener aquél que abandonar sus clases como profesor para dedicarse a los estudios pactados por el Gobierno Nacional.

Tal incumplimiento origina a cargo del Estado el tener que indemnizar perjuicios, cuya existencia efectiva no puede desconocerse en presencia de declaraciones como las que figuran en autos, rendidas en general por testigos que en sus distintos establecimientos de educación empleaban al doctor García como profesor y según la siguiente lista nominal:

Señora Paulina Cuestas de Castro, Reverenda Hermana María Soledad, señora Inés Alvarez Lleras de Bayona, señorita María Luisa Delgado N., señorita Julia Rodríguez M., doctor Felipe Rual Durán, doctor Gregorio Rentería M. y Reverenda Madre Rosa (véanse folios 23 a 28 del cuaderno de pruebas de la parte demandante).

Empero la cuantía de esos perjuicios no puede exceder de la que corresponda al sueldo mensual pactado por el demandante en el contrato de cuya violación trata el actual litigio, o sea de la cantidad de doscientos cincuenta pesos mensuales ($ 250.00) en el período de dos años, período en el cual dicho demandante tenía a la vez el derecho y el deber de prestar servicios en calidad de

Comandante de Policía, o sea un total de seis mil pesos ($ 6.000.00).

Y si se arguyera que durante ese período de dos años el demandante pudo haber logrado mediante su trabajo personal entradas pecuniarias que en parte al menos compensaran el lucro cesante de que se acaba de hablar, tal objeción caería por su base al considerar que para aceptar aquélla, preciso sería que la parte demandada, en su defensa, hubiera alegado la circunstancia anotada, y no sólo ello, sino que hubiera traído al proceso las comprobaciones pertinentes, lo cual en realidad no hubo de ocurrir.

Con razón de lo expuesto hay lugar a condenar al Estado al pago al doctor García de la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) y absolverlo de todos los demás cargos contra aquél formulados en la demanda.

En consecuencia, 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, FALLA:

1º CONDENASE a la Nación colombiana a pagar al demandante doctor Francisco García y García la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) en calidad de indemnización de perjuicios por la violación del contrato de que se hace mención en la parte motiva del presente fallo;

2º Se ABSUELVE a la Nación de los demás cargos de la demanda.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y archívese el expediente.

Rafael Leyva Charry—Gerardo Arias. Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

EL COADYUVANTE NO ES PARTE EN EL JUICIO Y RESPECTO DE EL NO ES POR TANTO APLICABLE EL PLAZO SEÑALADO POR EL ARTICULO 26 DE LA LEY 37 DE 1931

La ley no dice dentro de cuánto tiempo se debe solicitar por un extraño la intervención en el juicio, de acuerdo con el artículo 233 del C. Judicial. Y entonces este derecho no puede colocarse dentro del plazo a que se refiere el artículo 26 de la Ley 37 de 1931, porque él puede ejercitarse en cualquier tiempo antes de la sentencia. El artículo 26 citado somete a un plazo al opositor, es verdad, pero como el presunto perjudicado o favorecido no es opositor, sino defensor o ayuda de éste, ese plazo no se refiere al coadyuvante.

Como dijo la Corte, el coadyuvante o defensor no es parte en el juicio, sino ayuda en el pleito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio seis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Dentro de la propuesta número 143 de la Compañía Colombiana de Petróleos Tolima, S. A., presentaron oposición los señores Manuel Roca Niz, Joaquín Roca Niz y otros, fundándose en que con esa propuesta se afectan los derechos que ellos creen tener en los terrenos denominados Torcoroma, La Raya y Río de Pescado.

Con poder del señor Pedro Ignacio Uribe U. pidió a la Sala el doctor Diego Llinás Pimienta, invocando el artículo 233 del Código Judicial, que se tenga como parte coadyuvante de este juicio al señor Uribe U. mencionado. Y se funda esta solicitud en que "mi poderdante es dueño, en comunidad con otras personas, de varios globos de terreno que hacen parte del comúnmente conocido con el nombre de "Río del Pescado"; en que "son condueños de otras porciones del mismo precitado globo los señores Roca Niz y Roca Castellanos, quienes en tal carácter se opusieron a la propuesta"; y en que el petróleo que existe en el mencionado globo "es de propiedad privada y pertenece a la comunidad de que todos los mencionados somos integrantes". Además, dijo el peticionario que el fallo que se profiera en el juicio puede beneficiar o perjudicar al señor Uribe U.

Esta Sala, por conducto del Magistrado doctor Eleuterio Serna y en proveído de doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, hizo un estudio de los títulos presentados por el peticionario y de los que habían sido acompañados a la oposición de los señores Roca Niz y otros, y llegó a la conclusión de que los linderos del terreno denominado "Río del Pescado", a que se refiere esa oposición, y los linderos a que se refieren los documentos presentados por el doctor Llinás y que versan sobre los derechos adquiridos por el señor Uribe U. en este terreno, son los mismos, y son los mismos también los datos sobre ubicación, etc., de lo cual dedujo la Sala que el fallo que se dicte en la oposición mencionada puede favorecer o perjudicar al señor Uribe U., y es justa entonces su solicitud de coadyuvancia, por lo cual la decretó.

No encontró bien esto el Procurador Delegado en lo Civil, y pidió revocatoria del auto en que se dispuso tener al señor Uribe U. "como parte coadyuvante de los opositores Joaquín y Manuel Roca Niz y otros", presentando como objeción principal la de falta de vínculo jurídico entre el señor Uribe y la Nación, y también de la prueba sobre el perjuicio o provecho que alega el presunto coadyuvante.

Para sostener lo primero dice la Procuraduría que de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 37 de 1931, los presuntos dueños del terreno deben ejercer sus acciones dentro de determinado plazo, pues que si no se aprovecha de este plazo el vínculo jurídico desaparece; y que si se aceptare una coadyuvancia pasado ese plazo, "sería tanto como restarle todo efecto a esas disposiciones"

Más o menos sobre está argumentación versan todas las observaciones de la Procuraduría; argumentación que no se puede aceptar porque ella equivale a que sólo dentro del plazo para proponer la oposición se puede solicitar coadyuvancia,

so pena de que desaparezca el vínculo jurídico.

La ley no dice dentro de cuánto tiempo se debe solicitar por un extraño la intervención en el juicio, de acuerdo con el artículo 233 del C. Judicial. Y entonces este derecho no puede colocarse dentro del plazo a que se refiere el artículo 26 de la Ley 37 de 1931, porque él puede ejercitarse en cualquier tiempo antes de la sentencia. El artículo 26 citado somete a un plazo al opositor, es verdad, pero como el presunto perjudicado o favorecido no es opositor, sino defensor o ayuda de éste, ese plazo no se refiere al coadyuvante. El señor Procurador Delegado dice que "el señor Uribe dejó pasar el término perentorio que tenía para formular su oposición", lo cual no se puede aceptar, porque ya se dijo que ese término es para el actor, y no lo es el señor Uribe.

El coadyuvante o defensor no es parte en el juicio, se repite, sino ayuda en el pleito, como dijo la Corte. Se expresó así esta Corporación: "El interviniente adhesivo interviene en el pleito para ayuda de una parte. Por esto cuanto hace en el pleito es hecho por un derecho ajeno, pero no es representante de la parte, precisamente porque ésta es ya parte en el pleito". (Tomo XLVI, página 276). Y si el coadyuvante o defensor no es un demandante, no es actor ni co-autor, es inválido el argumento que se haga con base de que sí es actor.

Al señor Uribe le puede aprovechar o perjudicar el fallo que se dicte en la demanda de oposición, no cabe duda, ya porque es copartícipe en unos terrenos en que también alegan parte los opositores, hecho éste no negado por la Procuraduría, ya porque el apoderado del señor Uribe enuncia que los terrenos "Río del Pescado" pertenecen a una comunidad en que opositores y coadyuvantes son miembros, lo cual tampoco ha negado la Procuraduría.

Lo que quiere decir que en el presente caso coinciden los dos elementos echados de menos por la Procuraduría, y a los cuales se refiere el artículo 233 del C. Judicial: vínculo jurídico entre la Nación y el señor Uribe, y perjuicio o provecho que puede resultar a éste del fallo que se dicte en la oposición.

Por las consideraciones que anteceden, no se accede a revocar el auto de doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leyva Charry—Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Ofl. Mayor en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO CON EL GOBERNADOR DE UN DEPARTAMENTO.—CUANDO PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE UN CONTRATO, COMO EN EL CASO DE LOS QUE CELEBRAN LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO, EXIGE LA LEY UN PROCESO DE INTEGRACION DE VOLUNTADES, NO HAY MOTIVO DE NULIDAD POR LA FALTA DE CULMINACION DE ESE PROCESO

1.—Entre las acciones de nulidad del contrato de compraventa y la de dominio o reivindicatoria hay una relación de causalidad o dependencia, porque, declarada aquélla, tienen derecho las partes a que sean restituídas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 del C. C.,), estado que no puede obtenerse sino mediante sentencia que decrete la reversión del dominio y entrega del bien de que se trate.

2.—Cuando para el perfeccionamiento de un contrato exige la ley un proceso de integración de voluntades, como ocurre con los que celebran las entidades de derecho público, no puede decirse que haya motivo de nulidad por falta de culminación de ese proceso, máxime si la misma ley ni siquiera ha establecido términos perentorios para que esta culminación se lleve a cabo.

Consecuencialmente, en el caso de no remitirse un contrato a la aprobación de la justicia contencioso-administrativa, para que decida si está o no ajustado a las correspondientes autorizaciones, cuando este requisito es necesario, habrá derecho para que se exija el cumplimiento de tal formalidad esencial, mas en ningún caso para que se declare la nulidad del contrato por esa omisión. Estando todavía el contrato en vía de perfeccionamiento, no puede en rigor hablarse de nulidad de ninguna especie. El contrato no ha nacido a la vida jurídica, y eso es todo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, siete de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leyva Charry)

En la Ordenanza número 4 de 16 de marzo de 1936 dijo la Asamblea del Cauca:

"Artículo 2º—Autorízase a la Gobernación para que inmediatamente que entre en vigencia esta Ordenanza proceda a celebrar los arreglos que fueren necesarios para cancelar la deuda pendiente de la Nación por concepto de indemnización de licores sobre las siguientes bases: El Departamento recibirá a cambio de los lotes de terreno destinados a la construcción del aeródromo del Cauca, cuarteles y campos de deporte, que se obliga a entregar a la Nación con este objeto, el edificio que actualmente ocupa el Regimiento Junín número 11 acantonado en esta plaza, con todas sus anexidades, y treinta mil pesos más en moneda colombiana, dejando así terminada toda reclamación por concepto de indemnización de licores.

Parágrafo 2º—Si fuere insuficiente para adquirir los lotes destinados al aeródromo, cuarteles y campos de deportes, la cantidad de treinta mil pesos, autorízase igualmente a la Gobernación del Departamento para verificar toda clase de arreglos con los dueños de los respectivos inmuebles, inclusive vender o permutar otros bienes del Departamento, subrogarse en deudas particulares o bancarias de los referidos dueños o de otras personas que con ellos tengan negociaciones, conseguir empréstitos en las condiciones que crea convenientes dando como garantía bienes o rentas del Cauca, abrir créditos al presupuesto vigente y hacer traslados dentro del mismo presupuesto, y en fin, realizar todas las operaciones que crea indispensables hasta adquirir la totalidad del terreno necesario para los fines indicados.

Artículo 3º—Los arreglos que lleve a cabo la Gobernación no necesitarán de la ulterior revisión ni de la Asamblea ni de la Junta General de Hacienda.

Artículo 4º — Al obtener el Departamento las zonas de terreno necesarias para la construcción del aeródromo del Cauca, cuarteles y campo de

deporte la Gobernación le hará por escritura pública la correspondiente cesión al Gobierno Nacional".

El señor Gobernador compró al señor Pedro A. Sánchez O., en diez y seis mil pesos, para el Departamento, el predio Piedra Grande, según escritura número 547, hecha en la Notaría 2ª de Popayán, el 2 de julio de 1936. Se advirtió en la escritura que el inmueble se destinaba para el campo de aviación militar de Popayán y que el comprador traspasaría oportunamente la finca a la Nación, sin reservarse ningún derecho, para la construcción del aeródromo.

En libelo de 31 de enero de 1946, adicionado el 20 de marzo siguiente, se pide por parte del actor que en juicio ordinario se resuelva contra el Departamento del Cauca:

Primera. — Declárase absolutamente nulo, por las razones legales anotadas en la parte motiva de este fallo, el contrato de compraventa celebrado entre el señor Pedro A. Sánchez O., representado por su apoderado doctor Luis A. Velasco V., y el Departamento del Cauca, de que da cuenta la escritura pública número 547 de 2 de julio del año de 1936, otorgada en la Notaría 2ª de este circuito, sobre la finca de Piedra Grande, situada en este Municipio de Popayán, y comprendida dentro de los linderos que se especifican y determinan en el hecho primero de la demanda.

"Segunda. — En consecuencia se declara el inmueble especificado anteriormente, de propiedad del señor Pedro A. Sánchez O., y se ordena cancelar la inscripción del mencionado instrumento público, anotada como aparece en el libro 1º, Tomo 2º, folios 264 a 267, partida 215, y en el Libro Duplicado del 1º, folios 28 a 30, partida 13, matriculado el inmueble a folios 220 del Tomo 2º de Popayán, de la oficina de registro del mismo circuito, a la que se librará por el Tribunal el oficio correspondiente en la misma oportunidad.

"En subsidio de las dos declaraciones anteriores, y para el caso de que sea ya imposible la restitución del inmueble de Piedra Grande a mi poderdante señor Sánchez O. por estar dedicado actualmente al servicio público de Campo de Aviación, se dispondrá: a) Condénase al Departamento del Cauca a pagar al mismo señor Pedro A. Sánchez O. la diferencia del precio actual, fijado por peritos durante el término probatorio del juicio con el de dieciseis mil pesos ($ 16.000.00) moneda corriente que se estipuló en el contrato anulado, con las restituciones mutuas que son de rigor en estos casos —para ambas partes— en cuanto a intereses y frutos, conforme a la doctrina de los artículos 1746 y 1747 del C. C., o porque quiera el Departamento que la Nación retenga y conserve el inmueble para el servicio público a que está destinado, como parte integrante del aeródromo de esta ciudad de Popayán; y b) El Departamento del Cauca pagará al señor Pedro A. Sánchez O. los intereses legales de la cantidad líquida que le quede a deber a éste, desde la presentación de la demanda hasta el día del pago".

La acción se funda en que el contrato no fue sometido al estudio del respectivo Tribunal Administrativo Seccional para los fines que indicaba entonces el artículo 42, aparte a) de la ley 130 de 1913 y que hoy indican los artículos 53 y 260 de la ley 167 de 1941, con plazo de 30 días, que fijan los artículos 245 y 259 de esta ley; que en la época del contrato valía la finca $ 56.000, razón por la cual se le debe cubrir el saldo de $ 40.000.00 si se quiere que la Nación la retenga y para que quede en firme su dominio; que el Departamento transfirió a la Nación el inmueble por la escritura número 22 de 12 de enero de 1938 y que hoy presta el servicio público de aeródromo, y que cuando se solemnizó la primera compraventa seguía acción especial el Banco Agrícola Hipotecario y otros acreedores del señor Sánchez O. habían embargado el remanente.

Cita en apoyo de su tesis varias sentencias de esta Sala en las cuales se ha dicho que un contrato celebrado en virtud de ordenanzas de autorizaciones especiales debe someterse a la aprobación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y que si ese requisito no se cumple el contrato no alcanza vida jurídica. (G. J. números 1920 y 1921, pág. 764; número 1947, página 173).

El Tribunal Superior de Popayán en sentencia de 3 de noviembre de 1947, declaró probada la excepción de petición de modo indebido. Dijo al respecto: "La acción principal ejercitada en este juicio, es como ya se vio, la nulidad absoluta de un contrato, que en definitiva viene a ser la inexistencia de aquél, y que tiene como resultado para las partes hacer volver las cosas al estado que tenían antes, sin perjuicio de lo prevenido para el objeto o causa ilícita (artículo 1746 del C. C.). A esta petición es contraria e incompatible la subsidiaria de que se condene al Departamento a pagar el complemento del precio actual, pues esto implica contrariar y destruir por el mismo demandante la afirmación de que el contrato es absolutamente nulo, es decir, que no ha

existido. Por otra parte, las acciones subsidiarias propuestas por el demandante no solamente se han subordinado a la condición de que las principales no prosperen, sino que también se condicionan, como lo dice el libelo, a la circunstancia de que no sea posible la restitución del inmueble por parte del Departamento, circunstancia esa que supone la declaración judicial de nulidad pedida como principal. El libelo en esta parte contiene un verdadero contrasentido. No es posible que de un contrato que se afirma ser absolutamente nulo, el demandante pretenda obtener más prestaciones, fuéra de la del precio ya pagado por el comprador, como son el pago de la diferencia del precio de la venta y del precio actual, intereses y frutos, como si se tratase de una acción por lesión enorme. Ni es posible tampoco subordinar una acción sobre aumento de precio de la cosa vendida a una acción principal sobre nulidad de ese contrato, y subordinarla al mismo tiempo al evento de que dicha nulidad se declare ya que la simple alusión de que el Departamento pueda o no devolver el inmueble que compró, supone que se haya pronunciado la nulidad del acto o contrato". (Folios 44 v. y 45, cuaderno número 1).

La Sala considera que entre las acciones de nulidad y de dominio o reivindicatoria hay una relación de causalidad o dependencia, porque, declarada aquélla, tienen derecho las partes a que sean restituídas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 del C. C.), estado que no puede obtenerse sino mediante sentencia que decrete la reversión del dominio y entrega del bien de que se trate.

Al hallarse el señor Sánchez O. en las expuestas circunstancias relacionadas con la imposibilidad de obtener la restitución del predio, si por la declaración de la nulidad de la compraventa debiera haber lugar, se repite, a esa devolución, la petición subsidiaria de pago del precio como equivalente a aquella entrega no envolvería contradicción, ya porque es opcional para el ocupante, ya porque aparece formulada en la forma como podría obtenerse el restablecimiento del derecho.

Necesario es ahora, ante la ilegalidad del fundamento de la sentencia, echar las bases necesarias para decidir esta controversia.

El contrato civil como el que ha dado origen a este juicio, celebrado por un agente de la administración, y el de simple carácter privado, son manifestaciones de voluntad que no se rigen por unas mismas normas legales porque el primero, por su naturaleza jurídica y su origen, está en nuestro derecho público condicionado para su perfeccionamiento por requisitos externos esenciales, determinados en especiales mandatos de la ley.

Se ha estimado que en caso de administración reglada la competencia para contratar no radica en el solo agente o representante de la entidad de derecho público que contrata, sino en él y en la corporación llamada por la ley a prestar su concurso. Y sea que esa intervención contribuya a integrar el consentimiento, según opina Iribarren, o a completar la competencia, según Jéze ("Teoría General de los Contratos de la Administración"); o sea que se la considere como formalidad indispensable según lo ha expuesto esta Sala en las sentencias que el actor cita, la consecuencia es siempre la misma: que mientras tenga lugar dicha intervención el contrato está apenas en vía de perfeccionamiento.

Esta misma Sala dijo en sentencia de 11 de diciembre de 1936:

"Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. (Artículo 1500 del C. C.). El contrato celebrado por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas estaba sujeto, como ya se ha visto, a la formalidad especial de la revisión del Tribunal de lo Contencioso de Medellín, y como esta formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles. En otros términos, como el contrato no se celebró legalmente, porque le faltó el cumplimiento de una formalidad indispensable para su validez, no puede sostenerse que sea una ley para las partes contratantes, como lo establece el artículo 1602 del C. C., que es la disposición que en primer término sirve de apoyo al demandante".

La anterior doctrina fue sustentada en fallo proferido también por esta Sala con fecha 24 de mayo de 1939. (G. J. Nº 1947, pág. 178).

En estricto rigor legal, un acto o contrato es absolutamente nulo cuando carece de algún requisito esencial de fondo o de forma (artículo 1740 del C. C.), o cuando es ejecutado o celebrado contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa (artículo 6º, ibídem).

En otros términos, se entiende por acto o contrato nulo aquel que tiene existencia jurídica, pero que puede ser privado de eficacia por mo-

tivos establecidos en la ley, a solicitud del que tiene interés en impugnarlo.

Por tanto, como el contrato cuya nulidad se demanda en este pleito aún no ha nacido a la vida del derecho, por falta de la necesaria revisión y aprobación de la justicia contencioso-administrativa, todo lo que en relación con la nulidad del mismo contrato se predique carece de fundamento legal.

Es evidente que el contrato celebrado entre el demandante señor Sánchez O. y el señor Gobernador del Cauca, contrato de que da cuenta la escritura pública número 547 de 2 de julio de 1936, estaba sujeto a la posterior aprobación del Tribunal Administrativo del Cauca, de acuerdo con la norma establecida en el inciso a) del artículo 42 de la Ley 130 de 1913, bajo cuya vigencia se pactó la convención expresada. En otros términos, sólo cuando la jurisdicción contencioso-administrativa decida favorablemente sobre la conformidad de las estipulaciones contractuales contenidas en la escritura de que se habla con las autorizaciones dadas por la H. Asamblea al Gobernador del mismo Departamento para contratar con el señor Sánchez O., es cuando puede afirmarse que el contrato en referencia es perfecto.

Mientras tanto, es decir, mientras no se cumpla aquel trámite legal establecido con miras a salvaguardiar los intereses públicos, no ciertamente los de los particulares contratantes, apenas puede decirse que un convenio semejante es ineficaz por cuanto aún está en proceso de perfeccionamiento; pero no nulo, porque el hecho de no haberse sometido a la revisión del Tribunal Administrativo no está consagrado en la ley como causal de nulidad.

De otra parte, no es posible perder de vista que de acuerdo con la ley 130 de 1913 el señor Gobernador del Cauca no estaba sometido a un plazo determinado para obtener el concepto del Tribunal Administrativo. Y aun cuando es verdad que posteriormente la Ley 167 de 1941, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, llenó aquel vacío al fijarle al Gobierno Nacional el término de treinta días, a partir de la fecha en que apruebe un contrato, para someterlo a la revisión del Consejo de Estado (artículo 245), y al disponer que "en los Tribunales Administrativos se seguirán las mismas reglas en el examen y revisión de los contratos celebrados por la administración departamental y municipal, en cuanto fueren pertinentes" (artículo 259, ibídem), no es menos cierto también que el término de los 30 días de que se habla en la primera de las disposiciones citadas se señaló para efectos de fijar la responsabilidad en que puedan incurrir los funcionarios que celebren el contrato, por falta de cumplimiento o por cumplimiento tardío del deber que allí se les impone, y no para eximir a la justicia contencioso-administrativa de la obligación de revisar los contratos celebrados por el Gobierno Nacional o los gobernadores. Tan cierto es esto, que ese mismo precepto en su segundo inciso prevé el caso del envío extemporáneo del contrato para la revisión del Consejo.

Si, pues, de acuerdo con las disposiciones acabadas de citar, no existe un término de caducidad para que el Tribunal Administrativo del Cauca se abstenga de revisar el contrato materia del presente pleito, no se ve razón legal alguna para que la justicia ordinaria, mediante una declaración de nulidad, pueda privar al Tribunal expresado de una facultad que sólo a él compete, nulidad que, por lo demás, no es alegable respecto del contrato tantas veces ameritado, porque ya está dicho y se repite que aquélla es vicio que afecta al contrato existente y no al que está apenas en vía de perfeccionamiento.

Como síntesis de todo lo anterior puede afirmarse que cuando para el perfeccionamiento de un contrato exige la ley un proceso de integración de voluntades, como ocurre con los que celebran las entidades de derecho público, no puede decirse que haya motivo de nulidad por la falta de culminación de ese proceso, máxime si la misma ley ni siquiera ha establecido términos perentorios para que esta culminación se lleve a cabo.

Consecuencialmente, en el caso de no remitirse un contrato a la aprobación de la justicia contencioso-administrativa, para que decida si está o no ajustado a las correspondientes autorizaciones, cuando este requisito es necesario, habrá derecho para que se exija el cumplimiento de tal formalidad esencial, mas en ningún caso para que se declare la nulidad del contrato por esa omisión. Estando todavía el contrato en vía de perfeccionamiento, no puede en rigor hablarse de nulidad de ninguna especie. El contrato no ha nacido a la vida jurídica, y eso es todo.

Por lo anteriormente expuesto sobran cualesquiera otras consideraciones sobre la petición de dominio, propuesta como consecuencia de la nulidad, porque si no se puede hacer declaración

alguna sobre ésta, menos es posible decidir sobre aquélla. Lo mismo puede decirse de las demás acciones subsidiarias.

Es suficiente lo dicho para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRME, como en efecto CONFIRMA, aunque por razones distintas, la sentencia apelada.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

JUICIO CONTRA UN ABOGADO POR FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL

La incompatibilidad de funciones es ciertamente una falta contra la ética profesional. Falta de ética profesional de un abogado es exponerse, por imprudencia o por indiferencia, a que se le juzgue en situación de incompatibilidad porque las apariencias así lo indican. Falta de esa naturaleza es colocarse a sabiendas en el caso de incumplir los contratos celebrados por el abogado con distintas personas que tienen o pueden tener en un momento dado intereses antagónicos en materia relacionada con los servicios del abogado.

Pero para que las apariencias que desde el punto de vista del común de las gentes podrían ofrecer un caso de incompatibilidad, constituyan una falta de ética profesional, se necesita que el abogado se exponga a ellas "por imprudencia o indiferencia".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, nueve de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

En oficio número 02788, fechado el 29 de octubre de 1947, el Contralor Departamental de Boyacá denunció ante el Presidente del Tribunal Superior de Tunja algunas irregularidades encontradas por ese Despacho en las cuentas rendidas por la Caja de Previsión del Departamento. Dice el oficio en cuestión:

"Este Despacho al verificar el estudio de las cuentas rendidas por el responsable de la Caja de Previsión Social del Departamento, encontró irregularidades graves en cuanto se refiere a contratos celebrados por la Caja de Previsión con algunos profesionales.

"Una de ellas y de la cual el señor Presidente se informará, es el contrato verificado con el abogado Rafael Humberto Bernal como sustanciador de las resoluciones que conocen el pago de prestaciones por esa entidad".

Avanzó la investigación correspondiente por parte del H. Tribunal Superior de Tunja y esta entidad, en fallo fechado el 16 de mayo de 1949, en su parte resolutiva dijo: "Declarar que el doctor Rafael Humberto Bernal no cometió falta alguna contra la moral profesional en los casos a que se contraen estas diligencias y en consecuencia lo declara absuelto de los cargos contra él formulados".

En cumplimiento de lo dispuesto por la ley 69 de 1945, el fallo del Tribunal de Tunja ha venido en consulta a esta Sala de la Corte, en donde, una vez cumplidas las formalidades procedimentales de rigor, se decidirá el asunto definitivamente.

Con fecha 20 de marzo de 1947 se firmó, entre los señores Miguel Machado Gómez, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Departamento de Boyacá, y el abogado Rafael Humberto Bernal, un contrato mediante el cual éste último se comprometía para con la Junta Directiva de la mencionada Caja "a hacer la liquiación y presentar a la Junta los proyectos de resolución de todas las solicitudes sobre prestaciones sociales que están pendientes a la fecha del presente contrato y las que vayan entrando con posterioridad, en forma que se eviten las demoras que hasta hoy se han venido presentando..."

El doctor Rafael Humberto Bernal, que en su calidad de abogado litigaba en la ciudad de Tunja, sede de su nueva posición de liquidador de la Caja, adquirida mediante el contrato de que antes se habló, tenía, como es natural, poderdantes interesados en solicitudes de prestaciones sociales formuladas ante la Caja de Previsión Social del Departamento de Boyacá. Y es éste el motivo que dio origen a las dudas surgidas acerca de los procedimientos del abogado Bernal, quien siendo apoderado de múltiples demandas ante la citada Caja, aceptaba un cargo en el cual haría la liquidación de las solicitudes formuladas y presentaría a la Junta Directiva los respectivos proyectos de resolución. Y algo más: en fechas posteriores a la celebración del contrato con la Caja, el doctor Bernal aceptó poderes para litigar ante ella.

Sin embargo, el proceder del doctor Bernal —así aparece de las pesquisas realizadas por el

a quo— no incurrió en faltas lesivas contra la moral profesional. Repasando el expediente queda muy en claro el hecho de que el abogado sustanciador de los negocios de la Caja nunca presentó proyecto de resolución sobre solicitudes en las cuales él tuviera algún interés. Por el contrario, aparecen pruebas fehacientes de que el doctor Rafael Humberto Bernal se inhibía de conocer de aquellos asuntos en los cuales figuraba como apoderado.

Además, obran en autos declaraciones —las de Miguel Machado Gómez, Rafael La-Rotta Téllez y Guillermo Hoyos Vargas —en las cuales no sólo se descarta la posibilidad de una conducta delictuosa por parte del abogado Bernal, sino que también se hace hincapié en su corrección, honradez y capacidad, para usar los mismos vocablos de los declarantes.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en vista fiscal fechada el 21 de octubre del año próximo pasado, dice lo siguiente:

"Considera la Procuraduría que para la acertada decisión de la consulta en materia de tanta gravedad, deben dilucidarse en su orden estas dos cuestiones fundamentales: 1º Si la investigación adelantada de oficio por el Tribunal, según él mismo lo dice en el aparte a) del considerando primero de la sentencia, adolece de invalidez por haberse iniciado como consecuencia del informe documentado de un funcionario público que no era interesado en las reclamaciones pendientes en la Caja y de que era apoderado el doctor Bernal; 2º Si resuelta negativamente la primera cuestión, el criterio adoptado por el sentenciador para determinarse por la absolución corresponde a las finalidades de la ley 69 de 1945 en cuanto ella tiende a velar por la observancia de la regla moral en el ejercicio de la profesión de abogado".

De conformidad con el aparte transcrito, para el señor Agente del Ministerio Público, debe, en primer término dilucidarse un punto: si la investigación, catalogada por el mismo Tribunal fallador como "de oficio", adolece de invalidez "por haberse iniciado como consecuencia del informe documentado de un funcionario público que no era interesado en las reclamaciones pendientes..." Y un poco más adelante el mismo Agente del Ministerio Público, transcribe el artículo 283 del C. de P. P., para terminar afirmando que "Al proceder el Tribunal Superior a la investigación oficiosa de los hechos puestos en su conocimiento por el Contralor Departamental no hizo otra cosa que dar cumplimiento a lo preceptuado por la ley 69 de 1945 y por el artículo transcrito".

"Artículo 283 del Código de Proc. Penal:

"Sin esperar denuncio ni querella alguna, ni orden superior, debe el funcionario de instrucción correspondiente instruir sumario siempre que, por conocimiento personal, por avisos confidenciales, por notoriedad pública o **por cualquier otro medio,** llegare a su noticia la perpetración de una infracción penal".

La Sala conserva el subrayado de la frase "por cualquier otro medio" hecho por el mismo señor Procurador Delegado en lo Civil, y encuentra que, ciertamente, en virtud de ella obró el Tribunal Superior cuando, al conocer la comunicación de la Contraloría Departamental de Boyacá avocó de oficio la investigación sobre las actuaciones profesionales del doctor Rafael Humberto Bernal. La Contraloría Departamental de Boyacá no se hizo parte en el juicio; puso en conocimiento del Tribunal un hecho que era de "notoriedad pública"; al estudiar las cuentas de la Caja de Previsión observó hechos que creyó delictuosos y por este motivo dio el traslado de las presuntas irregularidades a la entidad que, conforme con la ley, es la competente.

La Sala, no justifica la duda inicial del señor Procurador Delegado en lo Civil, acerca del procedimiento oficioso del Tribunal; pero está de acuerdo con él en la parte final del estudio sobre el punto primero cuya dilucidación solicita: "Al proceder el Tribunal Superior a la investigación oficiosa de los hechos no hizo otra cosa que dar cumplimiento a lo preceptuado por la ley 69 de 1945 y por el artículo transcrito".

En cuanto al criterio del Tribunal fallador del caso en estudio, la Sala hace las siguientes consideraciones:

El doctor Rafael Humberto Bernal, si es cierto que se expuso a maliciosas interpretaciones de la sociedad por cuanto actuaba a la vez como abogado litigante y como liquidador de la Caja de Previsión Social del Depto. de Boyacá, no cometió ninguna falta de las contempladas por la ley reglamentaria de la profesión de abogado, ni su conducta puede exhibirse como deshonesta, ni su proceder es desdoroso para el gremio de los profesionales del derecho. Antes bien, el abogado en cuestión dio repetidas pruebas de delicadeza profesional en el desempeño de sus funciones de sustanciador de la Caja, como se ve en autos.

"...El doctor Bernal dice en su exposición—es ésta una transcripción de la vista del señor Fis-

cal del Tribunal—, que su papel, como contratista de servicios profesionales a la Caja, se reduce a una labor puramente mecánica en cuanto a la liquidación de las prestaciones, como que las resoluciones respectivas eran adoptadas por la Junta Directiva, las que luégo iban en apelación o consulta a la Gobernación, en donde eran estudiadas, primeramente por el abogado del Departamento; que en el ejercicio de su actividad de liquidador, siempre fue en extremo delicado, pues que en los asuntos en que tenía interés, la liquidación y resolución la dejaba a los miembros de la Junta Directiva, sobre lo cual obra en el expediente una tarjeta en que tal cosa solicitaba; y, además expresa, que nadie podría afirmar que uno de sus clientes hubiera obtenido favor por la circunstancia de haber sido liquidador.

"Los miembros de la Junta Directiva de la Caja, en la época del contrato entre ésta y el doctor Bernal, sobre servicios profesionales...., confirman lo expresado por el doctor Bernal, especialmente en cuanto a que los asuntos en que tenía interés, los estudiaban ellos y presentaban las resoluciones correspondientes, y que el doctor Bernal, siempre, fue escrupuloso sobre este particular".

En realidad el doctor Bernal, como sustanciador temporal de la Caja de Previsión de Boyacá, mediante contrato celebrado con la Directiva de la entidad, no tenía el carácter de empleado de la institución. Cumplía con un contrato sobre prestación de servicios profesionales. Como él mismo lo afirma, "Es una labor puramente mecánica la del liquidador, ya que en definitiva un asunto debatido tendría que resolverlo la justicia del trabajo..." El doctor Bernal, pues, no era quien decidía las solicitudes de prestaciones formuladas ante la Caja; a él sólo le estaba encomendada la elaboración de los proyectos de Resolución, proyectos que eran detenidamente estudiados por los miembros de la Junta Directiva, y pasados luégo al abogado de la Gobernación. Por último era el Gobernador quien podía modificar, aprobar o negar las Resoluciones.

"La incompatibilidad de funciones—dice el señor Procurador Delegado en lo Civil— es ciertamente una falta contra la ética profesional. Falta de ética profesional de un abogado es exponerse, por imprudencia o indiferencia, a que se le juzgue en situación de incompatibilidad porque las apariencias así lo indican. Falta de esa naturaleza es colocarse a sabiendas en el caso de incumplir los contratos celebrados por el abogado con distintas personas que tienen o pueden tener en un momento dado intereses antagónicos en materia relacionada con los servicios del abogado, como, en el caso de autos, los contratos celebrados por el doctor Bernal con la Caja de Previsión Social para servirle de sustanciador, y con sus propios clientes para reclamar de ella derechos que creían tener contra la Caja..."

El doctor Rafael Humberto Bernal, ya se dijo, no tenía el carácter de funcionario público, circunstancia con la cual se estructuraría una imperdonable incompatibilidad de funciones. Las apariencias, desde el punto de vista del común de las gentes, podrían ofrecer un caso de incompatibilidad; pero como lo afirma el señor Procurador, para que esas apariencias constituyan una falta de ética profesional se necesita que el abogado se exponga a ellas "por imprudencia o indiferencia". Y ni lo uno ni lo otro aparece en autos en contra del sindicado. Todo lo contrario, el abogado liquidador de la Caja pone de presente una marcada preocupación porque su proceder no sea calificado de doloso; y una especial prudencia al inhibirse de conocer de aquellos asuntos en los cuales él tuviera interés. Además, el contrato celebrado por el abogado Bernal con la Caja de Previsión contemplaba una duración de un corto lapso de tiempo (seis meses), término que podría reducirse, ya que "si antes de esta fecha fuera restablecido el cargo de Gerente de la Institución por este hecho se daría término al contrato". Y el factor tiempo, tan corto en el contrato en cuestión, podría justificar el hecho de que el abogado, transitoriamente liquidador de la Caja, recibiera poderes de sus clientes, que ejercería una vez desligado de la institución.

Con base en los hechos relacionados, y en mérito de las consideraciones expuestas, 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 dictada en el presente juicio por el Tribunal Superior de Tunja.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Rafael Leyva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

NO CONSTITUYE NINGUNA DE LAS FALTAS PREVISTAS POR LA LEY 69 DE 1945 LA DESTEMPLANZA VERBAL USADA POR UN ABOGADO EN SUS ESCRITOS

La aspereza de tratamiento o la destemplanza verbal empleada por un abogado en sus memoriales, si evidentemente censurable, no llega a configurar ninguna de las faltas de que tratan los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, entre otras cosas porque en los casos de memoriales irrespetuosos para las autoridades o los particulares, los secretarios de las oficinas judiciales tienen el deber de rechazarlos consultando previamente con sus superiores, como lo preceptúa el artículo 121, ordinal 17, del Código Judicial, y porque en determinadas circunstancias los Jueces y Magistrados pueden imponer sanciones correccionales a quienes les falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio catorce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El Tribunal Superior de Popayán, instado por denuncia de los señores Mario Peña Sánchez y Moisés Alegría, Director y Secretario de la Cárcel de aquel Distrito Judicial, resolvió investigar la conducta profesional del doctor Luis Carlos Cajiao, para ver si éste había cometido faltas sancionables en el ejercicio de su profesión de abogado, las cuales hacían consistir los denunciantes en los siguientes hechos:

a) Haber recibido dinero anticipado de algunos presos para servirles de apoderado y defensor en sus asuntos criminales, sin que diera cumplimiento a las obligaciones contraídas con sus clientes;

b) Haber recibido dinero de los presos para servirles de fiador con el fin de obtener su libertad provisional, con el resultado de que la justicia no lo aceptara con ese carácter de fiador, por la circunstancia de haber acreditado su solvencia en otras ocasiones con los mismos bienes y para idéntico servicio; y

c) Mala redacción y falta de educación en los memoriales dirigidos por el doctor Cajiao a las autoridades, sobre todo "porque si un pedimento de esos se encabeza con un alegato, va a terminar en asuntos sociales, en asuntos de comunismo e infinidad de otros hechos distintos al caso que se principió a contemplar".

Dentro del respectivo juicio sumario se recibieron las explicaciones del doctor Cajiao y se practicaron varias pruebas encaminadas al esclarecimiento de los hechos de la denuncia, como las declaraciones de algunos presos y certificaciones de los Jueces Superiores que venían conociendo de sus asuntos.

Concluída la etapa probatoria del proceso y oído el concepto del señor Fiscal de la Corporación, el Tribunal falló el negocio por sentencia de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, declarando que no había lugar a imponer sanción alguna al doctor Luis Carlos Cajiao por mal comportamiento en el ejercicio de su profesión, ni a seguir de oficio procedimiento por calumnia contra los denunciantes, pero ordenando dar noticia documentada a los Jueces Penales correspondientes del perjurio en que pudiera haber incurrido en las diligencias el testigo Laureano Gómez Gómez.

En su fallo valoró así el Tribunal las pruebas del proceso:

"Durante el término probatorio se recibieron los testimonios jurados de los reclusos José Hermógenes Samboní, Manuel Jesús Jiménez Mejía, Gabriel Sánchez Salinas, Santos Taquinás, Juan Ordóñez, Lorenzo Quitumbo, Adriano Muñoz, Aureliano Díaz Alvarez y Laureano Gómez Gómez. La mayoría de estos testigos manifiestan que tienen por defensor al doctor Cajiao, a quien le han otorgado poder. Casi todos ellos dicen haberle entregado al mandatario pequeñas cantidades de dinero, ya por concepto de honorarios para la defensa o en razón de la fianza que el mismo abogado debía prestarles para conseguir la libertad. Pero es de advertir que el hecho de la entrega de las partidas de dinero no se halla plenamente acreditado, desde luego que en ninguno

de los casos tal entrega fue presenciada por terceros, de ninguna de ellas aparece recibo firmado por el abogado en mención, ni consta en parte alguna del expediente la confesión concreta, clara y precisa del mandatario acusado de haber recibido las cantidades de dinero a que se refieren los testigos. Pero aún en la hipótesis de que apareciera a plenitud la percepción anticipada de esas cantidades por el doctor Cajiao, como este hecho escueto no constituye falta grave ni leve, tal como lo sostiene con acierto la Fiscalía, sería menester que estuviera por otra parte acreditado el incumplimiento total o parcial de los deberes que el doctor Luis Carlos Cajiao contrajo con cada uno de sus clientes, y de los certificados rendidos por los señores Jueces que conocen de los negocios penales adelantados contra los testigos (visibles a folios 36 y 44) no se desprende, por lo menos claramente, semejante incumplimiento. En esto también comparte el Tribunal la tesis sostenida por el señor Agente del Ministerio Público. En realidad, sería necesario un estudio pormenorizado de cada proceso, con el auxilio de expertos, para poder deducir si la gestión del doctor Cajiao relativa a cada uno de esos negocios fue ineficaz y si la ineficacia le acarrea responsabilidad.

"El otro cargo, por cierto menos grave, consiste, como ya se vio, en que "los memoriales elaborados por el señor doctor Cajiao, por su pésima redacción, falta de educación para con los funcionarios a quienes van dirigidos", han tenido que ser devuetlos a los presos por orden del Director de la Cárcel, y "más que todo porque si un pedimento de esos se encabeza con un alegato, va a terminar con asuntos sociales, con asuntos de comunismo e infinidad de otros hechos distintos al caso que se principió a contemplar, y aún más, carecen del aseo necesario para que puedan entrar a una oficina que como las del órgano judicial merecen respeto y consideración". La mayor parte de lo afirmado aquí lo demuestra el propio doctor Cajiao por medio de sus memoriales visibles a folios 18, 19, 48, 50, 52 y 53. Sin embargo, no se advierte en ellos una notoria falta de educación contra los funcionarios a quienes van dirigidos, aunque sí campea la aspereza para con las personas de los denunciantes y una notoria inconexión en las ideas. El único aspecto por el cual cabría investigar la posibilidad de comisión de una falta leve, sería el tratamiento incorrecto del doctor Cajiao para con las personas. Pero si este hecho se relaciona con la inconexidad de que se ha hecho mérito, que acusa una notoria falta de control mental, se llega a la conclusión de la inexistencia de una voluntad libre en el obrar. Si se tiene en cuenta esta circunstancia, forzoso es concluir que en vez de la sanción, el camino adecuado a seguir sería diferente".

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 69 de 1945, el fallo en cuestión fue enviado en consulta a esta Sala de la Corte, donde el asunto ha recibido el trámite previsto por los artículos 502 y 504 del Código Judicial; siendo de advertir que en esta instancia sólo alegó el señor Procurador Delegado en lo Civil, encontrando que debía confirmarse la sentencia consultada.

Para resolver, se considera:

No arroja este proceso, en realidad de verdad, ningún cargo comprobado contra la ética profesional del doctor Luis Carlos Cajiao. Acaso pueda decirse, como lo hace el **a quo**, que en sus memoriales a la justicia se nota cierta aspereza de tratamiento y notoria desconexión en las ideas, pero es lo cierto que estas muestras de destemplanza verbal, si evidentemente censurables, no llegan a configurar ninguna de las faltas de que tratan los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945. Entre otras cosas porque en los casos de memoriales irrespetuosos para las autoridades o los particulares, los secretarios de las oficinas judiciales tienen el deber de rechazarlos consultando previamente con sus superiores, como lo preceptúa el artículo 121, ordinal 17, del Código Judicial, y porque en determinadas circunstancias los Jueces y Magistrados pueden imponer sanciones correccionales a quienes les falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Por lo demás, sobre los otros cargos de que se acusó al doctor Cajiao no existe ninguna demostración procesal que los respalde. Que éste recibiera anticipos de dinero por servicios profesionales que debía prestar a algunos presos, es cuestión que ni está debidamente acreditada en autos ni constituye falta de ninguna especie, como lo sostiene el sentenciador de primer grado. Lo único que se sabe de cierto es que el doctor Cajiao figura como defensor de siete de los presos ante los Jueces Primero y Segundo Superior de Popayán, donde generalmente ha hecho gestiones en favor de sus defendidos, como resulta de certificados expedidos por tales funcionarios (fs. 36 y 44 del cuaderno número 2); pero de estas atestaciones no se desprende que de parte del acusado

haya habido abandono o negligencia culpable en perjuicio de sus clientes. Por último, cualquier incumplimiento del doctor Cajiao en relación con fianzas que debiera prestar, no constituiría, propiamente hablando, ninguna falta en el ejercicio de su profesión de abogado; aparte de que, sobre este punto, la verdad es que existe una total ausencia de pruebas en el proceso, como lo observa con acierto el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Este mismo funcionario agrega con justeza:

"No encuentra la Procuraduría temeridad en los denunciantes, pues a dar su denuncio los debió mover el conocimiento de los negocios frecuentes del abogado con los presos, y la ineficacia absoluta o prolongada de los servicios con él contratados. Parece acomodada a las normas de la equidad la resolución del Tribunal según la cual decidió abstenerse de promover oficiosamente la investigación por calumnia.

"La otra, la del posible perjurio de uno de los presos, ordenada por el mismo sentenciador, halla justificación en los documentos contradictorios emanados del mismo sujeto, bajo la gravedad del juramento".

Todo lo cual es bastante para que la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirme como lo hace la sentencia objeto de la consulta.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION POSESORIA POR DESPOJO DEL APROVECHAMIENTO DE UNAS AGUAS DE USO PUBLICO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

No es despojo el hecho realizado por auridades competentes con base en una ley que vela por intereses de orden público y en que no están de por medio intereses patrimoniales del Estado.

Ni puede haber despojo por parte del Estado cuando no se trata sino de salvaguardiar sus propios bienes en beneficio público. Dice la Constitución Nacional que el territorio con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen únicamente a la Nación. En armonía con este principio dice el artículo 677 del C. Civil que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión. Expresa el artículo 9º de la Ley 113 de 1928, que versa sobre aguas, que el Gobierno Nacional es el supremo administrador de los bienes de uso público. Dice el Decreto ley 1381 de 1940 que son bienes de uso público de propiedad del Estado los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, y que sobre ellos tiene control el Gobierno.

Y si esos bienes pertenecen al Estado para prestar un servicio público, no puede haber despojo cuando se trata de la defensa de ellos en servicio de la comunidad, ni puede haber acción posesoria contra la Nación que así defiende los intereses de los asociados y no intereses patrimoniales del Estado.

De acuerdo con nuestras leyes, una vía pública, que es un bien público de la Nación, no puede ser obstruída, y si lo fuere, las autoridades pueden regularizarla. (Artículos 208 del Código Político y Municipal, 674 del C. Civil, y Decreto reglamentario 640 de 1937). Y no se puede sostener que esto constituya un despojo, y que haya acción contra la Nación por esa regularización que busca el bien público. Lo que quiere decir que tratándose de bienes públicos, y no de bienes fiscales del Estado, bienes aquéllos cuya defensa corresponde a la Nación para beneficio de los asociados, no puede constituir despojo esa defensa, ni puede haber acción posesoria contra el Estado, que así se empeña en tener libres esos bienes para que sirvan a todos los asociados dentro de la reglamentación que para ello ha sido dictada, ya que "su uso pertenece a todos los habitantes", como dice el artículo 674 arriba citado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

El Gerente de "Hacienda Real, S. A.", sociedad anónima domiciliada en Palmira, se querelló ante el Tribunal Superior de Cali de que el Alcalde de aquella población, cumpliendo órdenes de la Comisión Especial de Aguas de Cali, y valiéndose de obreros y contratistas llevados por él, retiró las compuertas metálicas de la motobomba instalada sobre el cauce del Zanjón Malimbú que de oriente a occidente atraviesa predios de la nombrada "Hacienda Real, S. A.".

El retiro de las dichas compuertas lo califica el representante de la compañía demandante de "cancelación violenta del aprovechamiento de aguas de uso público de que venía gozando su representada", y en virtud de ello ha entablado "demanda posesoria por despojo contra la Nación colombiana, representada por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali, para que previos los trámites previstos en los artículos 877 y siguientes del Código Judicial, se condene a la Nación a restituir a Hacienda Real, S. A. la posesión del derecho a usar las aguas del llamado Zanjón Malimbú y para que se le impida a la misma Nación interferir en el funcionamiento de la moto-bomba antes descrita de que venía usando Hacienda Real, S. A., derechos éstos de que fue injustamente privada por medio del empleo de la fuerza, de órdenes y de procedimientos administrativos".

En la misma demanda pide que "de conformidad con el artículo 879 del Código Judicial, no se admita oposición a la entidad demandada si ésta

no presta caución de reparar los perjuicios que por tal oposición pueda sufrir Hacienda Real, S. A.

Y por último, "que se condene a la entidad demandada a reparar los perjuicios que ha causado a Hacienda Real, S. A. por el despojo descrito en los hechos anteriores", que estima en la suma de ciento cincuenta y un mil doscientos pesos anuales ($ 151.200.00).

Se propone subsidiariamente: "Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 984 del C. Civil se ordene a la Nación colombiana, representada por el señor Agente del Ministerio Público, que restituya a Hacienda Real S. A. el uso y goce de la referida moto-bomba, que ésta tenía instalada en el Zanjón Malimbú, y el uso y goce de las aguas de la misma corriente de que venía usando, y que pague a la nombrada sociedad la suma de ciento cincuenta y un mil doscientos pesos anuales en que estima los perjuicios causados por el despojo descrito en los hechos atrás enumerados. Y que, si la Nación colombiana se opone a esta segunda acción, preste caución de reparar los perjuicios que tal oposición pueda causar a Hacienda Real, S. A.

El demandante ha querido condensar la razón de la demanda en nueve hechos que sintetizados son los siguientes:

La Hacienda Real, S. A. tiene el dominio y posesión de un inmueble que se denomina El Cascajal, aportado a la sociedad por el socio Mario Scarpetta, inmueble determinado por la situación y linderos que se describen (hecho 1º).

La finca está atravesada por la corriente del Zanjón Malimbú de oriente a occidente (hecho 2º).

En el año de 1940, Hacienda Real, S. A. instaló sobre el cauce del Zanjón Malimbú y dentro de los límites del predio de El Cascajal, una bomba de impulsión accionada por un motor Caterpillar Diessel de cincuenta caballos de fuerza, con capacidad de elevar a veinte pies de altura un volumen de agua equivalente a trescientos treinta y siete litros por segundo, que funcionaba a una velocidad de novecientas diez revoluciones por minuto, y dotada de una tubería de diez y seis pulgadas de diámetro. Para el funcionamiento de esta bomba, la Hacienda construyó previamente el canal principal, de mampostería y ladrillo revestido de cemento; instaló tres juegos de compuertas metálicas; construyó una plataforma y una casilla para la moto-bomba, apoyada a lado y lado del canal principal con tres columnas de ferro-concreto, y, en general, ejecutó las obras adecuadas para la captación, por medio de la expresada moto-bomba, de una parte de las aguas del citado Zanjón Malimbú (hecho 3º).

Así derivadas las aguas, se utilizaban convenientemente para la irrigación de quinientas cuarenta plazas de caña de azúcar en plena producción, pertenecientes a la Hacienda; y los sobrantes del riego eran devueltos al cauce común dentro de los predios de ésta (hechos 4º y 5º).

Por más de un año contado desde su instalación, funcionó la moto-bomba expresada, y así pudo la Compañía utilizar la mitad o menos de las aguas del Zanjón Malimbú, hasta el treinta de abril de mil novecientos cuarenta y dos, fecha en la cual la Comisión de Aguas de Cali, dependencia del Gobierno Nacional, bajo la dirección de su Jefe doctor Tomás Cruz Domínguez, se trasladó al aludido predio de la sociedad, y con pretexto de ejecutar una resolución del Gobierno, procedió por la fuerza a cancelar la moto-bomba antes descrita, impidiéndose en esa forma a Hacienda Real, S. A. el derecho de riberanía; dio orden de parar definitivamente la marcha del motor que accionaba la bomba; cerró las válvulas instaladas en la tubería de descargue, poniéndoles cadenas sujetas con un candado; ordenó perentoriamente el retiro de las compuertas metálicas, encargando al señor Alcalde de Palmira de que tal orden se llevara a cabo en el término de tres días, y en general obró de manera que se hiciera imposible continuar el aprovechamiento que por más de un año y de manera quieta y pacífica venía haciendo Hacienda Real, S. A. de parte de las aguas del citado Zanjón Malimbú por medio de la expresada moto-bomba (hechos 6º y 7º).

El doce de mayo de mil novecientos cuarenta y dos el Alcalde de Palmira por medio de obreros contratados y llevados por él en cumplimiento de órdenes de la Comisión Especial de Aguas de Cali, y sin el consentimiento de Hacienda Real S. A., retiró las compuertas de la moto-bomba (hecho 8º).

La cancelación del aprovechamiento de las aguas le ha causado a Hacienda Real, S. A. la merma del producido de las plantaciones, y es una amenaza de pérdida total si la moto-bomba continúa suspendida. Y se calcula en ciento cincuenta y un mil doscientos pesos anuales los perjuicios que puede causarle a Hacienda Real, S. A. la suspensión de la moto-bomba (hecho 9º).

En sustentación de sus pretensiones, el abogado de la parte demandante invoca los artículos

972, 973, 974, 892, 893 del C. Civil, 6º y 7º de la Ley 113 de 1928 y doctrinas de la Corte.

Al descorrer el traslado el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali le negó a la Compañía no solamente el derecho deducido, sino el de acudir al Organo Jurisdiccional, del cual, dice, carece de competencia para calificar las razones que al Organo Ejecutivo pudieran asistir para dictar las providencias que el demandante acusa de constitutivas de despojo.

En cuanto a los hechos pone en tela de juicio el dominio y posesión que la Compañía alega sobre el predio de El Cascajal.

Acepta como verdad que el Organo Ejecutivo Nacional mandó cancelar el aprovechamiento de aguas a causa del sistema adoptado por la Compañía demandante, por ser él gravemente perjudicial para terceros y en general para la vida agrícola y animal de la región, y por ser reñido con la justicia y la equidad.

Acepta también que la Comisión de Aguas, como dependencia del Ministerio de Economía Nacional, canceló el funcionamiento de la moto-bomba, limitándose en ello a ejecutar los mandatos del Organo Ejecutivo Nacional.

Niega que el aprovechamiento de la moto-bomba "privilegiado y absorbente, sea convenientemente hecho como lo previene la ley en ciertos casos". Todo lo contrario, agrega, "es arbitrario, ilegal y odioso".

Por lo que respecta a la intervención que se le atribuye a la Alcaldía de Palmira, dice: "La Alcaldía de Palmira cumplió órdenes de la Comisión Especial de Aguas, esas órdenes proceden del Ministerio de la Economía Nacional y para ejecutarlas no se necesitaba aprobación de la Sociedad demandante, que nunca la habría dado, y tratándose de providencias ejecutoriadas no había por qué esperar la representación de dicha Sociedad, notificada legalmente. En contestación al hecho 9º resume la actitud del representante de la Nación: "No es cierto, dice, que la cancelación del aprovechamiento y la indicación de uno nuevo por sistema técnico y legal haya perjudicado al demandante, y en cuanto a las amenazas de pérdidas futuras y cómputo de perjuicios a razón de ciento cincuenta y un mil doscientos pesos por año, son conceptos alegres y efectistas, desprovistos de toda realidad".

Trabado el debate, se produjeron pruebas de parte y parte, y el fallo de primera instancia sobrevino cuando estuvo agotada la tramitación de primer grado. La parte resolutiva de esa providencia es del tenor siguiente:

"A virtud de las consideraciones hechas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.... declara que es improcedente, tanto en lo principal como en su subsidiario, la acción por despojo instaurada por Hacienda Real, S. A. contra la Nación colombiana".

Por apelación interpuesta por el abogado de Hacienda Real, el negocio vino a la Corte.

Aquí se fijó en lista, previo el traslado al señor Procurador. Y oídas las alegaciones de las partes, y sin vicio que se advierta en el procedimiento, se entra a considerar.

Algunos antecedentes

Cuando la demanda fue presentada, ya el Ministerio de Economía Nacional había dictado la Relolución número 57 de 9 de agosto de 1941, cuya parte dispositiva es del tenor siguiente:

"El Ministerio de la Economía Nacional acoge el anterior informe y, en consecuencia, **con base en el artículo 16 del Decreto-ley número 1381 de 1940** que le atribuye competencia para hacer cesar cualquier uso indebido de aguas nacionales, RESUELVE: Primero. Cancelar, a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, el aprovechamiento de la actual moto-bomba —foto. número 3 del informe transcrito— instalada en predios de la Hacienda Real, S. A., sin permiso del Organo Ejecutivo Nacional, por causas de interés público y porque la mencionada derivación pone en peligro de muerte la vida vegetal y animal en una zona vastísima, bañada con las aguas del Zanjón Malimbú. En consecuencia, la Comisión Especial de Aguas, residente en Cali, por conducto de la Gobernación del Departamento y de la Alcaldía de Palmira, o directamente, procederá al cumplimiento de ésta y la siguiente ordenación. Segundo. Ordenar, a partir de la misma fecha de ejecutoria, a la sociedad Hacienda Real, S. A., el retiro de las compuertas metálicas —compuertas A, foto. número 4 del informe transcrito— instaladas sobre el cauce principal del Zanjón Malimbú y por medio de las cuales se guillotina toda la corriente de agua que circula por el referido Zanjón. Tercero. Ordenar a la Hacienda Real, S. A. solicite del Gobierno Nacional permiso para instalar un nuevo aprovechamiento, consistente en una bomba de succión, con una capacidad **no mayor** de cincuenta (50) litros por segundo. Cuarto. Ordenar asimismo a

la Sociedad nombrada, el estudio y presentación al Gobierno Nacional de un proyecto de embalse, utilizando las depresiones naturales del terreno, con el fin de retener **parte** de las aguas en los períodos en que no se riega".

De esta Resolución número 57 pidió revocatoria el doctor Bernardo Uribe Holguín obrando en su carácter de apoderado de Hacienda Real S. A. El recurso fue negado por el señor Ministro de la Economía en Resolución número 10 de 11 de febrero de 1942, cuya parte dispositiva dice:

"El Ministerio de la Economía Nacional, a virtud de las razones expuestas anteriormente, RESUELVE: **Artículo único.**—No acceder a la revocatoria de la Resolución número 57 de 1941, revocatoria que pide el doctor Bernardo Uribe Holguín en su carácter de apoderado de Hacienda Real, S. A. En consecuencia, una vez ejecutoriada esta providencia, la Comisión Especial de Aguas residente en Cali, debe dar cumplimiento a la providencia número 57 del año próximo pasado".

Con el objeto especial de darle cumplimiento a la Resolución número 57 del Ministerio de la Economía, la Comisión de Aguas residente en Cali se trasladó al sitio denominado Cascajal, de los terrenos de Hacienda Real, S. A., el treinta de abril de mil novecientos cuarenta y dos. A esa diligencia asistieron, con la Comisión, el Alcalde Municipal de Palmira, el ingeniero Bernardo Lozada, quien tuvo a su cargo el montaje de la moto-bomba en el Zanjón Malimbú, el mayordomo de Hacienda Real, S. A. señor Gonzalo Botero y los interesados señores Alberto Carvajal y Leopoldo Uribe. La Resolución quedó cumplida, según acta que se encuentra en el expediente.

Las Resoluciones números 57 de 1941 y 10 de 1942 que en sus partes dispositivas quedaron transcritas, le dieron remate a un proceso administrativo, que en lo relacionado con Hacienda Real, S. A. quedó planteado con la queja que el veintiuno de diciembre de mil novecientos cuarenta elevaron a la Comisión de Aguas del Ministerio de Economía residente en Cali, los señores Leopoldo Uribe, Alberto Carvajal y otros, dominantes de predios riberanos del Zanjón Malimbú, quienes habían pedido a la Comisión de Aguas "que previa una inspección ocular que esa entidad practique al lugar en donde se están sucediendo los hechos que denunciamos (haciendas "Martinica" y "Cascajal"), y con el fin de amparar y garantizar nuestro derecho, proceda, haciendo uso de las medidas coercitivas que sean necesarias, a ordenar al Ingenio "La Manuelita", representado por su gerente señor Harold Eder, se abstenga de dar al servicio y en beneficio de los predios mencionados la moto-bomba de que se ha hablado, con el fin de succionar las aguas que corren por el Zanjón denominado Malimbú.

La insistencia del Ministerio en que Hacienda Real, S. A. retirara las compuertas instaladas sobre el Zanjón Malimbú, y la orden para ello dada en la Resolución número 57 citada, ha dado lugar a la promoción de dos juicios posesorios: el uno encaminado a que se reconozca que Hacienda Real sufrió una perturbación de posesión de un derecho real, en el cual se invocaron como normas de derecho las contenidas en los artículos 977 y siguientes del Código Civil, y 885 y siguientes del Código Judicial; en el otro, o sea el actual juicio, Hacienda Real, S. A. sostiene que contra ella hubo por parte de la Nación un despojo a virtud de haber sido injustamente privada del uso del agua del Zanjón Malimbú.

Los dos juicios

Como las dos Resoluciones dictadas por el Ministerio de Economía, de que se hizo mención, han dado ocasión a dos juicios, uno ya fallado y otro en marcha, sobre el cual debe dictar esta Sala sentencia de segundo grado, conviene hacer una sintética historia comparativa de puntos sustanciales de esos dos procesos, en que figuran las mismas partes, tomando datos del expediente que está al estudio, y de lo expresado en el fallo ya dictado por esta Sala, el cual está publicado en la GACETA JUDICIAL números 2025 a 2027, páginas 1143 y siguientes, fallo éste en que no hubo voto disidente.

Se alegó en la demanda ya fallada, de fecha 23 de marzo de 1943:

Que en el Zanjón Malimbú instaló Hacienda Real, S. A. una moto-bomba, la cual dejó de funcionar a virtud de las Resoluciones ya detalladas atrás.

Y dijo el Fiscal: no tiene fundamento la demanda desde luego que la Resolución del Gobierno había que cumplirla.

Se alega ahora, en la demanda de 6 de junio de 1942:

Que la Comisión Especial de Aguas de Cali, "dependencia del Gobierno Nacional", con pretexto "de ejecutar una resolución del Gobierno, procedió por la fuerza a cancelar la moto-bomba".

Y dijo el Fiscal: La Comisión de Aguas como

dependencia del Ministerio de Economía se limitó a ejecutar los mandatos de este Ministerio. Y agrega: "Rechazo la competencia del Organo Judicial para calificar las providencias del Organo Ejecutivo como Supremo Administrador y Control de esas aguas, al tenor de lo establecido en los artículos 9º de la Ley 113 de 1928 y 1º del Decreto Legislativo número 1381 de 1940".

Se pidió en la demanda ya fallada:

Que previa la tramitación señalada en los artículos 877 y siguientes del Código Judicial se disponga que la Nación se abstenga de ejecutar los actos ordenados por las Resoluciones del Ministerio de la Economía so pena de pagar la indemnización a que haya lugar.

Se pide ahora:

Que previos los trámites previstos en los artículos 877 y siguientes del Código Judicial, se condene a la Nación a restituir a Hacienda Real, S. A., la posesión del derecho de usar de las aguas del Zanjón Malimbú, y reparar los perjuicios que se estiman en $ 151.200 anuales; y en subsidio, con invocación del artículo 984 del Código Civil, que la Nación restituya a la Compañía demandante el uso y goce de la referida moto-bomba.

Ante esta Sala solicitó la Procuraduría en el negocio fallado:

Que se haga la declaración de que "el Tribunal es incompetente para conocer del litigio en primera instancia, y que, por ello mismo, la Corte no tiene facultad para conocer del mismo en la segunda instancia".

Y ante esta Sala ha dicho la Procuraduría, en el asunto a estudio, después de pedir que el fallo de primer grado sea confirmado:

"En presencia de tales actos de la Hacienda Real, S. A., los demás riberanos presentaron queja ante el Ministerio del ramo, y éste, previa investigación, dictó la Resolución número 57 de 1941 por medio de la cual dispuso cancelar el aprovechamiento de aguas que estaba haciendo la Hacienda Real, S. A., por causas de interés público, ordenó el retiro de las compuertas y estableció a cargo de la misma Hacienda la obligación de solicitar al Ministerio el permiso respectivo para el aprovechamiento, señalando un máximum de 50 litros por segundo. El demandante agotó la vía gubernamental pues contra esta Resolución interpuso recurso de reposición que fue decidido adversamente por medio de Resolución número 10 de 1942. El Gobierno está facultado para tomar decisiones de esta clase, pues si a virtud del artículo 15 del Decreto 1381 de 1940, "cualquier reglamentación de aguas de uso público podrá ser revisada y variada por el Gobierno, a petición de parte interesada y aún de oficio cuando a su juicio se encontrare que han cambiado las condiciones o circunstancias que se tuvieron en cuenta para autorizarla", con mayor razón podrá suspender los aprovechamientos de esa clase de aguas que se estén haciendo sin permiso ni reglamentación alguna y disponer que si el interesado quiere legalizar el uso haga las solicitudes de rigor.

"La situación de hecho que ha dado lugar al presente litigio, es la consecuencia necesaria de las disposiciones administrativas que se han citado, pues comoquiera que la Hacienda Real, S. A. no quiso dar cumplimiento voluntariamente a lo ordenado en la Resolución número 57, las autoridades de policía procedieron a hacerlo, y de ahí es de donde se pretende deducir la existencia de actos constitutivos de despojo".

El caso ya fallado

Expresó la sentencia del Tribunal de Cali:

"No hay lugar a decretar la protección posesoria solicitada, y se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda".

La presente decisión del Tribunal fue confirmada por esta Sala, en sentencia de ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, en la cual se lee:

"Como ya se vio, por la transcripción de los hechos fundamentales de la demanda, la Resolución número 10 de 11 de febrero de 1943 del Ministerio de la Economía Nacional hubo de confirmar la número 57 de 1941, de la cual se había pedido revocatoria.

"Dicha Resolución número 57 de 1941 trae el siguiente considerando: 'El Ministerio de la Economía Nacional acoge el anterior informe y, en consecuencia, con base en el artículo 16 del Decreto-ley número 1381 de 1940 que le atribuye competencia para hacer cesar cualquier uso indebido de aguas nacionales, RESUELVE (atrás quedó transcrita la Resolución).

"Aparece así de manifiesto que el Ministerio respectivo invocó para apoyar su Resolución el texto de un Decreto que tiene fuerza de ley.

"Dicho texto con fuerza legal estatuye en efecto: 'Cuando el Ministerio de la Economía tenga noticia de un uso indebido de aguas nacionales, podrá de oficio o a petición de tercero, tomar las medidas conducentes a fin de obtener un exacto

conocimiento de los hechos y hacer cesar la irregularidad'.

"¿Se amoldó la Resolución ministerial al contenido y significado del precepto con carácter de ley que acaba de ser transcrito en términos de hallarse en consonancia con su alcance jurídico?

"Si así no hubiese ocurrido habría sido conducente la acusación ante el Consejo de Estado de la Resolución en referencia, mediante acción contencioso administrativa oportunamente presentada.

"En efecto: la disposición del Decreto-ley erige o reconoce como acto de la administración pública el que, cuando se tenga noticia del uso indebido de aguas nacionales haya lugar a tomar las medidas conducentes a fin de obtener un exacto conocimiento y hacer cesar la irregularidad, y señala precisamente como funcionario competente para tomar tales medidas al Ministerio de la Economía Nacional.

"Tiene, por tanto, el artículo 16 del Decreto-ley número 1381 de 1940 la calidad de precepto de orden manifiestamente administrativo; y si, en ejercicio de la competencia administrativa que allí se asigna al Ministro de la Economía Nacional, éste llega a violar, por mala interpretación, por ejemplo, la dicha disposición, es al Tribunal Administrativo correspondiente, o sea al Consejo de Estado en este caso concreto, la entidad a la cual corresponde conocer de la acción sobre nulidad de la resolución ministerial, que de tal violación de la ley hubiera de resultar".

.....

"Si el Estado por razones de interés público y general dicta determinadas medidas según ocurre en el Decreto-ley que sirve de antecedente y fundamento a la Resolución ministerial, podrá ser entorpecida luégo la actividad del Estado mediante el ejercicio de una **acción posesoria de perturbación** y mediante la intervención de la justicia ordinaria?

"A la pregunta que precede hay lugar a contestar, a juicio de la Corte, en forma negativa, porque la ley ha autorizado el procedimiento.

"Y es que gracias al mandato expreso y categórico del Decreto-ley número 1381 de 1940, la Resolución ministerial, como acto de la Administración, fue dictada dentro de la esfera de su competencia por razones de interés público y general, no con miras a un interés patrimonial del Estado; y, en aquellos casos, y merced a lo preceptuado en los artículos 30 de la Constitución actual y 18 de la Ley 153 de 1887, las disposiciones respectivas son de cumplimiento general inmediato y ya que, como es bien sabido, el interés privado debe ceder al interés público o social.

"Lo que vale decir que en este asunto hay lugar a declarar por la Corte improcedente la acción posesoria instaurada, ya que al acogerla llevaría a la violación de los mencionados artículos 30 de la Constitución y 18 de la Ley 153 de 1887 y al desconocimiento de principios encaminados a proteger el ejercicio de las actividades públicas del Estado dentro de las pautas legales". (Tomo LIX, números 2025 a 2027-bis).

Las consideraciones de la Sala tienen esta explicación: Pidió la Procuraduría que se declarara que el Tribunal de Cali no era competente para conocer del litigio, porque el caso ha debido debatirse ante la justicia contencioso-administrativa, y que, como consecuencia, tampoco era competente la Corte. Aquí se decidió que como la cuestión planteada versaba sobre una acción posesoria contra el Estado, invocando en ella disposiciones de derecho privado; y que como no hay petición sobre invalidez de la Resolución ministerial, no era el caso de atender la solicitud de la Procuraduría sobre incompetencia, sino de aceptar lo resuelto por el Tribunal sobre improcedencia de la acción.

El caso actual

Ya se vio que el Tribunal declaró improcedente en lo principal y en lo subsidiario la acción por despojo instaurada por Hacienda Real, S. A., según sentencia de veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal acogió las razones de la Corte, de que se hizo extracto en el aparte anterior, y dijo: "Las tesis contenidas en la anterior transcripción de la Corte, son aplicables en el presente caso, en que los hechos alegados como constitutivos del despojo por parte del Estado, fueron la resultante de haber llevado a ejecución lo ordenado en la Resolución ministerial que motivó el que se instaurasen uno y otro juicio posesorio. Y es extensivo el principio sostenido por la Corte, tanto en lo que se relaciona con la petición principal, en la que está contenida propiamente la acción posesoria, como en lo que concierne a la subsidiaria de restablecimiento, pues en ambos casos, con el ejercicio de tales acciones y mediante la inter-

vención de la justicia ordinaria, podría así ser entorpecido un acto de administración, dictado dentro de la esfera legal, por razones de interés público y general, y no con miras a un interés patrimonial del Estado, según lo expresa la misma Corte".

Ya ante la Sala, expresó lo siguiente el señor Procurador, pues el Delegado fue excusado de actuar por parentesco con el apoderado de la parte demandante, concepto que la Sala acoge.

"Para el suscrito Procurador, lo decidido por el Tribunal es inbojetable. Una acción encaminada a remover una situación nacida por causa de providencias administrativas referentes a bienes de uso público, es siempre improcedente, pues la jurisdicción de los jueces ordinarios no alcanza al campo puramente administrativo. Lo que en seguida se leerá está dirigido a reafirmar las tesis sostenidas por el Tribunal de primera instancia.

"El Estado, para el logro de los fines filosóficos de su existencia, tiene tres órdenes de funciones dentro de las cuales cabe toda la actividad estatal, a saber: la función legislativa, la función administartiva o ejecutiva y la función judicial o jurisdiccional. Estas funciones no son otra cosa que los procedimientos por medio de los cuales el Estado manifiesta su actividad jurídica y realiza la intervención que le compete, cumple las tareas que constituyen su esencia y la razón de ser de su existencia.

"Desde un punto de vista general y abstracto, sin entrar en detalles, puede afirmarse que esas funciones se ejercen bien como reglamentos de la actividad privada que consiste en dar reglas para regular la actividad de los particulares en sus relaciones recíprocas, con el fin de asegurar el buen orden en ellas, bien como ayuda a la actividad privada, ora como supervigilancia de esa actividad y aún como sustitución de la actividad privada por la actividad estatal. Por virtud de la función legislativa, el Estado da las reglas de aplicación general para ejercer cualquiera de estas modalidades de intervención que acaban de mencionarse. Por medio de la función administrativa o ejecutiva, el Estado provee al cumplimiento de esas reglas, dictando las reglamentaciones concretas y ejecutando los actos de ayuda, de supervigilancia o de sustitución de la actividad privada. Finalmente, con la función judicial, el Estado entra a dirimir los conflictos que se susciten entre los particulares, o entre éstos y el Estado que también puede ser titular de derechos de carácter indiscutiblemente privado, conflictos que se presentan en razón del desarrollo de la actividad privada y que producen situaciones que chocan con la regla legal correspondiente".

Y termina así su alegato el señor Procurador después de hacer un estudio metodizado y jurídico del caso: Por cualquier aspecto que se considere la cuestión, se llega siempre a la misma conclusión que es la que se contiene en la sentencia recurrida: que la acción intentada es improcedente, por lo cual se debe confirmar en todas sus partes la sentencia objeto del recurso.

A su turno, el señor apoderado de la parte demandante, en su alegato ante la Sala, después de anotar que el Zanjón Malimbú es un cauce natural, que como tal está sometido, en cuanto al aprovechamiento de sus aguas, al régimen previsto en los artículos 892 y siguientes del Código Civil, y de anotar también que la Compañía aprovechaba legalmente las aguas, las cuales eran devueltas al cauce de origen, hace un estudio minucioso para combatir las razones del fallo apelado, estudio que en parte se examinará en otro capítulo.

Consideraciones de la Sala

1º En la demanda no se han hecho solicitudes sobre invalidez de las Resoluciones ministeriales, aunque es verdad que se les cita como causantes directos de lo que en ella se llama despojo por parte de la Nación. La cuestión planteada en tal demanda puede sintetizarse así: Hacienda Real, S. A. afirma que estaba en posesión de un aprovechamiento de aguas cuando el Alcalde de Palmira retiró las compuertas necesarias para ese aprovechamiento, con lo cual privó de manera violenta al demandante del derecho real que éste cree que estaba poseyendo, acto que en su concepto equivale a un despojo.

Como se ha visto, el Tribunal llegó a la conclusión de que los hechos alegados como despojo apenas son el resultado del cumplimiento de una Resolución administrativa, y que si la justicia ordinaria optara por considerar y declarar el despojo, se entorpecería el cumplimiento de este mandato gubernamental y se invadiría así un campo señalado exclusivamente a la rama administrativa con miras al interés público en general y no a un interés patrimonial del Estado; y de aquí que el Tribunal hubiera declarado la improcedencia de la acción.

De esta suerte, debe la Sala examinar, antes

que otra cosa, si la acción es improcedente, porque los hechos enunciados en la demanda son el resultado de una Resolución administrativa, cuyo conocimiento en el fondo no corresponde a la justicia ordinaria.

2º Es oportuno anotar que la cuestión de improcedencia se planteó en este juicio desde la contestación de la demanda, al manifestar el señor Fiscal que el Tribunal "no podía intervenir en lo relacionado con el cumplimiento de la Resolución ministerial", manifestación que no se hizo en el juicio anterior entre las mismas partes de que se habló atrás. Dsede entonces el señor Fiscal le negó facultad al Tribunal "para calificar las providencias del Organo Ejecutivo Nacional, como Supremo Administrador y control de esas aguas, al tenor de los artículos 9º de la Ley 113 de 1928 y 1º del Decreto Legislativo número 1381 de 1940". En otra parte dijo el Fiscal que la Comisión de Aguas es Dependencia del Ministerio, y que no hizo otra cosa que ejecutar los mandatos del Organo Ejecutivo. Y más concretamente anotó el representante de la Nación: Mientras las Resoluciones estén en pie, carece de base la acción instaurada, y sería inexplicable que el Organo Judicial entrara a calificar las razones que tuvo el Organo Ejecutivo para dictar esas providencias, cuando sólo el Consejo de Estado tiene facultad para decidir sobre ellas.

El planteamiento, entonces, ha sido nítido: si con ocasión de las Resoluciones ministeriales ocurrieron los hechos que la demanda califica de despojo; si esas Resoluciones están en pie; si de su legalidad o inconstitucionalidad nada puede resolver esta Sala; y si esas Resoluciones fueron dictadas "con base en el artículo 16 del Decreto-ley número 1381 de 1940 que le atribuye competencia al Gobierno para hacer cesar cualquier uso indebido de aguas nacionales", según se lee en una de ellas, surge la declaración de improcedencia dictada por el Tribunal.

3º El canon que le dio prevalencia a la utilidad pública sobre el interés privado, consagrado en la Constitución de 1886, y al cual se refiere el inciso 1º del artículo 18 de la Ley 153 de 1887, fue consagrado nuevamente en la reforma de 1936; y vigentes estaban estas disposiciones cuando la ley 54 de 1939 le dio al Ejecutivo Nacional facultades extraordinarias para organizar la economía del país, afectada entonces por una crisis mundial, y para fomentar y defender las industrias. Dentro de estas facultades el Gobierno procedió a reglamentar el régimen de aguas, considerando que con ello atendía primordialmente al desarrollo de las industrias, sobre todo a la agrícola y ganadera, reglamentación de que dan cuenta el Decreto-ley número 1381 de 17 de julio de 1940, y el Decreto Ejecutivo número 1382 de la misma fecha.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto-ley citado, el uso y goce que para menesteres domésticos, riego, etc., corresponde a los particulares en las aguas de uso público, estarán sujetos al control del Gobierno; de acuerdo con el artículo 9º del Decreto 1382, las captaciones de agua deberán estar provistas de los elementos necesarios, señalados o aceptados por el Gobierno; el artículo 16 de este Decreto preceptúa que cuando el Ministerio de Economía tenga noticia de un uso indebido de aguas nacionales, podrá de oficio o a petición de un tercero tomar las medidas conducentes para imponerse del caso y hacer cesar las irregularidades.

Dice el personero de la parte actora, en su alegato ante el Tribunal, que "no es propio este juicio para discutir el alcance de las disposiciones legales consignadas en los Decretos 1381 y 1382 de 1940, y la constitucionalidad y legalidad de los mismos"; mas no obstante, se advierte que en la mayor parte de ese alegato se hace un examen de hechos favorables a la parte actora, para tratar de establecer que fueron cumplidos estrictamente esos decretos.

Y es porque cuantas veces se analicen los hechos alegados por el actor, como componentes de lo que él llama un despojo, se tropieza necesariamente con las normas de aquellos decretos, sin que jurídicamente haya manera de analizarlos prescindiendo de esas normas. Si hubo un despojo, fue porque el Gobierno se colocó por encima de tales decretos, en perjuicio del actor, y entonces sería el caso de buscar la normalidad de una situación, pero por cauces que la ley tiene señalados, y que no están al alcance de la justicia ordinaria.

Las copiadas disposiciones del Decreto-ley están mostrando que en materia de aguas de uso público, el Gobierno tiene un control supremo, control que principia desde el permiso que debe solicitarse para cualquier derivación de aguas (artículo 14 del Decreto 1382), hasta la aceptación por parte del Gobierno de la manera como la concesión se está realizando (artículo 9º).

4º Para la decisión final de este asunto, no está bien entrar en un examen sobre orígenes y curso de las Resoluciones ministeriales, pero conviene

hacerlo más que todo para contestar algunos argumentos de la parte actora.

Sobre la manera como se estaba haciendo uso de la derivación del agua, hubo quejas de personas perjudicadas; en vista de esto, se ordenó una inspección ocular, a que asistieron varios miembros de la Comisión de Aguas; en esa inspección el Alcalde de Palmira dispuso que el acta de ella y el expediente quedaran en su oficina a disposición del ingeniero de la Comisión de Aguas, para lo que fuera del caso; con base en esa inspección, el ingeniero rindió un informe a la Comisión especial de Aguas de Cali en que conceptúa que se debe ordenar el retiro de la motobomba y las compuertas "que han sido instaladas directamente sobre el cauce principal sin permiso del Gobierno, pues con dicha derivación se causan perjuicios a todos los predios inferiores"; como consecuencia el Ministerio dictó la Resolución número 57 que fue notificada; conocida por el apoderado de la Hacienda Real, S. A., pidió reconsideración de ella, la cual fue negada por el Ministerio, por varias razones, entre ellas porque "con base en el artículo 16 del Decreto-ley número 1381 de 1940, tiene facultad para hacer cesar cualquier uso indebido de aguas nacionales", y porque se hizo una instalación sin permiso previo del Gobierno; y después de esto, el representante de la parte actora pidió suspensión provisional del cumplimiento de las providencias, lo cual se negó porque esas resoluciones ya estaban ejecutoriadas. Esto aparece del expediente.

No cree la Sala invadir campo ajeno al hacer esta exposición y afirmar que el proceso surtido ante la autoridad administrativa estuvo ordenado, y que no fue rematado por el interesado, haciendo uso de los argumentos que ha expuesto ante esta Sala.

5º La Sala insiste en que los hechos que aquí se encuentran como constitutivos de un despojo, tienen su origen en el cumplimiento o incumplimiento de normas administrativas que encajan dentro de las Resoluciones atrás citadas, que esta Sala no puede examinar; pero quizá no está fuera de lugar decir alguna cosa sobre el despojo que se le atribuye a la Nación, y sobre la acción que contra ésta se instaura.

En el antiguo Código Judicial se enunciaban tres clases de despojo, y una de ellas era la siguiente: "Cuando la autoridad pública, fuera de los casos de embargo, secuestro y ocupación, prevenidos expresamente en la ley, priva a alguien de la posesión de una cosa, sin citarle, oírle ni vencerle en juicio" (artículo 1327). Esta disposición fue sustituída por el artículo 282 de la Ley 105 de 1890, la cual expresa que hay despojo... "3º Cuando la autoridad pública, fuera de los casos determinados por la ley, priva a cualquiera de la posesión o de la tenencia de la cosa, sin previo juicio". El actual Código no enuncia los casos de despojo.

Pero en todo caso, teniendo en cuenta los principios jurídicos enunciados, es preciso afirmar que no es despojo el hecho realizado por autoridades competentes con base en una ley que vela por intereses de orden público y en que no están de por medio intereses patrimoniales del Estado.

Ni puede haber despojo por parte del Estado cuando no se trata sino de salvaguardiar sus propio bienes en beneficio público. Dice la Constitución Nacional que el territorio con los bienes públicos que de él forman parte, pertenen únicamente a la Nación. En armonía con este principio dice el artículo 677 del C. Civil que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión. Expresa el artículo 9º de la Ley 113 de 1928, que versa sobre aguas, que el Gobierno Nacional es el supremo administrador de los bienes de uso público. Dice el Decreto-ley 1381 de 1940 que son bienes de uso público de propiedad del Estado los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, y que sobre ellos tiene control el Gobierno.

Y si esos bienes pertenecen al Estado para prestar un servicio público, no puede haber despojo cuando se trata de defensa de ellos en servicio de la comunidad, ni puede haber acción posesoria contra la Nación que así defiende los intereses de los asociados y no intereses patrimoniales del Estado.

De acuerdo con nuestras leyes, una vía pública, que es un bien público de la Nación, no puede ser obstruída, y si lo fuere, las autoridades pueden regularizarla. (Artículos 208 del Código Político y Municipal, 674 del C. Civil, y Decreto reglamentario 640 de 1937). Y no se puede sostener que esto constituya un despojo y que haya acción contra la Nación por esa regularización que busca el bien público. Lo que quiere decir que tratándose de bienes públicos, y no de bienes fiscales del Estado, bienes aquellos cuya defensa corresponde a la Nación para beneficio de los asociados, no puede constituir despojo esa defensa, ni puede haber acción posesoria contra el Estado, que así se empeña en tener libres esos bienes para que sirvan a todos los asociados dentro

de la reglamentación que para ello ha sido dictada, ya que "su uso pertenece a todos los habitantes" como dice el artículo 674 arriba citado.

Y se remata este capítulo, anotando que las partes están de acuerdo en que el Zanjón Malimbú es una corriente de uso público, y anotando también que para la instalación que se realizó en ese Zanjón y para el aprovechamiento de agua no se pidió permiso al Gobierno.

6º Volviendo a lo relacionado con las Resoluciones del Ministerio, es de mucho interés lo que dice el apoderado de la Compañía en su alegato ante esta Sala, a saber: "En sentencia anterior de esa H. Corporación en que a mi juicio, y con todo el respeto que me merecen las opiniones de esa H. Sala, se incurrió en el error de no acceder a las súplicas de la demanda posesoria establecida por mi representada **por los mismos hechos** (subraya la Sala), se hizo el siguiente raciocinio: Cuando el Estado por razones de interés general dicta dentro de su radio de acción providencias administrativas, esta actitud no puede ser entorpecida por la justicia ordinaria a solicitud de particulares".

Si como aquí se afirma, y es la verdad, frente a unos hechos ya se dictó sentencia por esta Sala, mal se puede aspirar a que frente a esos mismos hechos se varíe de doctrina, sin motivo para cambiar de concepto jurídico en presencia de un caso tan claro.

Acepta también aquel apoderado, en suposición, que las Resoluciones ministeriales son una reglamentación de aguas, para decir después que "resultaría nula esta reglamentación... por falta de procedimiento". Y le hace observaciones a la reglamentación supuesta. De donde resulta que claramente está delineando el señor apoderado de la Compañía lo que ha debido hacerse en presencia de esas Resoluciones.

Insiste el apoderado en que el aprovechamiento del agua que reclama era legítimo; a lo cual hay que objetar que desde el momento en que no se pidió licencia al Gobierno, Supremo Administrador, para la instalación de Malimbú, el aprovechamiento no era legítimo.

En cuanto a la inconstitucionalidad que sugiere el apoderado sobre varios artículos del Decreto que sirvió de base a aquellas Resoluciones, sabe muy bien el distinguido abogado que nada tiene que ver esta Sala con el punto cuestionado.

El señor apoderado sostiene con énfasis que el derecho de los propietarios riberanos de usar las aguas públicas, "dentro de las limitaciones legales, como lo venía haciendo mi representada", es real, patrimonial, transmisible, etc. No entra la Sala a estudiar esta cuestión y sólo debe decir que el derecho reclamado por el actor no estaba "dentro de las limitaciones legales", pues ya se dijo que la Compañía no tenía permiso para la toma del agua y su instalación.

Sólo por una deferencia con los apoderados de la Compañía demandante, tratando de cubrir sus principales argumentaciones, la Sala ha dedicado atención a cuestiones que le son ajenas y que no guardan relación estricta con el desenlace de este negocio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia recurrida.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SOLICITUD DE REVISION DE UNA SENTENCIA QUE RECONOCIO UNA PENSION DE JUBILACION. — INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE ESTA CLASE DE SOLICITUDES

La Sala de Negocios Generales de la Corte carece de competencia para revisar sus propias sentencias por medio de las cuales reconoció pensiones vitalicias de jubilación apoyada en lo dispuesto en el artículo 7º de la ley 114 de 1913, porque de conformidad con el artículo 164 de la ley 167 de 1941 la revisión de reconocimientos que al Tesoro Público impongan obligación de cubrir una suma periódica de dinero, es de competencia de las autoridades de lo Contencioso Administrativo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintiseis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

El doctor Gustavo Correa Pérez solicita en nombre del señor Tulio Salcedo Dulcey la revisión de la sentencia que con fecha veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, pronunció esta Sala de la Corte, por la cual se le decretó al mencionado Salcedo Dulcey una pensión vitalicia de jubilación.

El expediente se ha hecho venir al Despacho, y en vista de él puede tenerse como cierto que la Sala de Negocios Generales decretó la pensión en la fecha aludida.

Esta Sala proveyó favorablemente al peticionario Salcedo Dulcey, apoyándose en lo dispuesto en la Ley 114 de 1913 que en su artículo 7º le atribuía la facultad de declarar si los maestros de escuela que pretendieran pensión de jubilación, tenían o no el derecho a tal beneficio.

Pero ocurre que con posterioridad al fallo aludido, entró en vigencia la Ley 167 de 1941 que en su Capítulo XVIII estatuye en general sobre "Pensiones, Recompensas, Sueldos de retiro, Jubilaciones y otros reconocimientos". Y en orden a la revisión de reconocimientos que al Tesoro Público le impongan obligación de cubrir una suma periódica de dinero, dispuso en el artículo 164 que la solicitud encaminada a ese fin especial, fuera de la competencia de las autoridades Contencioso Administrativas.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, a quien se le dio traslado del pedimento del demandante Salcedo Dulcey, conceptúa que esta Corporación carece de competencia para decidir sobre el particular, formulando las siguientes consideraciones, que la Corte acoge como fundamento de la decisión que se va a proferir, ya que ellas se apoyan en claras y terminantes disposiciones legales y se inspiran, además, en reiteradas doctrinas de esta misma Sala, en punto a revisión de pensiones de jubilación, doctrinas que la Procuraduría transcribe:

"En opinión de este Despacho, la Sala de Negocios Generales de esa H. Corte carece de competencia para conocer de la revisión de que se trata, por las razones que a continuación se expresan:

"El beneficio de la revisión concerniente a los negocios de la natuarleza del que se estudia, fue instituído por el artículo 164 del Código de lo Contencioso Administrativo en estos términos: "A solicitud de cualquier persona o del Ministerio Público podrá revisar el Consejo de Estado o el respectivo Tribunal Administrativo la sentencia que se hubiere dictado sobre reconocimientos que imponga al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero".

"Dedúcese de lo anterior, por una parte, que la revisión de que se trata solamente se estableció entre nosotros a partir de la vigencia de la Ley 167 de 1941 y, por otra, que la competencia para conocer de esa revisión se fijó expresamente en el Consejo de Estado y en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Por consiguiente, se llega a la conclusión incuestionable de que la Corte Suprema de Justicia en ningún momento ha tenido competencia para esta clase de revisión ya que desde que la ley la instituyó no solamente no le ha atribuído expresamente esa competencia, sino que la ha fijado en otras entidades.

"El error en que incurrió el apoderado del señor Salcedo al acudir a la Corte en demanda de

la revisión que se estudia, consistió, posiblemente, en creer que por haber dictado la Sala de Negocios Generales la sentencia en que se reconocía esa prestación, esta misma Corporación era la llamada a revisar su fallo, según el principio de que la revisión debe hacerse por la entidad que dictó la providencia cuya revisión se solicita. Pero es claro que en el presente caso no se trata del recurso de revisión consagrado en el Código Judicial, ni los fundamentos de derecho aducidos por el peticionario hacen relación a esta materia.

"El apoderado del señor Salcedo ha invocado en su reclamación los artículos 164 y 165, numeral 6º de la Ley 167 de 1941, es decir, acude a la justicia ordinaria fundándose en un procedimiento que se refiere exclusivamente a los Tribunales Administrativos y al Consejo de Estado y que, por consiguiente, en ningún caso puede tener aplicación en los juicios de que conozca la justicia ordinaria".

Ciertamente, como lo dice el señor Procurador Delegado en lo Civil, el peticionario expresa lo siguiente en su demanda: "Es competente ese alto Tribunal para conocer de la presente demanda de revisión, por autoridad del artículo 164 de la ley 167 de 1941". Y precisamente este artículo ya enunciado por la Procuraduría, dice esto: "A solicitud de cualquier persona o del Ministerio Público podrá revisar el Consejo de Estado o el respectivo Tribunal Administrativo la sentencia que se hubiere dictado sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero".

Por las consideraciones que se han hecho, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara que no tiene competencia para conocer de la demanda del señor Tulio Salcedo Dulcey para que se revise la sentencia de fecha veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, por la cual se decretó a su favor una pensión vitalicia de jubilación.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.



ACCION EJECUTIVA. — LAS CUENTAS DE COBRO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA QUE LLEVAN EL VISTO BUENO DEL FUNCIONARIO COMPETENTE TIENEN EL CARACTER DE DOCUMENTOS PUBLICOS Y CON BASE EN ELLAS PROCEDE LA ACCION EJEUTIVA

1.—Dentro de nuestra organización administrativa existen normas que consagran un eficaz régimen de control en el manejo e inversión de los fondos públicos y que son de rigurosa observancia así para la administración, como para los particulares que con ella contratan o que a ella le prestan sus servicios.

Así, cuando un particular o un empleado pretende obtener el pago de crédito a su favor y a cargo del Tesoro Público, ya sea por concepto de contratos celebrados con la administración, o a título de simple remuneración de servicios prestados a ella, lo primero que debe hacer es formular la cuenta de cobro o la nómina correspondiente, con la imputación presupuestal respectiva y expresando el origen y cuantía de la deuda, así como las demás circunstancias que demuestren su exigibilidad.

Cumplidos tales requisitos, el agente de la administración legalmente facultado para obligarla examina la exactitud de las declaraciones contenidas en la cuenta o nómina, y si las halla verdaderas suscribe el visto bueno sobre el documento, fórmula ésta que no es en el fondo sino la autorización del pago, la cual desde luego implica el reconocimiento expreso de la existencia de la deuda y de su exigibilidad.

Pues bien, es esa autorización dada por el competente funcionario lo que imprime a un documento de tal naturaleza el carácter de público, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1758 del C. Civil.

2.—Respecto de las deudas de la administración por concepto de sueldos no es procedente la acción ejecutiva ante la justicia ordinaria, porque, al tenor de los artículos 7º de la ley 24 de 1947 y 2º y 100 del Decreto-ley número 2158, corresponde a la Jurisdicción del Trabajo conocer de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

En su carácter de cesionario de varios créditos contra la Intendencia Nacional del Chocó, el doctor Sergio Abadía Arango propuso ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali demanda ejecutiva contra la nombrada Intendencia, por la suma de tres mil trescientos cuarenta y siete pesos con doce centavos ($ 3.347.12) moneda legal, mandamiento que el expresado Tribunal se abstuvo de librar.

Contra esa providencia interpuso, en tiempo oportuno, recurso de apelación para ante esta Sala el apoderado del doctor Abadía Arango.

La síntesis de las razones aducidas por el **a quo** para llegar a la conclusión de que no era procedente la acción ejecutiva entablada, no es otra que la de que se trata de una indebida acumulación de acciones, ya que cada uno de los créditos cedidos no podían sumarse para exigir el pago del total, pues provienen de diferentes causas de deber, caso en el cual, según se afirma, debe tenerse en cuenta el valor de cada obligación para establecer la cuantía del crédito o el monto por el cual se puede demandar. En apoyo de su tesis cita el Tribunal la sentencia proferida por esta Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de junio de 1938, según la cual, "pueden acumularse las acciones de uno contra varios, o de varios contra uno u otros, siempre que ellas procedan de un mismo título o sea de una misma causa de pedir".

Se deduce de aquí —continúa el Tribunal— que el factor de conexión o continencia de la causa, que determina la posibilidad de que varias acciones o pleitos puedan reunirse o acumularse para ser decididas en una misma sentencia, se produce por la combinación de alguno, de varios o de todos los elementos que integran la acción, es a saber, de acuerdo con lo visto, perso-

nas, título y cosa; y que por lo tanto, el fenómeno de la acumulación no es ni puede resultar de la suma de la cuantía de las acciones que el demandante pretenda hacer valer en la demanda".

Pero se observa en primer término que la cita de la Corte no es procedente, porque aquí no se trata de varios demandantes contra un demandado sino de un acreedor, que es el cesionario, contra un deudor que es hoy el Departamento del Chocó, es decir, que se contempla el caso de acumulación objetiva simple en su forma recurrente, prevista en el artículo 209 del C. Judicial.

Y además, que cualquiera que sea la suma que se cobre, siempre corresponderá el conocimiento en primera instancia al Tribunal Superior por ser demandado el Departamento.

Existiendo, pues, unidad de actor, demandado, Juez y procedimiento, la acumulación es procedente según el artículo 209 citado.

Es, pues, el caso de entrar al estudio de cada una de las obligaciones cuya efectividad se demanda por medio del procedimiento de apremio, con el fin de establecer si todas ellas reúnen los requisitos exigidos por el artículo 982 del C. Judicial, esto es, si constan en actos o documentos que provengan del deudor y constituyan por sí solos, según la ley, plena prueba contra él; y si, además, se trata de obligaciones expresas, claras y actualmente exigibles de pagar una cantidad líquida de dinero.

Según los documentos acompañados con la demanda, los créditos que se cobran son los siguientes:

1º Uno por valor de $ 2.500.00 a favor de Manuel Nauffal por valor de dos hectómetros de explanación, según contrato de 9 de agosto de 1930, celebrado entre el Secretario de Hacienda de la Intendencia, señor Delfino Díaz R., y el mismo señor Nauffal, contrato aprobado por el Intendente y debidamente estampillado.

Conforme a dicho contrato, el señor Nauffal se compromete para con el Gobierno de la Intendencia a construír dos hectómetros de camino carretero dentro de las condiciones allí pactadas.

Por su parte, el señor Díaz R., en su carácter de Secretario de Hacienda, contrajo, entre otras obligaciones, las siguientes: La de "pagar al contratista Manuel Nauffal del Tesoro de la Carretera Quibdó-Bolívar la suma de $ 2.400.00 oro legal por los dos hectómetros que va a construír, siempre que —según certificación del ingeniero de la obra— Nauffal haya cumplido todas y cada una de sus obligaciones y entregado a satisfacción de aquél la vía contratada, mediante presentación de las cuentas debidamente formuladas, visadas, etc., etc."

En el punto 2º se estipuló además que "si el pago a que se refiere la cláusula anterior, no se efectuare dentro del año en curso, como se debe, entonces el Gobierno Intendencial reconocerá y pagará de los fondos del camino a Manuel Nauffal la suma de $ 50.00 como prima por cada hectómetro, mediante la presentación de la cuenta respectiva".

A folio 1º del cuaderno número 1 obra la respectiva cuenta de cobro, debidamente formulada y autorizada por el ingeniero director de la obra, registrada además por el Director de Obras Públicas y lleva el visto bueno del Intendente.

Acompaña a dicha cuenta el certificado expedido por el ingeniero, en que consta haber recibido la obra dentro de las condiciones que reza el contrato de que antes se habló. Tal cuenta aparece debidamente estampillada.

2º A folios 12, 14 y 17 figuran las nóminas por concepto de sueldos correspondientes a los meses de septiembre, octubre y diciembre de 1930, devengados por Juan J. Fernández como guardacolono de la vía Napipí, Sección de Puerto Limones, por valor de $ 30.00 cada una. Llevan el visto bueno del Inspector de la vía y aparecen registradas en la Secretaría de Hacienda de la Intendencia y en la Contaduría de la misma.

3º A folios 18, 24 y 26 se encuentran las nóminas, en duplicado, también por concepto de sueldos correspondientes al mes de agosto de 1930, y cuyos valores son de $ 113.00, $ 90.00 y $ 180.00, respectivamente, devengados por Rómulo Arce Pérez como Jefe del Resguardo de Rentas, Arturo Lasprilla, Nerí Caicedo, Santos Salas R., Juan de Mata H., Pedro J. Hurtado y Rafael Rosero, como celadores de Rentas. Se hallan visadas por el Interventor de éstas, por el Jefe del Resguardo y llevan el registro de la Secretaría de Hacienda, de la Prefectura de Istmina y de la Contaduría.

4º A folio 28 se encuentra la nómina por $ 5, valor de las dietas devengadas en el mes de marzo de 1930 por Mario C. Guerrero como miembro del Consejo Administrativo, correspondientes a una sesión del mismo Consejo. Tiene el visto bueno del Presidente de dicha corporación, del Interventor Fiscal y el registro de la Secretaría de Hacienda y de la Contaduría.

5º Al folio 32 aparece la nómina presentada

por Joaquín Montes de Oca y Gregorio Copete C., por un valor total de $ 140.00 corespondiente a sus sueldos como Alcalde y Secretario de Bagadó, en su orden, en el mes de agosto de 1929. Lleva el visto bueno y registro de la Prefectura del Atrato, de la Secrtearía de Hacienda y de la Contaduría.

6º Constituyen los folios 34, 43, 52, 60, 67, 74, 80 y 87, las cuentas de cobro por un valor total de $ 224.12 formuladas por Ganem & Cabarcas a cargo del Tesoro de la Intendencia por varios conceptos, tales como pago de derechos de aduana por importación de elementos para la planta eléctrica de Quibdó, y suministro de materiales diversos con destino a la misma planta y al camino Quibdó-Bolívar. Llevan los correspondientes registros de la Secretaría de Hacienda y el visto bueno del Intendente y del Director General de Obras Públicas.

7º Al folio 40 aparece la cuenta por valor de $ 5.00 presentada por Manuel Nauffal con fecha 20 de junio de 1930, valor proveniente de un repuesto para un carro Ford del ingeniero director del camino Quibdó-Bolívar. Tiene los registros correspondientes y el visto bueno del Ingeniero Director, del Director General de Obras Públicas y del Secretario de Gobierno Encargado.

Estima la Sala que las cuentas de cobro en que constan los créditos relacionados con los números 1º, 6º y 7º constituyen otros tantos instrumentos públicos y hacen, por consiguiente, plena prueba acerca de su contenido, al tenor de lo preceptuado por el artículo 632 del C. Judicial.

En efecto, dentro de nuestra organización administrativa existen normas que consagran un eficaz régimen de control en el manejo e inversión de los fondos públicos y que son de rigurosa observancia así para la administración como para los particulares que con ella contratan o que a ella le prestan sus servicios.

Así, cuando un particular o un empleado pretende obtener el pago de un crédito a su favor y a cargo del Tesoro Público, ya sea por concepto de contratos celebrados con la administración, o a título de simple remuneración de servicios prestados a ello, lo primero que debe hacer es formular la cuenta de cobro o la nómina correspondiente, con la imputación presupuestal respectiva y expresando el origen y cuantía de la deuda, así como las demás circunstancias que demuestren su exigibilidad.

Cumplidos tales requisitos, el agente de la administración legalmente facultado para obligarla examina la exactitud de las declaraciones contenidas en la cuenta o nómina, y si las halla verdaderas suscribe el visto bueno sobre el documento, fórmula ésta que no es en el fondo sino la autorización del pago, la cual desde luego implica el reconocimiento expreso de la existencia de la deuda y de su exigibilidad.

Pues bien, es esa autorización dada por el competente funcionario lo que imprime a un documento de tal naturaleza el carácter de público, al tenor de lo dispuseto por el artículo 1758 del C. Civil.

Esta misma doctrina ha sido ya sostenida por la Corte como puede verse de la siguiente transcripción:

"Es evidente que la nómina constituye un documento privado en cuanto por ella se establece una relación de cobro entre el empleado que trata de hacerla efectiva y el pagador que la cancela, pero esa circunstancia no le quita el carácter de documento público cuando esa relación no se vincula directamente con el empleado que devenga el sueldo y el pagador que lo hace efectivo, sino con el jefe de la oficina, que por mandato de la ley, autoriza con el visto bueno la verdad de lo afirmado en dicho documento. En este evento, como lo ha dicho la Corte, el documento deja de ser privado, para constituírse en documento público". (Auto de 30 de noviembre de 1948. Tomo LXV, números 2066-2067, pág. 157).

Lo mismo exactamente puede afirmarse respecto de las cuentas de cobro acompañadas con la demanda y a las cuales se hizo referencia arriba.

Procede, por tanto, la acción ejecutiva respecto de los créditos relacionados en los números 1º, 6º y 7º, todos los cuales, como ya está dicho, se hallan reconocidos, puesto que llevan el visto bueno de quien en ese entonces desempeñaba el cargo de Intendente del Chocó.

No ocurre otro tanto respecto de la deuda por concepto de sueldos, y a que se contraen los numerales 2º, 3º, 4º y 5º, porque, al tenor de los artículos 7º de la ley 24 de 1947, y 2º y 100 del Decreto-ley número 2158, corresponde a la Jurisdicción del Trabajo conocer de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo.

Por lo expuesto, se REVOCA el auto materia de la apelación y en su lugar se decide:

Líbrese orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del demandante doctor Sergio Abadía Arango y contra el Departamento del Chocó (antes Intendencia Nacional del Chocó), por la suma de dos mil seiscientos veintinueve pesos con doce

centavos ($ 2.629.12) moneda corriente y los intereses legales respectivos, al seis por ciento (6%) anual a partir de la exigibilidad de cada una de las obligaciones acumuladas, hasta cuando se verifique el pago.

Intímese al deudor para que en el acto de la notificación pague la cantidad que se le demanda y sus intereses, así como para que, en caso de que no lo haga, denuncie bajo juramento bienes suficientes para responder de dicho pago y nombre perito avaluador y secuestre de los que denuncie y haya lugar a embargarle.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION ORDINARIA SOBRE EFICACIA DE LA RENUNCIA DE UN CONTRATO SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO DE PROPIEDAD NACIONAL.—EL OBJETO SUSTANCIAL DEL PERIODO CONTRACTUAL DE EXPLORACION LO SON LAS PERFORACIONES CON TALADRO Y LA OBLIGACION DE PERFORAR SE HACE IMPERIOSA PARA EL CONTRATISTA DESDE EL MOMENTO EN QUE SE HA CUBIERTO LA ETAPA DE LOS ESTUDIOS GEOLOGICOS INHERENTES A ESTA CLASE DE EXPLORACION, Y NO SOLO SEIS MESES ANTES DE TERMINAR EL PERIODO INICIAL DE EXPLORACION

1.—La legislación colombiana sobre petróleos regula por separado la exploración superficial y la exploración con taladro, pues al paso que la primera se declara libre en todo el territorio de la República, la segunda sólo puede llevarse a cabo mediante la celebración de contratos con el Gobierno, cuando se trata de petróleos de propiedad nacional.

Según el sentido de esta distinción, la exploración superficial tiende a averiguar las posibilidades petrolíferas de un terreno basándose en los estudios geológicos y geofísicos, cuyos distintos procedimientos hacen parte de esta etapa preliminar de la industria, en tanto que la exploración con taladro tiene por objeto verificar, por medio de sondeos o perforaciones, si evidentemente existe en el terreno el petróleo presupuesto, en cantidades comercialmente explotables.

No obstante lo dicho, se ha suscitado la creencia de que la exploración contractual abarca dos géneros de trabajos distintos: los de exploración geológica superficial y los de perforación con taladro. Se argumenta que según el artículo 4º de la ley 160 de 1936, que hoy sustituye al 18 de la ley 37 de 1931, "por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleo en cantidades comercialmente explotables". Y se agrega que si en los contratos de petróleos se estipula, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo 4º de la ley 160 de 1936, que dentro de la concesión debe instalarse un equipo completo de perforación por lo menos seis meses antes de vencerse el período inicial de exploración, es porque se ha querido que en esta etapa inicial se ejecuten por el contratista dos clases de trabajos perfectamente diferenciados: en los últimos seis meses los de perforación con taladro, y en el lapso anterior los geológicos superficiales.

Pero si esta deducción, aparentemente de tanto peso, tuviera el alcance dicho, ¿cómo podría armonizar con el artículo 16 de la ley 37 de 1931, que inequívocamente establece que el objeto de las propuestas es el de contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleos?

Para la Corte, no existe ciertamente contradicción o incongruencia entre las disposiciones de que se viene hablando, entendidas como deben serlo dentro de las modalidades especiales de la industria del petróleo. Si dentro de la exploración con taladro, considerada por su aspecto técnico, caben los estudios geológicos y geofísicos, como partes integrantes de ella, o mejor como medios con frecuencia indispensables para proceder adecuadamente a las perforaciones, no puede hallarse discordancia alguna entre unos y otros preceptos de la legislación de petróleos. El objeto sustancial del período contractual de exploración continúan siendo las perforaciones con taladro, mas como al desarrollo y cumplimiento de esta obligación no son ajenos los estudios geológicos y geofísicos, ya para alcanzar un conocimiento más completo de la región, ya para precisar con exactitud el sitio o sitios más aconsejables para los sondeos, por eso quedaron comprendidos tales estudios dentro de la etapa de exploración. No se trata, pues, de dos géneros de trabajos distintos y autónomos, sino de un todo o unidad que se desarrolla por etapas, hasta llegar al ob-

jeto propio del período de exploración: las perforaciones con taladro.

Ni siquiera vale alegar contra esta argumentación que el contratista sólo está obligado a perforar durante los últimos seis meses del período inicial de exploración, o de ahí en adelante si hay lugar a las prórrogas previstas por la ley. No dice ésta, en efecto, que el equipo o los equipos de perforación deben instalarse seis meses antes de terminar dicha etapa inicial, sino "seis meses antes, por lo menos, de vencerse el período inicial de exploración", cuyo alcance es diferente. Según esto, y aunque pudiera parecer lo contrario, la oportunidad para perforar no queda a la sola voluntad del contratista en el lapso anterior a los últimos seis meses de aquel período inicial. Esta obligación de perforar se hace imperiosa desde el momento en que se ha cubierto la etapa de los estudios geológicos inherentes al proceso de la exploración con taladro. De otra suerte se llegaría al resultado inaceptable, como incompatible con claras normas de la legislación de petróleos, de que el contratista se reservaría la concesión sin trabajarla fuéra de toda causa justificativa. Precisamente para evitar esto, y como garantía de la normal regularidad de los trabajos del concesionario, se ha establecido por la ley 37 de 1931, en el inciso 3º de su artículo 21, que éste debe presentar al Ministerio, al final de cada año, un mapa geológico y un perfil transversal de parte explorada o explotada, acompañándolos con una memoria explicativa en que dé clara cuenta "de los trabajos ejecutados en el mismo tiempo". Por lo demás, como los contratos deben cumplirse de buena fe, según lo enseña el artículo 1603 del Código Civil, la exploración en éstos de petróleos no puede interrumpirse sin razón y prolongadamente, porque si así no fuera, se contrariarían los fines que con ella se persiguen: averiguar si en los terrenos del contrato existe o no petróleo en cantidad comercial.

2.—Sin duda el precepto del artículo 24 de la ley 37 de 1931 no indica por qué medios habrá de comprobar el contratista que no ha encontrado petróleo en cantidad comercial, si pretende que anticipadamente se ponga fin a ese contrato; mas, si se tiene en cuenta que el objeto sustancial de la exploración contractual son las perforaciones con taladro, lógicamente hay que concluir que sólo por este medio puede efectuarse dicha demostración. Por lo tanto, no basta a este propósito el simple resultado desfavorable de los estudios geológicos, ya que éstos no son sino como un paso dentro del objeto primordial de la exploración, cuyo proceso sólo culmina mediante las perforaciones con taladro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Ricardo Ospina Gómez, obrando como apoderado de la Compañía de Petróleos Caldas, S. A., sociedad anónima domiciliada en Bogotá, presentó demanda contra la Nación ante esta Sala de la Corte, encaminada a que se hagan, en juicio ordinario de única instancia, las siguientes declaraciones:

"Primera. — Es eficaz la renuncia presentada por la Compañía de Petróleos Caldas, S. A. el día 23 de diciembre de 1944, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, del contrato sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, celebrado entre el Gobierno Nacional y la Richmond Petroleum Company of Colombia, elevado a escritura pública bajo el número 2180 de 30 de julio de 1940 en la Notaría Cuarta de Bogotá y traspasado a la Compañía de Petróleo Caldas por medio de la escritura número 4334 de 31 de agosto de 1944, otorgada en la misma Notaría Cuarta.

"Segunda.—En consecuencia, no pueden producir efecto alguno las resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Petróleos con fechas 22 de noviembre de 1945 y 5 de julio de 1946, en cuanto por ellas no se accede a reconocer la terminación del contrato de que trata el hecho 1º de esta demanda.

"Tercera.—Cancélense los instrumentos números 2180 de 30 de julio de 1940 y 4334 de 31 de agosto de 1944, ambos de la Notaría Cuarta de Bogotá; cancélense, asimismo, los registros de los dos referidos instrumentos públicos".

Como fundamento de estas peticiones enuncia el actor los siguientes hechos:

"1º Entre el Gobierno Nacional y la Richmond

Petroleum Company of Colombia se celebró el contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional de que da cuenta la escritura número 2180 de 30 de julio de 1940, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá (documentos 1 y 2).

"2º El contrato determinado en el hecho anterior fue traspasado a la sociedad en cuyo nombre hablo por medio de la escritura número 4334 de 31 de agosto de 1944, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá (documento número 3).

"3º El Gobierno, por medio de la resolución de fecha 20 de octubre de 1944, que fue protocolizada bajo instrumento número 1641 de 16 de abril de 1945, pasado en la Notaría Cuarta de Bogotá, aceptó el traspaso de que da cuenta el hecho anterior (documentos 4 y 5).

"4º La Compañía de Petróleo Caldas, S. A., fundada en el derecho que le confiere el artículo 24 de la ley 37 de 1931, manifestó al Ministerio de Minas y Petróleos, en memorial presentado personalmente por el Gerente el día 23 de diciembre de 1944, que ponía fin al contrato de que da cuenta el hecho primero de esta demanda (documento 8).

"5º Esta renuncia tuvo por causa el hecho, aceptado por el Servicio Geológico del Ministerio de Minas y Petróleos, de que, a pesar de haber llevado el contratista los trabajos de exploración en la forma más adecuada indicada por la técnica y empleando en ellos los sistemas más modernos aconsejados por la ciencia geológica, se llegó a la conclusión de que "tales estudios han puesto de presente la ausencia de localizaciones favorables para investigar por medio de taladro", con lo cual quedó demostrado que el contratista no halló petróleo en cantidad comercial (documento 7).

"6º La renuncia de que trata el hecho 4º de esta demanda fue presentada antes que surgiera para el concesionario la obligación contractual de instalar y mantener funcionando un equipo completo de perforación.

"7º Hasta la fecha de la renuncia el contratista tenía cumplidas todas sus obligaciones contractuales y demostró que técnicamente no se justificaba iniciar trabajos de perforación en ninguno de los sectores del terreno (documentos 6, 7 y 10).

"8º El Ministerio de Minas y Petróleos, en resolución de fecha 22 de noviembre de 1945, en relación con la declaración de terminación del contrato de que dan cuenta los hechos anteriores, dijo: "No se acepta la renuncia formulada por la Richmond Petroleum Company y la Compañía de Petróleos Caldas, S. A. del contrato sobre exploración y explotación de petróleos referente a un globo de terreno de cien mil hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción del Municipio de San Martín y del Corregimiento de Uribe, en la Intendencia Nacional del Meta, de que da cuenta la escritura pública número 2180 de 30 de julio de 1940, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, que fue celebrado con la primera de dichas sociedades y traspasado a la segunda mediante instrumento público número 4334 de 31 de agosto de 1944, de la misma Notaría, traspaso éste que aceptó el Gobierno en providencia fechada el 20 de octubre de 1944, aprobado por el señor Presidente de la República el 19 de enero de 1945 (documento 8).

"9º Por memorial presentado el 13 de marzo de 1946, el apoderado de la Compañía de Petróleo Caldas, S. A. solicitó reposición de la providencia de que da cuenta el hecho anterior, para que en su lugar se aceptara la renuncia del contrato (documento 9).

"10. Por resolución de 5 de julio de 1946, notificada el día 12 de los mismos, el Ministerio de Minas y Petróleos decidió: "confirmar, como en efecto confirma, la providencia dictada en estas diligencias el 22 de noviembre de 1945".

De la expresada demanda se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó aceptando algunos hechos y negando otros. Después el juicio se abrió a pruebas, durante cuyo término se practicaron las que las partes creyeron necesarias para la defensa de sus intereses. Y como ya éstas han alegado de conclusión y está totalmente agotado el trámite de única instancia, se procede ahora a poner fin al negocio mediante la decisión que corresponda.

Antecedentes

El Gobierno Nacional celebró con la Richmond Petroleum Company of Colombia el contrato sobre exploración y explotación de petróleos de que da cuenta la escritura pública 2180 de 30 de julio de 1940 de la Notaría Cuarta de Bogotá, relacionado con un lote de terreno de cien mil hectáreas de extensión, ubicado en la Intendencia Nacional del Meta. De acuerdo con dicha escritura los cinco años del período inicial de exploración comenzaron a contarse el 26 de junio de 1940.

Respecto de los dos primeros años del contrato la Richmond presentó al Ministerio de Minas y Petróleos los informes y documentos de que trata el inciso 3º del artículo 21 de la ley 37 de 1931; referentes a los trabajos realizados en cada uno de esos años dentro de la zona de la concesión. En cambio, no ocurrió otro tanto en los años subsiguientes del período inicial de exploración, como se desprende del concepto de la Sección Técnica del Ministerio de 12 de septiembre de 1944, que dice:

"Refiérese el precedente memorial al contrato celebrado con la Richmond Petroleum Company of Colombia sobre terrenos denominados 'San José', conforme a escritura número 2180 de 1940 de la Notaría Cuarta, y con ese memorial trata la Compañía de dar cumplimiento a la formalidad del informe anual.

"Dicho contrato entró en vigencia el 26 de junio de 1940, y por tanto el 26 de junio último cumplió el 4º año, al que se refiere el memorialista.

"Manifiesta él 'que durante el cuarto año del período inicial de exploración nuestra Compañía no efectuó trabajos de exploración dentro de la concesión a causa de haberlos llevado a término durante los dos primeros años del contrato, y por cuanto en la opinión de nuestro departamento técnico los estudios de exploración geológica que se hicieron en los terrenos de la concesión predicha, mediante trabajos extensivos gravimétricos y sismográficos, dejan terminada la exploración geológica superficial, siendo innecesario por lo tanto trabajos adicionales de esta naturaleza'.

"Por consiguiente, no hay sobre qué conceptuar acerca de trabajos ejecutados por el contratista durante ese cuarto año, y esta Sección se limita a consignar el hecho manifiesto". (f. 49 y v. del cuad. número 1).

En este estado del contrato la Richmond Petroleum Company of Colombia, por medio de la escritura pública número 4334 de 31 de agosto de 1944 de la Notaría Cuarta de Bogotá, traspasó su concesión de petróleo a la Compañía de Petróleos Caldas ,S. A., traspaso que fue aceptado por el Gobierno Nacional por resolución de 20 de octubre de 1944, debidamente aprobada por el señor Presidente de la República, el 19 de enero de 1945.

Sin embargo, la Compañía de Petróleos Caldas no llegó a realizar ningún género de trabajos en los terrenos de la concesión, pues antes de que se perfeccionara la aceptación del traspaso por el Gobierno resolvió renunciar el contrato por memorial de 23 de diciembre de 1944, dirigido al Ministerio de Minas y Petróleos en unión de su cedente la Richmond Petroleum Company.

Sobre los estudios geológicos y geofísicos que sirvieron de base a la renuncia, el Servicio Geológico del Ministerio, reconociendo que eran los mismos ejecutados en los dos primeros años del contrato, conceptuó que ellos ponían de presente "la ausencia de localidades favorables para investigar por medio del taladro". Y agregó:

"En cuanto a esta Sección corresponde, se reconoce que la Compañía ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales y que el hecho de no haber encontrado dentro de la concesión una localización favorable para perforar puede aceptarse como demostración de no haberse hallado petróleo en cantidad comercial".

Mas el Ministerio no acogió estos conceptos de su Servicio Geológico. Al contrario, por resoluciones de 22 de noviembre de 1945 y 5 de julio de 1946 decidió no aceptar la renuncia presentada por la Compañía de Petróleos Caldas, S. A., dando como razones de su negativa que el contratista no había perforado con taladro en los terrenos de la concesión —único medio adecuado para demostrar que no se había encontrado petróleo en cantidad comercial— y que se había colocado en imposibilidad de cumplir oportunamente determinadas obligaciones contractuales, como la de tener instalado un equipo de perforación por lo menos seis meses antes de vencerse el período inicial de exploración, y la de hacer la demarcación definitiva y el amojonamiento del área contratada dentro de ese período.

Las cuestiones planteadas a la Sala

En los términos del debate planteado ante la Sala, las cuestiones que habrán de estudiarse para dar solución al presente litigio pueden resumirse así: a) Si para renunciar válidamente un contrato de petróleo durante la etapa de exploración basta con demostrar, por medio de los estudios geológicos ejecutados en dicha etapa, que el terreno de que se trata no ofrece localidades favorables para perforar con taladro, o si por el contrario estas perforaciones con taladro son el único medio apropiado para establecer que dentro de la concesión no se ha encontrado petróleo en cantidad comercial; b) Si la compañía contratista cumplió todas sus obligaciones contractuales hasta la fecha de la renuncia de su concesión.

La tesis del demandante

Sostiene el señor apoderado de la parte demandante, en un extenso y detenido alegato de conclusión, que las normas de la legislación de petróleos no establecen ningún medio especial de prueba con el cual deba acreditarse que en los terrenos del contrato no se ha encontrado petróleo en cantidad comercial; que de los antecedentes de la ley 37 de 1931 se desprende, a su juicio, que la renuncia de una concesión de petróleo durante la exploración es procedente si los estudios geológicos demuestran que en el terreno no existen estructuras favorables para perforar con taladro, y por último, que no hay razón para el pretendido incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la compañía concesionaria, puesto que de las constancias procesales resulta que esas obligaciones no eran todavía exigibles cuando se presentó la renuncia de la "Concesión San José".

Refiriéndose a la definición de exploración que trae el artículo 4º de la ley 160 de 1936, reproducida por la Corte en su sentencia de 1º de octubre de 1942, dice el señor apoderado:

"La definición citada por la Corte no tiene por objeto señalar los medios que deba emplear el contratista para demostrar que no halló petróleo en sus terrenos. Es claro que en esa definición no podían dejar de mencionarse los trabajos de perforación con taladro, porque, efectivamente, la exploración puede hacerse, y se hace cuando es lo indicado, por medio del taladro.

"No parece legítimo deducir de aquella definición que si el contratista no ha perforado, tampoco ha demostrado no haber hallado petróleo en cantidad comercial. Y no es legítimo deducir semejante consecuencia de esta definición porque, como más adelante lo veremos a espacio, la perforación con taladro sólo puede y debe hacerse cuando la exploración ejecutada de acuerdo con la técnica indica lugar o lugares apropiados para investigar por aquel medio costoso, el que, repito, no puede emplearse como un fin en sí mismo, sino como un medio de ratificar o rectificar las indicaciones de los demás trabajos comprendidos en la definición legal. Si el contratista ha ejecutado tales trabajos y éstos lo llevan a la conclusión de que no existen localidades favorables para investigar por medio del taladro, es claro que ha comprobado no haber hallado petróleo.

"....

"Precisamente cuando la ley incluye en la definición de 'exploración' los trabajos superficiales, en los cuales se comprenden los geofísicos, es porque considera, como así es, que esos trabajos también constituyen exploración, y para que esa inclusión no sea redundante es necesario admitir que para la ley la exploración con taladro no es el único medio de hacerla, de acuerdo con sus prescripciones.

"Si, como se ha pretendido, la única exploración aceptable, a los ojos de la ley, fuera la consistente en la perforación con taladro, se le está atribuyendo al legislador algo tan impropio como incluir en una definición elementos no esenciales; para que fuera cierta la consecuencia que se extrae de la definición legal sería necesario que ésta sólo mencionara como elemento exclusivo de la exploración la perforación con taladro; pero esto no es así, ni podría serlo, técnicamente.

"Si los trabajos de exploración superficial son necesarios, como es claro, es porque mediante ellos se llega a una de dos conclusiones: o existen posibilidades racionalmente fundadas de que los terrenos pueden albergar petróleo, o no existen tales posibilidades. No hay razón alguna para sostener que el contratista está obligado a guiarse por el resultado de las exploraciones superficiales cuando ellas son favorables y que, al mismo tiempo, está obligado a desatender el resultado de esas mismas exploraciones cuando no lo son".

Un poco más adelante el señor apoderado de la parte actora, en relación con el alcance del artículo 10 del decreto 1694 de 1939, se expresa así:

"Dispone el decreto que al contratista 'le bastará comprobar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, especialmente las relacionadas con las perforaciones oportunas y asiduas que debe ejecutar en el subsuelo de los terrenos'. De modo que cuando el decreto se refiere a las perforaciones oportunas y asiduas se está refiriendo, como no podía menos de ser así, a la estipulación contractual que regula esas perforaciones, pero no dice, ni podría decir, que ellas sean el único medio de demostrar que el contratista no halló petróleo en cantidad comercial, y menos que él estuvo obligado a ejecutar las perforaciones pactadas en el contrato con anterioridad a la época prefijada en el mismo.

"Según la ley, llevada expresamente a estipulación contractual en nuestro caso, en el ordinal f) de la cláusula cuarta del contrato, la oportunidad para ejecutar esas perforaciones como tal obligación contractual sólo surgía seis meses an-

tes del vencimiento del período inicial de exploración, de modo que como la Compañía en cuyo nombre hablo manifestó poner fin al contrato con anterioridad a ese plazo, no puede decirse, en manera alguna, que ella dejó de cumplir con esa estipulación contractual, que no había surgido; tampoco puede decirse que, para el caso de la renuncia antes de la época fijada en el contrato para esas perforaciones, el decreto exige que ellas se hayan efectuado, porque él se refiere a tales perforaciones como estipulaciones contractuales y no, repito, como medio indispensable para comprobar no haber hallado petróleo en cantidad comercial.

En otra parte de su alegato el apoderado de la Compañía de Petróleos Caldas se extiende en amplias consideraciones sobre los antecedentes de la Ley del Petróleo, y después de reproducir algunos conceptos de los expertos nacionales y extranjeros que intervinieron en la elaboración del primer proyecto de ley presentado a las Cámaras, concluye en los siguientes términos:

"De todas estas opiniones de los expertos aparece nítidamente la idea, muy racional, de que la obligación de perforar no podía surgir sino 'de acuerdo con las características geológicas del lugar' (Jiménez Jaramillo), o 'en los puntos que los estudios geológicos previos hayan señalado como más favorables para el efecto' (Perry), o en un terreno 'ya reconocido como rico' (Jiménez Suárez), o 'en estructuras aparentemente favorables y, en todo caso, de acuerdo con la técnica y con la geología del lugar' (Vargas Vásquez), o donde pueda llegarse a un 'probable límite de las zonas petrolíferas' o al 'límite de la formación que sea capaz de almacenar petróleo' (Iancoulesco), o 'de acuerdo con los planes y mapas geológicos' (Bases).

".....

"Y no podría argüirse que los estudios preliminares presentados con la propuesta demuestran que existen, precisamente, las condiciones previstas por los técnicos para que proceda la perforación con taladro como único medio de ratificar o rectificar aquellas conclusiones preliminares. Digo que tal cosa no puede argüirse, en buena lógica, porque si se le demuestra posteriormente al Ministerio, y éste acepta por conducto de sus especialistas en el ramo geológico que las apreciaciones preliminares para hacer viable la propuesta resultan desvirtuadas por los medios que la técnica moderna aconseja para determinar si un terreno tiene posibilidades petrolíferas, es claro que entonces no aparecen cumplidas las condiciones que la misma técnica y hasta el simple sentido común indican como indispensables para que proceda la conveniencia de perforar".

El concepto de la Procuraduría

Considera el señor Procurador Delegado en lo Civil, en total desacuerdo con las tesis de la parte actora, que las normas de la legislación de petróleos relacionadas con la materia de la litis no son susceptibles de una interpretación favorable a las súplicas de la demanda, para demostrar lo cual se extiende en un amplio análisis de esas disposiciones.

Dice el señor Agente del Ministerio Público:

"Las disposiciones legales son suficientemente claras sobre el particular. El artículo 4º de la ley 160 de 1936 —que subrogó el artículo 18 de la ley 37 de 1931— dice, en su inciso segundo, que por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleo en cantidades comercialmente explotables'. Así, la 'exploración' abarca dos cosas distintas: los trabajos geológicos superficiales y los trabajos de perforación con taladro.

"Es necesario relacionar el artículo transcrito con el artículo 24 de la ley 37 de 1931 para poder entender cabalmente esta última disposición. Ella establece que 'en cualquier tiempo, durante los términos de la exploración, se pondrá fin al contrato si se comprobare por parte del contratista no haberse hallado petróleo en cantidad comercial'. Como la exploración consiste en trabajos geológicos superficiales y de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos contienen o no petróleo en cantidad comercial, es necesario, para poner fin al contrato, que el contratista demuestre haber realizado todos los trabajos que abarca el período de exploración. El contratista tiene que demostrar la inexistencia de petróleo en cantidad comercial. Para demostrar la inexistencia de petróleo tiene que haber realizado los trabajos de exploración. Y los trabajos de exploración abarcan los geológicos superficiales y los de perforación con taladro. Por tanto, para acreditar la inexistencia de petróleo el contratista tiene que haber efectuado perforaciones con taladro. Y sólo cuando haya hecho tales perforaciones, y en ellas hayan puesto de ma-

nifiesto la inexistencia de petróleo en cantidad comercial, puede poner fin al contrato".

En otra parte de su alegato de conclusión, y refiriéndose al artículo 10 del decreto 1694 de 1939, expresa el representante del Estado:

"El texto de esta disposición es suficientemente claro. La terminación del contrato sólo puede declararse cuando el contratista compruebe no haber hallado petróleo en cantidad comercial, y si la solicitud sobre terminación se hace en los diez días anteriores al vencimiento del período de exploración, el contratista debe demostrar que ha cumplido con sus obligaciones contractuales, 'especialmente —dice el decreto citado— las relacionadas con las perforaciones oportunas y asiduas que debe ejecutar en el subsuelo de los terrenos'; y cuando la solicitud sea hecha antes de los diez días indicados, el contratista, 'además de la comprobación anterior, deberá demostrar que técnicamente no se justifica continuar los trabajos de perforación en los distintos sectores del terreno'. Así, en el primer caso, el contratista debe demostrar que ha cumplido especialmente con hacer perforaciones oportunas y asiduas; y, en el segundo caso, que técnicamente no se justifica continuar —lo que implica que ya se hayan iniciado— los trabajos de perforación: es decir, en ambos casos, antes de poder renunciar, el contratista debe demostrar que ha hecho perforaciones con taladro".

Por último, el señor Procurador Delegado en lo Civil hace algunas consideraciones sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la compañía concesionaria, en estos términos:

"La renuncia fue presentada tres días antes de la fecha en que la Compañía estaba obligada a tener instalado y funcionando un equipo completo de perforación (fl. 3 v. C. número 2), y seis meses y tres días antes de que estuviera obligada a haber realizado la demarcación definitiva del lote. Es imposible físicamente, sobre todo en lo relacionado con la primera obligación, que la Compañía hubiera podido cumplir en el lapso indicado. Incumplir y ponerse en imposibilidad de cumplir es, desde este punto de vista, lo mismo. 'Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ellas', dice el artículo 1603 del Código Civil. La buena fe que exige esta disposición obliga al contratista a ponerse en posibilidad de cumplir. No le basta alegar que faltaban tres días para tener completo y funcionando un equipo de perforación. Quien haya visto un equipo de perforación sabe que no puede ser montado en tres días. La naturaleza de la obligación exigía, además, empezar a montar el equipo de perforación con la anticipación debida. Así, cree la Procuraduría que, interpretado el contrato a la luz del artículo 1603 citado, la Compañía proponente sí incumplió sus obligaciones".

Expuesta ya la exacta posición de las partes en este negocio, la Sala considera:

Los contratos de petróleo y los trabajos de exploración

Es indudable que la legislación colombiana sobre petróleos regula por separado la exploración superficial y la exploración con taladro, pues al paso que la primera se declara libre en todo el territorio de la República, la segunda sólo puede llevarse a cabo mediante la celebración de contratos con el Gobierno, cuando se trata de petróleos de propiedad nacional.

Según el sentido de esta distinción, la exploración superficial tiende a averiguar las **posibilidades petrolíferas** de un terreno basándose en los estudios geológicos y geofísicos, cuyos distintos procedimientos hacen parte de esta etapa preliminar de la industria, en tanto que la exploración con taladro tiene por objeto verificar, por medio de sondeos o perforaciones, si evidentemente existe en el terreno el petróleo presupuesto, en cantidades comercialmente explotables.

Tal diferencia técnica entre una y otra exploración aparece claramente expuesta por el conocido experto en estas materias doctor Manuel Archila, al discutirse en las Cámaras Legislativas el artículo 18 de la Ley del Petróleo, con las siguientes palabras:

"Ante todo, debemos distinguir entre exploraciones superficiales y exploraciones por taladro. Las primeras se contemplan en el artículo 15 y son perfectamente libres en todo el territorio de la República. Consisten éstas en investigaciones geológicas y geofísicas para descubrir si en una determinada región donde existen rocas sedimentarias hay o no petróleo. Al principio se llevaban a cabo simples exámenes de estratos, con los cuales se podían levantar mapas geológicos y determinar esa existencia. Posteriormente se em-

plearon sistemas geofísicos mejores, tales como la balanza de torsión, basada en los distintos valores de la gravedad. Más luégo han venido en auxilio de estos sistemas los métodos magnéticos y sismográficos, fundados los primeros en la permeabilidad de los estratos al paso del flujo magnético, y los segundos en la elasticidad de los mismos estratos y en su capacidad para transmitir las ondas vibratorias. Todos estos sistemas se pueden aplicar libremente, sin otra medida o limitación que el dinero que las compañías quieran invertir.

"Las segundas exploraciones, o sea las que se verifican con taladro, son las que se contemplan en este artículo. Durante ellas debe demostrarse que el geólogo no se equivocó en sus apreciaciones. Para considerar terminada la exploración, no basta hacer una o más perforaciones de las cuales se obtenga petróleo; es necesario que éste sea explotable comercialmente...." (Código de Hidrocarburos, Compilación de don Manuel A. Alvarado, pág. 256).

No obstante lo dicho, se ha suscitado la creencia, que ahora plantea el actor categóricamente, de que la exploración contractual abarca dos géneros de trabajos distintos: los de exploración geológica superficial y los de perforación con taladro. Se argumenta que según el artículo 4º de la ley 160 de 1936, que hoy sustituye al 18 de la ley 37 de 1931, "por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleo en cantidades comercialmente explotables". Y se agrega que si en los contratos de petróleo se estipula, de acuerdo con lo dispuesto por el mismo artículo 4º de la ley 160 de 1936, que dentro de la concesión debe instalarse un equipo completo de perforación por lo menos seis meses antes de vencerse el período inicial de exploración, es porque se ha querido que en esta etapa inicial se ejecuten por el contratista dos clases de trabajos perfectamente diferenciados: en los últimos seis meses los de perforación con taladro, y en el lapso anterior los geológicos superficiales.

Pero si esta deducción, aparentemente de tanto peso, tuviera el alcance que le asigna la parte actora, ¿cómo podría armonizar con el artículo 16 de la ley 37 de 1931, que inequívocamente establece que el objeto de las propuestas es el de contratar la **exploración con taladro** y la explotación de petróleos?

Ciertamente para la Corte no existe contradicción o incongruencia entre las disposiciones de que se viene hablando, entendidas como deben serlo dentro de las modalidades especiales de la industria del petróleo. Si dentro de la exploración con taladro, considerada por su aspecto técnico, caben los estudios geológicos y geofísicos, como partes integrantes de ella, o mejor como medios con frecuencia indispensables para proceder adecuadamente a las perforaciones, no puede hallarse discordancia alguna entre unos y otros preceptos de la legislación de petróleos. El objeto sustancial del período contractual de exploración continúan siendo las perforaciones con taladro, mas como al desarrollo y cumplimiento de esta obligación no son ajenos los estudios geológicos y geofísicos, ya para alcanzar un conocimiento más completo de la región, ya para precisar con exactitud el sitio o sitios más aconsejables para los sondeos, por eso quedaron comprendidos tales estudios dentro de la etapa de exploración. No se trata, pues, de dos géneros de trabajos distintos y autónomos, sino de un todo o unidad que se desarrolla por etapas, hasta llegar al objeto propio del período de exploración: las perforaciones con taladro.

En este sentido es pertinente aquí un concepto del doctor Jorge A. Perry, reconocido experto en cuestiones de petróleos que contribuyó con sus luces al estudio de los anteproyectos que culminaron con la expedición de la ley 37 de 1931. Dijo el doctor Perry en abril de 1929, refiriéndose a las exploraciones con taladro:

"Los trabajos que incluye el cateo o exploración del subsuelo para fines petroleros son muy variados y dependen de la naturaleza y característica de la zona en que han de ejecutarse, pero pueden clasificarse en tres grupos, a saber:

"a) De estudio, que son todos aquellos que tienden a ampliar y perfeccionar el conocimiento geológico y topográfico de la zona, para fijar con mayor seguridad algunos conceptos, determinar con mayor precisión ciertos elementos y guiarse en la localización de las perforaciones y en su propia ejecución;

"b) Trabajos preparatorios y de desarrollo, que comprenden todos los que tienen por objeto hacer posibles y facilitar los demás, y que se relacionan con la instalación y transporte de los equipos para perforar, herramientas y personal trabajador. Tales son, por ejemplo, la construcción de trochas, caminos, carreteras, bodegas, talleres, campamentos obras sanitarias, etc.; y

"c) Trabajos de perforación, que consisten en la ejecución de los sondajes o pozos de ensayo y de las obras necesarias para la captación y almacenamiento del petróleo para el caso en que llegue a brotar". (Documentos sobre la Ley del Petróleo, Tomo I, pág. 271).

Ni siquiera vale alegar contra esta argumentación que el contratista sólo está obligado a perforar durante los últimos seis meses del período inicial de exploración, o de ahí en adelante si hay lugar a las prórrogas previstas por la ley. No dice ésta, en efecto, que el equipo o los equipos de perforación deben instalarse seis meses antes de terminar dicha etapa inicial, sino "seis meses antes, **por lo menos**, de vencerse el período inicial de exploración", cuyo alcance es diferente. Según esto, y aunque pudiera parecer lo contrario, la oportunidad para perforar no queda a la sola voluntad del contratista en el lapso anterior a los últimos seis meses de aquel período inicial. Esta obligación de perforar se hace imperiosa desde el momento en que se ha cubierto la etapa de los estudios geológicos inherentes al proceso de la exploración con taladro. De otra suerte se llegaría al resultado inaceptable, como incompatible con claras normas de la legislación de petróleos, de que el contratista se reservaría la concesión sin trabajarla fuéra de toda causa justificativa. Precisamente para evitar esto, y como garantía de la normal regularidad de los trabajos del concesionario, se ha establecido por la ley 37 de 1931, en el inciso 3º de su artículo 21, que éste debe presentar al Ministerio, al final de cada año, un mapa geológico y un perfil transversal de la parte explorada o explotada, acompañándolos con una memoria explicativa en que dé clara cuenta "de los trabajos ejecutados en el mismo tiempo". Por lo demás, como los contratos deben cumplirse de buena fe, según lo enseña el artículo 1603 del Código Civil, la exploración en éstos de petróleo no puede interrumpirse sin razón y prolongadamente, porque si así no fuera se contrariarían los fines que con ella se persiguen: averiguar si en los terrenos del contrato existe o no petróleo en cantidad comercial.

La etapa de exploración y la renuncia de las concesiones de petróleo

Dice así el artículo 24 de la ley 37 de 1931 en su inciso 1º:

"En cualquier tiempo, durante los términos de la exploración, se pondrá fin al contrato si se comprobare por parte del contratista no haberse hallado petróleo en cantidad comercial".

Sin duda este precepto legal, como lo observa el demandante, no indica por qué medios habrá de comprobar el contratista que no ha encontrado petróleo en cantidad comercial, si pretende que anticipadamente se le ponga fin a su contrato; mas si se tiene en cuenta, como se ha visto por los razonamientos anteriores, que el objeto sustancial de la exploración contractual son las perforaciones con taladro, lógicamente hay que concluir que sólo por este medio puede efectuarse dicha demostración. Por lo tanto, no basta a este propósito el simple resultado desfavorable de los estudios geológicos, ya que éstos no son sino como un paso dentro del objeto primordial de la exploración, cuyo proceso sólo culmina mediante las perforaciones con taladro.

Además, es esta interpretación la que mejor concuerda con el artículo 10 del decreto 1694 de 1939, que reglamenta la renuncia de los contratos de petróleo durante el período de exploración. Y ello es así porque esta disposición reglamentaria, si bien establece diferencia según que la solicitud para que se ponga fin al contrato se haga en los últimos días del período de exploración o con anterioridad a esos diez días, es lo cierto que en uno y otro caso estatuye que el contratista debe comprobar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales (pago de cánones superficiarios, delimitación del área contratada, etc.), "especialmente las relacionadas con las perforaciones oportunas y asiduas que debe ejecutar en el subsuelo de los terrenos". Sólo que en el segundo de los casos mencionados, el contratista debe comprobar también que "técnicamente no se justifica continuar los trabajos de perforación en los distintos sectores del terreno". El decreto 1694 de 1939, no obstante que determina los hechos que deben probarse cuando se renuncia un contrato de petróleos, no se refiere para nada a los estudios geológicos de la etapa de exploración; en cambio, sí habla expresamente de las perforaciones con taladro, de seguro por ser estas perforaciones el objeto esencial de los contratos.

De otra parte, y en el supuesto de que los estudios geológicos fueran independientes de los de perforación con taladro, todavía cabría preguntar: ¿por qué habrían de preferirse estos estudios geológicos contractuales a los que sirvieron de base para la formulación de la propuesta, y por

ende para la celebración del contrato?; ¿en qué vendría a parar la seriedad que debe acompañar a las concesiones de petróleo, tan encarecida durante la expedición de la ley 37 de 1931?

Porque no debe perderse de vista que los estudios geológicos y geofísicos, en uno y otro caso, nunca arrojan conclusiones absolutas sino simples probabilidades sobre la existencia o inexistencia de petróleo en una región determinada, como lo demuestra con singular elocuencia el propio caso de autos. En efecto: Es evidente que cuando se solicitó la Concesión de San José era porque los resultados de la exploración superficial previa habían sido favorables, desde luego que el proponente debió acompañar a su propuesta, entre otros documentos, una memoria explicativa sobre "las condiciones geológicas de la zona en relación con sus probabilidades como campo petrolífero", de acuerdo con lo ordenado por el° artículo 35 del decreto 1270 de 1931. En cambio, ahora se afirma que los estudios geofísicos ejecutados durante los dos primeros años del contrato (del 26 de junio de 1940 al 26 de junio de 1942) indican que los terrenos de la "Concesión de San José" no ofrecen "localidades favorables para perforar por medio del taladro", como lo aceptó el Servicio Geológico del Ministerio de Minas y Petróleos en concepto de 15 de enero de 1945. Sin embargo, es lo cierto que tiempo después de esta rectificación la Compañía de Petróleos Caldas, S. A. aceptó el traspaso que de la expresada concesión le hizo la Richmond Petroleum Company of Colombia, como resultado de la escritura pública 4334 de 31 de agosto de 1944 de la Notaría Cuarta de Bogotá.

Ahora bien, si algo atestiguan estos hechos, en opinión de la Sala, es la falta de certeza absoluta de los trabajos geológicos y geofísicos, pues no sería explicable que la compañía demandante, conociendo como debía conocer los estudios ejecutados por su antecesora, tuviera interés en negociar una concesión de petróleo reconocidamente desvalorizada. ¿No será más bien, como se ha dicho, que tales estudios no arrojan ese grado de certidumbre que aquí se pretende hacer valer? Y si esto es así, se repite de nuevo, ¿qué razón habría para dar más valor a los estudios geológicos contractuales que a los de la exploración superficial, con fundamento en los cuales se hacen las propuestas para contratar la **exploración con taladro** y la explotación de petróleos?

Finalmente, los conceptos de técnicos nacionales y extranjeros a que alude el demandante son de muy poco o ningún provecho para determinar el alcance del artículo 24 de la ley 37 de 1931, ya porque muchos de esos conceptos parecen referirse a los estudios geológicos de la exploración superficial, ora porque cuando ellos se emitieron, en el año de 1929, no figuraba en el proyecto sobre petróleos ninguna disposición como la que quedó consignada en el mencionado artículo 24 de la ley 37.

La concesión de San José y la realidad procesal

Según las propias afirmaciones y alegatos del actor en este juicio, el proceso de exploración de la "Concesión de San José" se redujo a los estudios geológicos y geofísicos ejecutados por la Richmond Petroleum Company durante los dos primeros años del contrato, sin que entonces o después se diera remate a ese proceso por medio de perforaciones con taladro, objeto esencial del período de exploración en materia de petróleos. Por consiguiente, falta la prueba adecuada de no haberse hallado petróleo en cantidad comercial.

De otra parte, según aparece de autos, la empresa concesionario no dio estricto cumplimiento a todas sus obligaciones durante el período inicial de exploración, en el tiempo anterior a la renuncia: ya porque abandonó los trabajos de la concesión por más de dos años, dejando de suministrar al Gobierno los informes sobre trabajos previstos por el inciso 3º del artículo 21 de la ley 37 de 1931 (f. 49 del cuaderno número 1); ya porque en este proceso no hay constancia de haberse remitido al Ministerio los datos sobre localización de pozos de que trata el artículo 2º del decreto 950 de 1937, no obstante que cuando se renunció el contrato apenas faltaban tres días para que éste entrara en la etapa mínima de perforación.

Por este aspecto tampoco puede ser eficaz la renuncia de la "Concesión de San José".

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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. Niéganse las declaraciones pedidas por la Compañía de Petróleos Caldas, S. A. en la demanda inicial de este juicio, demanda que lleva fecha cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Segundo. Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE PERTENENCIA POR HABER ADQUIRIDO POR PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

1.—Conforme al artículo 11 de la Ley 120 de 1928, "El opositor en este juicio (el de pertenencia por haber adquirido por prescripción) será considerado como demandante si no está en posesión de la finca"; de donde se sigue que, trabada la controversia en tales circunstancias, el fallo con que se decida no puede limitarse —como a primera vista parece— a la simple calificación de la prueba sobre posesión por el tiempo que la ley prescribe, para declarar o negar la usucapión, sino que ha de comprender también, y para análogos efectos, la del dominio pretendido por el demandante opositor.

2.—En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2521 del Código Civil; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir, debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esa suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años.

Con prueba testimonial es dable establecer el hecho material de la posesión, con sus elementos de duración e intensidad; pero hay que acudir a las pruebas propias del estado civil cuando sea indispensable acreditar que la posesión ha pasado de padres a hijos.

Y generalizando, se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de los antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos traspasos, pues de lo contrario, quedarían sueltos o desvinculados los varios lapsos de posesión material.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio seis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El día 22 de junio de 1944 presentó la señora Sol María Armella ante el Juzgado del Circuito de Barranquilla una solicitud, "para que mediante notificación e intervención del señor Personero Municipal, se haga la declaración judicial de pertenencia, que por prescripción adquisitiva de dominio, tengo a mi favor sobre un lote de terreno o solar situado dentro del perímetro urbano de la ciudad..., donde hay construída una casa de mampostería, hoy, en mal estado, solar que está situado en la acera norte de la carrera San Roque (antes Salsipuedes), entre las calles de Maturín y Soledad, con los siguientes linderos: Por el norte, con predio de los herederos de Felipa Gutiérrez; por el Este, con predio de Federico Guihur; por el Oeste, con predio de Antonio Hurtado, y por el Sur, carrera en medio, con predio de Bruno Viana; mide quince (15) metros de frente, por veinticinco (25) metros de fondo".

Por auto de fecha 28 de los propios mes y año, el Juzgado Tercero Civil del Circuito, a quien se le repartió, ordenó admitir la demanda, dar traslado de ella al Personero Municipal, y emplazar por carteles y por la prensa a quienes se pudiera creer con algún derecho, en los términos prevenidos por el artículo 7º de la ley 120 de 1928.

Dentro del término del emplazamiento, se presentó el señor Fiscal del Tribunal y manifestó oponerse a las pretensiones de la actora, a más de declarar que ignoraba si la Nación estaba o no en posesión del inmueble objeto de la demanda.

A virtud de tal oposición, y por cuanto el Juzgado se consideró incompetente para continuar conociendo del negocio, decidió remitirlo al Tribunal Superior de Barranquilla, quien mediante providencia de veinticuatro de noviembre siguiente, ordenó tramitar el asunto por la vía ordinaria.

Agotado regularmente dicho procedimiento, el Tribunal profirió sentencia de primer grado el día trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en los siguientes términos:

"1º Declárase que la Nación Colombiana es la

única propietaria del inmueble materia de este pleito, y que está alindado así: "un lote de terreno o solar, donde hay construída una casa de mampostería, hoy en mal estado, solar que está situado en la acera norte de la carrera San Roque (antes Salsipuedes), entre las calles de Maturín y Soledad, con los siguientes linderos y medidas: por el norte, con predio de los herederos de Felipa Gutiérrez; por el este, con predio de Federico Guihur; por el oeste, con predio de Antonio Hurtado, y por el sur, carrera en medio, con predio de Bruno Viana;

"2º Condénase a la demandada Sol María Armella a restituir el citado inmueble a la Nación, representada por el señor Fiscal del Tribunal;

"3º Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados para los efectos de la cancelación de la inscripción de la demanda. Sin costas".

De esta providencia apeló el señor apoderado de la actora; y como el negocio ha recibido ante la Sala el curso que le correspondía, y no se observa vicio ninguno que afecte la validez de la actuación, es el caso de proceder a decidirlo, como se hace, mediante las consideraciones que en seguida se exponen.

Observación previa

Conforme al artículo 11 de la ley 120 de 1928 en que se funda la acción de pertenencia, "El opositor en este juicio será considerado como demandante si no está en posesión de la finca"; de donde se sigue que, trabada la controversia en tales circunstancias, el fallo con que se decida no puede limitarse —como a primera vista parece— a la simple calificación de la prueba sobre posesión por el tiempo que la ley prescribe, para declarar o negar la usucapión, sino que ha de comprender también, y para análogos efectos, la del dominio pretendido por el demandante opositor, tal como lo entendió el Tribunal de primera instancia.

El dominio de la Nación

Deriva su derecho la entidad opositora, de la adjudicación que por remate le hizo el Juzgado 1º del Circuito de Barranquilla el día 28 de enero de 1926, en el juicio especial de concurso de acreedores promovido por ella contra Juan Ackle. Y como prueba única de esa tradición, se adujo un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de aquella ciudad, en el cual consta la inscripción de la correspondiente "diligencia de remate", y la que se hizo de la escritura número 747 de 18 de junio de 1914 de la Notaría Primera del mismo Circuito por medio de la cual el señor Ackle había adquirido del señor Emilio Abudinem, a título de compraventa, el citado inmueble. No se allegó a los autos la copia de ninguno de los mencionados instrumentos, ni menos aún, la del auto aprobatorio del remate; ni se acreditó siquiera, puesto que el certificado no lo expresa, el registro o inscripción de esta última providencia, no obstante ser la diligencia de remate y el auto aprobatorio del mismo, lo que conjuntamente hacen, dentro de las subastas judiciales, las veces de escritura pública, según lo preceptuado por el art. 1052 del C. J. Pero como la tradición como modo de adquirir el dominio sobre inmuebles, no tiene valor sino cuando se efectúa por escritura pública debidamente registrada (artículos 745, 749, 2577 y 2652 del C. C.), síguese entonces que no apareciendo en autos la copia de los instrumentos por medio de las cuales debió solemnizarse la tradición sostenida por la entidad opositora, ni comprobádose siquiera el registro adecuado de los que en el remate hacen las veces de escritura pública, el dominio sostenido por la Nación respecto del inmueble que es objeto del juicio, no puede declararse.

El dominio por usucapión

Dirigida la primitiva acción de la demandada dentro del juicio ordinario, a que se la declare dueña del inmueble por haberlo adquirido por la prescripción, no es bastante a justificar sus pretensiones el hecho de que el opositor hubiera dejado de acreditar en debida forma, la propiedad por él sostenida; como en su caso tampoco lo sería, la circunstancia de que, dentro del término del emplazamiento, no se hubiera presentado oposición alguna; por lo mismo que no es la ausencia del derecho ajeno lo que determina el título del que se pretende como propio, sino la situación jurídica concreta a que en cada caso refiere la ley la adquisición del mismo. Se hace por tanto indispensable el examen y calificación de la prueba sobre la posesión durante el tiempo prescrito por la ley, a efecto de establecer si es pro-

cedente o no la consiguiente declaración sobre pertenencia.

Se observa ante todo, que la acción de pertenencia la fundó concretamente la actora, en que "hace veinticinco años que vengo ocupando de manera tranquila y pacífica, sin que persona o entidad alguna haya perturbado o interrumpido mi posesión", el lote o inmueble que es objeto de la demanda; y en que "el mismo lote o solar fue ocupado de la misma manera que la suscrita (sic), por mi madre Victoria Coronell, antes de fallecer, aumentando así el tiempo que yo tengo de venir ocupándolo, siendo sostenido con nuestros propios esfuerzos y recursos". Ni en la demanda, ni siquiera dentro de las etapas probatorias del juicio, se insinúa o, menos aún, ha tratado de demostrarse, la vigencia de ningún título inscrito en favor suyo. De donde se sigue que la acción de pertenencia instaurada en este pleito, no tiene como base la prescripción adquisitiva ordinaria, sino la extraordinaria, para lo cual y como lo observa el artículo 2531 del C. C., "no es necesario título alguno".

El término de esta última especie de usucapión debe referirse para el caso de que se trata al de treinta años que consagra el mismo Código Civil; porque aun cuando el artículo 1º de la ley 50 de 1936 redujo a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias en aquél establecidas, no lo es menos que conforme al artículo 41 de la ley 153 de 1887, "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última la prescripción no empezará a contarse sino después de la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir". Y como en el caso actual resulta evidente que desde la promulgación de la nueva ley que acortó el término de la prescripción, sólo habían transcurrido diez años al tiempo en que se presentó la demanda, y que fuéra de esto, la interesada agrega a los veinticinco años de posesión personal el tiempo de su antecesora, es claro entonces que el término de la usucapión propuesta no puede analizarse sino sobre la base de los treinta años de posesión que estableciera el Código Civil y no sobre la de veinte que, por defecto de tiempo, no ha podido aún amparar ningún derecho.

Hechas estas observaciones, corresponde pues entrar a examinar la forma como a través de las numerosas declaraciones producidas se encuentre acreditado el hecho de la posesión pacífica y no interrumpida de la demandante, durante el lapso previsto por la ley.

Isaac Gutiérrez (fl. 3 v., C. número 2) dice: "Hace más de veinticinco años que la señora Sol María Armella, viene viviendo en un solar situado en la carrera de San Roque, entre Maturín y Soledad, en donde habita en una casa en mal estado, y esto me consta por ser amigo de ella y vecino y por tener más de ese tiempo de que yo vivo en ese sector... Sí me consta personalmente que Sol María Armella es hija de Victoria Coronell, ésta última estuvo viviendo con su hija hasta el día de su muerte, en el solar mencionado..., tranquila y pacíficamente..., sin que persona o entidad jurídica alguna le haya molestado o perturbado desde que está viviendo allí como dueña absoluta de ese terreno".

Abraham Galarza (fl. 7) declara: "Conozco personalmente a la señora Sol María Armella, porque fui vecino de ella, habiendo yo vivido en una casa de propiedad del Sr. Federico Guihur, que está situada al lado donde ella vive, y por tal cosa me consta que hace más de veinticinco años vive en ese terreno que está situado en la carrera San Roque, entre Maturín y Soledad. "Me consta personalmente que Victoria Coronell es la madre de Sol María Armella, pues ella antes de morir vivían juntas en el solar mencionado. Sí es cierto y me consta personalmente que la señora Sol María Armella viene viviendo tranquila y pacíficamente en el solar referido, sin que ninguna persona o entidad jurídica alguna le haya interrumpido o perturbado durante el tiempo que tiene de vivir allí y siempre he oído decir que ella es la dueña de eso".

Federico Guihur (fl. 8 v. y 9) manifiesta: "Soy dueño de una casa que está situada en la carrera de San Roque, entre las calles Maturín y Soledad, casa que está situada al lado donde vive Sol María Armella, y por tal motivo manifiesto y declaro que.... tiene veinticinco años más o menos de vivir en el lote de terreno que tiene una casa en mal estado. "Sí es cierto y me consta personalmente que Victoria Coronell, vivió junto con su hija hasta el día de su muerte, en el terreno o solar mencionado por mucho más de veinticinco años...; "sí me consta que ella viene ocupando el solar mencionado tranquila y pacíficamente, sin que persona o entidad jurídica alguna le haya perturbado o interrumpido durante el tiempo que tiene de vivir allí, considerándola como dueña de tal bien."

José del Carmen Echeverría (fl. 10) agrega: "Me consta que desde el año de 1927 conocí a la señora Sol María Armella, viviendo en una casa que está situada en esta ciudad en la carrera San Roque, entre Maturín y Soledad. Esto lo sé, porque yo viví ahí en una casa de mi propiedad desde el año veintisiete, casa que vendí luégo al señor Federico Guihur. Sé igualmente que dicha señora Armella está viviendo pacíficamente en esa casa hace más de veinte años. No conocí a la madre de la señora Sol María Armella, de nombre Victoria Coronell, pues ella había muerto".

Bruno Viana (fl. 11 v.) atestigua: "Conozco personalmente a la señora Sol María Armella, y por ello me consta que tiene más de veinticinco años de ocupar el lote de terreno donde habita en una casa vieja, lote que está situado diagonal a la casa que habito que es de mi propiedad o sea en la carrera San Roque, entre las calles Maturín y Soledad, con los linderos y medidas que se determinan en el memorial presentado por ella. Sí me consta que Sol María Armella es hija de Victoria Coronell y que ambas han vivido más de veinticinco años en el lote de terreno mencionado, y esto me consta por conocerlas personalmente como vecino que soy de ellas".

Daniel Moreno (fl. 12 v.) dice: "Soy propietario de una casa donde vivo que está situada en la carrera de San Roque, entre Maturín y Soledad, y como vecino que soy, me consta por conocerla personalmente que Sol María Armella tiene veinticinco años de vivir en un lote de terreno con una casa vieja, lote que está ubicado a pocos pasos de mi casa en la dirección ya mencionada, con los linderos y medidas que se acaban de mencionar". "...me consta que Sol María Armella es hija de Victoria Coronell, quienes han vivido juntas en el solar dicho por mucho más del tiempo que ya dije antes... tranquila y pacíficamente..., sin que ninguna persona o entidad jurídica alguna le haya interrumpido o perturbado en el tiempo que tiene de vivir allí, considerando yo por tal motivo que ella es la dueña de ese terreno".

Corresponden estas declaraciones, a las que se produjeron en la primera instancia del juicio. Todas ellas, como bien puede apreciarse a simple vista, refieren el conocimiento que tienen de la posesión del inmueble objeto de la controversia, a un tiempo inferior a los treinta años que, se ha dicho, es indispensable para poder adquirirlo por prescripción extraordinaria. Y si se exceptúa al testigo José del Carmen Echeverría que expresa claramente el por qué ha podido concretar a más de **veinte años** la posesión que declara en favor de la señora Armella, o sea por haber vivido desde el año de 1927 en una casa vecina que posteriormente enajenó, ninguno de los restantes determina la razón por la cual es un hecho absolutamente cierto, el de que esa posesión se extienda siquiera a los veinticinco años a que la refieren. Así las cosas, el fallo que con base en esa prueba se pronunciara, no podía menos de ser adverso a las pretensiones de la prescribiente.

Frente a tales circunstancias, el apoderado de ésta optó por nuevas declaraciones dentro del curso de esta segunda instancia, de las cuales aparece lo siguiente:

Luis Alvarez Escorcia, declara: Que conoce a la señora Sol María Armella desde "hace alrededor de 25 años" en que la ha conocido viviendo en el inmueble de que se viene hablando; que no conoció a la madre, Victoria Coronell, y que por ello tampoco le consta si dicha señora poseyó, ni por cuánto tiempo, el mencionado inmueble.

Fernando Escolar Pernett, de cuarenta y cuatro años de edad, dice: Que conoce el inmueble porque se le pregunta, por haber nacido en la misma manzana, y nunca haber mudado de domicilio; y que le consta que la señora Sol María Armella lo ha estado poseyendo quieta y pacíficamente "por más de 25 años"; luégo explica así las cosas: "La madre de ella (de Sol María), murió hace más o menos 31 años y se llamaba Victoria Coronell, quien al morir dejó a la señora Sol María Armella en manos de su abuela Damiana Cantillo, quien crió a la señora Armella y murió en el año de 1941, quedando en la casa y nosotros siempre hemos tenido la creencia de que la casa era de ella, porque nunca la ha perturbado nadie... "Esta señora Coronell murió hace 30 o 31 años y no puede decir si ella poseyó esa casa antes de su muerte porque yo no recuerdo ya porque estaba muy pequeño... "Sobre que la señora Victoria Coronell poseyó el inmueble por más de 6 años, repito que no me consta porque después de su muerte ocurrida hace 31 años es que yo he podido darme cuenta de quienes han poseído la casa, o sea la abuela de la señora Armella y ésta. Yo sí puedo jurar que Sol María Armella ha vivido más de 30 años en esa casa sin que nadie la haya perturbado... "No sé a qué títulos hayan poseído la abuela y la niña Sol María Armella el predio referido. Tampoco sé a nombre de quién lo hayan poseído.

José de Jesús Cortesero Robles manifiesta: que

conoce el lote y casa porque se le pregunta, "hace alrededor de 31 a 32 años", porque fue vecino de su primera dueña Victoria Coronell; que Sol María Armella ha poseído la casa sin interrupción desde que nació hasta hoy y ella tiene como 35 años y por el derecho de traslación de la madre a ella se puede decir que ha poseído la casa por más de 25 años"; que conoció a la madre "doña Victoria Coronell, quien murió hace unos cinco años, madre de doña Sol María Armella", y quien poseyó por más de 30 años esa casa sin interrupción y murió hace unos cinco años.

Juan Correa Lliñán, declara: "Desde cuando tenía once años (hoy dice tener 43), conozco a Sol María Armella, es decir, hace 31 años; me consta que ha estado en posesión quieta y pacífica, sembrando árboles, arreglando cercas y últimamente construyó una casita de madera con tejas... "Conocí a la madre de Sol María Armella, Victoria Coronell quien murió por el año de 1905. No me consta que la señora Victoria Coronell hubiera poseído esa casa durante 30 años, porque no tengo edad para eso. Lo que a mí me consta es que a la señora Victoria Coronell la conocí en 1903 y murió en 1905 y durante esos dos años ví que ella poseyó la casa. "No me consta que la señora Victoria Coronell durante el tiempo en que yo la ví viviendo en esa casa hubiera abandonado la ciudad de Barranquilla. Lo que pasó fue que cuando murió la señora Coronell quedó ocupando la casa la abuelita de la señora Sol María Armella, cuya nieta también vivía con ella. El nombre de esta abuela era Damiana Castillo quien murió en el año de 1941. Tanto Sol María Armella como su abuela continuaron viviendo en esa casa hasta la muerte de la última y luego ha continuado viviendo la señora Sol María Armella, sin interrupción".

No modifican estas declaraciones el resultado desfavorable que para las pretensiones de la señora Armella encontró el Tribunal de primera instancia. Porque al referir los testigos Escolar Pernett y Cortesero Robles a un lapso de 30 o 31 años (1914 o 1915) el tiempo que tiene de fallecida la señora Victoria Coronell, para sostener que desde entonces se halla su hija Sol María en posesión del inmueble, no expresan en forma alguna la razón por la cual fijan en esa época precisa el tiempo de su muerte, cuando para tan dilatado lapso es muy difícil si no imposible la exactitud de los recuerdos, a menos de hallarse ellos vinculados a hechos o circunstancias de re conocida y pública importancia o de personalísimo interés para quien los relata; como exactamente se observa con el testimonio del señor Correa Lliñán, quien nacido en el año de 1903, ha podido afirmar que desde aquel año conoció a la señora Coronell, que murió dos años después en 1905, y que a pesar de no haber conocido a Sol María sino cuando el declarante tenía once años (1916), le consta que desde la muerte de la Coronell, su hija Sol y la abuela de ésta continuaron viviendo en el inmueble. Y porque al tener la señora Armella unos 35 años de edad, como lo declara el testigo Cortesero Robles, y la Coronell 30 o 31 de muerte, aquella, con sólo cinco años, estaba en absoluto estado de incapacidad para ejercer por un acto de propia determinación, la tenencia del inmueble con ánimo de señora y dueña, en que consiste la posesión; máxime cuando la menor se encontraba habitándolo su abuela Damiana Castillo, ella sí, en capacidad de continuar ejerciendo los mismos actos de posesión que ejercía en vida de su hija Victoria Coronell.

Se ha dicho sin embargo, que supuesto un defecto en el tiempo de posesión invocado por la señora Armella, ésta tiene derecho a sumar la posesión de su causante para completar así el tiempo de la prescripción. Sobre el particular la Sala acoge los siguientes conceptos del señor Procurador, que concretan la doctrina sobre el particular:

"El artículo 2521 del C. C. dice que 'si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 778' y ésta última disposición establece: **'Sea que se suceda a título universal o singular,** la posesión del sucesor principal en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie ininterrumpida de antecesores'.

"De acuerdo con estas disposiciones, Sol María Armella podría añadir a su posesión la posesión de su antecesora, apropiándosela con sus calidades y vicios; pero para tal efecto habría debido probar que ella, Sol María Armella, es evidentemente sucesora de Victoria Coronell. Es decir: ha debido demostrar que había sucedido a Victoria Coronell, en la posesión del inmueble

mencionado, a 'título universal, o singular'. Y en los autos no hay prueba alguna sobre el particular.

"Así, suponiendo en gracia de discusión que se hubiera probado la posesión de Sol María por 25 años y la posesión de Victoria Coronell por seis años más. Sol María no podría agregar a su posesión la posesión de Victoria Coronell, ya que no ha demostrado plenamente que sea sucesora suya a título singular o universal. No basta demostrar que una persona es hija de otra para acreditar que le ha sucedido en la propiedad, posesión u ocupación de determinado inmueble. Además, Sol María Armella no ha demostrado plenamente ser hija de Victoria Coronell, pues sobre el particular sólo obran en autos algunas declaraciones de testigos, que, desde luégo, no forman plena prueba sobre ese hecho.

"..... ....

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de abril de 1931 dijo lo siguiente:

'En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2521 del Código Civil; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir, debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esa suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años.

'.... ....

'En resumen: con prueba testimonial es dable establecer el hecho material de la posesión, con sus elementos de duración e intensidad; pero hay que acudir a las pruebas propias del estado civil cuando sea indispensable acreditar que la posesión ha pasado de padres a hijos; y esto es cabalmente lo que no se hizo en el caso de autos.

'Y generalizando, se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de los antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos traspasos, pues de lo contrario, quedarían sueltos o desvinculados los varios lapsos de posesión material'.

"Las anteriores palabras de esa H. Corte Suprema son definitivas en lo que a este negocio se refiere. Para abundar en argumentos, me permito transcribir estos otros conceptos de esa H. Corte:

'Efectivamente, no obran en el proceso las actas de estado civil que acrediten que los demandados son hijos de Aurelia Ramírez, ni prueba supletoria al respecto, ni declaratoria de herederos; en una palabra, nada que establezca que por la muerte de él son sus sucesores. Y del propio modo falta el comprobante de que por acto entre vivos lo sean, en virtud de haberles transferido él la aludida finca o tales o cuales derechos suyos en ella. De donde se deduce que legalmente no puede entenderse que él fuera su antecesor y que, siendo ellos sus sucesores, quedaran capacitados por el artículo 778 para apropiarse lo que llaman posesión de él y agregarla a la de ellos' (G. J. números 2025, 2026, 2027, pág. 799).

"'En el caso de autos, como en el caso contemplado por la H. Corte en el pasaje transcrito, no hay actas de estado civil que acrediten que Sol María Armella es hija de Victoria Coronell, ni prueba supletoria suficiente sobre el particular, ni declaratoria alguna de heredera, y falta asimismo la prueba de que Sol María sea sucesora de la señora Coronell en el predio mencionado por acto entre vivos. No hay, por tanto, demostración alguna acerca de que, legalmente, Sol María sea sucesora de Victoria Coronell para que pueda acumular a su posesión la posesión de esta última".

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **revoca** la sentencia proferida el día trece (13) de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) por el Tribunal Superior de Barranquilla, y en su lugar, **falla:**

Primero. No es el caso de hacer declaración alguna sobre el dominio del inmueble objeto de la acción de pertenencia con que se inició el presente juicio, y que se deja identificado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Cancélese la inscripción o registro de la demanda, para lo cual se librará el oficio respectivo.

Tercero. No hay costas en el juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

NO SE ACCEDE A REPON ER UNA PROVIDENCIA

El reclamante insiste en que se estudien las razones por él aducidas para sustentar la apelación contra el auto del Tribunal, a quo, no obstante que esas razones fueron debidamente consideradas en la providencia cuya reposición se solicita. La circunstancia de que aquí no se hiciera expresa mención de los distintos argumentos del memorialista, no puede tomarse en el sentido de que se prescindiera de tenerlos en cuenta.

Por lo demás, como en la solicitud de ahora no se le brindan a la Sala nuevas razones para reabrir la discusión sobre cuestiones ya tratadas en la providencia recurrida, es natural que no pueda accederse a lo que se pretende.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, ocho de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

Dentro de este juicio ordinario seguido por el Municipio de San Jacinto contra la Nación, solicita el apoderado de la entidad demandante que se revoque la providencia de esta Sala de fecha veintitrés de mayo del corriente año, por medio de la cual se resolvió la apelación interpuesta contra el auto del Tribunal del conocimiento de veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, para que en su lugar se decida "lo que sea de justicia".

Dice textualmente en su memorial de reposición el señor apoderado del Municipio de San Jacinto:

"Al enterarme de su auto de fecha 23 del presente, recaído en la solicitud del Municipio de San Jacinto, encuentro que están en pie, invulnerables, las tesis de mi escrito de fecha 2 de noviembre p. p.

En efecto, en tratándose de cuestión de suyo indiscutida hasta hoy, pero que es básica en la regulación de nuestro sistema dual sobre el subsuelo, es inaplazable que se diga, de una vez por todas, si el particular que se apoya, para dar aviso, en los artículos 4º de la Ley 37 de 31 y 10 de la Ley 160 del 36 (creadores de legales afirmaciones y presunciones) tiene alguna garantía frente a los pretendidos desmanes del Estado, o está sin remedio en nuestro copioso derecho y jurisprudencia, a merced del afán conculcador y nacionalizante de aquél.

"Tratándose, pues, de cosa grave en que, para ventura del problema, S. S. es muy versado, os ruego reconsiderar lo resuelto y fallar revocando el auto reclamado y dictando lo que sea de justicia".

Sobre el particular, se considera:

Como se deduce de la simple lectura del memorial transcrito, el reclamante insiste en que se estudien las razones por él aducidas para sustentar la apelación contra el auto del Tribunal **a quo,** no obstante que esas razones fueron debidamente consideradas en la providencia cuya reposición se solicita. La circunstancia de que aquí no se hiciera expresa mención de los distintos argumentos del memorialista, no puede tomarse en el sentido de que se prescindiera de tenerlos en cuenta, ya que con bastante claridad hubo de ocuparse la Sala de las varias disposiciones legales relacionadas con la acción accesoria impetrada por el Municipio demandante, disposiciones a las cuales se había referido en su alegato el señor apoderado que lo ha venido representando.

Por lo demás, como en la solicitud de ahora no se le brindan a la Sala nuevas razones para reabrir la discusión sobre cuestiones ya tratadas en la providencia recurrida, es natural que no pueda accederse a lo que se pretende.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia decide que no es el caso de revocar, como en efecto no revoca, su providencia de veintitrés de mayo del presente año.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña — Jorge García Merlano, Oficial mayor.

ACCIONES DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES; DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS Y DE RESTITUCION DE LA COSA OBJETO DEL CONTRATO Y SUBSIDIARIAS DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS Y DE NULIDAD DE UNA DONACION POR FALTA DE INSINUACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Gerardo Arias Mejía)

El presente es un juicio ordinario contra el Departamento Norte de Santander, promovido ante el Tribunal Superior de Pamplona por la señora Florelia Briceño de Daza, y decidido en primera instancia por sentencia de veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y seis, que por apelación ha llegado a esta Sala.

La cuestión litigiosa

Con autorización dada por la Asamblea Departamental, el Gobernador de aquel Departamento, y la señora Teresa Briceño de Andressen Moller, de quien es heredera la demandante, firmaron la escritura 810 de 11 de agosto de 1926, de la Notaría Primera de Cúcuta, sobre adquisición para el Departamento Norte de Santander del inmueble llamado "Quinta Teresa", situado en la población de Cúcuta. El precio fue estipulado en la suma de $ 60.000 y la vendedora hizo entrega del inmueble a poco de firmada la escritura.

Sobre el precio, dice la escritura mencionada: El precio de esta venta es la suma de $ 60.000 pagaderos en la forma y términos siguientes: $ 30.000 que la vendedora declara haber recibido; los $ 30.000 restantes quedan en poder del Departamento con obligación de pagar a la vendedora intereses del 5% anual durante el término de diez años; y si la vendedora muriese antes, la obligación de pagar intereses cesará automáticamente; más vencidos los diez años o fallecida la vendedora antes de la expiración de este plazo, el Departamento entregará al "Asilo Andressen" la cantidad de $ 15.000 y los otros $ 15.000 "serán destinados por el Departamento para fomentar el establecimiento de un colegio de segunda enseñanza para varones, regentado por una comunidad religiosa"; y si "vencidos los diez años, no se hubiere fundado el colegio en la forma dicha, los $ 15.000 destinados para esta obra se emplearán en la fundación de una casa-asilo para ancianos desamparados.

Dice la demanda:

Que el término previsto en la escritura para invertir el dinero destinado al colegio o al asilo expiró desde el 1º de enero de 1937, y han transcurrido más de siete años sin que el Departamento hubiera cumplido aquella obligación (hechos 7º y 9º).

Que como el Departamento no ha invertido esta cantidad de $ 15.000 ha dejado de cumplir el contrato en relación con el precio (hecho 10).

Que en este caso no se trata de una donación, porque no hubo insinuación como lo provee la ley (hecho 11).

El Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona, al contestar la demanda, aceptó por lo general los hechos de ella, con estas salvedades: no niega ni acepta el hecho 9º, aunque cree que el Departamento sí cumplió la obligación de destinar el dinero a la fundación de un colegio. Y niega que la ley exija insinuación para la inversión del dinero en el colegio o en el asilo.

Y con base en lo historiado, la demanda pide:

1º La resolución del contrato de compraventa contenido en la escritura 810, por hallarse el comprador en mora de satisfacer el precio, ya que no ha invertido los $ 15.000 ni en el colegio ni en el asilo.

2º La restitución del inmueble a la sucesión de la señora Briceño de Andressen, pues se pide para tal sucesión.

3º El pago de los perjuicios.

4º Subsidiariamente, para el caso que se estime que los $ 15.000 no eran parte del precio, y que se estime que ese precio fue pagado en su totalidad, que se condene al Departamento a pagar a la sucesión "junto con la indemnización de la mora, las indemnizaciones de los perjuicios re-

sultantes de la infracción del contrato que comprenden el daño emergente, o sea la devolución de los $ 15.000 y el lucro cesante, o sean los intereses compensatorios".

5º Segunda subsidiaria: en caso de que el Tribunal no considere los $ 15.000 como parte del precio, ni como destinados a una obligación de hacer, sino como una donación, pido que se decrete la nulidad de ésta por falta de insinuación.

El asunto fue decidido, como ya se dijo, por sentencia de veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual se absuelve al Departamento de los cargos de la demanda.

Apeló la parte actora, y toca a esta Sala examinar esa sentencia, sin colaboración de ninguna de las partes, pues no intervinieron ellas en esta instancia.

La cuestión legal

Por los datos del expediente, que se dejan enunciados, se ve que la cuestión cardinal gira alrededor de los $ 15.000 destinados a un colegio o a un asilo para ancianos. No se ha invertido esta suma, alega el actor, mientras que el representante del Departamento en el pleito cree que sí fue cumplida esta obligación.

Mas antes de dilucidar este punto, es conveniente plantear la cuestión legal frente a los términos de la escritura número 810.

La señora Briceño vendió al Departamento el inmueble "'Quinta Teresa", por $ 60.000, de los cuales recibió la mitad, y la otra mitad "queda en poder del Departamento", dice la escritura, al interés del 5% anual, durante diez años o hasta que muera la vendedora. **Quedan,** se expresa, es decir, los deja la señora Briceño en manos del Departamento, para que éste le pague intereses por esa cantidad.

Se tienen así dos contratos:

Uno de compraventa simple, al contado, entre personas capaces de contratar, y con el lleno de condiciones sobre entrega de la cosa y pago del precio, operación que consta en escritura pública debidamente registrada, según pruebas del expediente.

Y otro contrato de mutuo, con sus condiciones de acuerdo de voluntades, plazo, intereses y entrega de $ 30.000, aunque esta entrega fue simbólica.

Muerta la señora Briceño o cumplidos los diez años, el contrato de mutuo terminaba, de acuerdo con la escritura, y surgían dos obligaciones por parte del Departamento:

La una: entregar al "Asilo Andressen" la cantidad de $ 15.000, entrega que se hizo según lo denuncia un documento que figura en el expediente.

Y la otra obligación: destinar los otros $ 15.000, a "fomentar el establecimiento de un colegio de segunda enseñanza para varones regentado por una comunidad religiosa"; y si vencidos los diez años "no se hubiere fundado el colegio en la forma dicha, los $ 15.000 destinados para esta obra se emplearán en la fundación de una casa-asilo para ancianos desamparados".

La estipulación sobre colegio o asilo

Es claro que si el Departamento cumplió con esta estipulación, quedaron canceladas por su parte todas las obligacines a que se contrae la escritura número 810, y la demanda entonces queda sin base en todos sus pedimentos.

Preocupada la señora Briceño por el colegio para varónes regentado por una comunidad religiosa, aspiraba a que cuanto antes el Departamento entrara a fomentar esa fundación, y dijo la escritura: si en el plazo señalado de diez años no se hubiere fundado el colegio, se destinarán los $ 15.000, a un asilo para ancianos. Los diez años era el plazo para el contrato de mutuo, de manera que aspiraba la vendedora a que el Departamento aprovechara de este plazo para el fomento del colegio; y es entonces claro que si el Colegio se ponía a funcionar dentro de tal plazo, la obligación del Departamento quedaba cumplida en esa parte.

El actor no ilustró este punto en su alegato, pues no expresó en él cosa distinta de lo expuesto en la demanda, ni alegó en esta instancia.

Ya se vió que el Fiscal, al contestar la demanda, manifestó que consideraba que el Departamento había cumplido con la obligación que se está examinando.

Acerca de esto dice la sentencia apelada:

"Por otra parte consta que el Departamento sí cumplió con la obligación contraída... En efecto, como se desprende de los documentos visibles en el cuaderno de pruebas de la parte demandada, el Departamento, dentro del lapso señalado para ello por la señora Briceño de Andressen Moller, organizó un colegio de segunda enseñanza para varones, regentado por una comunidad religiosa cual es el llamado 'Colegio del Sagrado

Corazón de Jesús', regentado por los Hermanos de las Escuelas Cristianas, establecido en el mismo edificio que fue materia del contrato ajustado con la referida señora de Andressen Moller, y de esta suerte dio cumplimiento a la obligación moral consignada en dicho contrato".

Lo expresado en este pasaje, no fue contradicho en forma alguna, y aparece de los siguientes hechos establecidos en el expediente:

La escritura número 810 fijó como fecha inicial de los diez años del contrato de mutuo, la de la entrega de la finca, y ésta fue entregada el 1º de enero de 1927, según el hecho sexto de la demanda, aceptado por el señor Fiscal. De suerte que los diez años principiaron en esta fecha, y debían terminar el 1º de enero de 1937.

La señora Briceño murió el doce de enero de mil novecientos treintâ y siete, es decir, a poco de haberse cumplido los diez años.

Según certificado del Director de Educación Pública del Norte de Santander, desde mil novecientos veintinueve está funcionando en Cúcuta el Colegio del Sagrado Corazón de Jesús, a virtud de contrato entre el Gobernador y el Hermano Atanasio, Provincial de las Escuelas Cristianas, de fecha 22 de mayo de 1929, colegio instalado en Quinta Teresa, comprada por el Departamento según escritura 810 de 1926. Que el Colegio es de segunda enseñanza, y ya ha expedido diplomas de bachiller.

Esto mismo certifica el Rector del citado colegio.

En 1929 se celebró ciertamente un contrato con los Hermanos Cristianos, que en copia fue traído al expediente, y según el cual el Departamento cedió a éstos el uso de la casa llamada Quinta Teresa, con todas las anexidades, mobiliario, etc., "con el objeto de que en ella se **instale** y funcione el Colegio de varones del Sagrado Corazón de Jesús". Allí se obliga el Departamento a pagar todos los sueldos, y se obliga también a dotar el Colegio de gabinete de Física, Museo de Ciencias Naturales, mobiliario, biblioteca, etc., hasta por la suma de $ 10.000. Y se encuentran en el documento otras especificaciones que dejan ver que se trató de una institución seria y bien dotada.

Más tarde este contrato se ratificó y adicionó por otro de 23 de noviembre de 1935, en el cual se obliga el Departamento, no ya a pagar los sueldos individuales, sino "a pagar del Tesoro Departamental por razón de los servicios que los Hermanos presten a la Dirección y profesorado del plantel la suma de $ 1.000 mensuales".

Se celebró después otro contrato de fecha 16 de noviembre de 1939, que prorroga el plazo del anterior, y en el cual se hacen estipulaciones que mejoran la fundación.

En mil novecientos cuarenta y uno se firmó otro contrato sobre el mismo asunto, y en él se estipula que el Departamento pagará a los Hermanos Cristianos la suma de $ 20.000 por año para la Dirección y profesorado de la institución.

Como se vé, antes de cumplirse los diez años del plazo a que se refiere la escritura, el Gobierno del Departamento cedió el uso de la Quinta Teresa para que en esta casa "se instale y funcione" un colegio para varones, de segunda enseñanza, regido por una comunidad religiosa; y en actos sucesivos la Gobernación ha venido fomentando esa fundación, con gran preocupación, y gastando en ella mucho dinero.

Es fácil que antes del contrato con la señora Briceño existiera otro colegio con nombre un poco semejante al actual, según lo certifica el señor Director de Educación Pública, traído a los autos por el actor, el cual certificado expresa que antes de mil novecientos veintiséis existía en Cúcuta un colegio departamental llamado "Colegio del Sagrado Corazón de Jesús de Cúcuta", el cual siguió funcionando y actualmente existe dirigido por los Hermanos de las Escuelas Cristianas. Pero no se sabe cómo funcionaba antes de aquel año, quien lo regentaba, donde estaba situado, etc.; mientras que en el año de mil novecientos veintinueve fue instalado un colegio de segunda enseñanza, en la quinta comprada a la señora Briceño, con profesorado, con elementos de importancia, con bases serias y firmes, colegio llamado "Colegio del Sagrado Corazón de Jesús". Y no queda duda entonces que se trata de una nueva fundación, distinta a la anterior de 1926, con la cual talvez se modificó o transformó una muy elemental y deficiente que antes existiera.

Lo dicho es suficiente para poderse afirmar que en la oportunidad debida el Departamento atendió al establecimiento y fomento de un Colegio de Segunda Enseñanza, para varones, regentado por una comunidad religiosa, y en el cual gastó una suma mayor de $ 15.000.

Donación

Ahora bien: esa destinación de los $ 15.000 por parte de la señora Briceño, puede considerarse como una donación a favor del Departamento, con

destino a la instrucción pública, y siendo donación necesitaba insinuación?

No es necesario examinar si la destinación de los $ 15.000 para la fundación y fomento de un colegio, es una donación entre vivos. Hipotéticamente se puede aceptar que es donación, no obstante el artículo 1455 del Código Civil, para examinar si como tal necesitaba insinuación que es punto planteado por el actor como ataque de fondo contra el Departamento.

Se supone, pues, que se trata de una donación hecha al Departamento, con la condición de emplearla en esa fundación de un colegio. Y de acuerdo con el artículo 1462 del Código Civil, las donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario, no están sujetas a insinuación, sino con descuento del gravamen. Aquí el gravamen cubría toda la suma, luégo no hay lugar a insinuación.

Conclusiones

No es el caso de aceptar la resolución del contrato por no pago de parte del precio, como se pide en el numeral primero de atrás, porque la compraventa no estuvo sometida a plazo, para el pago de parte de ese precio, sino que de ese contrato resulta que el precio fue entregado en el acto.

No es el caso de la restitución y de los perjuicios a que se refieren los numerales 2º y 3º de atrás, precisamente porque lo pedido en ellos sería la consecuencia de la resolución, que no se decreta.

No es el caso de acceder a lo solicitado en la primera petición subsidiaria, numeral 4º de atrás, porque el Departamento sí cumplió con la obligación de establecer y fomentar un colegio para varones, regentado por una comunidad religiosa; y

No es el caso de declarar sin valor la llamada donación, por falta de insinuación, a que se refiere el numeral 5º de atrás, porque aún suponiendo que se tratara de una donación, ella no necesitaría insinuación, según lo ya estudiado.

Sin necesidad de más consideraciones, 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 apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

LA COMPETENCIA PRIVATIVA QUE ATRIBUYE A LA CORTE EL ARTICULO 40 DEL C. J. NO SE ENCUENTRA LIMITADA A AQUELLAS CONTROVERSIAS QUE TENGAN POR OBJETO EL CONTRATO MISMO A EFECTO DE ESTABLECER LA NULIDAD O INVALIDEZ DE SUS ESTIPULACIONES; INTERPRETAR EL SENTIDO EXACTO DE ESAS ESTIPULACIONES, ETC., SINO QUE COMPRENDE EN GENERAL TODAS LAS CONTROVERSIAS PROVENIENTES DE EL, AUN CUANDO EL PLEITO NO VERSE SOBRE EL CONTRATO MISMO.

Conforme a los términos literales de que se vale el artículo 40 del C. J., que consagra la competencia privativa de la Corte para conocer de los juicios provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, su derecho, esa competencia no se encuentra limitada a aquellas controversias que tengan por objeto el contrato mismo, a efecto de establecer la nulidad e invalidez de sus estipulaciones, interpretar el sentido exacto de alguna o algunas de sus cláusulas, etc., sino que comprende en general "todas las controversias provenientes" de él; es decir, que se originen o produzcan por razón de la estipulación misma, aun cuando el pleito pueda no versar sobre el contrato mismo. Una cosa proviene de otra, no cuando la segunda se deriva o es consecuencia de la primera, no cuando las dos se confunden, hasta el punto de tener ambas un mismo e idéntico objeto. Y como es una norma de elemental interpretación la de que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su temor literal a pretexto de consultar su espíritu" (artículo 27 del C. C.), síguese entonces que siendo clarísima la ordenación legal que refiere la competencia privativa de la Corte para decidir determinadas controversias, al hecho perentorio de que ellas se originen o provengan de determinada causa, no es procedente ni admisible buscar en el pretendido espíritu de la disposición una interpretación restrictiva del alcance que le señala el contenido literal de las palabras, para limitar su aplicación a sólo aquellas controversias que tengan por objeto o versen sobre un contrato celebrado por la Nación.

Ahora bien, el litigio presente no tiene por objeto el contrato que el demandante sostiene se formalizó entre la Nación y un tercero; pero indudablemente, y según los términos precisos de la demanda, proviene o se deriva del hecho —afirmado por el actor— de haber ella recibido de ese tercero, a título traslaticio contractual, la cilindradora de que el demandante continúa considerándose dueño o cuyo dominio reputado limitado a su favor, por la prenda que anteriormente constituyera el mismo tercero, como su causahabiente y a la vez causante de la entidad demandada. Si el contrato de venta que, en concepto del actor, se acordó entre la Nación y el dicho tercero no se hubiera efectuado, y si como consecuencia de ese supuesto acuerdo, la segunda no hubiera recibido la cilindradora cuya restitución se reclama, el demandante nada hubiera tenido que pretender contra la Nación, ni por lo tanto, la controversia de que aquí se trata hubiera podido promoverse.

Ni cabe objetar siquiera, que siendo la acción reivindicatoria independiente del título a virtud del cual se halle poseyendo el demandado, el hecho que esa posesión se funde en un contrato con la Nación, no es bastante a determinar la competencia privativa de la Corte para conocer de ella. Porque al reconocer y darse por establecido en la demanda el hecho del contrato a virtud del cual explica esa posesión y el consiguiente derecho para demandar a quien la ejerce, implícitamente se somete al juicio del sentenciador la calificación de los efectos producidos por ese contrato de donde la posesión se deriva; y entonces, aun cuando el objeto primordial de la controversia no sea el contrato mismo, virtualmente implica la

calificación sobre el contenido de sus estipulaciones, y determina, en consecuencia, la competencia privativa de la Corte para conocer, conforme a la doctrina contenida en el citado artículo 40 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio doce de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

El día doce de enero de mil novecientos cuarenta, los señores Nicolás Liévano y Alfonso Olarte celebraron un contrato en virtud del cual el primero vendió al segundo "la máquina cilindradora marca **Munktell** (Tipo 8-14) 10-11½ ton. Nº 3.606-20 r. p. m., de su exclusiva propiedad. Como precio se acordó la suma de $ 4.000.00 que el comprador debía pagar así: $ 2.000.00 en determinadas obras de alcantarillado que Olarte se obligó a ejecutar por cuenta de Liévano, para entregárselas dentro del término de sesenta días, reservándose para entonces la entrega que a su vez debía hacerle este último de la máquina objeto de la venta; los otros $ 2.000.00 debía pagárselos con el 25% del precio de nuevas obras que acordarían posteriormente, hasta la cancelación total de la deuda. "Mientras ésta se verifica, agrega el contrato, la citada máquina estará en poder de Olarte, para su uso y a su cuidado, pero como prenda que desde ahora contituye Olarte a favor de Liévano para garantizar el saldo a su cargo y en la forma dicha".

Ejecutadas las obras del primer contado, Liévano entregó a Olarte, con fecha veinticuatro de abril siguiente, la máquina cilindradora objeto de la venta, y éste la dio por recibida a su entera satisfacción. Pero sucedió —según lo afirma la demanda, que el comprador se abstuvo de cancelar el saldo del precio debido, y en estas condiciones procedió a formalizar con la Nación, representada por el Departamento de Santander, un nuevo contrato de venta, en virtud del cual dicha entidad adquirió el dominio de la mencionada cilindradora. En estas circunstancias, y como la venta a la Nación se realizara sin el consentimiento de Liévano, optó éste por demandarla, por conducto de apoderado, para que con audiencia suya, se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Principalmente, que la Nación está en la obligación de restituir a mi mandante, el señor don Nicolás Liévano, en el término que el Tribunal designe, con las prestaciones mutuas e indemnización de perjuicios a que hubiere lugar, una cilindradora marca "Munktell" (Tipo 8-14) 10-11½ tn. Nº 3.606-20 H. P. 400 r. p. m., de propiedad de mi mandante, que posee la Nación a virtud de venta y entrega material que de la misma cilindradora le hizo el doctor Alfonso Olarte por intermedio del Departamento de Santander del Sur, a cuyo nombre y en el contrato de venta hecha a la Nación se hizo figurar esa cilindradora diciendo: "una cilindradora de peso variable de 10 a 14 toneladas, marca **Munktell**, motor Diesel de 3 rodillos"; y

b) En subsidio, que se declare que mi poderdante, el señor Liévano, es dueño del mueble mencionado, y que la Nación está obligada a restituírlo a mi mandante a virtud de la subrogación de ella en las obligaciones del doctor Alfonso Olarte para con mi mandante en relación con la cilindradora materia de la acción, en su calidad de comodatario precaraio, y por causa de la venta que del mismo mueble le hizo el doctor Olarte a la Nación".

Luego de darse a esta demanda el curso correspondiente a la primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, ante quien se surtió, decidió la controversia en el sentido de negar las peticiones de la demanda y absolver consecuencialmente a la Nación de los cargos que en ella se le habían formulado.

No conforme el demandante con esta providencia, interpuso recurso de apelación ante la Corte, por cuyo motivo se adelantó el trámite que correspondía para decidirlo, hasta poner el negocio en estado de dictar sentencia.

Al entrar la Sala al estudio del juicio, observa lo siguiente:

En su alegato de conclusión el señor Procurador Delegado en lo Civil, luego de referirse al contenido mismo de las declaraciones demandadas y a los hechos en que las sustenta, manifiesta:

"Se ve, pues, claramente, que las obligaciones que pudiera tener la Nación, en relación con este asunto, provienen directamente del contrato que se dice celebrado por ella con el doctor Alfonso Olarte. Sus obligaciones, si las hubiera, surgirían de una relación contractual. Y no extracontractualmente.

"El artículo 40 del C. J. dice que la Sala Civil de única instancia de esa H. Corte (hoy Sala de Negocios Generales conforme al artículo 2º de

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA ESCUELA JUDICIAL

la Ley 67 de 1943) "conoce privativamente y en una sola instancia, **de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona,** aunque la Nación haya trasferido, en todo o en parte, sus derechos".

"Como la controversia planteada por el señor Nicolás Liévano proviene de un contrato celebrado por la Nación con el señor Alfonso Olarte, según se expresa en los hechos y en las peticiones de la demanda, considera la Procuraduría que este juicio ha debido tramitarse, en única instancia, ante esa H. Corte y que el H. Tribunal era incompetente para decidirlo en primera instancia. Consecuencialmente, la H. Corte carece de competencia para decidirlo en segunda instancia".

Desde luego, la controversia planteada no lo ha sido por la parte que, se ha dicho, acordó con la Nación la compraventa de la cilindradora, o sea el doctor Alfonso Olarte, sino por un tercero extraño a aquella estipulación, don Nicolás Liévano. Ni el objeto de esa litis lo constituye cosa alguna relacionada con la validez o sentido de ninguna de sus cláusulas, sino simplemente, con los efectos de un acuerdo anterior a que se considera jurídicamente vinculada la Nación, por el solo hecho de haber ella adquirido posteriormente el bien cuyo dominio continuaba aún dentro del patrimonio de su primitivo dueño, o sobre el cual pesaba una limitación de prenda establecida antes sobre el mismo. Es por consiguiente en presencia de estas circunstancias, como cumple definir el problema de competencia planteada por la Procuraduría. Conforme a los términos literales de que se vale el artículo 40 del C. J. que consagra la competencia privativa de la Corte para conocer de los juicios a que alude la Procuraduría, esa competencia no se encuentra limitada a aquellas controversias que **tengan por objeto el contrato mismo,** a efecto de establecer la nulidad o invalidez de sus estipulaciones, interpretar el sentido exacto de alguna o algunas de sus cláusulas, etc., sino que comprende en general "todas las controversias **provenientes"** de él; es decir, que se originen o produzcan por razón de la estipulación misma, aun cuando el pleito pueda no versar sobre el contrato mismo. Una cosa **proviene** de otra, no cuando la segunda se deriva o es consecuencia de la primera, no cuando las dos se confunden, hasta el punto de tener ambas un mismo e idéntico objeto. Y como es norma de elemental interpretación la de que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", (artículo 27 del C. C.), síguese entonces que siendo clarísima la ordenación legal que refiere la competencia privativa de la Corte para decidir determinadas controversias, al hecho perentorio de que ellas se originen o provengan de determinada causa, no es procedente ni admisible buscar en el pretendido espíritu de la disposición, una interpretación restrictiva del alcance que le señala el contenido literal de las palabras, para limitar su aplicación a sólo aquellas controversias que tengan por objeto o versen sobre un contrato celebrado por la Nación.

Ahora bien. El litigio planteado por el señor Liévano en este juicio, no tiene por objeto el contrato que aquél sostiene se formalizó entre la Nación y el doctor Olarte; pero indudablemente y según los términos precisos de la demanda, **proviene** o se deriva del hecho —afirmado por el actor— de haber ella recibido de Olarte, a título traslaticio contractual, la cilindradora de que Liévano continúa considerándose dueño, o cuyo dominio reputa limitado en favor suyo, por la prenda que anteriormente constituyera el mismo Olarte, como su causahabiente y a la vez causa de la entidad demandada. Si el contrato de venta que, en concepto del actor, se acordó entre la Nación y el doctor Olarte, no se hubiera efectuado, y si como consecuencia de ese supuesto acuerdo, la segunda no hubiera recibido del primero la cilindradora cuya restitución se reclama, el señor Liévano nada hubiera tenido que pretender contra la Nación, ni, por lo tanto, la controversia de que aquí se trata, hubiera podido promoverse.

Ni cabe objetar siquiera, que siendo la acción reivindicatoria independiente del título a virtud del cual se halle poseyendo el demandado, el hecho de que esa posesión se funde en un contrato con la Nación, no es bastante a determinar la competencia privativa de la Corte para conocer de ella. Porque al reconocer y darse por establecido en la demanda el hecho del contrato a virtud del cual explica esa posesión y el consiguiente derecho para demandar a quien la ejerce, implícitamente se somete al juicio del sentenciador la calificación de los efectos producidos por ese contrato de donde la posesión se deriva; y entonces, auncuando el objeto primordial de la controversia no sea el contrato mismo, virtualmente implica la calificación sobre el contenido de sus estipulaciones, y determina, en consecuencia, la competencia privativa de la Corte para conocer,

conforme a la doctrina contenida en el citado artículo 40 del C. J.

Se sigue de lo dicho, que no estando el Tribunal Superior de Bogotá en capacidad legal para conocer de este negocio, la Corte, en quien privativamente reside esta competencia, tampoco la tiene para revisar en segunda instancia la decisión proferida por aquél.

Esta, es por lo demás, la jurisprudencia generalmente seguida por la Sala, respecto al sentido del artículo 40 del Código Judicial. Así por ejemplo, en fallo de 7 de noviembre de 1935, había dicho lo siguiente:

"El artículo 40 no dice que la Sala Civil de única instancia sea competente para conocer privativamente sólo de las controversias sobre derechos conferidos por las leyes sustantivas y provenientes de contratos celebrados por la Nación, sino de todas las controversias que tengan su origen en contratos de esa clase. Y aunque lo referente a nulidad de actuaciones es controversia procedimental, la Corte debe conocer de ésta si la ejecución —cuya nulidad se demanda— se originó por razón del contrato, y cuando entre ella y las otras solicitudes de la demanda hay un vínculo estrecho por razón de la causa" (G. J. XL, 613).

En sentencia de 24 de octubre de 1936, dijo:

"El interés de la Nación ha sido factor determinante del establecimiento de la competencia en asuntos de que conoce la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, según el artículo 40 del C. J.: no así el interés de la entidad o persona contratante con aquélla, que varía en cada caso. La calidad de la parte llamada "Nación", fija, pues, la competencia de la Corte. Y esto auncuando la demanda sea promovida por persona distinta del contratante particular". (G. J. XLIV, 588).

Y por último, en Auto de 28 de julio de 1938, declara:

"La Sala Civil de Unica Instancia ha establecido que tiene jurisdicción para conocer de los juicios contra la Nación, no solamente cuando son iniciados por los contratantes, sino también cuando son promovidos por terceros que comprueben su interés jurídico con relación a la cosa materia del contrato, como por ejemplo, la acción intentada por el dueño de un terreno hipotecado por otra persona a la Nación". (G. J. XLVII, 579).

Se ha incurrido, pues, en una causal de nulidad inallanable, por incompetencia de jurisdicción en el fallador de primera instancia, que es preciso declarar, de conformidad con lo prevenido por el artículo 455 del C. J.

Por lo expuesto, la Sala **resuelve:** declárase nulo todo lo actuado en este juicio, a partir del auto de ocho (8) de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá admitió la demanda. Las costas son de cargo del mismo Tribunal. (Artículo 458 del C. J.).

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charri — **Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez** — **Luis Rafael Robles**, con salvamento de voto—**Gualberto Rodríguez Peña**—**Nicolás Llinás Pimienta**, Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles

Sostiene la Sala en la anterior providencia que la competencia privativa de la Corte para conocer de los juicios de que trata el artículo 40 del Código Judicial "no se encuentra limitada a aquellas controversias que **tengan por objeto el contrato mismo,** a efecto de establecer la nulidad o invalidez de sus estipulaciones, interpretar el sentido exacto de alguna o algunas de sus cláusulas, etc., sino que comprende en general "todas las controversias **provenientes**" de él; es decir, que se originen o produzcan por razón de la estipulación misma, aún cuando el pleito pueda no versar sobre el contrato mismo".

Y agrega, después de este planteamiento previo, en relación con el caso de autos:

"Ahora bien. El litigio planteado por el señor Liévano en este juicio, no tiene por objeto el contrato que aquél sostiene se formalizó entre la Nación y el doctor Olarte; pero indudablemente y según los términos precisos de la demanda, **proviene** o se deriva del hecho —afirmado por el actor— de haber ella recibido de Olarte a título traslaticio contractual, la cilindradora de que Liévano continúa considerándose dueño, o cuyo dominio reputa limitado en favor suyo, por la prenda que anteriormente constituyera el mismo Olarte, como su causahabiente, y a la vez causante de la entidad demandada. Si el contrato de venta que, en concepto del actor, se acordó entre la Nación y el doctor Olarte, no se hubiera efectuado, y si como consecuencia de ese supuesto acuerdo, la segunda no hubiera recibido del primero la cilindradora cuya restitución se reclama, el señor Liévano nada hubiera tenido que pretender contra la Nación, ni, por lo tanto, la controversia de que aquí se trata hubiera podido promoverse".

De estos razonamientos deduce la Sala que del presente asunto no podía conocer el Tribunal Superior de Bogotá, por ser él de competencia privativa de la Corte en una sola instancia. Y así concluye por declarar la nulidad de toda la actuación procesal.

En mi concepto la Sala le atribuye un alcance demasiado amplio al artículo 40 del Código Judicial, alcance que no se compadece con su carácter de norma de excepción a lo dispuesto por el artículo 76 del mismo Código, conforme al cual los Tribunales Superiores conocen en primera instancia "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40".

Es cierto que de acuerdo con esta última disposición la Corte conoce privativamente y en una sola instancia "de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona"; pero a mi juicio las controversias **provenientes** de esos contratos son las que tienen **su origen** en ellos, las que de ellos se derivan directa e inmediatamente, no las que con ellos guarden una relación más o menos lejana. Como dijo el Ejecutivo al formular algunas observaciones al proyecto "sobre organización judicial y procedimiento civil", las controversias sometidas a la Corte en única instancia deben ser las **nacidas** de contratos celebrados con la Nación. Y esto sólo ocurre, a mi modo de ver, cuando el litigio versa sobre las obligaciones de esos contratos, o sobre su nulidad o invalidez, o sobre la interpretación de sus cláusulas, etc., como en varias ocasiones anteriores lo ha sostenido esta Sala.

Así, en sentencia de 31 de marzo de 1917, en relación con el alcance del ordinal 8º del artículo 40 del anterior Código Judicial, sustancialmente igual al artículo 40 del actual, dijo la Corte:

"Ahora bien: el ordinal 8º comprende forzosamente las controversias que se susciten sobre los contratos que haya celebrado el Poder Ejecutivo con los particulares, sobre los contratos mismos, mas no las que se susciten con relación a esos contratos. Estas no entran forzosamente en la excepción; sin ellas existe la excepción: luego no las comprende, una vez que las excepciones son de estricta interpretación.

'En consecuencia, las controversias que no versan sobre los contratos mismos, sino que se refieren a ellos, se rigen por la regla general". (Gaceta Judicial, Tomo XXVI, pág. 53).

Esta misma doctrina la ha mantenido la Corte durante la vigencia del actual Código Judicial, especialmente en la sentencia de 9 de septiembre de 1946, en que se lee:

"De manera que, aun prescindiendo de estudiar el punto de la influencia que pueda tener en la aplicabilidad del artículo 40 del Código Judicial la circunstancia especial de que el contrato que ha servido de ocasión al pago de lo no debido sea uno de los llamados contratos de **adhesión,** considerados por algunos expositores como cuasicontratos genuinos, obvio es que la competencia fijada, con carácter de excepcional, en la disposición legal que se acaba de citar, no puede extenderse a una acción en la cual no se controvierte ni la interpretación de un contrato, ni acerca del objeto del mismo, ni acerca de su ejecución como tal contrato, etc., y que por lo tanto no ha originado controversias sobre contrato alalguno...

'Podría pensarse, sin embargo, que para los efectos de la competencia privativa en una instancia que a la Corte asigna el artículo 40 del Código Judicial, basta que la acción nacida de un cuasicontrato haya tenido principio con ocasión de un contrato celebrado en nombre de la Nación, sin que se requiera, por tanto, que la acción instaurada sea en realidad una acción directamente nacida del contrato en sí.

"Empero, esta interpretación del contenido del artículo 40 del Código Judicial no halla justificación en la naturaleza misma de este precepto.

"Se trata, en efecto, de una disposición legal de carácter excepcional, restrictiva del principio jurídico, a toda luz razonable, de que por regla general en los juicios han de existir dos instancias o grados, de manera que una interpretación extensiva de la norma jurisdiccional que trae la disposición legal en consideración tropieza con la grave objeción de conducir ella a la supresión de una de las instancias del juicio, cuandoquiera que tal supresión no puede aceptarse en doctrina sino siempre que esté de por medio especial e inequívoco mandato de parte del legislador.

"Principalmente hoy, cuando esta Sala de la Corte conoce en general en segundo grado de los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores si en aquéllos es parte la Nación, parece no justificarse que en casos no estrictamente comprendidos dentro del alcance del artículo 40 del C. J., conozca precisamente esta misma Sala en una sola y única instancia y con pretermisión de la primera". (Gaceta Judicial, Tomo LXI, páginas 282 y 283).

Ahora bien. En el presente asunto lo que pide el demandante Nicolás Liévano es la reivindicación de una cilindradora que, según sus afirmaciones, es de su propiedad y la posee actualmente la Nación. En el fondo tanto la petición principal como la subsidiaria de la demanda tienden a la restitución de esa cilindradora. Por esto y por la relación de hechos del libelo he considerado que la referencia que en una y otra parte se hace a la venta que hizo Alfonso Olarte a la Nación de tal cilindradora, debía entenderse como simple indicación del medio por el cual la Nación había obtenido la posesión de ella. De otra parte, la misma providencia de la Sala reconoce que la actual controversia no versa ni sobre las obligaciones del contrato de venta de Olarte a la Nación ni sobre nada que se origine directamente de ese contrato, ya que la competencia privativa de la Corte la deduce de que "implícitamente, se somete al juicio del sentenciador la calificación de los efectos producidos por ese contrato de donde la posesión se deriva".

No son otras las razones que tengo para disentir de mis honorables colegas de Sala, en cuanto a la tesis que sirve de base a la providencia por la cual se declara la nulidad del presente juicio, que en mi concepto sí es de la competencia del Tribunal en primera instancia.

Puedo estar equivocado, pero como no he podido convencerme de las razones dadas por la Sala para decretar esa nulidad, cumplo con el deber de dejar expuestas las que yo tengo para apartarme de su ilustrado parecer.

Bogotá, doce de julio de mil novecientos cincuenta.

Luis Rafael Robles

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EXTRAVIO DE UNAS ENCOMIENDAS CONFIADAS A LOS CORREOS NACIONALES

1.—En el presente negocio, en el cual el apoderado del actor reclama de la Nación el pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato, no surge por parte alguna la responsabilidad contractual, ni siquiera la extracontractual. En el caso de autos se trata simplemente de la prestación de un servicio público por parte del Estado; y ante esta situación, las relaciones entre la entidad que presta el servicio y los usuarios se rigen por especiales disposiciones de derecho público.

2.— El demandante no puede darse una jurisdicción determinada por el conocimiento de su reclamación cuando ella —como en el caso de autos— está expresamente señalada en las disposiciones de derecho público reglamentarias del servicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Por medio de apoderado y ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Silvano Parra R. demandó a la Nación para que, mediante los trámites de un juicio ordinario se la declarara responsable del incumplimiento de un contrato y se fijara el monto de los perjuicios a cargo de ella.

El doctor Rafael Durán Trujillo, quien actuó como apoderado del demandante durante todo el juicio, solicitó del Tribunal las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que la Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales de lucro cesante y daño emergente, y de los perjuicios morales afectivos, recibidos por el señor Silvano Parra R. con motivo de las pérdidas de tres remesas de cigarros y cigarrillos confiados a los correos nacionales en la ciudad de Bucaramanga, los días tres de agosto, catorce y veintiuno de septiembre de 1943.

"**Segunda.**—Que en consecuencia, la Nación colombiana debe pagar a Silvano Parra R., tres días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este negocio, la cantidad de cuatro mil dieciocho pesos con veintidós centavos ($ 4.018.22) moneda legal colombiana, valor en que estimo los perjuicios de orden material (lucro cesante y daño emergente) y moral de afección sufridos por mi poderdante, o la suma que se demuestre en el juicio conforme a derecho".

En la enumeración de los hechos, del 1º al 6º el doctor Durán Trujillo hace una relación detallada de las remesas despachadas por su poderdante, de las ciudades donde éstas fueron confiadas a los correos nacionales, y del destino, contenido, valor, peso y marca de cada una de las piezas enviadas. En el numeral 7º se refiere a la duración media del trasporte por correo nacional entre Bucaramanga y Leticia, que fija en treinta días y pone de presente que 'las mencionadas remesas llevan de haber sido colocadas en el correo casi dos años, o sea, desde agosto y septiembre de 1943".

Son también hechos de la demanda:

"8º—Hasta el momento ninguna de las tres remesas de que se habla en los anteriores puntos, ha sido entregada a su dueño señor Parra R., en Leticia, con lo cual el Estado colombiano a la luz de claras disposiciones legales sobre responsabilidad civil, se hace responsable del incumplimiento del contrato de transporte celebrado con el señor Silvano Parra R., en el lugar fijado y en el tiempo estrictamente necesario para el efecto.

"9º — Los perjuicios correspondientes al daño emergente se deducen aritméticamente de las facturas números 348, 423 y 347 que amparaban respectivamente las remesas de que se habla en los números 1º, 3º y 5º de esta demanda.

"10—Los perjuicios que por lucro cesante ha recibido mi poderdante en el tiempo de estar perdidas las nombradas remesas son cuantiosos, dada la provechosa utilidad que se le obtiene al artículo de tabaco en Leticia. Basta decir que cada cuatro meses se operaba por el señor Parra la negociación completa de compra y venta de las pequeñas remesas que efectuaba, incluyendo el mes

que duraba el transporte de Bucaramanga a Leticia, y que cada cigarro 0091 le hacía una utilidad de $ 0.06 y que a cada cajetilla de cigarrillo Río de Oro le obtenía un provecho de $ 0.05.

"11.—Ante el Ministerio de Correos y Telégrafos presenté reclamo, pero nada decidió este organismo administrativo, porque ya había transcurrido más de un año, desde el día que las remesas fueron introducidas a los correos en Bucaramanga".

El H. Tribunal Superior de Bogotá puso fin al juicio en cuestión por medio de la sentencia de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, de la cual apeló para ante esta Superioridad el señor apoderado del actor. En consecuencia, previo el lleno de los trámites procedimentales de la segunda instancia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia procede a decidir.

El señor Silvano Parra, en los meses de agosto y septiembre de 1943, confió al cuidado de los correos nacionales, en sus dependencias de Bucaramanga unas remesas de cigarros y cigarrillos con destino a Leticia, sede de sus negocios. Hasta la fecha de la demanda instaurada ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, las citadas encomiendas no habían sido transportadas al lugar de su destino, ni sobre su paradero se daba razón alguna.

El abogado del actor, doctor Rafael Durán Trujillo, en su libelo de demanda imputa responsabilidad a la Nación colombiana "por incumplimiento del contrato de transporte celebrado con el señor Silvano Parra R., en el lugar fijado y en el tiempo estrictamente necesario para el efecto".

Fundándose en esta calificación jurídica del hecho, el H. Tribunal en auto de fecha 16 de diciembre de 1946, **"declara nulo todo lo actuado"** en el juicio, por cuanto "De conformidad con el artículo 40 del Código Judicial, de esta clase de acciones contra la Nación corresponde conocer a la Sala Civil de Unica Instancia. Y como ésta es una **jurisdicción privativa e improrrogable,** carece de ella el Tribunal ante quien se ha ejercitado la presente acción". En relación con esta providencia el apoderado del actor interpuso el recurso de reposición y el de apelación, en subsidio. Negado le fue el primero; y en virtud del segundo, que fue concedido en el efecto suspensivo, vino el negocio a la Corte.

Fue entonces cuando, en ponencia del Magistrado doctor Eleuterio Serna R., esta Sala en auto fechado el ocho de septiembre de 1947, dijo: "Para la Corte el asunto de las encomiendas por el correo nacional, a que se refiere la demanda, no encaja ni en los contratos civiles ni en los administrativos. Se relaciona, más bien, con la prestación de un servicio público, como una atribución del Estado, mediante el pago de una tarifa o aporte del ciudadano en el sostenimiento de una empresa necesaria para los fines de interés colectivo". Para concluir negando la competencia de la Corte en única instancia y declarar que, "el conocimiento corresponde al Tribunal de acuerdo con el artículo 76 del Código Judicial".

El **a quo,** en la sentencia que puso fin a la primera instancia de este negocio, acogió la tesis del servicio público expuesta por la Corte en el auto precitado. De esa providencia son los apartes siguientes:

"Ahora bien, tratándose de la prestación de un servicio público, como anteriormente se dijo, cree el Tribunal que el estatuto orgánico del servicio de encomiendas es el único acto que marca las relaciones entre el Estado, que presta el servicio por intermedio de los correos, y el usuario de ellos, quien necesariamente está sometido a ese estatuto desde el momento mismo en que hace uso del servicio público regido, **no por normas de derecho civil,** como lo expresa la H. Corte, sino por normas de derecho público. De consiguiente, las obligaciones y derechos del usuario no pueden ser otros que los señalados en el estatuto orgánico del servicio de encomiendas.

"Siguiendo esta interpretación, que el Tribunal considera ajustada a derecho, lógico y necesario es concluir que el demandante en el presente juicio dejó voluntariamente de ocurrir con oportunidad ante el Ministerio de Correos a hacer su reclamación por la pérdida de las mercaderías que dice fueron consignadas en los correos nacionales, en Bucaramanga.

"Las normas de derecho público que trae el Decreto 20 de 1939, originario del Ministerio de Correos y Telégrafos, fijan el término de un año para que el usuario de los servicios públicos de encomiendas pueda reclamar por la pérdida de éstas; por lo tanto no es admisible que ahora, cuando ya no es oportuno reclamar ante el Ministerio, por haber dejado pasar el tiempo que se tenía para ello, venga a reclamarse el pago de perjuicios con apoyo en disposiciones de carácter civil que no son aplicables al caso de autos porque, como ya se vio, el servicio de encomiendas se rige por disposiciones de derecho público, a las

cuales deben someterse tanto la administración como el usuario del servicio, quien debe conocer el respectivo estatuto.

.....

"**Tercera cuestión.**—Corolario obligado de todo lo que se ha expuesto hasta aquí es, que no puede radicarse en cabeza de la Nación responsabilidad alguna por la pérdida de las mercaderías que el demandante afirma que le fueron confiadas a los correos nacionales, porque tratándose, como se trata, de un servicio público que se gobierna por normas de derecho público a las cuales quedan sometidos, tanto la administración como el particular, a esas normas debió acogerse el señor Silvano Parra para reclamar ante la administración la indemnización que consagra el estatuto orgánico en lo relativo a las encomiendas, y como no lo hizo oportunamente, no es dado ahora exigir responsabilidad apoyándose en normas de derecho civil que no son aplicables a los servicios públicos.

.....

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Plena Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones de la demanda que originó el presente juicio y en consecuencia, absuelve a la Nación de todos los cargos que en ella fueron formulados".

En el presente negocio, en el cual el apoderado del actor reclama de la Nación el pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato, no surge por parte alguna la responsabilidad contractual ni siquiera la extracontractual. En el caso de autos se trata simplemente, de la prestación de un servicio público por parte del Estado; y ante esta situación las relaciones entre la entidad que presta el servicio y los usuarios se rigen por especiales disposiciones de derecho público.

El estatuto orgánico del servicio de encomiendas en el interior es el Decreto número 20 de 1939, dictado por el Gobierno en virtud de la facultad expresa que para reglamentar los ramos de Correos y Telégrafos, le confirió la Ley 76 de 1914. El artículo 113 de este Decreto, que se refiere a los casos en los cuales "Cesa toda responsabilidad del Servicio Postal", dice en su numeral f): "Cuando no se haya hecho la reclamación correspondiente dentro del término de un año, a contar del día siguiente al de la fecha de introducción del envío en el correo".

Y en el mismo libelo de la demanda, el abogado Durán Trujillo, en el numeral 11 de la relación de los hechos, inicialmente transcrito, se encarga de poner de presente la tardanza de su reclamo ante el Ministerio respectivo y la negativa de éste para conocer del asunto por cuanto "ya había transcurrido más de un año, desde el día que las encomiendas fueron introducidas a los correos en Bucaramanga".

"....cuando el señor Parra utilizó el servicio público de los correos para el envío de su mercancía —anota la Procuraduría— aceptó expresamente las condiciones reglamentarias de ese servicio, no solamente en lo relativo a las estipulaciones sobre conducción de las mercaderías, sino también en cuanto al procedimiento consagrado en esos reglamentos para el caso de una posible reclamación por mala prestación del servicio o su incumplimiento. Y, a su vez, la Nación adquirió el compromiso de garantizar la eficacia del servicio y cumplir las obligaciones prescritas en esos mismos reglamentos".

El señor Parra, pues, de acuerdo con la ley, tenía un lapso de tiempo suficientemente amplio, un año, para intentar su reclamación ante el Ministerio de Correos y Telégrafos. Como no lo hiciera oportunamente, caducó la acción correspondiente y ninguna declaración podía posteriormente conseguir ante los Tribunales ordinarios, ajenos a ese conocimiento, y bajo el amparo de normas de derecho privado, no aplicables tampoco al litigio.

Como afirma el señor Procurador Delegado en lo Civil, "...el demandante no puede darse una jurisdicción determinada para el conocimiento de su reclamación cuando ella —como en el caso de autos— está expresamente señalada en las disposiciones de derecho público reglamentarias del servicio. Ya hemos visto que el Decreto mencionado dispone que la reclamación debe hacerse ante el Ministerio de Correos y Telégrafos y es ante aquella entidad que ha debido acudir el señor Parra en tal solicitud. Y aunque el Decreto número 20 de 1939 no dispone expresamente que si el peticionario no se conformara con la resolución del Ministerio, puede acudir a la justicia

contencioso-administrativa, es lógico deducir que por la naturaleza misma de la reclamación y ante la providencia del Ministerio, la vía indicada para obtener la nulidad de esa resolución y el reconocimiento de los perjuicios sufridos, es acudir a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo".

Ante los hechos enumerados y en mérito de las razones aducidas, 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 fecha veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida por el H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Silvano Parra contra la Nación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACLARACION Y ENMIENDA DE SENTENCIAS

La pretensión del peticionario en el sentido de que la Corte ENMIENDE la sentencia de que se trata, equivale a que la misma sea REFORMADA por la entidad que la pronunció, a lo que se opone perentoriamente el siguiente principio acogido en el artículo 482 del C. J.: "La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, trece de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor Rafael Durán Trujillo, hablando en nombre del actor, y en virtud de escrito fechado el 17 de junio del año en curso, solicitó **aclaración** de la sentencia que en el juicio de Silvano Parra contra la Nación fue dictado por esta Sala de la Corte el 25 de mayo próximo pasado.

En la solicitud de aclaración se afirma que la sentencia "contiene conceptos que ofrecen verdadero motivo de duda". Y a renglón seguido se manifiesta: "Desde luego, la aclaración a la sentencia, que imploro antes de quedar ejecutoriada, no tiene por finalidad suscitar orientaciones doctrinarias, ni simples especulaciones adjetivas de derecho, sino **enmiendas** que tengan consecuencias judiciales, favorables al demandante". (El subrayado es de la Sala).

El peticionario, pues, no aspira a la aclaración de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, según lo prevenido en el artículo 482 del C. J., sino que pretende algo que vá más allá de lo que sobre el particular permite la referida norma procesal.

En efecto, la pretensión del peticionario en el sentido de que la Corte **enmiende** la sentencia de que se trata equivale a que la misma sea **reformada** por la entidad que la pronunció, a lo que se opone perentoriamente el siguiente principio acogido en el citado artículo 482 del C. J.: "La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado".

Son suficientes las consideraciones anteriormente consignadas para que la Sala concluya por negar, como en efecto niega, la solicitud de aclaración formulada en el precedente escrito del señor apoderado de la parte actora.

Notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION EJECUTIVA DE UNA OBLIGACION DE NO HACER. — EL PRECEPTO DE QUE NO PUEDE LITIGAR QUIEN NO ES ABOGADO NO ES APLICABLE A LA INTERPOSICION POR PARTE DEL DEMANDADO DE LOS RECURSOS A QUE TENGA DERECHO CONTRA LA PROVIDENCIA INICIAL DEL PROCESO. — LAS OBLIGACIONES DE NO HACER NO SON SUSCEPTIBLES DE EJECUCION FORZOSA Y A ELLAS NO ES APLICABLE LISA Y LLANAMENTE EL ARTICULO 549 DEL C. JUDICIAL

1.—Es evidente que la apelación de una providencia constituye un verdadero acto de litigación procesal, ya que con esa manifestación se pretende que el superior rectifique lo resuelto por el inferior. Y no es menos cierto igualmente que la ley 69 de 1945, al determinar las excepciones al precepto de que "nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito", no incluye los recursos que puede interponer el demandado contra la providencia inicial del juicio, a pesar de que no había por qué suponer que éste tuviera desde entonces un abogado listo para su defensa.

Sin embargo, no puede desconocerse la exacta posición del demandado respecto de la primera providencia que se le notifica. En efecto, si es a partir de ese momento cuando él debe buscar el abogado que lo asista en el pleito, por fuerza necesitará algún término prudencial para conseguirlo, dentro de tres días de que dispone para formular sus reclamos. Y si entre tanto esta oportunidad puede menoscabársele o extinguírsele, ¿no pecaría una aplicación estricta del precepto en referencia contra el principio de la igualdad de las partes en el proceso, de inspiración marcadamente constitucional?

De otra parte, tratándose de una norma expedida con un sentido de protección o beneficio, tendiente a que las partes defiendan mejor sus intereses, es lo lógico darle una interpretación restringida en un caso como el actual, para que no redunde su aplicación en perjuicio de aquellos mismos a quienes se pretendía favorecer.

Por esto, para la Sala el precepto general en cuestión, respecto del demandado, no puede aplicarse a los recursos que éste tiene derecho a interponer contra la providencia inicial del proceso, pero siendo entendido que una vez vencido el término para esos reclamos, cualquiera gestión posterior suya debe hacerla por conducto de abogado inscrito.

2.—A las obligaciones de no hacer no se les puede aplicar lisa y llanamente el artículo 549 del Código Judicial, conforme a cuyo texto se puede exigir la ejecución de las resoluciones judiciales desde su ejecutoria, si en ellas mismas no se señala plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaran.

Y esto es así porque las obligaciones de no hacer, consideradas en sí mismas, no son susceptibles de ejecución forzosa, como se desprende de su propia naturaleza y lo reconoce el artículo 982 del Código Judicial, cuando establece que del documento o la decisión judicial debe resultar a cargo del demandado "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", con lo cual implícitamente quedaron excluídas del procedimiento de apremio las prestaciones específicas de no hacer.

No puede ignorarse que estas obligaciones de no hacer sólo se infringen cuando el deudor ejecuta el hecho o hechos de que ha debido abstenerse, y que es entonces cuando se resuelven en la obligación de indemnizar perjuicios, los cuales no se deben sino "'desde el momento de la contravención", como lo dispone el artículo 1615 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

En un juicio ordinario seguido por el Departamento del Tolima contra la sociedad The Dorada Extension Railway Limited, relacionado con el contrato de concesión del Ferrocarril de La Dorada, la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos treinta, falló en definitiva:

"La Compañía demandada está en la obligación de permitir que el Departamento demandante tenga un inspector que vigile el movimiento de transporte de la carga en el ferrocarril de La Dorada, en los términos que declara la cláusula cuarta del contrato".

Con base en este fallo de la Corte el doctor Hernando Devis Echandía, como apoderado del Departamento del Tolima, solicitó del Tribunal Superior de Ibagué que se librara mandamiento ejecutivo a favor de su mandante y contra The Dorada Railway Company Limited, sociedad que antes se denominaba The Dorada Extension Railway Limited, para lo siguiente.

"**Primero.** Para que se pague al Departamento del Tolima el valor de los perjuicios que ha recibido por el incumplimiento de la obligación consistente en permitir que el Departamento tenga un inspector que vigile y controle el movimiento de transporte de la carga en el ferrocarril de La Dorada, en los términos a que fue condenada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 4 de noviembre de 1930, recaída en el juicio ordinario del Departamento contra The Dorada Extension Railway Limited, denominación anterior de la demandada, y durante los diez años anteriores a la fecha de la notificación del mandamiento ejecutivo que se dicte en este juicio, perjuicios que estimo así:

"A—En la suma mensual de diez mil seiscientos sesenta pesos ($ 10.660.00), como capital, por los siguientes conceptos:

"1—Por sumas pagadas a los empleados encargados del control del movimiento de la carga en el ferrocarril, a razón de ciento sesenta pesos ($ 160.00) mensuales;

"2—Por las sumas dejadas de recibir como participación en el transporte de la carga, a razón de cinco centavos ($ 0.05) por cada carga de ciento cincuenta kilogramos conforme a la misma sentencia de la Corte citada y al contrato de 7 de junio de 1881 celebrado entre don Francisco J. Cisneros y el Estado Soberano del Tolima, del cual es cesionaria actual la sociedad demandada, a razón de diez mil pesos ($ 10.000.00) mensuales;

"3—Por los gastos hechos por el Departamento como consecuencia o por causa de dicho incumplimiento, a razón de quinientos pesos ($ 500.00) mensuales.

"B—En los intereses legales de las sumas anteriores, a razón del seis por ciento (6%) anual, respecto de cada mensualidad, durante los diez años anteriores a la fecha de la intimación o notificación del mandamiento ejecutivo y hasta que se verifique el pago.

"**Segundo.** Para que cumpla en lo sucesivo, a partir de la notificación del mandamiento ejecutivo o del vencimiento del término que en el mismo se le fija, la obligación de permitir que el Departamento tenga un inspector que vigile y controle el movimiento de transporte de la carga, conforme la citada sentencia de la Corte Suprema lo dispuso y con derecho a inspeccionar dicho movimiento sobre los libros y papeles de la compañía, para que pueda surtirse efectivamente esa vigilancia y ese control, o en la forma que ese Tribunal establezca.

"Tercero. Para que en caso de renuencia a cumplir la obligación a que se refiere el punto anterior y en la forma que allí se determine, pague al Departamento demandante la suma mensual de diez mil seiscientos sesenta pesos ($ 10.660.00), como perujicios y proporcionalmente por fracción de mes, conforme a la estimación especificada que en el punto primero se hace, con sus intereses legales a razón del 6% anual sobre cada mensualidad o fracción, y mientras exista el transporte de carga por el Ferrocarril de La Dorada.

"En subsidio del punto anterior, tercero:

"Para que en caso de renuencia a cumplir la obligación a que se refiere el punto segundo, pague al Departamento del Tolima la suma mensual que fije ese Tribunal y proporcionalmente por fracción de mes, más los intereses legales a razón del 6% anual respecto de cada mensualidada o fracción.

"**Cuarto.** Para que pague las costas del juicio".

El Tribunal de Ibagué consideró la aludida sentencia de la Corte como suficiente recaudo para la mayor parte de las prestaciones demandadas, y de este modo libró mandamiento ejecutivo contra The Dorada Railway Company Limited y a favor del Departamento del Tolima, con fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, así:

"1º Para que pague la cantidad mensual de diez mil seiscientos sesenta pesos ($ 10.660.00), moneda corriente, por concepto de los perjuicios cau-

sados con el incumplimiento del contrato referido en la parte motiva de esta providencia, en el lapso de diez años atrás, contados a partir de la notificación de esta misma providencia.

"2º Para que se abstenga de entrabar y en cambio permita al Departamento la libre inspección del transporte de carga en el Ferrocarril de La Dorada, desde la fecha de intimación de este auto en adelante, so pena de pagar la misma cantidad mensual de dinero a que se refiere el numeral anterior; y

"3º Para que pague las costas de esta ejecución".

Este mandamiento de pago se le notificó e intimó el dieciocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis al señor Alexander Kippen, representante de la entidad demandada, quien en ese mismo acto denunció bienes, nombró secuestre y perito avaluador y apeló del auto ejecutivo.

Después de concedida dicha apelación en el efecto devolutivo, el apoderado del Departamento denunció como bienes de la empresa "la línea férrea tendida entre las estaciones ferroviarias de Ambalema y La Dorada, junto con la zona de terreno ocupada por ella, y todas las locomotoras, vagones, autoférros, planchones, plataformas, mesitas y demás accesorios que constituyen el Ferrocarril de La Dorada y que la Compañía ejecutada posee a todo lo largo de la citada ferrovía".

El Tribunal decretó el embargo, secuestro y avalúo de estos bienes por auto de diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, pero más tarde revocó esta providencia por la de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, a solicitud del apoderado de la empresa demandada.

De este último proveído se le concedió apelación al apoderado del Departamento, en el efecto suspensivo.

Con tales antecedentes subió el presente negocio a esta Sala de la Corte, donde ahora se procede a revisar las providencias reclamadas, agotado como se halla el trámite previsto por el artículo 502 del Código Judicial, que fue aprovechado por las partes para exponer ampliamente sus puntos de vista.

El mandamiento de pago

Considera el señor apoderado del Departamento, a propósito de la apelación del mandamiento ejecutivo, que ésta carece de eficacia o fuerza dentro del proceso, ya que quien la interpuso no tiene el carácter de abogado inscrito, que hoy es requisito indispensable para todo acto de litigación en causa propia o ajena, salvo las excepciones previstas en la Ley 69 de 1945.

Dice a este respecto el señor apoderado del Departamento, en algunos apartes de su alegato ante la Corte:

"La ley 69 establece un principio general, de orden público por tratarse de cuestiones procesales: para litigar en causa propia es necesario tener la calidad de abogado inscrito; que también puede ser enunciado así: para que las personas capaces puedan concurrir a juicio, deben tener la calidad de abogados inscritos en el respectivo despacho judicial.

".... ....

"En nuestro concepto, cuando un juicio debe tramitarse por medio de abogado inscrito, el demandado únicamente puede notificarse personalmente de la demanda, pero no le es permitido ejércer los recursos que conforme a la ley podrían formularse en el acto mismo de la notificación, como apelaciones o reposiciones, sea que se trate de demanda ordinaria o especial, como la ejecutiva. El sentido de la ley es claro: se trata de impedir que se litigue en forma personal, cuando no se es abogado inscrito; y nadie discutirá que el ejercicio de esos recursos es un acto del proceso, de idéntica naturaleza a la alegación en derecho o presentación de peticiones en memoriales separados. No vemos la diferencia que haya entre pedir reposición o apelar de un acto de mandamiento de pago en el acto de la notificación, y hacerlo luego, dentro de su ejecutoria, por memorial separado. Además, cuando se dice que el demandado litiga, se está necesariamente refiriéndose al ejercicio de los recursos que para su defensa le permite la ley; y no otra cosa sucede cuando apela o pide reposición; máxime si se piensa que muy bien puede suceder que mediante esos recursos de apelación, se adelante la totalidad del juicio, sin que sea necesario actuación distinta del demandado.

"Una interpretación extensiva de las excepciones (lo que sería contrario a la hermenéutica) le restaría a la ley su eficacia. Por último, si solamente pueden, fuera de los casos taxativamente enumerados en los cinco primeros ordinales, presentarse sin necesidad de apoderado las simples peticiones de que habla el artículo 45 de la Constitución, no vemos cómo pueda llegarse a otra conclusión".

Se observa:

Es evidente que la apelación de una providencia constituye un verdadero acto de litigación procesal, ya que con esa manifestación se pretende que el superior rectifique lo resuelto por el inferior. Y no es menos cierto igualmente que la ley 69 de 1945, al determinar las excepciones al precepto de que "nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito", no incluye los recursos que puede interponer el demandado contra la providencia inicial del juicio, a pesar de que no había por qué suponer que éste tuviera desde entonces un abogado listo para su defensa.

Sin embargo, no puede desconocerse la exacta posición del demandado respecto de la primera providencia que se le notifica. En efecto, si es a partir de ese momento cuando él debe buscar el abogado que lo asista en el pleito, por fuerza necesitará algún término prudencial para conseguirlo, dentro de los tres días de que dispone para formular sus reclamos. Y si entre tanto esta oportunidad puede menoscabársele o extinguírsele, ¿no pecaría una aplicación estricta del precepto en referencia contra el principio de la igualdad de las partes en el proceso, de inspiración marcadamente constitucional?

De otra parte, tratándose de una norma expedida con un sentido de protección o beneficio, tendiente a que las partes defiendan mejor sus intereses, es lo lógico darle una interpretación restringida en un caso como el actual, para que no redunde su aplicación en perjuicio de aquellos mismos a quienes se pretendía favorecer.

Por esto para la Sala el precepto general en cuestión, respecto del demandado, no puede aplicarse a los recursos que éste tiene derecho a interponer contra la providencia inicial del proceso, pero siendo entendido que una vez vencido el término para esos reclamos, cualquiera gestión posterior suya debe hacerla por conducto de abogado inscrito.

Por lo tanto, no habiendo motivo que impida la revisión del auto ejecutivo apelado, se entra desde luégo a su estudio.

Según el fallo de la Corte de 1930, la empresa ejecutada quedó en la obligación de **permitir** que el Departamento del Tolima inspeccionara el transporte de carga por el Ferrocarril de La Dorada; es decir, que al ejercitar el Departamento ese derecho de inspección expresamente reconocido por la cláusula cuarta del contrato de 1881, la compañía concesionaria debía abstenerse de todo hecho que pudiera entorpecerlo o entrabarlo.

Ciertamente el inspector designado por el Departamento debía y debe tener puerta franca para revisar las cuentas y planillas relacionadas con el transporte de carga por el Ferrocarril, como lo sostiene el apoderado de la entidad ejecutante; pero de esas facilidades no se deduce ninguna obligación positiva para la empresa demandada, sino únicamente la negativa de no poner obstáculos a dicha revisión, como parte de la más general de no estorbar en ningún sentido la fiscalización del Departamento.

En suma, la obligación de que trata la sentencia de la Corte es una típica obligación de no hacer, precisamente la correlativa al derecho de inspección concedido al Departamento para el contrato de concesión de 1881.

Así lo reconoció expresamente el Tribunal en la providencia recurrida, pero agregando que la compañía concesionaria estaba en mora de cumplir dicha obligación, por lo cual consideró procedente la ejecución por perjuicios que se había solicitado.

Dijo el Tribunal:

"Este derecho, reconocido por la Corte Suprema en la sentencia atrás citada, impuso a la Compañía la obligación correlativa de dejar hacer, que no quedó sujeta a un plazo dado en la aludida sentencia, desde luego que nació con el contrato mencionado. Luego la sociedad está en mora de permitir o no entrabar la inspección del transporte de carga, y, por lo tanto, la resolución de la Corte puede exigirse ejecutivamente desde que quedó ejecutoriada (artículos 1608 del C. C. y 549 y 952 del C. J.)".

Hay en estas apreciaciones del Tribunal, a juicio de la Sala, una verdadera confusión, que procede de no haber tenido en cuenta las especiales características de las obligaciones de no hacer, a las cuales no se les puede aplicar lisa y llanamente el artículo 549 del Código Judicial, conforme a cuyo texto se puede exigir la ejecución de las resoluciones judiciales desde su ejecutoria, si en ellas mismas no se señala plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaran.

Y esto es así porque las obligaciones de no hacer, consideradas en sí mismas, no son susceptibles de ejecución forzosa, como se desprende de su propia naturaleza y lo reconoce el artículo 982 del Código Judicial, cuando establece que del documento o la decisión judicial debe resultar a cargo del demandado "una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de en-

tregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero", con lo cual implícitamente quedaron excluídas del procedimiento de apremio las prestaciones específicas de no hacer.

No puede ignorarse, como lo hace el **a quo**, que estas obligaciones de no hacer sólo se infringen cuando el deudor ejecuta el hecho o hechos de que ha debido abstenerse, y que es entonces cuando se resuelven en la obligación de indemnizar perjuicios, los cuales no se deben sino "desde el momento de la contravención", como lo dispone el artículo 1615 del Código Civil.

Por esto no puede decirse que el simple fallo de la Corte de 1930 preste mérito ejecutivo, comoquiera que de allí no se deduce, a cargo de la empresa demandada, sino la obligación de no estorbar o entorpecer la inspección del Departamento sobre el transporte de carga por el Ferrocarril, pero en ningún caso la de indemnizar perjuicios a la entidad ejecutante, ya que en las obligaciones de no hacer esos perjuicios, como se ha visto, sólo surgen "si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho" (artículo 1612 del C. C.).

Además, como en este asunto no hay prueba alguna sobre hechos ejecutados por la empresa demandada en contra de su obligación de permitir o no estorbar la acción fiscalizadora del Departamento, resulta innecesario examinar ahora el artículo 991 del Código Judicial, sobre cuyo alcance, en relación con las obligaciones de no hacer, han discurrido ampliamente las partes.

El auto de 21 de febrero de 1947

Siendo así que el mandamiento de pago librado en este juicio habrá de revocarse, según lo dicho anteriormente, no hay para qué estudiar aquí la legalidad o ilegalidad de la providencia de 21 de febrero de 1947, ya que por virtud de esa revocación habrá de quedar sin efecto toda la actuación posterior del proceso.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala de Negocios Generales de la Corte RESUELVE:

Revócase el mandamiento ejecutivo decretado en este juicio contra The Dorada Railway Company Limited y a favor del Departamento del Tolima, el cual lleva fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y seis.

En consecuencia, decrétase el desembargo de los bienes sometidos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La circunstancia de estar amparado el juego que es objeto del contrato que se afirma es nulo por ilicitud de la causa y del objeto, con una patente extendida por el Gobierno Nacional, con el lleno, a no dudarlo, de las formalidades legales, es un antecedente que envuelve la presunción de no atentar contra las buenas costumbres, comoquiera que según el artículo 5º de la ley 31 de 1925 el Gobierno no puede conceder privilegios "en el caso de que la invención, mejora o nueva industria sea contraria... a las buenas costumbres..."

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Mediante Resolución Ejecutiva, expedida el 30 de agosto de 1929 por el señor Presidente de la República y su Ministro de Industrias, se puso en posesión al señor Luis Forero Román del privilegio exclusivo para explotar, en todo el territorio de la República su invento consistente en una **lotería de precisión,** por el término de diez años a partir de esa fecha, patente distinguida con el número 2586 y traspasada luégo al señor Hipólito Astrálaga por su propietario, conforme a reconocimiento y certificado emanados del Ministerio de Industrias con fecha 6 de noviembre del mismo año de 1929.

Vigente aún la mencionada patente, es decir, antes de expirar el término de diez años que amparaba el privilegio exclusivo concedido para explotarla, la Asamblea Departamental del Atlántico expidió la Ordenanza número 53-bis de 1937, sancionada el 28 de junio de dicho año, por medio de la cual ordenó al Gobernador de allí que en representación del Departamento procediera a celebrar con el señor Hipólito Astrálaga, en su calidad de propietario del juego denominado "Lotería de Precisión", un contrato para la explotación comercial de dicho juego, sujetando la explotación a las disposiciones de los artículos 2º de la Ordenanza 56 de 1931 y 1º de la Ordenanza 30 de 1935, y, además, después de señalar las condiciones esenciales del contrato, dispuso fijar como término de éste, el día 30 de agosto de 1939, fecha del vencimiento del privilegio de la patente, y también que "en el caso que el contratista obtenga la prórroga del privilegio de que goza, el contrato se entenderá por ese solo hecho, automáticamente prorrogado por todo el tiempo a que se extiende la prórroga que aquí se prevé".

En cumplimiento de lo dispuesto por la Ordenanza en referencia, el señor Gobernador del Departamento del Atlántico celebró con el señor Astrálaga el contrato de que da cuenta el instrumento Público número 315 de 28 de marzo de 1938, de la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, debidamente registrado en la oficina respectiva en la misma fecha. En dicho contrato se estipuló, entre otras cosas, después de indicarse su objeto —explotación comercial por parte del contratista del juego denominado "Lotería de Precisión"—, las normas legales a que debía sujetarse la explotación, la cuantía del derecho que debía pagar el contratista al Departamento, la forma de pago, etc., lo siguiente: "**Undécima.** El término de este contrato será hasta el día 30 de agosto de 1939, fecha en que vence el privilegio de la patente número 2586, que ampara el juego en mención. — **Duodécima.** En el caso de que el contratista obtenga la prórroga del privilegio de que goza, el presente contrato se entenderá por este solo hecho, automáticamente prorrogado por todo el tiempo a que se extienda la prórroga que aquí se prevé"; estipulaciones éstas pactadas en un todo de acuerdo con lo prevenido en la ordenanza aludida.

Dicho contrato fue sometido a la revisión de la Asamblea Departamental del Atlántico y aprobado por la Ordenanza número 4 de 1938; y posteriormente (agosto de 1944), fue estudiado por el Tribunal Administrativo de Barranquilla, entidad ésta que lo halló ajustado a las autorizaciones contenidas en las Ordenanzas respectivas dadas por aquella Asamblea.

El contratista Astrálaga, de acuerdo con lo pactado con el Departamento, procedió a la explotación del juego y continuó haciéndolo sin mayores tropiezos hasta fines de agosto de 1944, en que venció la primera prórroga de cinco años que le concediera el Ministerio de la Economía Nacional por Resolución expedida el 31 de julio de 1939, para continuar usando en todo el territorio de la República la mentada patente, sin lograr hacerlo durante el período de otros cinco años que contempla la segunda y última prórroga que le otorgara el mismo Ministerio por medio de Resolución dictada el 5 de mayo de 1944, por cuanto la Gobernación del Departamento estimó que conforme a lo estipulado en la preinserta cláusula duodécima del contrato, la prórroga de éste solamente operaba hasta el 30 de agosto de 1944, es decir, al vencimiento de aquella primera prórroga que Astrálaga solicitó y obtuvo del Ministerio; y, además, por no estar la Gobernación "dispuesta a celebrar nuevo contrato sobre explotación en el territorio del Departamento del juego denominado Lotería de Precisión", según lo expresó en Resoluciones distinguidas con los números 387 y 396 de 4 y 12 de septiembre de 1944, respectivamente.

Como Astrálaga no se conformara con lo resuelto por la Gobernación, por estimar que la duración del contrato se extendía, según lo estipulado en la cláusula duodécima, a las dos prórrogas, y no solamente a la primera, que obtuvo del Ministerio de la Economía Nacional para continuar en el goce del privilegio de la patente, decidió acudir ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para demandar, en libelo presentado el 9 de noviembre de 1944, por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, los pronunciamientos siguientes:

"**Primero.**—Que el Departamento del Atlántico, en su calidad de persona jurídica, ha infringido por actos deliberados, el contrato que el Gobernador del Departamento celebró conmigo, con aprobación de la Asamblea, y que consignamos en la escritura pública número 315 de fecha 28 de marzo de 1938, otorgada ante el Notario Público Segundo del Circuito de Barranquilla, sobre explotación en el territorio del Atlántico de mi invento denominado "Lotería de Precisión".

"**Segundo.**—Que habiendo infringido el Departamento sin motivo legal dicho contrato, causándome con ello cuantiosos perjuicios debe ser condenado a continuar cumpliendo como lo hizo hasta el 2 de agosto del año en curso, por el tiempo que falta para que expire la vigencia del mismo, y fijando la sentencia el día que el Departamento debe principiar a cumplirlo de nuevo, inmediatamente que aquélla quede ejecutoriada.

"**Tercero.**—Que si el Departamento del Atlántico se abstiene de seguir cumpliendo el contrato celebrado conmigo sobre explotación comercial de la "Lotería de Precisión", después de ejecutoriada la sentencia, en ese evento y en subsidio pido que se le condene a indemnizarme perjuicios compensatorios, los cuales se justipreciarán en juicio separado.

"**Cuarto.**—Que se le condene asimismo a pagarme las costas de este juicio".

En derecho dijo apoyar la acción en "los artículos 1602, 1603, 1608 (inciso 1º), 1613 y 1614 del Código Civil y sus concordantes".

Y como hechos fundamentales de la misma adujo los que resultan de la relación que acaba de hacerse sobre antecedentes del litigio, no sin hacer sobre algunos de esos hechos consideraciones o apreciaciones de derecho, las cuales, el señor Fiscal del Tribunal al descorrer el traslado de la demanda, manifestó no aceptar ni negar, como lo hiciera asimismo en relación con algunos hechos que expresó no constarle, como los referentes a la concesión del privilegio de la patente, la obtención de la primera prórroga para continuar explotándola por el término en ella indicado, etc., para aceptar como cierto únicamente el consistente en la celebración del contrato entre la Gobernación del Departamento y Astrálaga sobre explotación por éste de la patente en el territorio del departamento, y dejando terminantemente rectificado el concepto del demandante en cuanto al alcance que le da a la cláusula duodécima del contrato, ya que en su concepto la prórroga allí contemplada es por sólo una vez, para referirse luégo a la parte petitoria de la demanda, en los siguientes términos:

"No hay relación de causalidad entre las súplicas del actor y la evidencia de los hechos por él historiados acomodaticiamente. Al ojo brilla, que la cláusula duodécima del contrato de marras, tiene sólo una franca y clara interpretación. Que no es precisamente la que señala el actor, en afán incontenible de litigar.

"Interpongo desde ahora la excepción perentoria de inexistencia de la obligación. Y pido que en sentencia definitiva se condene en costas al demandante por franca temeridad de la acción."

Trabada así la litis, abierto el juicio a pruebas y practicadas las que tuvieron por conveniente

producir las partes, recogidos los alegatos de conclusión presentados tanto por el apoderado del actor como por el señor Gobernador del Departamento, como representante legal de la entidad demandada, el Tribunal le puso término a la primera instancia con el fallo de 16 de agosto de 1945, en que, con el voto disidente de uno de sus miembros, resolvió:

"1º Declárase nulo de nulidad absoluta el contrato a que se refiere la escritura pública número 315 del 28 de marzo de 1938, de la Notaría 1ª de este Circuito, celebrado entre el Departamento del Atlántico, y el señor Hipólito Astrálaga.

"2º Absuélvese, en consecuencia, al Departamento del Atlántico, de los cargos que le formuló el señor Hipólito Astrálaga en libelo de fecha 9 de noviembre de 1944.

"Sin costas en la instancia".

El recurso

No se conformó el apoderado del actor con la anterior decisión, y en virtud del recurso de apelación, que oportunamente interpusiera contra ella, llegó a esta Sala de la Corte el expediente respectivo.

Acá, las partes constituyeron sus apoderados y con intervención de ellos se ha desarrollado la tramitación correspondiente a la segunda instancia, con producción de pruebas por ambas partes y las dilaciones consiguientes originadas por la necesidad de surtir las notificaciones, de las providencias dictadas, en forma personal al representante legal del Departamento del Atlántico, mediante juez comisionado, como también debido a la previa resolución de incidentes suscitados, hasta llegar al momento actual en que se procede a dictar el fallo que definitivamente le ponga fin a la controversia, poniendo de presente que únicamente el apoderado del actor recurrente presentó alegato de conclusión, alegato en el que solicita la revocación de la sentencia "a fin de que el Departamento indemnice los perjuicios que causó al contratista con la infracción del mencionado contrato", por carecer de todo apoyo jurídico la tesis de aquélla, de tener el contrato objeto y causa ilícitos.

Dicho ha quedado que la Gobernación del Departamento, al expedir las Resoluciones números 387 y 396, de septiembre de 1944, tuvo como razón fundamental la circunstancia de haber expirado el término de vigencia del contrato, apreciando que, conforme a la estipulación duodécima del mismo, la prórroga convenida era solamente por una vez, condicionada al hecho de obtener el contratista una prórroga del privilegio de la patente, y no todas las que pudiera conforme a la ley. Esta misma razón fue aducida por la Gobernación en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia, para solicitar, como lo hizo, un fallo absolutorio en favor de la entidad por él representada, estimando así "bien propuesta la excepción de inexistencia de la obligación propuesta a tiempo por el Ministerio Público, ya que el Departamento cumplió el contrato controvertido hasta la expiración del tiempo estipulado para la duración". Por último, manifestó "que estando inspirado el contrato en una causa ilícita al tenor del inciso segundo del artículo 1524 del C. C. y que según el artículo 1741 de la misma obra hay nulidad absoluta en todo contrato que tenga por motivos una causa ilícita, corresponde a esa H. Corporación decretar dicha nulidad aún sin petición de parte según el mandato del artículo 2º de la ley 50 de 1936".

El **a quo** no acogió, como se vé, la primera tesis del representante legal del Departamento demandado, para aceptar, en cambio, la de nulidad absoluta del contrato, por carecer de causa y objeto ilícitos.

Esta declaración del Tribunal debe ser materia previa del estudio de la Sala, por cuanto de no prosperar la tesis que la informa, consecuencialmente precisa el examen del originario medio de defensa alegado por el Fiscal de aquella Corporación, al contestar la demanda, y luégo por el señor Gobernador en su alegato de conclusión, según los cuales el Departamento cumplió el contrato hasta la expiración del término convenido para su duración.

Afirma el **a quo** que el contrato origen del litigio adolece de nulidad absoluta. Y en el siguiente pasaje del fallo en examen concreta su apreciación rotunda al respecto:

"En concepto de este Tribunal es nulo el contrato que ha originado esta contienda judicial por cuanto la causa que lo inspiró es abiertamente ilícita, desde luego que ella no es otra que la percepción de una suma de dinero proveniente de un juego de suerte y azar, por ser igualmente ilícito su objeto, cual es la explotación comercial de ese mismo juego, con perjuicio de los intereses de los asociados y por ser contrario a las buenas costumbres decretadas y practicadas por la opinión pública. El juego hasta el momento actual de la humanidad ha sido condenado por la

sociedad como uno de los más terribles y temibles vicios que la azotan".

En síntesis, se afirma que el juego patentado, denominado "Lotería de Precisión", sobre cuya explotación versó el contrato celebrado entre el Departamento del Atlántico y Astrálaga, es un juego de **suerte y azar** y, por ende, contrario a las buenas costumbres.

Dos conceptos fundamentales sería preciso considerar, para decidir sobre la viabilidad de las conclusiones acogidas por el Tribunal sentenciador: si frente a la reglamentación establecida por la ley de algunas de tales actividades, como las loterías, los juegos de suerte y azar excluídos de aquella reglamentación permisiva, constituyen dentro de nuestra legislación una actividad ilícita, y determinan por consiguiente la nulidad de los contratos que versan sobre dicho objeto; y si en el supuesto de una conclusión afirmativa, está demostrado que para el presente caso, la "lotería de precisión" a que se refiere el contrato materia de este pleito, es realmente un juego de suerte y azar. La Corte se abstiene de adelantar ningún concepto acerca de la primera cuestión, en ausencia de todo elemento probatorio adecuado, para decidir afirmativamente la segunda. En efecto:

¿Cuáles son los fundamentos de afirmación tan categórica? Ninguno se aduce, ya que el fallo no contiene al respecto el más somero análisis de los elementos probatorios aportados por la entidad demandada destinados a tratar de acreditar esa circunstancia esencial; ni siquiera se enuncian en forma incidental.

Con todo, la Sala procede, como es de su deber, a subsanar esas omisiones y así encuentra las pruebas aducidas por el Departamento tanto en la primera como en la segunda instancia, enderezadas a establecer —se repite— que el juego mencionado es de suerte y azar. Con tal fin le basta reproducir lo expuesto sobre el particular por el apoderado del actor en sus alegaciones presentadas acá, por considerar esa exposición ajustada a la verdad procesal y compartir, además, las apreciaciones y fundadas críticas que se formulan sobre dichas pruebas, a saber:

"a) En la primera instancia el Departamento pidió declaración a los señores Miguel A. Lemus y Gabriel Salas (C. número 3). El primero afirma que al funcionar el juego, es favorecido uno de los jugadores por la suerte y el azar, pero no dice por qué. Y el segundo afirma que no le consta exactamente el funcionamiento de la lotería. Esto es, nada, y lo sería también en ausencia de toda prueba sobre la moralidad del juego.

"b) En la segunda instancia rindieron declaración, a petición del Departamento, los señores Gilberto Lozano, David J. Senior, Rafael Gerlein Villate, Reynaldo Escobar, Ricardo Martínez Aparicio y Víctor Echeverría (C. número 6).

"Pues bien: el señor Senior desconoce el juego (f. 23 v.); el testigo Gerlein Villate nunca presenció el juego (f. 30 v.); el declarante Escobar no se enteró del funcionamiento de la Lotería de Precisión (f. 31); al testigo Martínez Aparicio no le consta nada (f. 31 v.); al señor Echeverría algo le consta por referencia, pero no afirma siquiera que se trata de juego de suerte y azar (f. 32). El único testigo que conceptúa en contra de la Lotería es el señor Gilberto Lozano (f. 18), pero su dicho carece de autoridad moral, porque cuando fue Prefecto de la Provincia de Barranquilla no incluyó tal juego entre los prohibidos, según aparece de la Resolución número 23, de fecha 30 de diciembre de 1935 (f. 20, C. Nº 7).

"De manera que la prueba testimonial aducida por el Departamento carece de valor, fuéra de que es inapropiada al caso, ya que se trata de materia sobre la cual no puede versar eficazmente sino la de peritos.

"c) Cuanto al concepto de la oficina llamada "Revisoría Municipal de Juegos" (f. 9, C. número 6), de 29 de enero de 1946, rendido según dice la solicitud de pruebas del Departamento (f. 1, C. número 6), en juicio de revisión de la patente de que se trata, debo observar:

"En primer lugar no está probado en el proceso que se adelantase juicio de revisión de la patente, en el Ministerio de Comercio e Industrias.

"En segundo lugar, no consta en el juicio cómo y por qué se produjo el dictamen de aquella oficina, si con audiencia o sin audiencia del titular de la patente.

"En tercer lugar, del siguiente párrafo se puede juzgar de los fundamentos jurídicos del concepto:

"Al folio seis (6) del expediente número 6135 aparece la "Memoria descriptiva del Invento de la Lotería de Precisión"; es decir, de las explicaciones referentes a la manera como el juego se desarrolla y los elementos de que ése se compone. Aunque esta "Memoria" es en extremo lacónica y por lo tanto deficiente para darse una perfecta cuenta de la manera como el juego está compuesto, por consultas hechas a individuos que lo han

visto funcionar, he logrado un mejor conocimiento y por lo tanto poder dar el concepto de acuerdo con la realidad.

"El concepto se funda, pues, en dichos de otras personas; no en las percepciones directas del funcionario. Esto basta a restarle todo mérito y me releva de más palabras.

"Nada probó, pues, la parte demandada. Debió probar mucho para contrarrestar tan enorme prueba en contra. Pero no probó nada. El testimonio del ex-prefecto carece de autoridad moral, y el dicho de la Revisoría de Juegos se apoya en ajenas percepciones".

Parece innecesario, ante la ausencia de pruebas eficaces demostrativas, como se deja visto, del hecho sobre el cual fundamenta el Tribunal la declaración de nulidad absoluta del contrato materia de la decisión en estudio, proceder a examinar las variadas y copiosas aducidas por la parte demandante en las dos instancias del juicio, conforme a las cuales debe aceptarse por acreditada la circunstancia inversa, esto es, que no es de suerte y azar el juego denominado "Lotería de Precisión", y que por lo mismo no es contrario a las buenas costumbres.

Con todo, para el caso basta tener en cuenta la circunstancia de estar amparado el juego mencionado con una patente expedida por el Gobierno Nacional, con el lleno, a no dudarlo, de las formalidades legales; antecedente que envuelve la presunción de no atentar contra las buenas costumbres, comoquiera que según el artículo 5º de la Ley 31 de 1925 el Gobierno no puede conceder privilegios "en el caso de que la invención, mejora o nueva industria sea contraria.... a las buenas costumbres...".

Las breves consideraciones que anteceden son suficientes, a juicio de la Corte, para demostrar lo injurídica que es la decisión objeto del recurso, no siendo por tanto pertinente extender el estudio en relación con este extremo, a todas las cuestiones que sobre ilicitud de la causa y objeto del contrato ocuparon la atención del Tribunal, debiendo, empero, afirmarse que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato", como lo previene el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, condición ésta que aquí no se cumple.

En consecuencia, por tal concepto, se impone la revocación del fallo.

De conformidad con lo antes anunciado, procede ahora estudiar el contrato, en particular la cláusula que contiene la estipulación sobre su duración o vigencia, y analizar las sintéticas y breves consideraciones que a ese tópico le dedicó el fallador de primer grado, para concluir afirmando que no podía prosperar la tésis de la Gobernación del Departamento, en cuanto al alcance que le da a la prórroga convenida.

El criterio del Tribunal sobre este particular, se expone en los siguientes términos, después de acoger y aceptar la interpretación que sobre el mismo extremo le da el apoderado del actor a la cláusula respectiva del contrato, por ser — se dice — la que más cuadra con su naturaleza.

"La patente extiende el privilegio a diez años, prorrogables por otros diez, divididos en períodos de cinco años consecutivos; luego, si se tiene en cuenta que las partes tuvieron presente la patente, como en efecto tuvieron que tenerla, como causa remota que es del contrato, lógico es aceptar que la intención de ellas fue extender el término de la explotación comercial por el mismo lapso que la autorizaba, la patente, todo mediante las prórrogas sucesivas de que tratan la Resolución del Ministerio y el mismo contrato. Conocida la intención de los contratantes debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras, aconseja el artículo 1618 del Código Civil".

Estas apreciaciones en relación con la interpretación de la memorada cláusula duodécima del contrato las encuentra acertadas el distinguido abogado que ha venido representando al demandante en esta segunda instancia, para referirse en forma incidental, acerca de dicho tema, en el alegato de conclusión. Manifiesta al respecto: "Tampoco me referiré a la tesis según la cual el contrato cobija las dos prórrogas de cinco años, otorgadas al titular de la patente, y no sólo la primera, como lo sostuvo y lo sostiene el Departamento, habiendo creído hallar una razón para declarar fenecido el convenio, porque el asunto es demasiado claro y la sentencia lo trata con acierto innegable".

Consideraciones de la Corte

Es indudable que las partes contratantes, para acordar lo pactado en el citado instrumento público número 315 de 28 de marzo de 1938 extendido ante el Notario Segundo del Circuito de Barranquilla, tuvieron en cuenta la patente de invención expedida por el Gobierno Nacional a favor de Astrálaga para explotar en todo el territorio de la República el juego denominado Lo-

tería de Precisión. Esto es claro y no necesita demostración.

¿Y cuáles son los términos en que está concebida la Resolución de expedición de la patente número 2586, de 30 de agosto de 1929, publicada en el "Diario Oficial" número 21.222 del 21 de octubre siguiente, autorizada con las firmas del señor Presidente de la República y su Ministro de Industrias? Los siguientes:

"Por tanto, de acuerdo con el inciso 20 del artículo 120 de la Constitución Nacional, y de conformidad con las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo por la ley 31 de 1925, se pone, mediante la presente, al expresado señor Luis Forero Román, de esta ciudad, en posesión del privilegio concedido por la Resolución anterior, para el invento en ella mencionado, y por el término de diez años contados desde hoy".

Como claramente se vé, la patente solamente extiende el privilegio a diez años, contados desde su expedición, o sea, hasta el 30 de agosto de 1939, sin mencionar para nada su prórroga de otros diez, como lo afirma el Tribunal.

"El término máximo de las patentes de invención—enseña el artículo 8º de la ley 31 de 1925—no podrá exceder en ningún caso de diez años, y podrá prorrogarse por períodos de cinco años, hasta completar veinte, previo el pago de los mismos impuestos y derechos que se hayan causado al conceder la primera patente".

Por ello en la cláusula undécima estipularon: "El término de este contrato será hasta el día 30 de agosto de 1939, fecha en que vence el privilegio de la patente número 2586, que ampara el juego en mención", es decir, hasta cumplirse precisamente el término máximo de diez años que, conforme al preinserto mandato legal, podía extenderse la vigencia de la patente.

Ahora bien: como según lo prevenido por la misma disposición aquel término puede prorrogarse "por períodos de cinco años", hasta completar veinte, claramente se está indicando que dos son las prórrogas que bien puede el Gobierno otorgar, si lo estima conveniente, para amparar la patente originalmente concedida, de donde surge así mismo la necesidad de tener en cuenta esta modalidad en todo acuerdo, pacto o contrato que se celebre sobre explotación comercial de una patente, para determinar la vigencia de la convención.

Y a no dudarlo, esa modalidad de que se habla y que contempla la segunda parte del citado artículo 8º, necesariamente también la tuvieron en cuenta las partes aquí litigantes para acordar la siguiente duodécima cláusula: "En el caso de que el contratista obtenga la prórroga del privilegio de que goza, el presente contrato se entenderá por este solo hecho, automáticamente prorrogado por todo el tiempo a que se extienda la prórroga que aquí se prevé".

¿Y cuál es, se pregunta, la prórroga **prevista** en esta cláusula? Pues precisamente la misma del privilegio que llegare a obtener el contratista Astrálaga por el primero de aquellos dos períodos de cinco años autorizados por la disposición en cita, desde luego que, como ya se dejó dicho, dos son las prórrogas que el Gobierno puede otorgar para continuar explotando una patente, y por cuanto además esas prórrogas no se conceden simultáneamente, sino una primero, y luégo la otra última, cuando ya haya expirado o esté para expirar el término de aquélla, y ello por razones obvias que no es del caso expresar. De ahí surge claramente la intención de los contratantes, expresada en la cláusula tantas veces mencionada, de limitar la prórroga del convenio sobre explotación del juego únicamente a la primera —se repite— que en relación con la vigencia de la patente primitiva llegara a obtener su propietario; y de ahí también la explicación racional del empleo, por parte de los mismos contratantes, de la forma singular del vocablo. Por eso se dijo **prórroga** y no **prórrogas.** Y de aquí resulta la procedencia de aplicación al caso de la regla consignada en el artículo 1618 del C. C., citado por el Tribunal, sobre interpretación de los contratos, cuando "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

Para la Sala ninguna duda se presenta en cuanto a la interpretación de la cláusula discutida, tal como se deja analizada; y si esto es así, forzoso es concluir que la obligación contraída por el Departamento, conforme al contrato, quedó extinguida por la expiración del término estipulado para su duración.

En razón 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 Revócase la sentencia apelada dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Barranquilla, con fecha 16 de agosto de 1945.

2º Declárase probada la excepción de inexistencia de la obligación a cargo del Departamento del Atlántico, por razón del cumplimiento, por parte de esta entidad, del contrato a que se refiere la escritura pública número 315 de fecha 28 de marzo de 1938, de la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla.

3º Absuélvese al Departamento del Atlántico de los cargos formulados en la demanda que aquí se resuelve.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejia. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INCIDENTE DE REGULACION DE HONORARIOS DE UN PERITO

No existiendo el juicio en el cual se produjo la intervención y el dictamen del perito, por cuanto quedó destruído ese juicio, no es legal, para obtener el reconocimiento del derecho a los honorarios que corresponden al perito, seguir el procedimiento de un incidente, por cuanto, al tenor del artículo 391 del C. J., esos incidentes únicamente pueden ventilarse en el curso del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor Manuel J. Hernández, obrando como apoderado especial del doctor Pablo E. Lucio, provisto de la documentación que estimó adecuada al caso, compareció ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, para solicitar, por medio de escrito presentado el 24 de septiembre de 1948, la fijación de los honorarios que le corresponden a su mandante "por haber servido el cargo de perito principal en el juicio de deslinde iniciado por la Nación contra la Sociedad 'Hijos de Juan Francisco Rocha, S. A.', en la diligencia practicada por la Sala Plena de esa H. Corporación, y que tuvo principio el 19 de febrero de 1946", aduciendo, entre otros hechos, el consistente en haberse quemado el juicio por motivo del incendio del Palacio de Justicia a consecuencia de los acontecimientos acaecidos el nueve de abril y días siguientes de dicho año de 1948.

A tal solicitud recayó el auto dictado por el Tribunal el 28 de mayo último, en que no se accede a ella en razón de no tener cabida el incidente propuesto, por cuanto siendo como es accesorio del juicio principal, conforme al mandato del artículo 391 del C. J., y no existiendo éste, mal se puede ventilar en forma independiente.

Contra esta providencia se interpuso el recurso principal de reposición y el subsidiario de apelación. Negado el primero, concedido fue el segundo para ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, en donde surtida como ha sido la tramitación de rigor, se procede a resolver lo que fuere legal, considerando al efecto:

a) Que el señor Procurador Delegado en lo Civil solicita la confirmación de la decisión del Tribunal por apreciarla jurídica en virtud de las razones de orden legal que allí se invocan y, además, por estimar, acorde en esto con otras consideraciones del **a quo**, ser de imprescindible necesidad la existencia del juicio principal, 'toda vez que no podría darse la decisión especial del incidente sin tener los elementos adecuados que permitan deducir la naturaleza del trabajo cuyo valor se trata de regular";

b) Que para la Sala, en el presente caso, esta última razón no es precisamente fundamental para llegar a la conclusión adoptada por el Tribunal, comoquiera que la documentación acompañada por el peticionario apelante suministra elementos de juicio suficientes para fijar los honorarios;

c) Que la razón de orden legal aducida por el Tribunal para no acceder a la regulación de los honorarios del perito señor Lucio, mediante el procedimiento que para los **incidentes** determina la ley, la encuentra jurídica esta Sala de la Corte, por cuanto esos incidentes, al tenor de lo dicho por el artículo 391 del C. Judicial, únicamente pueden ventilarse en el curso del juicio. Y como hoy no existe el juicio en el cual se produjo la intervención y dictamen del perito doctor Pablo E. Lucio, quiere ello decir que la vía adoptada por éste no es la legal para obtener el reconocimiento del derecho reclamado, ya que de aceptar la justicia ese procedimiento no haría otra cosa que desconocer las normas procesales, para crear otras **ad hoc**, careciendo, como carece, de facultad para ello.

En virtud de lo dicho esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA la providencia apelada de anterior mención.

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

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE CONTROVERSIAS SOBRE CANCELACION DEL REGISTRO DE MARCAS

Si las leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, por lo que hace a marcas, organizan el derecho marcario y en ellas se dispone que lo relacionado con la cancelación del registro de una marca corresponde a los Jueces del Circuito en lo Civil de Bogotá, se trata de una zona de privilegio procedimental que el mismo Código Judicial ordenó respetar, cuando dijo en su artículo 204: "Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia..."

La Corte Suprema, tratando de este tópico, dijo hablando del artículo 9º de la ley 94 de 1931: "Esta disposición de la ley de organización judicial sobre cuyo fundamento y conveniencia nada es oportuno conceptuar ahora, pertenece a la legislación de orden público y no es susceptible, por tanto, de variaciones ni acomodaciones a casos particulares. En ella se establece una competencia privativa que no es posible eludir sin caer en sanción de nulidad, porque es improrrogable según el artículo 151 del C. de O. J., que establece que 'por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa'". (GACETA JUDICIAL, T. LII, pág. 771).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veintiseis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

El presente es un proceso reconstruído, pues el original fue consumido por el fuego el nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho. Después de la exposición hecha por el último apoderado del actor, el Tribunal Superior de Bogotá, en proveído de treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, expresó: "Tiénese como reconstruído el presente juicio sobre cancelación de marca instaurado por Schering Corporation contra Química Schering Colomiana, S. A., la Nación y el Fondo de Estabilización, tramitado ante este Tribunal. El estado del juicio al tiempo del siniestro, y la actuación en él cumplida, son los relacionados con los hechos transcritos en la parte motiva de esta providencia. Tiénense como fieles las copias presentadas con el pedimento, relacionadas en los anexos de la demanda".

Al producirse la destrucción del expediente, las últimas actuaciones eran éstas:

Muy avanzado el proceso, el Tribunal se declaró incompetente para conocer del juicio en razón de lo dispuesto por los artículos 38 de la Ley 31 de 1925 y 9º de la Ley 94 de 1931, y puso en conocimiento de las partes esa causal de nulidad; el actor pidió reposición del auto, y en subsidio apeló; no fue repuesto el auto, y se concedió apelación; estudiado el caso por esta Sala, se decidió que se trataba de un auto de sustanciación, no apelable, y se abstuvo de conocer del recurso. Vuelto el negocio al Tribunal, ni el Fiscal, ni el apoderado del Fondo de Estabilización, ratificaron lo actuado, y el expediente se puso al estudio del Magistrado sustanciador.

Inmediatamente después de ejecutoriado el proveído sobre reconstrucción del proceso, el Tribunal expresó con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve: "Declárase nula toda la actuación adelantada ante el Tribunal en el presente proceso de cancelación de la marca Schering, promovido por Schering Corporation contra Química Colombiana, S. A., la Nación y el Fondo de Estabilización. Se condena en las costas a Schering Corporation y al doctor Antonio José Prieto, Magistrado ponente, por partes iguales".

Apelado este proveído, se encuentra al estudio de la Sala, donde se han cumplido las prescripciones legales de rigor, y se entra a decidir.

Ante el Ministerio de la Economía intervino la Sociedad Schering Corporation en solicitud de cancelación de la marca Schering, alegando que sobre ésta tenía privilegio en Estados Unidos. El Ministerio envió la demanda a repartimiento de

los Jueces en lo Civil del Circuito de Bogotá. Al Juzgado 6º, que entró a conocer del negocio, se dirigió el apoderado de Schering Corporation pidiéndole que el negocio pasara al Tribunal por estar interesada en él la Nación. No accedió el Juez, y en cambio volvió el asunto al Ministerio, quien dispuso el envío al Tribunal, donde la mencionada sociedad presentó nueva demanda contra la Nación y contra el Fondo de Estabilización, y el negocio siguió su curso, hasta rematar con el fallo de nulidad, historiado arriba.

Como se vé, la cancelación del registro de la marca Schering es la materia de este asunto. ¿Se ha establecido ese registro? No figura en los autos una copia de la resolución respectiva, y apenas si se sabe de ella por pasajes del proceso. Por cierto que uno de esos pasajes muestra que se está frente a un caso sin finalidad práctica, como se lee en esto que dice el mismo apoderado de la sociedad demandante, en memorial dirigido al Tribunal: "Como consecuencia de la solicitud de registro para la marcha Schering en Colombia, presentada por la sociedad Química Schering Colombiana, S. A. el 27 de octubre de 1939, le fue concedido a dicha sociedad el registro de la mencionada marca por medio de certificado número 13.081, de 25 de julio de 1940. Así, pues, la marca está vigente hasta el 25 de julio de 1950 de conformidad con lo estatuído en el artículo 49 de la Ley 31 de 1925" (folio 83, cuad. Nº 1).

Precisamente el artículo 49 citado dice que "el registro de una marca sólo tiene valor por diez años, terminados los cuales caducará si oportunamente no se pidiera renovación".

Mas se va a dejar asentado que el registro de la marca es una realidad jurídica, para argumentar sobre ella y poder considerar las razones que han sido presentadas en favor y en contra de la decisión sobre nulidad.

Cuando al Tribunal se le pidió reposición del auto por el cual se puso en conocimiento de las partes la nulidad existente, se negó a ello con razones entre las cuales se hallan las siguientes:

"Las disposiciones contenidas en los artículos 38 de la Ley 31 de 1925 y 9º de la Ley 94 de 1931 constituyen una reglamentación especial, que no puede entenderse derogada por las previsiones generales del Código Judicial sobre competencia.

.....

"La especialidad de los preceptos arriba citados, atributivos del conocimiento de los juicios sobre oposición y cancelación en punto de patentes y marcas al Juez del Circuito de Bogotá, contrasta con las reglas generales gobernantes de la competencia por razones de vecindad y valor.

.....

"La especialización de esta competencia determina el apartamiento de todo funcionario que no sea el competente, y para crear dentro de este sector un fuero se requeriría una norma expresa. La ley no le otorga tal privilegio a la Nación y por esto el que ella sea parte nada arguye contra la competencia del Juez de Bogotá" (fols. 117 y 118, cuad. Nº 1).

Sostiene el Tribunal que la competencia en el caso corresponde a los Jueces Civiles de Bogotá, aunque pueda tener interés la Nación, a virtud de lo que disponen aquellos textos legales que dicen: En los casos de oposición a un registro de marca, el Ministerio enviará la solicitud al repartimiento de los Jueces del Circuito en lo Civil de Bogotá para que el incidente se resuelva en juicio sumario (art. 38, Ley 31 de 1925). "Las solicitudes de cancelación de marcas y patentes se tramitarán en forma análoga a la de los juicios de oposición, y serán competentes los Jueces del Circuito en lo Civil de Bogotá" (artículo 9º, Ley 94 de 1931).

El anterior punto de vista es sostenido en esta instancia por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Pero en su alegato ante la Sala, el apoderado de la Compañía actora no acepta la tesis del Tribunal expuesta arriba, y sostiene que por tener interés la Nación, el negocio corresponde al Tribunal, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 76 del C. J., y no obstante lo que disponen los artículos 38 y 9º de que se habló.

En su larga argumentación, aquel apoderado sostiene: De las disposiciones de emergencia con motivo de haber declarado el Gobierno de Colombia rotas sus relaciones con Alemania, "se desprende que la Sociedad denominada Química Schering Colombiana, S. A., con todos sus activos, entre los cuales se halla la marca de fábrica Schering, pasó a ser propiedad de la Nación Colombiana en un ciento por ciento". Y porque la Nación tiene interés, según el actor, es por lo que se debe aplicar para el caso el artículo 76 ya citado del C. Judicial, conforme al cual corresponde a los Tribunales Superiores el conocimiento de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación, y no se pueden aplicar las disposiciones de los artículos 38 y 9º.

Dice el actor en lo copiado arriba, que todos

los bienes de la Sociedad, incluyendo la marca, pasaron a ser de la Nación "ciento por ciento", es decir, en forma completa. Todo el activo pasó a ser propiedad nacional, se sostiene. ¿Y dónde figura el activo? ¿En qué parte del expediente aparece que entre los bienes de la Sociedad se encontraba la marca?. ¿Cuáles bienes de la Sociedad pasaron al Estado? Por ninguna parte del proceso se encuentra contestación a estos interrogantes. No hay constancia de que a la Nación hubiera pasado la marca Schering, y ni siquiera, como ya se vió, aparece constancia oficial sobre registro de esa marca. A la Nación se le ha hecho figurar en este proceso sin razón legal.

En otra parte de su escrito dice el apoderado, que de acuerdo con la ley 39 de 1945, los bienes de los alemanes debían contribuir "al pago de las indemnizaciones o reparaciones de guerra con el ciento por ciento de su valor". De manera que los bienes de la Sociedad, entre los cuales figuraba la marca, según lo afirma el apoderado, estaban destinados al pago de las indemnizaciones de guerra, y entonces en ninguna forma se beneficiaba la Nación como persona jurídica, y no se sabe entonces por qué se le asignó papel de interesada en el pleito.

Pero hay algo más que descarta en absoluto a la Nación de este asunto. De acuerdo con el Decreto 549 de 1947 por el cual se autoriza y reglamenta la explotación de las marcas de personas naturales o jurídicas de Alemania o sus aliados, a que se refieren los Decretos 2644 de 1943 y 1723 de 1944, podrán ser explotadas esas marcas por el Fondo de Estabilización como administrador fiduciario, o por las personas que adquieran la propiedad, del mismo Fondo. De esta suerte, era el Fondo de Estabilización el que tenía que ver con las marcas, y era él quien podía disponer de los intereses de la Sociedad demandante, según Resolución Ejecutiva número 118 de 3 de agosto de 1945; y por eso estuvo bien que el Fondo de Estabilización hubiera sido llamado a responder en este asunto. Se debe hacer recuerdo de que cuando al Ministerio respectivo se le preguntó por los fondos de la Sociedad demandante, expresó que tal cosa había que consultarla con el Fondo de Estabilización, que era la autoridad encargada por la ley para entenderse con esos negocios.

Descartada así la Nación, que era la principal base de argumentación del actor, queda en pie un simple negocio sobre cancelación del registro de una marca, asunto éste regido por los artículos 38 de la Ley 31 de 1925 y 9º de la Ley 94 de 1931, los cuales dicen que lo relacionado con cancelación de una marca corresponde a los jueces del Circuito en lo Civil de Bogotá. Se trata de disposiciones especiales, de normas que regulan completamente la materia, como lo acepta el mismo apoderado en su alegato cuando dice: "Es claro que ni la Ley 31 de 1925, ni la Ley 94 de 1931, **orgánicas de nuestro derecho marcario, o más correctamente, del régimen de la propiedad industrial en Colombia....**" (la Sala subraya). Y si esas leyes, por lo que hace a marcas, organizan el derecho marcario, como lo reconoce aquel apoderado, y en ellas se dispone que lo relacionado con la cancelación del registro de una marca corresponde a los Jueces del Circuito en lo Civil de Bogotá, se trata de una zona de privilegio procedimental que el mismo Código Judicial ordenó respetar, cuando dijo en su artículo 204: "Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia...".

La Corte Suprema, tratando de este tópico, dijo hablando del artículo 9º de la Ley 94 de 1931: "Esta disposición de la ley de organización judicial sobre cuyo fundamento y conveniencia nada es oportuno conceptuar ahora, pertenece a la legislación de orden público y no es susceptible, por tanto, de variaciones ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. En ella se establece una competencia privativa que no es posible eludir sin caer en sanción de nulidad, porque es improrrogable según el artículo 151 del C. de O. J., que establece que 'por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa' ". (GACETA JUDICIAL, Tomo LII, página 771).

Sin necesidad de decir otra cosa, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el proveído apelado de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS.—CUANDO HAY LUGAR A PAGAR INTERESES POR SU MONTO

Como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades, en relación con el alcance del artículo 1617 del Código Civil, "la ley no reconoce intereses sobre los perjuicios sino en el caso de que por sentencia o contrato se fijen en cantidad determinada y haya mora para el pago".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El 30 de diciembre de 1892 el Gobierno Nacional celebró con el señor Miguel Perdomo Falla un contrato sobre construcción de un camino de herradura entre el punto de La Virginia, en el Municipio de Campoalegre, hoy San Juanito, y el puerto de San Venancio o San Vicente, sobre el río Caguán. El camino debía construírse a expensas del señor Perdomo Falla y de acuerdo con determinadas especificaciones, en tanto que la Nación, a más de obligarse a auxiliar, la empresa con mil hectáreas de tierras baldías por cada legua de camino que se construyera, le daba al concesionario el derecho de cobrar ciertos impuestos de tránsito durante cuarenta años —artículo 6º del contrato— a partir de la terminación de la vía.

Sobre las obligaciones derivadas de este contrato pronunciése la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y siete, dentro del juicio ordinario de única instancia promovido contra la Nación por la cónyuge sobreviviente y los herederos del concesionario, señora Soledad Buendía de Perdomo y señores Jorge Enrique Perdomo B. y Ester Perdomo de Millán.

En la expresada sentencia, después de aceptarse que el señor Miguel Perdomo Falla había dado cumplimiento a sus obligaciones, se dispuso en su parte resolutiva:

"Primero. Condénase a la Nación a pagar como indemnización a los herederos de Miguel Perdomo Falla, sus sucesores o representantes, en dinero, el monto de los perjuicios que implica la privación del ejercicio, uso y goce, durante cuarenta años, del derecho de cobro del impuesto de tránsito establecido en el artículo 6º del contrato número 115 de 30 de diciembre de 1892. La determinación de los perjuicios se hará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta el valor de las prestaciones a cargo del concesionario.

"Segundo. La Nación adjudicará a los herederos de Miguel Perdomo Falla, sus sucesores o representantes, veinticinco mil (25.000) hectáreas de tierras baldías, de conformidad con las disposiciones legales y ejecutivas vigentes".

Como indicaciones para la determinación de los perjuicios, dijo la Corte en la motivación de su fallo:

"En el presente caso, no pudiéndose reconocer el derecho al cobro del impuesto establecido en la cláusula 6ª del contrato, debe la Nación satisfacer una prestación equivalente, ya que no sería conforme con la equidad, y sí contrario al principio de derecho que condena el enriquecimiento sin causa, que aquélla se aprovechase, sin compensación alguna, de una obra construída en su totalidad a expensas del concesionario...

"Como al haber ejercitado el concesionario el derecho al cobro del impuesto de tránsito establecido en la cláusula 6ª del contrato de 1892, habría tenido que cumplir, al propio tiempo, las obligaciones que ese convenio le imponía, entre ellas la de mantener el camino en buen estado de servicio por toda la duración del contrato, es necesario, para determinar los perjuicios, hacer la estimación de tales obligaciones a cargo del concesionario".

Para que se fijara el monto o cuantía de los perjuicios decretados por la sentencia en cuestión, formularon a esta Sala una liquidación motivada de ellos, por medio de apoderado, los señores Jorge Enrique Perdomo Buendía y Ester Perdomo de Millán, alegando no sólo su carácter de herederos de Miguel Perdomo Falla sino también su condición de sucesores a título universal

de la señora Soledad Buendía de Perdomo, que igualmente promovió el juicio ordinario en que se hizo la condenación **in genere.** Asciende esta liquidación a la suma de cuatrocientos un mil ochocientos cuarenta y seis pesos con treinta y ocho centavos ($ 401.846.38).

Con el mismo fin promovieron otro incidente de liquidación, mediante estimación motivada, y por conducto de su apoderado el doctor Rafael Durán Trujillo, los señores Nepomuceno Perdomo, José Joaquín Perdomo, Gabriel Perdomo, Nicolás Perdomo, Abel Perdomo, Pepa Perdomo, Margarita v. de Perdomo, Rosa Virginia Perdomo de Parra, Beatriz Tapiche Perdomo, Yolanda Tapiche Perdomo, Olga Tapiche Perdomo y Ester Tapiche Perdomo, todos como herederos del señor Gabriel Perdomo Falla. Fundan su interés estos peticionarios en la escritura número 121 de 4 de abril de 1905 de la Notaría Segunda del Circuito de Neiva, según la cual los herederos de Miguel Perdomo Falla reconocieron que entre éste y Gabriel Perdomo Falla había existido una "compañía civil de hecho", por cuyo motivo los interesados resolvieron ratificar y regularizar dicha situación como una sociedad civil colectiva, haciendo constar que el contrato de 1892 sobre construcción del camino de La Virginia al río Caguán pertenecía a dicha sociedad, y con la expresa manifestación de que los beneficios o pérdidas serían divididos por igual entre los socios, o sea entre Gabriel Perdomo Falla y los herederos de Miguel Perdomo Falla.

Esta última liquidación arroja la cantidad de trescientose sesenta y ocho mil seiscientos ochenta y cinco pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 368.685.48), pero los herederos de don Gabriel Perdomo Falla sólo reclaman para sí la mitad de la indemnización que se liquide, basándose en el acuerdo que se hizo constar por la escritura número 121 de 1905 atrás citada.

Objetada una y otra liquidación por el señor Procurador Delegado en lo Civil, se abrieron a prueba los respectivos incidentes, los cuales terminaron por ser acumulados a solicitud de parte, no sin que antes se allegara a los autos el juicio en que se decretó la condenación **in genere.** No queda, pues, sino entrar a dictar ahora la decisión que corresponda, a la luz de las pruebas oportunamente producidas en este asunto.

Los beneficiarios de la indemnización

Por el fallo dictado en este juicio se condenó a la Nación **a indemnizar a los herederos de Miguel Perdomo Falla,** sus sucesores o representantes, el monto de los perjuicios que implica la privación del derecho al cobro de los impuestos de tránsito establecidos en la cláusula 6ª del contrato Nº 115 de 30 de diciembre de 1892. Pero porque la condenación se hiciera a favor de los herederos de Miguel Perdomo Falla, **sus sucesores o representantes,** no por eso quedaron comprendidos, entre los beneficiarios de la indemnización, los sucesores a título singular del expresado concesionario, como ahora lo pretenden los herederos del señor Gabriel Perdomo Falla, alegando en su provecho el contrato que se hizo constar en la escritura número 121 de 4 de abril de 1905 de la Notaría Segunda de Neiva.

Cuando la Corte, en la parte resolutiva de su sentencia, habla de **sus sucesores o representantes,** no se refiere a persona distinta de los herederos de don Miguel Perdomo Falla, si esas expresiones se aprecian, como es lo natural, a la luz de las motivaciones de dicha sentencia, y teniendo en cuenta las peticiones y hechos de la demanda que la originaron.

Así, entre las consideraciones del fallo en cuestión, se encuentra el siguiente aparte:

"La Corte, al proferir la sentencia de 20 de octubre de 1915, declaró, en el punto tercero de su parte resolutiva, que los derechos otorgados al señor Miguel Perdomo Falla en el contrato número 115 de 30 de diciembre de 1892, pasarán a los herederos de dicho señor, en caso de que tal contrato exista legalmente. En el presente fallo se ha demostrado la existencia legal de la expresada convención, y **la Sala ha llegado también ahora al reconocimiento en favor de los herederos del señor Perdomo Falla,** de los derechos que el fallo de 1915 dispuso que pasaran a dichos herederos". (Subraya esta Sala).

De otro lado, en la demanda con que se inició este juicio, y precisamente en la petición sexta, que la Corte resolvió favorablemente, solicitaron los actores:

"**Sexta.**—Para el caso de que la Corte no acceda a pronunciar en la forma indicada las declaraciones anteriores, condenando a la Nación a devolvernos el camino en el mismo buen estado en que lo entregamos al Gobierno, a fin de poder explotar el privilegio otorgado por el contrato 115 de 1892, solicitamos, en subsidio, que la Corte declare, en el fallo definitivo, que la Nación está obligada a indemnizar a los herederos de Miguel Perdomo Falla **como sus sucesores y representantes,** en dinero efectivo, el valor de nuestros dere-

chos, o sea el monto de los perjuicios que en los cuarenta años de su duración nos reporta la privación de su ejercicio, uso y goce; y que, en consecuencia, se condene a la Nación a pagarnos, al vencimiento de seis días contados desde la ejecutoria de la sentencia, la cantidad que en este juicio comprobemos que valen tales derechos, y a entregarnos además, previos los trámites de la legislación fiscal sobre adjudicación de baldíos, las hectáreas correspondientes de acuerdo con lo estipulado en la concesión privilegiada que a nuestro antecesor le otorgó el precitado contrato 115 de 1892". (Lo subrayado es de la Sala).

De suerte que si en los considerandos del fallo en cuestión se expresó que el reconocimiento se haría **en favor de los herederos del señor Miguel Perdomo Falla,** y si los perjuicios se habían impetrado en la demanda **para los herederos de dicho señor, como sus sucesores y representantes,** no puede existir la menor incertidumbre sobre el alcance de las expresiones usadas por la Corte en la parte resolutiva de su fallo: la expresión **sus sucesores o representantes** que allí se emplea, después de clara referencia a los herederos de don Miguel Perdomo Falla, es una simple reiteración explicativa de ese concepto de herederos, como se ha visto por los antecedentes anotados.

Por lo tanto, la liquidación de perjuicios que ha de hacerse en este asunto no podrá aprovechar a los herederos de don Gabriel Perdomo Falla, los cuales fueron totalmente extraños a la sentencia de cuyo cumplimiento aquí se trata. Otras vías podrán tener ellos para hacer valer sus intereses, pero no ésta de un incidente cuyo alcance está claramente delimitado por la ley.

El quantum de los perjuicios

Para fijar la cuantía de estos perjuicios debe partirse de lo que hubieran podido producir los impuestos de tránsito previstos en el contrato de 30 de diciembre de 1892, durante los cuarenta años en que el concesionario habría podido cobrarlos, contados desde la entrega del camino del Caguán a la Nación en el año de 1907. De ese cómputo debe deducirse el costo de sostenimiento de dicho camino en el mismo período.

En estos autos consta la tarifa que podía cobrar el concesionario por el tráfico por el camino del Caguán (por, cabeza de ganado mayor $ 0.80; por cabeza de ganado menor, $ 0.50; por carga de mercancías, $ 1.50; por persona que transite en bestia, $ 0.30; por persona a pie, $ 0.20; y por carga de equipaje, $ 0.20), y figuran además, como pruebas aportadas por los interesados, para la determinación específica de los perjuicios, una estadística oficial sobre el tráfico de pasajeros, ganados y carga por el expresado camino en el año de 1927, algunos cálculos de testigos de la región sobre ese mismo tráfico en 1917, y un voluminoso legajo de cuentas originario del Ministerio de Obras Públicas, con el cual se creyó que podría establecerse el costo de conservación de la vía construída por el señor Miguel Perdomo Falla. Además, dada la índole de estas pruebas, y la complejidad de la estimación numérica de los perjuicios, la Sala juzgó indispensable dictar el siguiente auto para mejor proveer:

"Por medio de peritos ingenieros, designados en la forma prevista por el artículo 705 del C. J., se estimará la suma que corresponda deducir como probable costo de sostenimiento del camino de herradura construído por don Miguel Perdomo Falla, comprendido entre La Virginia, en el Municipio de Campo Alegre y el sitio denominado 'San Venancio', sobre el río Caguán, y, por consiguiente, el valor de los perjuicios a que se refiere el fallo de la Corte de 17 de marzo de 1937. Esta estimación se extenderá a un período de 40 años, a partir de la entrega del camino del Caguán a la Nación en el año de 1907.

"Los peritos, para rendir su dictamen, se guiarán ya por lo que resulte del legajo de cuentas enviado por el Ministerio de Obras Públicas, ya por su propia experiencia técnica, y en general por las demás pruebas existentes en el proceso".

En cumplimiento de este proveído se rindió en el presente asunto el correspondiente dictamen pericial, en el cual los expertos designados por las partes, doctores Gustavo Patiño Rosselli y Ricardo Dussán B., llegan de común acuerdo a la siguiente estimación:

"Valor probable del monto de los recaudos de 1907 a 1946 por concepto del impuesto de tránsito.....	$ 293.605.07
'Valor del costo de conservación del camino en el mismo período.....	104.825.04
"Valor del saldo entre el monto de los recaudos y el valor de la conservación	188.780.03
"Valor del lucro cesante hasta 1946..	189.381.26
"Valor total líquido de los perjuicios.	378.161.29"

Explican los peritos que hicieron una inspección al camino del Caguán y a la región beneficiada por dicho camino, con el objeto de formarse "un concepto perfectamente claro de sus especificaciones, de la topografía de la región y del estado actual de su desarrollo"; que buscaron datos que pudieran servirles para su estudio en el Ministerio de Obras Públicas y en la Contraloría General de la República, y que en el legajo de cuentas enviado por el Ministerio de Obras Públicas a esta Sala únicamente encontraron "comprobantes de cuentas de la construcción de las variantes del antiguo camino del Caguán, comprendido entre el Municipio de Algeciras, en el Huila y el Puetro de San Vicente sobre el río Caguán, y no los certificados y comprobantes sobre la conservación del camino del Caguán construído por la familia Perdomo.

Y agregan más adelante, como fundamentación de su dictamen:

"Las estadísticas de tráfico en los años de 1917 a 1927 dan una rata de crecimiento progresivo del 3% anual; adoptamos esta rata de crecimiento del tráfico para el período comprendido entre 1907, tal como lo ordena la Corte, y 1932, porque consideramos que durante este período no hubo ninguna causa que trastornara el crecimiento normal de la economía de la región y por consiguiente del tráfico por el camino; para el período siguiente, es decir, de 1932 a 1946 adoptamos una rata de crecimiento progresivo del 6% anual, porque consideramos que el conflicto con el Perú modificó en forma muy considerable el incremento del tráfico por el camino, debido a la colonización de la región del Caguán y llanos del Yarí y también al abastecimiento de las numerosas guarniciones del sur y la Colonia Penal del Aracuara.

"Para el cálculo del probable costo de sostenimiento del camino en los cuarenta años comprendidos entre 1907 y 1946, nos hemos basado en los datos de conservación de caminos similares y en nuestra experiencia técnica, en vista de que como yo dijimos no nos fue posible encontrar ningún dato sobre los trabajos de conservación que se le hayan podido hacer al propio camino del Caguán, construído por la familia Perdomo. Para este fin consideramos que la forma más técnica de cálculo es determinar el número de jornales necesarios para la conservación y el valor de dichos jornales en el período mencionado; por consiguiente nosotros fijamos para este caso quince jornales anuales permanentes, o sea un jornal anual permanente para cada diez kilómetros de camino. El valor de los jornales en cada año lo establecimos con los datos que nos suministró el Ministerio de OO. PP. para esa región, y además en cada año fijamos la partida que en nuestro concepto pudo ser necesaria para otros gastos de la conservación.

"Como el fallo de la Corte del 17 de marzo de 1937 condena a la Nación a pagar el monto de los perjuicios que implica la privación del ejercicio, uso y goce del derecho de cobro del impuesto de tránsito establecido en el artículo 6º del contrato, y el auto de la Corte que establece el peritazgo pide la estimación de la suma que corresponda al valor de los perjuicios a que se refiere el fallo mencionado, nosotros consideramos que esos perjuicios comprenden: 1º el monto de los recaudos por concepto del impuesto de tráfico, y 2º el lucro cesante del dinero proveniente de dicho recaudo. Por esta razón procedemos a presentar el cáculo de los perjuicios y del costo de conservación en forma de cuadro con las siguientes columnas: 1ª, los años de 1907 a 1946; 2ª, el valor del incremento de los recaudos a las ratas mencionadas; 3ª, el valor de los recaudos en cada año; 4ª, el valor de los gastos de conservación anualmente; 5ª, la diferencia entre el valor de los recaudos y el valor de la conservación; y 6ª, el valor del lucro cesante, consistente en el interés del 6% de las cantidades de la columna de saldos hasta 1946".

Acerca del anterior dictamen pericial, la Sala no puede acogerlo en toda su integridad, porque el cómputo de intereses que allí se hace, a título de lucro cesante, carece de fundamento en este asunto, por las siguientes razones: a) porque la Nación sólo fue condenada a indemnizar los perjuicios que implica la privación del derecho al cobro de los impuestos de tránsito establecidos en el contrato de 1892, concepto cuyo alcance está aclarado en la propia sentencia de la Corte, en la cual ya se había dicho antes que "no pudiéndose reconocer el derecho al cobro del impuesto establecido en la cláusula 6ª del contrato, debe la Nación satisfacer una prestación equivalente"; b) porque los demandantes Jorge Enrique Perdomo Buendía y Ester Perdomo de Millán, al formular su liquidación especificada de perjuicios, no incluyeron intereses como lucro cesante, seguramente porque consideraron que este renglón no podía computarse dentro del fallo de la Corte; c) porque si el cobro de los impuestos de tránsito debía remunerar las inversiones del

concesionario y dejarle alguna utilidad, al computar ahora el producto de esos impuestos queda comprendido tanto el daño emergente como el lucro cesante; y d) porque como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades, en relación con el alcance del artículo 1617 del Código Civil, "la ley no reconoce intereses sobre los perjuicios sino en el caso de que por sentencia o contrato se fijen en cantidad determinada y haya mora en el pago".

Hecha esta salvedad, el dictamen uniforme de los peritos Patiño Rosselli y Dussán B. está debidamente fundado, ya que para sus otras valoraciones se basan en las pruebas del proceso, apreciadas razonablemente, o en su propia experiencia técnica de ingenieros, como ocurre cuando estiman el costo de conservación del camino del Caguán.

Por consiguiente, la Sala habrá de fijar la cuantía de los perjuicios a que fue condenada la Nación de acuerdo con lo que resulta de dicho peritazgo, con excepción del cómputo que allí se hace por concepto de intereses, o sea tomando en cuenta los siguientes factores:

Valor del monto de los recaudos de 1907 a 1946 por concepto del impuesto de tránsito	$ 293.605.07
Menos valor del costo de sostenimiento del camino del Caguán en el mismo período	104.825.04
Valor total líquido de los perjuicios	$ 188.780.03

Por lo tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, RESUELVE:

Primero.—No es el caso de acceder a las peticiones del señor Nepomuceno Perdomo y demás herederos del señor Gabriel Perdomo Falla, por los motivos indicados en el curso de esta providencia.

Segundo.—Fíjase la cantidad de ciento ochenta y ocho mil setecientos ochenta pesos con tres centavos ($ 188.780.03) como valor de los perjuicios que la Nación debe pagar a los herederos de don Miguel Perdomo Falla, en cumplimiento de la sentencia de diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y siete, pronunciada en este asunto por la Sala Civil de Unica Instancia.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Requisitos de la demanda de inexequibilidad de una ley.—Declara la Corte que no es el caso de proferir una resolución de fondo, por ineptitud de la demanda, en la acusación por inconstitucionalidad contra el Decreto 2473 de 1948 (artículos 1º a 6º); el artículo 1º de la ley 90 de 1948 y el Decreto 4133 del mismo año. Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas..... 369

Exequibilidad del artículo 9º de la ley 56 de 1947 sobre obligación de ciertas empresas de establecer y sostener escuelas de alfabetización para los hijos de sus trabajadores. — Alcance del principio constitucional de la igualdad ante la ley. — Libertad de enseñanza.—Se declara exequible la disposición acusada. Magistrado ponente: Dr. Gualberto Rodríguez Peña..... 372

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de separación de bienes pertenecientes a una sociedad conyugal. — Las alegaciones sobre violaciones de la ley son improcedentes dentro del motivo segundo de casación. — Causal primera de casación. Error en la 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 Ester Rosero de Hidalgo contra su legítimo esposo Rosendo Hidalgo. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 376

Acción reivindicatoria. — Error de hecho. — Cuándo da lugar a la casación del fallo recurrido.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por María Luisa Lasso contra Cayetano García. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 380

Acción reivindicatoria.—Error de hecho en la apreciación de indicios y en cuanto a la de la confesión extrajudicial.—Derechos del poseedor de buena fe vencido en juicio reivindicatorio. — La Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario sobre el objeto expresado seguido por la Sociedad "Castro Martínez & Cía. Ltda." contra Herminia Cabrera v. de Gambín, y en su lugar reforma la de primera instancia. Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 384

Valor legal de la promesa de contrato. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio seguido por José Manuel Llanes Fornaris contra la United Fruit Company para que se declare que la parte demandada está obligada a entregarle el título de propiedad de un terreno ubicado en Ciénaga y denominado "Ceibalito", y reformando la de primera instancia, se absuelve a la parte demandada. Magistrado ponete: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 396

Recurso de hecho.—Cuantía para el recurso de casación.—En el juicio ordinario seguido sobre la resolución de un contrato de compraventa por la Diócesis de Cartagena contra Amanda Rosales de Martínez, se admite el recurso de hecho de la parte demandada a fin de que el Tribunal de Cartagena proceda en la forma prevista en el art. 524 del C. J., en relación con el recurso de casación interpuesto por la misma parte en dicho juicio y contra la sentencia de ese Tribunal. Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 393

Págs.

Cuándo puede variarse en casación la apreciación de un dictamen hecha por el juzgador de instancia.—Nulidad por indebida representación. — Representación de la herencia. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa, por lesión enorme, seguido por Rosaura Quintero y otros herederos de Eduvín Quintero contra Daniel A. Quintero. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 396

Recurso de hecho.—Cuantía para el recurso de casación.—Se declara que no hay lugar a conceder el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario de Carmen Gutiérrez de White y otra contra Julio Villegas Arango y otra sobre pago de una suma de pesos, valor de rebaja en el precio de venta de una casa que las demandantes adquirieron de los demandados, rebaja originada en los vicios ocultos que tenía la propiedad objeto del contrato de compraventa. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 400

Acción de simulación. — Simulación relativa. Prueba de la simulación.—Diferentes hipótesis que es preciso distinguir en relación con dicha prueba. — En el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por Eusebia Garnica de Campos y Arquimedes Triana contra Pedro Arias Ortiz, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 402

Requisitos de la demanda de casación—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario de Jorge Gacharná Palacios contra María Alfonso Gacharná Palacios sobre pago de los cánones de arrendamiento correspondientes a la cuota de dominio del demandante en una casa perteneciente proindiviso a demandante y demandada y habitada por ésta. Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo 408

Págs.

Acción de filiación natural.—En el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado, por María Tomasa Arias Herrera, en nombre de sus menores hijos naturales María Nubia, Manuel Antonio y Jaime de Jesús Arias, contra Carmen Agudelo, como madre del finado Manuel Antonio Agudelo, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 411

Acción reivindicatoria—El certificado del registrador de instrumentos públicos, sobre tradición del inmueble, no es prueba suficiente de propiedad en acción de dominio. Valor probatorio de la cartilla de partición herencial. — No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por María Elena Cabrera Britel de Concha contra Juan de Dios Mosquera. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 414

Acción para que se declare que los efectos de un contrato celebrado por el mandatario en propio nombre, corresponden y benefician exclusivamente al mandante. — Error en la apreciación de pruebas y en la calificación de la acción ejercida en la demanda. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por Dionisio Ballesteros Gómez contra el doctor Jesús Rodríguez Medina. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 419

Revisión por la vía ordinaria de una sentencia de excepciones proferida en un juicio ejecutivo de pago de unos honorarios de peritos.—En el juicio seguido por Marcial Polo y esposa contra Ricardo M. Barrios y otros, se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Santa Marta y revocando la de primera instancia, se revisa la sentencia de excepciones materia del juicio en el sentido de declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación perseguida por el ejecutivo en que se dictó la sentencia revisada y se ordena cesar to-

Págs.

talmente la ejecución, con el consiguiente desembargo de bienes. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 426

Se corrige la sentencia anterior.—Corrige la la Corte su fallo de que da cuenta el aparte anterior, en el sentido de declarar que la sentencia recurrida y casada es de primero de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho y no de primero de noviembre del mismo año, como se afirmó en la parte resolutiva de la sentencia de casación..... 431

Acciones de simulación y de nulidad de unos contratos.—Error de hecho en la interpretación de la demanda.—Posiciones.—Confesión presunta.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por Felipe Nieto y otra contra Beatriz Nieto Rubio de Montenegro y Guillermo Hernández. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 432

Prescripción de ciertas acciones originadas en letras de cambio y pagarés.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos seguido por Leoncia viuda de Coba contra Julius Freund. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 436

Objeciones a una partición—A qué se extiende el recurso de casación interpuesto contra el fallo en que se aprueba la partición. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá aprobatoria de la partición hecha en el juicio de sucesión de la señora María Arango de Jaramillo. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas... 440

Acción de filiación natural.—Valor probatorio del testimonio único.—Requisitos para que puedan ser apreciadas en juicio las pruebas escritas a que alude el artículo 636 del C. J.—Casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario sobre el objeto expresado seguido por Zoraida González Castillo contra Segundo Virviescas, y en su lugar confirma la de primera instancia que absolvió al demandado. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 449

Acciones de división de un bien común y de declaración de adquisición por usucapión. El comunero que haya poseído el bien común en su propio nombre o beneficio por el tiempo y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, gana el dominio del bien por el modo constitutivo de la usucapión.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pasto profirió en el juicio seguido por Manuel Santiago Guerrero y Rufina Guerrero, como herederos del Pbro. Mariano Jácome, contra León Gil Guerrero y otros y de éste contra aquéllos a virtud de oposición. Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo 454

Acción de nulidad de un testamento.—En el juicio sobre el objeto expresado seguido por José María Uribe en relación con el testamento otorgado por la señorita Isabel Uribe Mejía, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que confirmando la de primera instancia, declaró no probadas la acción instaurada y las excepciones perentorias opuestas y negó, en consecuencia, todas las peticiones de la demanda. Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 474

SALA DE CASACION PENAL

Contra las providencias dictadas en cumplimiento del artículo 153 del C. de P. P. no es admisible el recurso de casación.—Declara la Corte no admisible el recurso de casación interpuesto por la parte civil contra la providencia del Tribunal de Pereira que ordenó cesar el procedimiento contra Carlos E. García H. por muerte del mismo procesado. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 478

Delitos de concusión y falsedad—En qué sentido y desde cuándo la nómina puede con-

Págs.

siderarse como un documento público. — Condena la Corte al doctor Rafael Flórez Camacho a la pena de cuatro años y un mes de presidio, a las penas accesorias y al pago de los perjuicios civiles ocasionados con la infracción, como responsable de los delitos de concusión y falsedad cometidos en su condición de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 480

Impedimentos y recusaciones de Agentes del Ministerio Público.—Cuándo debe intervenir en su decisión la entidad superior a aquella ante la cual actúa el funcionario impedido o recusado.—Se abstiene la Corte de conocer del incidente de recusación propuesto por el doctor Aquileo Roa Bulla contra el Fiscal del Tribunal Superior de Tunja en un proceso contra el recusante por delitos contra el sufragio. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 492

No se admite el recurso de reposición interpuesto contra el auto que precede—Contra la providencia en que el superior decide de un impedimento o de una recusación, no es procedente el recurso de reposición. Por improcedente, no se admite el recurso de reposición interpuesto por el recusante contra la providencia de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez.... 494

Recurso de revisión.—Se niega la revisión de la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Arturo Torres Gómez por los delitos de hurto y robo. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 495

Delitos de responsabilidad—Confirma la Corte el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Antonio Cabrales por cargos de responsabilidad que se le hicieron como Juez del Circuito Civil de dicha ciudad. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 498

Cesación del procedimiento.—Cuando, a más de la prescripción de la acción, existe otro motivo para ordenarla, debe hacerse por este motivo, y no por el de la prescripción. Confirma la Corte la cesación del procedimiento ordenada por el Tribunal Superior de Bogotá en favor de los doctores Jorge Uribe Truque, Manuel Pardo, Marco A. Herrera, Aristóbulo Vanegas y Jorge Zapata Escobar por los cargos de abuso de autoridad que se les imputaron como Jueces 3ros. Superiores de Bogotá, modificando la providencia consultada en el sentido de declarar que la orden de cesación del procedimiento no obedece a la prescripción de la acción como lo dijo el Tribunal, sino a la de no haber sido los sindicados los responsables de los cargos (demoras) que se les imputaron. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 500

Delito de abuso de autoridad (demoras).— Confirma la Corte la orden de cesar el procedimiento contra los jueces del Circuito de Guaduas, doctores Mardonio J. Serrano y Luis E. Ortega por los cargos de abuso de autoridad (demoras), pero reformándola en el sentido de que la orden de cesación obedece a que no tuvieron existencia los cargos imputados, y no al fenómeno de la prescripción de la acción penal, como se decía en la providencia consultada. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 502

Policía y Ejército.—Competencia para el juzgamiento de los miembros de la Policía Militar y demás miembros de las Fuerzas Militares, por delitos cometidos por razón del servicio de policía que haya sido confiado a dichas Fuerzas. — Competencia para el juzgamiento de miembros de la Policía Nacional, por delitos cometidos por razón de sus funciones o con ocasión del ejercicio de las mismas.—Dirime la Corte la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 2º Superior de Bogotá y el Juzgado Penal Militar de la Brigada de la misma ciudad, para conocer del proceso seguido contra los responsables del homicidio cometido en la persona del señor Vicente Echandía y otras personas el día 25 de noviembre de mil no-

Págs.

vecientos cuarenta y nueve en Bogotá, en el sentido de atribuir el conocimiento del dicho proceso a la justicia común u ordinaria, atribución que hace "por ahora". Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 504

No se repone el auto anterior. — Contra las providencias que deciden colisiones de competencia no proceden recursos, ni siquiera cuando la colisión ha sido suscitada por parte legítima en el proceso.—Se abstiene la Corte, por las razones dichas, de considerar la solicitud de reposición del auto de que da cuenta el aparte inmediatamente precedente, solicitud hecha por el apoderado de los sindicados. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 511

Se dirime una colisión de competencias para conocer de un proceso por el delito de estafa.—Cuándo se consuma este delito si él se comete por medio de cheque. — Dirime la Corte la colisión surgida entre los Jueces Superior de Neiva y 1º Superior de Bogotá para conocer de un proceso por el delito dicho, en el sentido de atribuir el conocimiento del negocio al Juez de Bogotá, por ser éste el lugar donde se cobró el cheque. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 514

Recurso de casación contra una sentencia proferida por el Estado Mayor de las Fuerzas Militares. — Apreciación de indicios.— Complicidad correlativa. — Interpretación del veredicto en procesos por consejos de guerra verbales.—No se invalida la sentencia proferida por el Estado Mayor de las Fuerzas Militares en el proceso contra Adán Urueña Galindo y otros por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 517

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada, a la sentencia anterior 530

Nulidades en los procesos penales—Su declaración no es procedente solicitarla después de que ha concluído el proceso.—Se abstiene la Corte de acceder a la solicitud del doctor Luis A. Muñoz y Vieira, apoderado del doctor Alberto Jaramillo Sánchez, de que se declare nulo un proceso ya fenecido que se adelantó contra el mencionado doctor Jaramilo Sánchez por cargos de responsabilidad como Gobernador del Departamento de Antioquia. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 532

Delito de intervención en política.—Se ordena cesar todo procedimiento contra el señor Carlos Jiménez Gómez por los cargos que por intervención en política formuló al dicho Comisario Especial del Caquetá el señor Darío Calderón, por cuanto el hecho imputado no tuvo existencia. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 533

Cuándo una circunstancia que ha sido prevista como elemento del delito o como modificadora del mismo, puede ser tenida como de mayor o menor peligrosidad—Acumulación jurídica.—Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali por la cual condenó este Tribunal a Erasmo Díaz Andrade a la pena principal de doce años y ocho meses de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar lo condena la Corte a la de diez años de la misma pena y por el mismo delito. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada. 535

Delitos políticos.—Delito de rebelión.—Rebelión militar.—Competencia de la justicia castrense en tiempos normales.—Veredicto contradictorio.—Interpretación del veredicto en los procesos comunes.—Insuperable coacción ajena.—Diferencia entre coacción física y coacción moral.—Se casa la sentencia proferida por el Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares en el proceso contra el Capitán José Phillips Rincón por el delito de rebelión militar por ser contradictorio el veredicto del Consejo de Guerra Verbal, y en su lugar se ordena devolverlo a los jueces de instancia respectivos para que se dé cumplimiento a lo ordenado por los artículos 570 del C. de P. P. y 100 del Có-

Págs.

digo de Justicia Militar. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 539

Salvamento de voto de los magistrados doctores Angel Martín Vásquez y Domingo Sarasty M., a la sentencia anterior..... 553

Se aclara la sentencia anterior.—Las sentencias pueden aclararse en lo tocante con frases o conceptos oscuros, y no sólo corregirse los yerros aritméticos en que se haya incurrido en ellas.—Indulto.—No es renunciable por el favorecido.—Se aclara la sentencia proferida en el recurso de casación del Capitán José Phillips Rincón, en el sentido de que es a los jueces o tribunales militares ordinarios a quienes debe volver el proceso y no a un nuevo consejo de guerra verbal. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 556

Salvamento de voto de los magistrados doctores Domingo Sarasty M. y Angel Martínz Vásquez a la providencia de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior..... 560

Práctica de pruebas en el proceso penal.—Nulidades.—La falta de citación antes de practicar pruebas no constituye causal de nulidad.—Causal segunda de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio contra Ernesto Flórez Esparza por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 562

Causales primera y segunda de casación.—Diferencias existentes entre la una y la otra. La alegación, en casación, de la legítima defensa debe hacerse con base en la causal segunda.—Límites de la competencia de la Corte como Tribunal de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el proceso contra Rubén Ochoa Arango por el delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 565

Causales segunda y cuarta de casación.—Diferencias existentes entre la una y la otra en cuanto a la apreciación de los hechos. Legítima defensa subjetiva y exceso en la legítima defensa.—La posición distinguida del delincuente como circunstancia de mayor peligrosidad.—Esa posición no puede ser apreciada en forma abstracta, sino en cada caso concreto, pues puede también acreditar una menor peligrosidad, según cuales sean las peculiares condiciones del hecho. Invalida la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual condenó a Luis Angel Murriel Correa a la pena de tres años de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar lo condena a la de dos años y medio de la misma pena. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 571

Se dirime una colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la militar para conocer de unos procesos por delitos de hurto y robo.—Dirime la Corte la colisión surgida entre los jueces 2º Superior de Bogotá y Superior Militar de la Brigada de la misma ciudad para conocer de unos procesos contra Leonilde Vanegas o Stella Rodríguez, en el sentido de atribuir su conocimiento a la justicia ordinaria.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada.... 579

Causales segunda y tercera de casación.—Nulidades en el proceso penal.—Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—La responsabilidad penal y el estado de embriaguez no son incompatibles entre sí. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso contra Ignacio Cardona Naranjo por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 581

Delitos de calumnia y de abuso de autoridad.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Vicente Vernaza Gómez por los cargos que como autor de los delitos dichos le imputó como consumados en su calidad de Magistrado del Tribunal Superior de Cali el abogado Dr. Carlos Arturo Gil. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 587

Págs.

Se dirime una colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la militar para conocer de un proceso por el delito de robo. Decide la Corte que es al Juez Primero Penal del Circuito de Cúcuta y no al Juez Superior Militar de la 5ª Brigada a quien corresponde el conocimiento de un proceso por robo de mercancías del cual fue denunciante Fernando Posada Botero.—Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 593

No pueden confundirse las causales de recusación de jueces y magistrados con los motivos señalados por el Código de Procedimiento Penal para que pueda cambiarse la radicación de un proceso ni puede accederse a ordenar ese cambio por el sólo motivo de que los juzgadores a quienes corresponde o pueda corresponder el conocimiento profesen ideas políticas contrarias a la del procesado—Emite la Corte concepto desfavorable al cambio de radicación de la causa seguida ante el Juzgado Superior de Quibdó contra el señor Alejandro Mosquera Mena por el delito de peculado.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 595

Delito de abuso de autoridad.—Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena en favor del Dr. Carmelo Saladén Marrugo, Juez 1º Superior de ese Distrito, por los cargos de abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada.. 597

Cambio de radicación de un proceso penal. Conceptúa la Corte que debe cambiarse la radicación del proceso seguido ante el Juzgado 1º Superior de Buga contra Pablo Julio Rivera por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 599

Se niega la revisión de una providencia sobre libertad provisional, revisión solicitada durante el recurso de casación.—En el proceso contra Alejandro Vargas Insignares por el delito de homicidio, se declara inadmisible la solicitud del apoderado del procesado de que se modifique el auto del Tribunal de Barranquilla que concedió a Vargas la libertad provisional.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 602

No se repone el auto anterior.—La Corte no repone el auto proferido en el proceso contra Alejandro Vargas Insignares y de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 604

Se dirime una colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la militar.—Delito de encubrimiento.—En el Código Penal vigente el hecho en que el encubrimiento consiste, aunque se presume la existencia de un delito anterior es, en cuanto al castigo, una infracción autónoma de la infracción principal.—Se dirime la colisión de competencias surgida entre el Juez del Circuito de San Andrés (S). y el Juez Superior Militar de la Quinta Brigada para conocer del sumario contra Angel María Caballero Hernández y Luis Moreno Chiparra por el delito de encubrimiento, en el sentido de que es al Juez del Circuito a quien corresponde ese conocimiento.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 606

Aclaración del Magistrado doctor Domingo Sarasty 612

Se dirime una colisión de competencias para conocer de un proceso por el delito de fuga. Cuál es el lugar donde se consuma este delito y el Juez que por razón del territorio es siempre competente para conocer de él.—Dirime la Corte la colisión de competencia surgida entre el Juez Penal del Circuito de Pereira y el Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal para conocer de un proceso por el delito de fuga seguido contra Félix A. Estrada y Fabio González, en el sentido de que es el Juez de Pereira el competente para conocer de dicho proceso. Magistrado ponente: Doctor Francisco Bruno 613

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción de indemnización de perjuicios.—Influencia del proceso penal en el civil.—Presunción de culpabilidad por actividades peligrosas y modo de desvirtuarla.— Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por los herederos de Reinaldo Cagua y otros contra la Nación y contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 615

Acción reivindicatoria—Lo primero que debe examinarse es si en los autos está suficientemente determinada la cosa reivindicada.—En el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Angel Orrego contra el Departamento de Antioquia, se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 623

Acción de indemnización de perjuicios originados en el cumplimiento de una resolución administrativa nula. — Los particulares nunca pueden invocar derechos a determinada competencia. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Santa Marta que declaró nulo todo lo actuado, por incompetencia de jurisdicción, en el juicio ordinario seguido por Marco A. Hernández Durán contra el Departamento del Magdalena. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 627

Acción de incumplimiento de un contrato de Lotería. — La excepción de incompetencia de jurisdicción no es perentoria conforme a nuestra legislación. — Para que proceda la función jurisdiccional de las autoridades de lo Contencioso-Administrativo se requiere, entre otras condiciones, que el acto de la Administración sea violatorio de la ley por infracción directa, y no como resultado de situaciones jurídicas producidas por la acción privada o con el necesario concurso particular. — Naturaleza jurídica de la lotería. — En el juicio ordinario seguido por Hernando Vergara Támara contra el Departamento de Bolívar se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena y en su lugar se absuelve a la entidad demandada de todos los cargos de la demanda.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 630

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Rodríguez Peña, a la sentencia anterior..... 640

Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato. — Se condena a la Nación a pagar al doctor Francisco García García indemnización por los perjuicios que le ocasionó con el incumplimiento del contrato celebrado entre el demandante y el Director General de la Policía Nacional para que aquél formase parte del curso especial de Comandantes de División de la misma entidad. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 641

El coadyuvante no es parte en el juicio y respecto de él no es por tanto aplicable el plazo señalado por el artículo 26 de la Ley 37 de 1931.—No accede la Sala a revocar el auto proferido por el magistrado sustanciador doctor Eleuterio Serna R. en el juicio breve y sumario originado en la oposición que hicieron los señores Manuel y Joaquín Roca Niz y otros a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional hecha por la Compañía Colombiana de Petróleos Tolima, S. A., auto por el cual admitió como coadyuvante al señor Pedro Ignacio Uribe U. y contra el cual interpuso recurso de súplica el señor Procurador Delegado en lo Civil. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 651

Acción de nulidad de un contrato de compraventa celebrado con el Gobernador de un Departamento — Cuando para el perfeccionamiento de un contrato, como en el caso de los que celebran las entidades de derecho público, exige la ley un proceso de integración de voluntades, no hay motivo de nulidad por la falta de culminación de ese proceso.—Se confirma, aunque por razones

Págs.

distintas, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario sobre el objeto expresado, seguido por Pedro A. Sánchez O. contra el Departamento del Cauca. Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry..... 653

Juicio contra un abogado por faltas contra la ética profesional—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio contra el doctor Rafael Humberto Bernal. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 658

No constituye ninguna de las faltas previstas por la Ley 69 de 1945 la destemplanza verbal usada por un abogado en sus escritos. Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio seguido por faltas cometidas en el ejercicio de la profesión de abogado contra el doctor Luis Carlos Cajiao. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 661

Acción posesoria por despojo del aprovechamiento de unas aguas de uso público y de indemnización de perjuicios.—En el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por el Gerente de "Hacienda Real, S. A." se confirma la providencia del Tribunal Superior de Cali que declaró improcedente en lo principal y en lo subsidiario la acción instaurada. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 664

Solicitud de revisión de una sentencia que reconoció una pensión de jubilación. — Incompetencia de la Corte para conocer de esta clase de solicitudes. — Se declara que la Corte no tiene competencia para revisar su sentencia por medio de la cual, con base en lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 114 de 1913, reconoció una pensión a favor del señor Julio Salcedo Dulcey. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 674

Acción ejecutiva.—Las cuentas de cobro contra la Administración Pública que llevan el visto bueno del funcionario competente tienen el carácter de documento público y con base en ellas procede la acción ejecutiva.—Se revoca el auto del Tribunal Superior de Cali proferido en el juicio ejecutivo seguido por el doctor Sergio Abadía Arango contra la Intendencia Nacional del Chocó y en su lugar se libra orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del demandante y contra el Departamento del Chocó (antes Intendencia Nacional del Chocó). Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 676

Acción ordinaria sobre eficacia de la renuncia de un contrato sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional.—El objeto sustancial del período contractual de exploración lo son las perforaciones con taladro y la obligación de perforar se hace imperiosa para el contratista desde el momento en que se ha cubierto la etapa de los estudios geológicos inherentes a esta clase de exploración, y no sólo seis meses antes de terminar el período inicial de exploración. — Se niegan las declaraciones pedidas por la parte demandante en el juicio ordinario seguido por la Compañía de Petróleos Caldas, S. A., contra la Nación sobre que es eficaz la renuncia presentada por la dicha Compañía de un contrato sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional y sobre que, en consecuencia, no pueden producir efecto alguno las resoluciones ministeriales en que no se accede a reconocer la terminación de dicho contrato. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles. 680

Acción de pertenencia por haber adquirido por prescripción extraordinaria. — En el juicio originado en la oposición que a nombre de la Nación hizo el señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla a la solicitud de la señora Sol María Armella sobre declaración de pertenencia a la demandante de un inmueble ubicado en la ciudad de Barranquilla por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la dicha ciudad, y en su lugar se resuelve que no es el caso de hacer declaración alguna sobre el dominio del inmue-

Págs.

ble objeto de la expresada acción de pertenencia. Magistrado ponente: Dr. Gualberto Rodríguez Peña..... 690

No se accede a reponer una providencia.—Decide la Corte que no es el caso de revocar su propia providencia proferida dentro del juicio ordinario seguido por el Municipio de San Jacinto contra la Nación y por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra otra del Tribunal del conocimiento. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 696

Acciones de resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento de una de las partes; de indemnización de perjuicios y de restitución de la cosa objeto del contrato, y subsidiaria de indemnización de perjuicios y de nulidad de una donación por falta de insinuación.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona proferida en el juicio ordinario seguido por Florella Briceño de Daza contra el Departamento Norte de Santander. Matrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía.. 697

La competencia privativa que atribuye a la Corte el artículo 40 del C. J. no se encuentra limitada a aquellas controversias que tengan por objeto el contrato mismo a efecto de establecer la nulidad de sus estipulaciones; interpretar el sentido exacto de esas estipulaciones, etc., sino que comprende en general todas las controversias provenientes de él, aun cuando el pleito no verse sobre el contrato mismo.—En el juicio ordinario sobre reivindicación de una máquina cilindradora, seguido por Nicolás Liévano contra la Nación, se declara nulo todo lo actuado a partir del auto que admitió la demanda. Magistrado ponente: Dr. Gualberto Rodríguez Peña..... 701

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles..... 705

Acción de indemnización de perjuicios por extravío de unas encomiendas confiadas a los correos nacionales—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Silvano Parra R. contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez... 707

Aclaración y enmienda de sentencias. — No accede la Corte a aclarar la sentencia de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 711

Acción ejecutiva de una obligación de no hacer. — El precepto de que no puede litigar quien no es abogado no es aplicable a la interposición por parte del demandado de los recursos a que tenga derecho contra la providencia inicial del proceso.—Las obligaciones de no hacer no son susceptibles de ejecución forzosa y a ellas no es aplicable lisa y llanamente el artículo 549 del Código Judicial.—En el juicio ejecutivo seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited, se revoca el mandamiento decretado contra la parte demandada y a favor del Departamento demandante. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 712

Acción de cumplimiento de un contrato y de de indemnización de perjuicios. — Revoca la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Hipólito Astrálaga contra el Departamento del Atlántico, y en su lugar se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación a cargo de la parte demandada, y absuelve al Departamento de todos los cargos de la demanda. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 717

Incidente de regulación de honorarios de un perito—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual se negó la solicitud formulada por el doctor Pablo E. Lucio, para que por medio de un incidente se regularan los honorarios a que tenía derecho por haber servido el cargo de perito en un juicio de deslinde seguido por la sociedad "Hijos de Juan

Págs.

Francisco Rocha, S. A." contra la Nación, por cuanto no existe ya el dicho juicio. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez... 724

Competencia para el conocimiento de controversias sobre cancelación del registro de marcas.—En el juicio seguido sobre el objeto expresado por Schering Corporation contra Química Colombiana, S. A., la Naóicn y el Fondo de Estabilización, se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que declaró nulo todo lo actuado por incompetencia de jurisdicción. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 725

Incidente de liquidación de perjuicios—Cuándo hay lugar a pagar intereses por su monto.—Se fija en la cantidad de ciento ochenta y ocho mil setecientos ochenta pesos con tres centavos el valor de los perjuicios que la Nación debe pagar a los herederos de Miguel Perdomo Falla en cumplimiento de la sentencia proferida por la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte con fecha diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y siete. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 728

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXVII - BOGOTA, COLOMBIA. - AGOSTO DE 1950 - NUMERO 2085

SALA PLENA

ACTA DE POSESION DEL EXCELENTISIMO SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, DOCTOR LAUREANO GOMEZ, ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL SALON CENTRAL DEL CAPITOLIO NACIONAL, E LDIA 7 DE AGOSTO DE 1950.

— 1 —

En la ciudad de Bogotá, capital de la República de Colombia, a las 3 de la tarde del día 7 de agosto de 1950 en la Salón Central del Capitolio Nacional se constituyó la Corte Suprema de Justicia en sesión plena, presidida por el honorable Magistrado señor doctor Domingo Sarasty, con el objeto de dar posesión al excelentísimo señor doctor Laureano Gómez, del cargo de Presidente de la República para el período constitucional de 1950 a 1954.

Actuó como secretario el señor doctor Emilio Prieto Hernández, Secretario de la Corte Suprema de Justicia.

— II —

El suscrito Secretario pasó a lista y contestaron los siguientes honorables Magistrados:

Domingo Sarasty.
José Martín Blanco Núñez.
Pablo Emilio Manotas.
Angel Martín Vásquez.
Alberto Holguín Lloreda.
Gualberto Rodríguez Peña.
Rafael Leiva Charry.
Luis A. Flórez.
Arturo Silva Rebolledo.
Gerardo Arias Mejía.

— III —

Además de la Corte Suprema de Justicia ocuparon puesto de honor en el recinto las Misiones Especiales acreditadas ante el Gobierno de Colombia para la transmisión del mando, así:

Santa Sede

Su Excelencia Monseñor Antonio Samoré, Arzobispo Titular de Tirnovo.

Legado Pontificio. Monseñor Bruno Torpigliani, Primer Secretario.

República Dominicana

Su Excelencia el señor Virgilio Díaz Ordóñez, Ministro de Relaciones Exteriores.

Su Excelencia el señor Joaquín Balaguer, Ministro de Educación. Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Armando Oscar Pacheco, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Pacheco.

Señorita Pacheco.

Su Execelencia el señor Fortunato Canaán, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Frank Baehr, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor General de Brigada José García Trujillo, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Capitán de Navío César de Windt Lavandier, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Coronel Frank Feliz Miranda, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Guatemala

Su Excelencia el señor Ismael González Arévalo, Ministro de Relaciones Exteriores.

Su Excelencia el señor Alfonso Padilla, Ministro de Hacienda. Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Virgilio Rodríguez Beteta, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Su excelencia el señor Luis Edmundo López, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Adolfo Rudeke, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señor Miguel Arturo Carrera, Secretario.

Señor Coronel Alfonso Aris de Castilla, Adjunto Militar.

Señor Mayor Oscar Mendoza, Adjunto Militar.

Señor Mayor Enrique Gálvez Sobral, Adjunto Militar.

Señor Fernando Valdés Díaz, Agregado de Prensa.

Ecuador

Su Excelencia el señor Neftalí Ponce Enríquez, Ministro de Relaciones Exteriores.

Su Excelencia el señor Enrique Arroyo Delgado, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Antonio Parra Velasco, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señor Guillermo Cordovez, Consejero.

Señor Coronel José Félix Vega Dávila, Adjunto Militar.

Señor Coronel Julio Montalvo, Adjunto Militar.

Señor Juan Chiriboga, Secretario.

Señor Ernesto Valdivieso, Secretario.

Señora de Valdivieso.

Señor Mayor César Montúfar, Adjunto Militar.

Señora de Montúfar.

Señor César Vergara Morales, Tercer Secretario.

Señora de Vergara Morales.

Gran Bretaña

Su Excelencia el señor Gilbert Mackereth, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Mackereth.

Señor Geoffrey H. S. Jackson, Primer Secretario.

Señora de Jackson.

Señor Capitán J. Lee Barber, Adjunto Naval.

Señora de Barber.

Señor F. F. Garner, Primer Secretario.

Señora de Garner.

Señor Leslie Boas, Primer Secretario.

Bélgica

Su Excelencia el señor René L. Van Meerbeke, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Seora de Van Meerbeke.

Señorita Mady Van Meerbeke.

Suecia

Su Excelencia el señor Ragnvald Bagge, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Bagge.

Señor Sven Zethelius, Secretario.

Señora de Zethelius.

Señorita Zethelius.

Uruguay

Su Excelencia el señor José A. Mora Otero, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señorita Gladys Mora.

Su Excelencia el señor Juan Carlos Bernardéz, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Bernardéz.

Señor General Alberto Bianchi, Adjunto Militar.

Salvador

Su Excelencia el señor Teniente Coronel José María Lemus, Ministro del Interior, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Rafael Antonio Belloso, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Ramón López Jiménez, Enviado Extraordinario y Ministro Pelnipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Manuel A. Ramírez, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señor Carlos Mejía Osorio, Secretario.

Señora de Mejía Osorio.

Señor Teniente Coronel Rafael Carranza Amaya, Adjunto Militar.

España

Su Excelencia el señor José María Alfaro y Polanco, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Alfaro y Polanco.

Su Excelencia el señor Carlos Martínez de Orense y García, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Leopoldo Boado Endeiza, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Teniente Coronel de Aviación Isidro López de Haro Pérez, Marqués de Chinchilla, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señor Coronel Mario González Revenga, Adjunto Militar.

Señor Antonio Ventura Casals, Primer Secretario.

Señora de Ventura Casals.

Señor Julián Ayesta Prendes, Tercer Secretario.

México

Su Excelencia el señor José Rubén Romero, Embajador Extraorordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Romero.

Señorita Refugio Romero.

Señorita Laura Romero.

Su Excelencia el señor Mariano Armendáriz del Castillo, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Armendáriz del Castillo.

Señor Salvador Brom Rojas, Secretario.

Señora de Brom Rojas.

Señor Capitán Armando Galas, Adjunto Aéreo.

Señor Capitán Samuel Cueto, Adjunto Aéreo.

Señor Capitán Ernesto A. Reyes, Adjunto Aéreo.

Señor Capitán Jorge Villanueva, Adjunto Aéreo

Portugal

Su Excelencia el señor Joao María da Silva Lebre e Lima, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Honduras

Su Excelencia el señor Alejandro Alfaro Arriaga, Subsecretario de Relaciones Exteriores, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor M. A. Raudales Planas, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Teniente Coronel Armando Velásquez, Jefe del Estado Mayor, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Italia

Su Excelencia el señor Enrico Bombieri, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el Conde Dino Secco Suardo, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señor General de Brigada Aérea Mario Porru, Adjunto Militar.

Señor Mayor de Aviación Edmondo Carlucci, Adjunto Militar Auxiliar.

Venezuela

Su Excelencia el señor Augusto Mijarés, Ministro de Educación Nacional. Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Mijarés.

Su Excelencia el señor Mario Briceño Iragorry, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Briceño Iragorry.

Señorita Briceño.

Su Excelencia el señor Pedro Sotillo, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia Monseñor Jesús María Pellin, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión, Especial.

Su Excelencia el señor Samuel Belloso, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Belloso.

Su Excelencia el señor Teniente Coronel José León Rangel, Jefe de la delegación militar, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor J. D. Gómez Mora, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Gómez Mora.

Su Excelencia el señor Eloy Dávila Celis, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Ezequiel Monsalve Casado, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Monsalve Casado.

Señor Manuel Osorio Menda, Consejero.

Señora de Osorio Menda.

Señor Oscar Colmenares Pacheco, Consejero.

Señor Capitán de Fragata Carlos Larrázabal, Adjunto Naval.

Señor Capitán de Fragata Julio Vale Guillén, Adjunto Naval.

Señor Mayor Manuel Ojeda Guía, Adjunto Militar.

Señor Mayor Benjamín Maldonado, Adjunto Militar.

Señor Mayor asimilado Manuel Reina Morales, Adjunto Militar.

Señor Capitán Azael Rangel, Adjunto Militar.

Señor Julio Morales Lara, Primer Secretario.

Señora de Morales Lara.

Señor Enrique Tarchetti, Primer Secretario.

Señora de Tarchetti.

Señor Armando Contreras Unda, Segundo Secretario.

Señora de Contreras Unda.

Señor Neftalí Noguera Mora, Segundo Secretario.

Señora de Noguera Mora.

Señor Walter Brandt, Segundo Secretario.

Señora de Brandt.

Señor Juan B. Sosa Michelena, Tercer Secretario.

Señor Pedro García Lopenza, Agregado Civil.

Brasil

Su Excelencia el señor Luis Pereira Ferreira de Faro, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señor Nelson Tabajara de Oliveira, Consejero.

Señora de Tabajara de Oliveira.

Señor Coronel Nilo Horacio de Oliveira Sucupira, Adjunto Militar.

Paraguay

Su Excelencia el señor José Dahlquist, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Nicaragua

Su Excelencia el señor Guillermo Sevilla Sacasa, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Coronel Anastasio Somoza, Jefe del Estado Mayor de la Guardia Nacional. Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Diego Manuel Sequeira, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Francia

Su Excelencia el señor Abel Verdier, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Verdier.

Su Excelencia el señor Hubert Lefevre Pontalis, Diputado del Sarthe. Delegado de la Asamblea Nacional Francesa.

Señor Henri Quioc, Secretario.

Señora de Quioc.

Señor Coronel Albert Buchelet, Adjunto Militar.

Dinamarca

Su Excelencia el señor Georg Host, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

China

Su Excelencia el señor Wangten Yu, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión especial.

Señora de Yu.

Señor Ming-Sun Chen, Secretario.

Costa Rica

Su Excelencia el señor Claudio A. Volio, Ministro de Agricultura. Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Volio.

Su Excelencia el señor Manuel de Mendiola, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de de Mendiola.

Señorita Piedad de Mendiola.

Señor Manuel de Mendiola, hijo, Secretario.

Señora de de Mendiola.

Chile

Su Excelencia el señor Eduardo Cruz Coke, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Cruz Coke.

Su Excelencia el señor Julio Barrenechea, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Barrenechea.

Su Excelencia el señor Juan Luis Mauras, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Mauras.

Su Excelencia el señor General de División Silvestre Urizar, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Su Excelencia el señor Fernando Orrego Vicuña, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Orrego Vicuña.

Su Excelencia el señor Celso Vargas Mardones, Ministro Consejero.

Señorita María Eugenia Vargas.

Señorita Berta Vargas.

Señor Teniente Coronel Alfredo Gacitúa Vidaurre, Adjunto Militar
Señora de Gacitúa Vidaurre.
Señorita Carmen Gacitúa.
Señor Mayor Germán Valdivia Muro, Adjunto Militar.
Señor Manuel Tello Troncoso, Secretario.
Señora de Tello.
Señor Carlos Guillermo Osorio, Secretario.

Bolivia

Su Excelencia el señor Joaquín Espada, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Su Excelencia el señor Humberto Linares, Enviado Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señora de Linares.
Señorita Cecilia Linares.
Señor General Alberto Crespo, Adjunto Militar.
Señor Guillermo Paz Arauco, Secretario.
Señor Teniente Rodolfo Ibáñez, Adjunto Militar Auxiliar.

Haití

Su Excelencia el señor Pierre L. Hudicourt, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.

Estados Unidos

Su Excelencia el señor Willard L. Beaulac, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señora de Beaulac.
Su Excelencia el señor Robert Butler, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señor Contra-Almirante Edward Hanson, Representante de las Fuerzas Armadas.
Señor Robert Newbegin, Consejero.
Señora de Newbegin.
Señor Teniente Coronel Charles M. Pack, Adjunto Militar.
Señora de Pack.
Señor Teniente Coronel William F. Duncan, Adjunto Aéreo.
Señor Herbert V. Olds, Segundo Secretario.
Señora de Olds.
Señor Irven M. Eitreim, Segundo Secretario.
Señora de Eitreim.
Señor Stewart G. Anderson, Segundo Secretario.
Señora de Anderson.
Señor Max V. Krebs, Segundo Secretario.
Señora de Krebs.
Señor Dudley Singer, Agregado.
Señora de Singer.

Cuba

Su Excelencia el señor Emilio Núñez Portuondo, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Su Excelencia el señor Mario Núñez de Villavicencio, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.
Señora de Núñez de Villavicencio.

Panamá

Su Excelencia el señor Aurelio Guardia, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señora de Guardia.
Señorita Guardia.
Su Excelencia el señor Raúl de Roux, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señora de de Roux.
Señorita de Roux.
Señor Ricardo Brin, Consejero.
Señora de Brin.
Señor Roberto S. Fábrega Goytia, Primer Secretario.

Países Bajos

Su Excelencia el señor L. A. Gastmann, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señor M. J. Rosemberg, Secretario.
Señora de Rosemberg.

Perú

Su Excelencia el señor Emilio Romero, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señora de Romero.
Su Excelencia el señor Luis Cuneo Harrison, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señora de Cuneo Harrison.
Señor Julio Balbuena, Consejero.
Señora de Balbuena.
Señor Coronel Alfredo Rodríguez, Adjunto Militar.
Señor Jorge G. Llosa P., Secretario.
Señora de Llosa.
Señor Esteban Pavletich, Agregado.
Señora de Pavletich.

Argentina

Su Excelencia el señor Ramón del Río, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial.
Señora de del Río.
Señorita del Río.

Señor Coronel Apolinario López, Adjunto Militar.

Suiza

Su Excelencia el señor Ernest Schlatter, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señora de Schlatter.

Austria

Su Excelencia el señor Adrian Rotter, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Líbano

Su Excelencia el señor Nazih Lahoud, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial.

Señor Edmond Khayat, Consejero.

Señor Louis Zaccours, Secretario.

Señor Nicolás Saade, Secretario.

También ocuparon puesto de honor en el recinto:

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Crisanto Luque, Arzobispo electo de Bogotá.

El Excelentísiimo y Reverendísimo Monseñor Emilio de Brigard Ortiz, Vicario Capitular.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Luis Pérez Hernández, Obispo Auxiliar de Bogotá.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor José Ignacio López, Arzobispo de Cartagena.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Diego María Gómez, Arzobispo de Popayán.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Julio Caycedo Téllez, Obispo de Cali.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Pedro María Rodríguez, Obispo de Ibagué.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Jesús Martínez Vargas, Obispo de Pamplona.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Emilio Botero, Obispo de Pasto.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Angel María Ocampo, Obispo de San Gil.

El Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Miguel Angel Builes, Obispo de Santa Rosa de Osos.

Y los Vicarios Apostólicos y Reverendísimos Miembros del Capítulo Metropolitano.

Los honrables Consejeros de Estado, doctores:

Pedro Alejo Rodríguez (Presidente).

Baudilio Galán Rodríguez (Vicepresidente).

José del C. Prieto.

José Urbano Múnera.

Alvaro Pineda de Castro.

Manuel Dangond Daza.

Eduardo Piñeros y Piñeros.

Jesús Estrada Monsalve.

Y el Secretario:

Luis E. García V.

Los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca.

El señor Gobernador de Cundinamarca y sus Secretarios.

El señor Alcalde de Bogotá y sus Secretarios.

El Estado Mayor General del Ejército.

Otras altas personalidades oficiales y un gran número de público invitado especialmente al acto.

— IV —

Habiéndose verificado el quórum reglamentario, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia declaró abierta la sesión y designó en comisión para poner este hecho en conocimiento del señor Presidente de la República, doctor Laureano Gómez, y acompañarlo al Salón Central del Capitolio Nacional, a los honorables Magistrados doctores Gualberto Rodríguez Peña y José Martín Blanco Núñez; a los honorables Consejeros de Estado doctores Pedro Alejo Rodríguez y Baudilio Galán Rodríguez; a los Generales Ricardo Bayona Posada, Carlos Perdomo Puyo y Luis A. Garavito; al Coronel Gabriel Piñeros Suárez y al Capitán de Fragata Antonio J. Tanco.

Para recibirlo en el recinto fueron destinados por el señor Presidente de la Corte los honorables Magistrados doctores Alberto Holguín Lloreda y Pablo Emilio Manotas; los honorables Consejeros de Estado doctores Jesús Estrada Monsalve y Alvaro Pineda de Castro; el Coronel Sergio Cárdenas; los Tenientes Coroneles Francisco Rojas Scarpetta y Miguel Gómez Archila; y el Mayor Eduardo Escandón.

— V —

A las 3 y media de la tarde llegó al Salón Central del Capitolio Nacional el Excelentísimo señor doctor Laureano Gómez, acompañado de las comisiones de recepción designadas por el Presidente de la Corte, de su señora esposa, doña María Hurtado de Gómez, y ocupó puesto a la derecha del honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

— VI —

El Excelentísimo señor doctor Laureano Gómez tomó posesión del cargo de Presidente de la República para el período constitucional de 1950 a 1954 y prestó el juramento requerido por la Constitución Nacional ante los Santos Evangelios, en la siguiente forma:

Preguntó el honorable señor Presidente de la

Corte Suprema de Justicia, Magistrado doctor Domingo Sarasty:

"Excelentísimo señor doctor Laureano Gómez: ¿Juráis desempeñar el cargo de Presidente de la República cumpliendo fielmente la Constitución y Leyes de Colombia?".

Y él respondió:

"Juro a Dios cumplir fielmente la Constitución y Leyes de Colombia".

El señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia dijo:

"Si así lo hicieréis, Dios y la Patria os lo premien; y si no, El y Ella os lo demanden".

Entre el honorable Magistrado doctor Domingo Sarasty y el Excelentísimo señor Presidente de la República doctor Laureano Gómez se cruzaron los discursos de estilo.

Para acompañar al Excelentísimo señor doctor Mariano Ospina Pérez, desde el Palacio de Nariño hasta su casa de habitación, el honorable señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia designó la siguiente comisión: honorables Magistrados doctores Rafael Leiva Charry y Arturo Silva Rebolledo; honorables Consejeros de Estado doctores Manuel Dangond Daza y Antonio José Prieto.

— VII —

Siendo las 5,25 de la tarde el Presidente de la Corte Suprema de Justicia levantó la sesión de la Corte, después de haber sido leída y aprobada la presente acta.

Bogotá, 7 de agosto de 1950.

El Presidente de la República,

LAUREANO GOMEZ

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia,

Domingo Sarasty

Los Magistrados, **Domingo Sarasty — José Martín Blanco Núñez — Pablo Emilio Manotas—Angel Martín Vásquez — Alberto Holguín Lloreda. Gualberto Rodríguez Peña — Rafael Leyva Charry — Luis A. Flórez — Arturo Silva Rebolledo. Gerardo Arias Mejía.**

El Secretario de la Corte Suprema de Justicia,

Emilio Prieto Hernández

PROPOSICION APROBADA POR LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SU SESION DEL DIA 15 DE JUNIO DE 1950, CON OCASION DE LA MUERTE DEL HONORABLE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SAN GIL, DOCTOR RAIMUNDO RUEDA

"La Corte Suprema de Justicia,

Considerando:

"Que en la ciudad de Bucaramanga dejó de existir el Magistrado del Tribunal Superior de San Gil señor doctor Raimundo Rueda.

"Que el doctor Rueda consagró toda su vida a las disciplinas jurídicas en las cuales descolló, ya como profesional, ya como Magistrado, y

"Que en tales actividades fue siempre guiado por un sentido de estricta justicia y equidad y de recta aplicación de la ley,

"Resuelve:

"Manifestar su sincero pesar por la desaparición de tan ilustre jurisconsulto y comunicar esta resolución, en nota de estilo a la viuda e hijos del extinto".

PROPOSICION APROBADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LA SESION DE LA SALA PLENA VERIFICADA EL DIA 6 DE JULIO DE 1950, Y POR LA CUAL SE LAMENTA EL FALLECIMIENTO DEL MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA, DOCTOR EUCLIDES ARGUELLO R.

"La Corte Suprema de Justicia lamenta la desaparición del Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga doctor Euclides Argüello R., quien consagró su vida a la administración de justicia, y en ella se distinguió por sus conocimientos, honorabilidad y consagración a sus labores. Comuníquese en nota de estilo al Tribunal de Bucaramanga y a la familia del extinto".

PROPOSICION APROBADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SU SESION DE LA SALA PLENA DEL DIA 17 DE AGOSTO DE 1950, CON OCASION DEL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR MAXIMO H. MARTINEZ, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI

"La Corte Suprema de Justicia lamenta la prematura desaparición del Magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Máximo H. Martínez, quien con extraordinaria competencia y pulcritud desempeñó altos cargos en la rama jurisdiccional del poder público, y envía a los miembros de la distinguida familia la expresión sincera de su condolencia".

PROPOSICION APROBADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SESION DEL DIA 17 DE AGOSTO DE 1950

La Corte Suprema de Justicia deplora la separación de su dignísimo Presidente doctor Domingo Sarasty del seno de la entidad que durante varios años ilustró con las luces de su inteligencia, asimismo se congratula con su nombramiento para la cartera de Gobierno en la administración del Excmo. señor Laureano Gómez, y hace votos por el éxito de sus labores frente al mencionado cargo.

PROPOSICION APROBADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SESION DEL DIA 17 DE AGOSTO DE 1950

La Corte Suprema de Justicia expresa su sincero sentimiento de pesar con motivo del retiro del señor Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza, quien con su ilustración y virtudes honró y sirvió la Corporación por espacio de varios años.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO ORDINARIO DE SIMULACION—EL MINISTERIO PUBLICO QUE ACTUO COMO DEMANDANTE EN EL JUICIO DE SIMULACION, NO ES PARTE EN EL ORDINARIO DE NULIDAD DE AQUEL—LA FALTA DE LEGITIMACION EN CAUSA ES EXCEPCION PERENTORIA QUE DEBE DECIDIRSE EN LA SENTENCIA—EL CONTRATO OCULTO NO PRODUCE EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE.

1—Cuando el Ministerio Público ejercita la acción social que le atribuye la norma del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, su intervención queda agotada con la ejecutoria de la sentencia respectiva, en forma tal que si ese fallo niega la declaración de nulidad, ya aquél no podría promover la anulación del juicio de acuerdo con el artículo 457 del C. J., pues ésta sería una acción nueva y de índole distinta, para la cual no está autorizado. La sentencia, en tal caso, hace presumir que el interés de la moral y de la ley está a salvo, por haber declarado la justicia que el vicio demandado no existe. La intervención de aquel Ministerio queda, pues, clausurada definitivamente. Y si la acción de anulación del juicio se instaura por una parte o persona distinta del Ministerio Público, cualquiera que haya sido el resultado de aquél, tampoco tendrá el Ministerio, por qué intervenir, pues ya no se trata de "pedir la declaración de nulidad" a lo cual estaba limitada su autorización legal, ni ya es necesaria su intervención, habiendo confiado los otros interesados a la justicia ordinaria la revisión del proceso.

Esa intervención abstracta del Ministerio Público nada tiene que ver con el interés jurídico-económico que determina las opuestas pretensiones de las partes en un debate judicial.

2—La falta de legitimación en causa implica una excepción perentoria, y sobre ella debe decidirse precisamente en la sentencia, desde luégo que las excepciones de esa clase, con la única salvedad de las de cosa juzgada y transacción, no son materia de incidentes de especial y previo pronunciamiento (artículos 341, 342 y 343 del C. J.).

Por manera que si el actor carece de la acción propuesta, o si, como ocurre en el caso que se estudia, equivocó él la denominación de la instaurada, la cual no le correspondía legalmente, es obvio que su demanda no debe prosperar, por faltarle la base firme de la personería sustantiva. Y esa cuestión vital en el proceso sólo puede resolverse en la sentencia. Si así no fuera, cómo rechazar a quien demanda sin derecho para su parte procesal, cuando la deficiencia no estriba en simples razones adjetivas.

3—La Corte, en diversos fallos de casación, ha sentado la doctrina de que "en un contrato acusado de inexistente, por ser simulado, la contraestipulación o pacto secreto no existe en principio sino para el que tenga conocimiento de tal acto. La simulación no afecta a terceros de buena fe, y la ley y la doctrina los protegen cuando, sin negligencia, se han confiado de la apariencia, única forma de sus determinaciones. Quiere esto decir que a los terceros de buena fe no les es oponible el acto simulado y así lo estatuye claramente el artículo 1766 del Código Civil, cuando dispone que 'las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros'. En desarrollo de los anteriores principios legales y doctrinarios, los que de buena fe hayan adquirido el bien, derecho o casa que en el contrato ostensible aparece como transferido, tienen derecho a invocar esa apariencia a que se atuvieron en la negociación y deben ser protegidos y amparados, no sólo porque así lo preceptúa el artículo

1766 del Código Civil, sino porque así lo exige la normalidad y estabilidad económica de las numerosas transacciones a que da lugar la vida de relación en las sociedades modernas". (G. J., Tomo XLVIII, pág. 752).

4—Cuando debido a que se declara inexistente por simulación un contrato de compraventa, surge a la vida jurídica otro oculto de mutuo, el sucesor del adquirente en el de compraventa simulado, no puede, por ese sólo hecho considerarse subrogado en el crédito materia del contrato oculto de mutuo, ni este caso puede asimilarse al del comprador de un inmueble que paga a los acreedores a quienes está hipotecado, por obligarlo a ello la expresa disposición del artículo 1668 del C. C., ordinal 2º. No cabe la analogía porque dicho precepto descansa esencialmente en la fuerza real del gravamen hipotecario, que da el derecho de hacerlo efectivo contra cualquiera que posea la finca hipotecada, y al acreedor el de hacerse pagar sobre lo hipotecado (artículos 2448 y 2452 del C. C.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alberto Holguín Lloreda).

Por la escritura número doscientos noventa de veintitrés de julio de mil novecientos quince, de la Notaría del Circuito de Málaga, Crescencio Acevedo Quirós vendió a Ernesto Azuero, con pacto de retroventa y por el precio de mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00), varios derechos hereditarios y algunos bienes raíces, de todos los cuales quedó como arrendatario el vendedor Acevedo, en las condiciones estipuladas en dicho instrumento público.

Vencido el plazo para ejercitar el derecho de retroventa y fallecido el comprador Azuero, en juicio ejecutivo contra la sucesión de éste se adjudicaron a Marcos Mejía, en remate de siete de noviembre de mil novecientos veinticinco, algunos de los bienes que habían sido objeto de aquella compraventa.

Así las cosas, en marzo de mil novecientos veintiséis el Personero Municipal de Capitanejo, "en nombre de la moral, de la ley y de la sociedad", demandó la nulidad absoluta de los contratos de compraventa y arrendamiento contenidos en la citada escritura doscientos noventa de mil novecientos quince, ejercitando al efecto la acción que al Ministerio Público daba el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y fundándose en simulación relativa de tales contratos.

Pidió el señor Personero que se tuviera como parte demandada, por haber muerto el comprador Azuero, a su cónyuge sobreviviente, señora Celmira Vargas de Azuero, y a sus herederos Ricardo y Graciela Azuero Vargas, en su calidad de hijos legítimos; y pidió también que se oyera al otro contratante, señor Crescencio Acevedo Quirós.

En ese juicio ordinario la sentencia de primera instancia declaró la nulidad absoluta demandada, pero el Tribunal la reformó en el sentido de declarar simulados y por tanto inexistentes los referidos contratos de compraventa y arrendamiento, y con existencia real y jurídica el contrato oculto de mutuo de mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) que Azuero dio a Acevedo Quirós por el término de dos años y al interés del uno y medio por ciento mensual. Se ordenó también la cancelación de la inscripción de la escritura número doscientos noventa.

Crescencio Acevedo Quirós, favorecido con el fallo expresado, demandó en reivindicación, en septiembre de mil novecientos cuarenta, a Antonio Hernández y Josué Olaya, respecto de bienes que éstos poseían y cuyos títulos de dominio tenían origen en la compraventa declarada inexistente por simulación.

Esta acción reivindicatoria prosperó respecto del demandado Olaya, quien, en sentencia de veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, del mismo Tribunal de Bucaramanga, fue condenado a restituir al demandante Acevedo Quirós los respectivos bienes.

Puntualizados así los antecedentes, resta agregar que en demanda de veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, dirigida contra Crescencio Acevedo Quirós, Celmira Vargas de Azuero, Ricardo Azuero y Graciela Azuero de Barón, todos mayores y vecinos de Capitanejo, el primero; de Málaga la segunda y la última, y de Cartagena el tercero, Josué Olaya demandó, por la vía ordinaria, la nulidad del juicio seguido por el Personero Municipal de Capitanejo, en el cual no fue notificado ni emplazado, no obstante ser dueño de los bienes indicados en los hechos de la demanda, y pidió, en consecuencia, que debe cancelarse la cancelación de la escritura número doscientos noventa y de su registro, en lo que a él se refiere, y que las cosas se restituyan a su esta-

do anterior y se le considere como propietario de aquellos bienes con sus frutos y accesorios, todo lo cual debe entregar el demandado Crescencio Acevedo Quirós.

Subsidiariamente, pidió la declaración de estar él subrogado legalmente en el crédito personal a cargo de Crescencio Acevedo Quirós y a favor de la sucesión de Ernesto Azuero por la suma de mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) y los intereses vencidos, que se hizo constar en la citada escritura doscientos noventa de mil novecientos quince, y que, en consecuencia, Acevedo Quirós debe pagarle dicho crédito, con sus intereses y las costas del juicio.

Los hechos de esta demanda son los que quedan relatados como antecedentes, complementados con estos otros: que los bienes que Acevedo Quirós debe restituir provienen de la compraventa consignada en la escritura doscientos noventa y fueron adquiridos por Marcos Mejía en remate de siete de noviembre de mil novecientos veinticinco, decretado en el ejecutivo de Rosana Mejía contra la sucesión de Ernesto Azuero; que Mejía, por la escritura número cuatrocientos de trece de julio de mil novecientos veintinueve, de la Notaría Segunda del Circuito de Málaga, los vendio a Reinaldo Olaya, de quien los heredó Josué Olaya, actualmente demandante, como consta en la hijuela que se le formó en el juicio de sucesión protocolizado en la Notaría Primera de Bogotá, por escritura número noventa y tres de diez y seis de enero de mil novecientos treinta y seis. Finalmente, alega el actor que Marcos Mejía, Reinaldo Olaya y él, causahabientes de Ernesto Azuero, no fueron citados ni comparecieron al juicio ordinario promovido por el Personero Municipal de Capitanejo.

El Juzgado Civil del Circuito de Málaga falló el litigio en sentencia de doce de junio de mil novecientos cuarenta y siete, absolviendo a los demandados de todos los cargos, sin hacer condenación en costas.

Sentencia recurrida

Apelado dicho fallo por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en sentencia de ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, revocó dicha absolución y, en su lugar, declaró probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, sin costas.

Contra esa sentencia interpuso casación el apoderado del demandante, recurso que le fue concedido y que la Sala entra a decidir, agotada como está su tramitación.

El recurso

En la demanda de casación se acusa la sentencia por dos aspectos: 1º Infracción directa de los artículos 448, numeral 3º y 457 del C. J., por no haberse aplicado; y 2º Infracción de los artículos 209 del C. J. y 1666-67-68-70 del C. C., por error de hecho en la interpretación de la demanda.

El Tribunal, para declarar probada la excepción de petición de modo indebido, se funda en no haber sido demandado el Agente del Ministerio Público (Personero Municipal de Capitanejo), que fue promotor del juicio cuya anulación se solicita, y argumenta así:

"Entre los principios procesales más conocidos figura el referente a la relatividad del fallo, que se explica diciendo que la sentencia sólo perjudica a las partes que han intervenido en el proceso y a sus sucesores. Este principio tiende a garantizar un derecho consagrado por la Constitución, que consiste en que nadie puede ser privado de lo suyo sin haber sido citado y vencido en juicio, con el total cumplimiento de las formalidades legales. Si trasladamos este postulado y esta garantía al caso de autos, es necesario concluir: el señor Personero Municipal de Capitanejo, obrando en nombre de la sociedad por él representada y en interés de la moral y de la ley, obtuvo que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declarara la nulidad de determinado contrato; si ahora se destruyera ese resultado, esa situación jurídica, sin su audiencia, se vulnerarían abiertamente los derechos por el representados y adquiridos en nombre de la sociedad con desprecio notorio de la Carta Fundamental, la cual exige, como ya se advirtió, que las situaciones que amparen a una persona sólo pueden modificarse después de que se haya oído y vencido en juicio al titular de esa situación o de ese derecho.

"Si no fue demandada, como se ha visto, la persona que más interés tenía en defender el juicio atacado de nulidad, la acción no puede fallarse en el fondo porque la destruye la excepción perentoria de petición de modo indebido, que, en otros términos, equivale a la propuesta por el doctor Ríos Nieto como ineptitud sustantiva de la demanda".

El recurrente deduce la violación de los ar-

tículos 448, numeral 3º y 457 del C. J., de la circunstancia de no haberse citado o emplazado a su poderdante Josué Olaya, ni a sus causahabientes Reinaldo Olaya y Marcos Mejía en el juicio cuya nulidad está demandada. Y estima que el error de considerar indispensable la citación del Ministerio Público llevó al Tribunal a abstenerse de decidir la cuestión de fondo, violando por tanto aquellas disposiciones legales, por no haberlas aplicado, siendo el caso de aplicarlas.

Oigamos al recurrente para mejor precisar ideas:

"Al considerar erróneamente el sentenciador que era indispensable la citación al juicio del Personero Municipal de Capitanejo, y al abstenerse en consecuencia de examinar y decidir sobre la cuestión de fondo contenida en la acción principal, violó, por no haberlos aplicado, siendo el caso de aplicarlos, en vista de lo demandado y de las pruebas aducidas, el artículo 448 numeral 3º del C. J. en cuanto previene ser causal de nulidad en todos los juicios "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio" y violó, además, por el mismo motivo, el artículo 457 del mismo C. J. en cuanto dispone que "la parte que no fue legalmente notificada o emplazada o no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste...".

En concepto de la Sala, la citación del señor Personero Municipal de Capitanejo no era necesaria en el presente litigio, pues aunque él fue nadie menos que el demandante en el juicio cuya invalidez se persigue, su intervención estuvo limitada a la defensa de la moral o de la ley, que tal era la acción que le daba el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y que también le atribuye el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó aquel texto.

Cuando el Ministerio Público ejercita la acción social que le atribuye la norma últimamente citada, su intervención queda agotada con la ejecutoria de la sentencia respectiva, en forma tal, que si ese fallo niega la declaración de nulidad, ya aquél no podría promover la anulación del juicio de acuerdo con el artículo 457 del C. J., pues ésta sería una acción nueva y de índole distinta, para la cual no está autorizado. La sentencia, en tal caso, hace presumir que el interés de la moral y de la ley está a salvo, por haber declarado la justicia que el vicio demandado no existe. La intervención de aquel Ministerio queda, pues, clausurada definitivamente. Y si la acción de anulación del juicio se instaura por una parte o persona distinta del Ministerio Público, cualquiera que haya sido el resultado de aquél, tampoco tendrá el Ministerio por qué intervenir, pues ya no se trata de "pedir la declaración de nulidad" a lo cual estaba limitada su autorización legal; ni ya es necesaria su intervención, habiendo confiado los otros interesados a la justicia ordinaria la revisión del proceso.

Esa intervención abstracta del Ministerio Público nada tiene que ver con el interés jurídico-económico que determina las opuestas pretensiones de las partes en un debate judicial. Tanto es así que, aunque en el ordinario iniciado y seguido por el señor Personero Municipal figuraron como demandados ambos contratantes (vendedor y comprador), no podría discutirse que en realidad la pretensión del primero de éstos armonizaba con la del señor Agente del Ministerio Público, y era opuesta a la del comprador señor Azuero, de donde se llega lógicamente a la conclusión de que aquél, a pesar de aparecer nominalmente como componente de la parte demandada, tuvo en realidad posición procesal de demandante, reclamando, a todo lo largo del proceso, la eficacia de un derecho; anulación del contrato en que él aparecía como vendedor y beneficiándose en defintiva con la sentencia que declaró la inexistencia de ese contrato por simulación y que ordenó la cancelación de su registro.

Nada se oponía a la posición procesal de demandante en que la realidad jurídica colocó al vendedor Acevedo, no obstante ser otro el actor, pues la acción intentada, aunque calificada de nulidad absoluta, era en verdad una acción de inexistencia por simulación relativa, que como tal fue fallada por el Tribunal, y lo que el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 impedía a los contratantes era alegar nulidades absolutas, sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba sus propias actuaciones.

En cambio, y por la misma razón apuntada, en el juicio cuya anulación se pide no hubo legitimación en causa por parte del actor, desde luego que el señor Personero de Capitanejo nada tenía que ver con contratos que él mismo acusó de relativamente simulados. La ley no lo autorizaba para atacarlos por ese aspecto. La acción que le daba era la de nulidad absoluta, jurídicamente distinta de aquélla. Y el error en la calificación de la acción, que el Tribunal corrigió al fallar,

no podía desvirtuar la índole esencial de la acción instaurada.

Se llega de este modo a la conclusión de que en el juicio sobre inexistencia de los contratos referidos, no fue el señor Personero parte legítima, calidad que sí tuvieron los contratantes Acevedo Quirós y Azuero, representado éste por sus herederos.

El Tribunal, en la sentencia que desató aquel juicio, analizó la personería sustantiva del señor Agente del Ministerio Público, y reconociendo la diferencia entre la acción de nulidad absoluta, que fue la instaurada, y la acción de inexistencia, que fue la fallada, y aceptando que la acción no fue intentada por quien tuviera "interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible", terminó no obstante, considerando legítima aquella personería, exponiendo al efecto lo siguiente:

"...Pero hoy y dentro del proceso se viene a decir que la acción no es de nulidad sino de simulación. Mas esta mutación que el juzgador hace no significa pérdida de la personería, porque no siendo la acción de nulidad y la causal alegada una misma cosa, ni inseparable la personería de la causal, el hecho de que ésta se tenga a la postre como generadora de la acción sustantiva de la primera, no tiene por qué privar de personería a quien la tuvo inicialmente. Nótese, a mayor abundancia, que sólo por virtud de la sentencia que pone fin al pleito es como se decide aquí que la acción es de simulación y no de nulidad, por manera que sólo en gracia de tal decisión vendría a carecer de personería el actor, teniéndola antes. Y resulta a todas luces injurídico sostener que la personería para demandar depende del fallo que ponga fin al proceso originado por la propia demanda, y no de las circunstancias advertidas por la ley al conceder o negar acciones, y que esta pérdida judicial de la personería o su creación póstuma valen más que lo que sobre el particular tiene establecido el legislador.

En resumen: se ha probado que ha habido un contrato simulado que ocultó uno de mutuo o préstamo con interés, y la acción de simulación ha sido intentada por quien tenía el derecho de hacerlo..."

La Sala no está de acuerdo con este razonamiento del Tribunal, porque si la falta de legitimación en causa implica una excepción perentoria, sobre ella debe decidirse precisamente en la sentencia, desde luego que las excepciones de esa clase, con la única salvedad de las de cosa juzgada y transacción, no son materia de incidentes de especial y previo pronunciamiento (artículos 341, 342 y 343 del C. J.).

Por manera que si el actor carece de la acción propuesta, o si, como ocurre en el caso que se estudia, equivocó él la denominación de la instaurada, la cual no le corespondía legalmente, es obvio que su demanda no debió prosperar, por faltarle la base firme de la personería sustantiva. Y esa cuestión vital en el proceso sólo podía resolverse en la sentencia. Si así no fuera, cómo rechazar a quien demanda sin derecho para su parte procesal, cuando la deficiencia no estriba en simples razones adjetivas?

De lo dicho se deduce que el Tribunal erró al considerar, en la sentencia recurrida, que era indispensable la citación del señor Agente del Ministerio Público en el juicio actual, lo que indujo a declarar probada la excepción de petición de modo indebido, por haberse omitido esa citación. Y ese error lo llevó, en consecuencia, a abstenerse de fallar en el fondo las acciones propuestas, con lo cual violó, por no haberlas aplicado, debiendo hacerlo, las disposiciones en que el recurrente funda el primer cargo de su acusación, que tienen carácter sustantivo, pues amparan nada menos que el derecho de defensa.

Sin el error apuntado, el sentenciador habría entrado al fondo del debate y decidido si el actual demandante, señor Olaya, debió o no ser citado al juicio en que se declaró la inexistencia de los referidos contratos y, consecuencialmente, si debía anularse o no dicho juicio, resolviendo también, en caso de no proceder la anulación, la petición subsidiaria de la demanda.

A esto procede la Corte como tribunal de instancia en vista de que el recurso es viable por el motivo anotado.

Cuando, el ocho de marzo de mil novecientos veintiseis, inició el señor Personero Municipal de Capitanejo el expresado juicio de simulación, mal calificado por él de nulidad, el antecesor del demandante Olaya en el dominio de los bienes respectivos, señor Marcos Mejía, era el poseedor de ellos, por haberlos adquirido en el remate del siete de noviembre del año anterior. Mejía sólo los vendió a Reinaldo Olaya, en julio de mil novecientos veintinueve, y de éste los heredó el actor Josué Olaya, en mil novecientos treinta y cinco.

Legalmente debió citarse a Marcos Mejía, ya que no a sus sucesores Reinaldo y Josué Olaya,

que nada habían adquirido cuando se instauró la demanda en ese juicio sobre simulación? La Sala no vacila en contestar negativamente, pues la sentencia del Tribunal de Bucaramanga que falló aquel negocio no podía perjudicar, y no perjudicó, a Mejía, ni a sus sucesores mencionados.

La Corte, en diversos fallos de casación, entre otros el de veintisiete de marzo de mil novecientos treinta y nueve, citado por el Tribunal, ha sentado la doctrina de que "en un contrato acusado de inexistente, por ser simulado, la contraestipulación o pacto secreto no existe en principio sino para el que tenga conocimiento de tal acto. La simulación no afecta a terceros de buena fe, y la ley y la doctrina los protegen cuando, sin negligencia, se han confiado de la apariencia, única forma de sus determinaciones. Quiere esto decir que a los terceros de buena fe no les es oponible el acto simulado y así lo estatuye claramente el artículo 1766 del Código Civil, cuando dispone que las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. En desarrollo de los anteriores principios legales y doctrinarios, los que de buena fe hayan adquirido el bien, derecho o casa que en el contrato ostensible aparece como transferido, tienen derecho a invocar esa apariencia a que se atuvieron en la negociación y deben ser protegidos y amparados, no sólo porque así lo preceptúa el artículo 1766 del Código Civil, sino porque así lo exige la normalidad y estabilidad económica de las numerosas transacciones a que da lugar la vida de relación en las sociedades modernas". (G. J. Tomo XLVII, pág. 752).

Y tan cierto y fundado es que la sentencia que declaró la simulación no afectaba ni podía afectar a terceros de buena fe, que en el juicio de reivindicación que, con base en ese fallo, promovió el señor Acevedo Quirós contra Josué Olaya, actual demandante, y contra Antonio Hernández, quienes se hallaban en iguales circunstancias, este último fue absuelto por haber "demostrado su calidad jurídica de tercero adquirente de buena fe, en que consiste la excepción perentoria de que se viene hablando, pues aparte de que la buena fe se presume conforme al artículo 769 del C. C. el demandante no logró probar que él o sus antecesores en el dominio lo hubieran adquirido a sabiendas de que el contrato entre Acevedo Quirós y Azuero era simulado", según palabras del Tribunal.

En cambio, si la acción reivindicatoria prosperó contra Josué Olaya, no fue por causa de aquella sentencia, sino por el motivo que el mismo Tribunal expresa en estos términos: "En cuanto a Josué Olaya, cuya defensa a este respecto consistía también en demostrar que sus causantes en el dominio adquirieron de buena fe los bienes cuya restitución se le demanda, se limitó a afirmar que Marcos Mejía los había adquirido en remate que se llevó a cabo dentro del juicio ejecutivo seguido por Rosana Mejía contra la sucesión de Azuero, y se los había vendido luégo a su padre, señor Reinaldo Olaya, de quien los hubo el demandado por herencia, mas se abstuvo de demostrar los dos primeros hechos, pues tan sólo acompañó la hijuela de adjudicación en el juicio sucesorio de su padre, y como este título es meramente declarativo de dominio y no se acompañó el del respectivo causante, ha de concluírse que el demandado Olaya no demostró su calidad de tercero adquirente de buena fe, en que hizo consistir la excepción que se estudia. (C. C., artículos 745, 756 y 775)".

Más claro no puede estar que fue una negligencia suya o de su apoderado en la reivindicación la que determinó el vencimiento de Josué Olaya en ese juicio.

El Personero Municipal, cuando demandó la nulidad de los contratos tantas veces mencionados, por considerarlos simulados, no tenía por qué demandar a Marcos Mejía, ni tenía por qué hacer citar, andando el juicio, a Reinaldo Olaya ni a su hijo Josué. Le bastaba, como lo hizo, dirigir la acción contra quienes habían sido los contratantes (Acevedo Quirós y los herederos de Azuero).

Ninguna disposición del procedimiento obliga a demandar a determinadas personas. El que se presenta como actor es libre al respecto, y el fracaso de su acción será la consecuencia forzosa de no dirigirla contra quienes deben responder de las prestaciones correspondientes.

Lo dicho es suficiente para concluir que no procede la acción de nulidad propuesta como principal en la demanda y que, por tanto, la misma suerte corren las peticiones consecuenciales b), c) y d) de la misma demanda.

En cuanto a la acción subsidiaria, encaminada a que se declare que Josué Olaya está subrogado legalmente en el crédito personal a cargo de Crescencio Acevedo Quirós y a favor de la sucesión de Ernesto Azuero por la suma de mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) y los intereses vencidos, que provienen del contrato oculto de mutuo que

se hizo constar en la citada escritura número doscientos noventa de mil novecientos quince y que surgió a la vida del derecho a virtud de la sentencia que declaró inexistente, por simulación, la compraventa consignada en tal instrumento, a la Sala le basta observar que el demandante Josué Olaya no ha probado ser el titular de esa acreencia. La única argumentación del demandante para pretender estar subrogado en el crédito referido figura en su alegato de conclusión en la segunda instancia y se funda en una imposible asimilación de este caso al del comprador de un inmueble que paga a los acreedores a quienes está hipotecado, por obligarlo a ello la expresa disposición del artículo 1668, ordinal 2º del C. C. No cabe la analogía que el actor insinúa, porque dicho precepto descansa esencialmente en la fuerza real del gravamen hipotecario, que da el derecho de hacerlo efectivo contra cualquiera que posea la finca hipotecada, y al acreedor el de hacerse pagar sobre lo hipotecado (artículos 2448 y 2452 del C. C.).

Además, en tales casos la subrogación se opera mediante el pago que el comprador hace al acreedor hipotecario. ¿Pero qué deuda de Azuero han pagado Josué Olaya o sus antecesores en el dominio que autorice al primero para considerarse subrogado en el crédito en cuestión? Es cierto que la sucesión de Azuero recibió de Marcos Mejía el precio del remate adjudicado a éste en el ejecutivo de Rosana Mejía, o se aprovechó de él, pero no lo es menos que ese valor era el precio de la venta forzosa.

Si Josué Olaya perdió la posesión de los bienes rematados por su antecesor Mejía, otras podrán ser sus acciones para reembolsarse de aquel precio, pero en manera alguna la que provenga de una subrogación legal en la acreencia de que trata la acción subsidiaria.

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 recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, y en su lugar CONFIRMA la dictada por el señor Juez Civil del Circuito de Málaga, fechada el doce de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la GACETA JUDICIAL.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo E. Manotas. Arturo Silva Rebolledo — Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Srio. int.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO — CUANDO SE EXTINGUE UN CONTRATO POR REVOCARSE EL MANDATO CONFERIDO DE CONFORMIDAD CON LO CONVENIDO EN EL CONTRATO, NACE PARA EL MANDATARIO EL DERECHO A LA INDEMNIZACION. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL NO SON SUSCEPTIBLES DE ACUMULACION SI LOS DAÑOS PROVIENEN DE UNA MISMA RELACION JURIDICA — ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE DICTAMENES PERICIALES

1.—Limitándose el daño indemnizable en casos de incumplimiento de obligaciones contractuales, a resarcir los de carácter emergente y lucro cesante, que no vayan más allá de lo que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, quedan excluídos los daños mediatos e indirectos, esto es, los que son consecuencia remota de ese incumplimiento y sin necesaria relación con aquéllos.

2.—Como lo ha dicho la Corte, ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de una acción híbrida, según la expresión de los expositores, en que se involucran de manera inaceptable la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica, 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 asimismo 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.

Doctrina que autoriza la posibilidad de acumular las acciones provenientes de la indemnización de daños materiales y morales causados, pero siempre y cuando que ellos no provengan de una misma relación jurídica, esto es, perjuicios materiales y morales originados en el incumplimiento de obligaciones contractuales y daños morales y materiales que se deriven en las fuentes de las obligaciones extracontractuales.

3.—En colisión el principio de la revocabilidad, inherente a todo mandato, con el del respeto a la autonomía de la voluntad consignada en los convenios, predomina la revocabiliad, a pesar del quebrantamiento de la regla de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Cuando en uso de la facultad legal de revocabilidad se produce la del respectivo poder, y ésta extingue el contrato de que dependen, nacen para la parte lesionada un interés patrimonial y la correspondiente acción indemnizatoria.

4.—En materia de estimación de dictámenes sobre avalúos, el error de derecho en la apreciación de la prueba puede producirse cuando, entre otras cosas, se les otorga el valor de plena prueba a pesar de que carezcan de toda explicación o fundamentación, desde luego que la ley requiere para tal efecto que ellos sean explicados y debidamente fundamentados; pero no se da ese error cuando el experticio tiene explicación y fundamentación, aunque ellas puedan ser deficientes o erróneas, y el sentenciador de instancia le confiere o le niega el valor de plena prueba, pues la debida fundamentación del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador, para reconocer o negar, según que encuentre en ella, existe o no fuerza probatoria en el dictamen de los peritos. Cuando ese último caso se contempla, es preciso que el recurrente alegue y demuestre en casación que en la apreciación probatoria se incurrió en un verdadero error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos con incidencia en violación de

la ley sustantiva, para que la Corte pueda variar la apreciación del sentenciador.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas).

El doctor Próspero del Río, en su propio nombre promovió juicio ordinario ante el Juzgado del Circuito de Melgar contra el Municipio de Cunday, para que previos los trámites del de mayor cuantía, se hicieran las declaraciones y condenaciones siguientes:

"a) Que el Municipio de Cunday revocó unilateral e intempestivamente el mandato judicial que había conferido al demandante y que en tal virtud el contrato de mandato celebrado entre las partes quedó resuelto y por lo tanto el Municipio es civilmente responsable de los perjuicios que por su culpa contractual ocasionó al actor. El mandato se halla consignado en el memorial-poder de fecha 19 de octubre de 1942, dirigido al Juez Promiscuo de Melgar, y presentado personalmente por el Personero de aquella entidad.

"b) Que en consecuencia, el Municipio de Cunday debe pagar al demandante, en dinero efectivo, los perjuicios materiales y morales causados por la violación dicha del contrato, perjuicios cuya cuantía se establecerá en el curso de este juicio o en las diligencias que proceden para el cumplimiento de la sentencia.

"En subsidio: que el Municipio de Cunday debe pagar al demandante los gastos y honorarios causados con motivo de las gestiones judiciales y extrajudiciales llevadas a cabo por mí en desarrollo de lo estipulado por las partes, en el contrato de mandato referido".

Para fundamentar su demanda dice el doctor del Río, que celebró con el Alcalde de Cunday, el contrato contenido en el documento de fecha 24 de septiembre de 1942 para obtener, mediante sus servicios profesionales, la nulidad de testamento a que se refieren los autos; que en cumplimiento de ese mandato adelantó las gestiones del caso y presentó la demanda correspondiente; que cuando se estaban haciendo las numerosas notificaciones de la demanda, el Concejo Municipal le revocó el poder y desistió del pleito; que no satisfecho el Concejo con esta revocación, dispuso la publicación de unas hojas volantes en las cuales se lesiona su buena reputación de abogado; que los bienes a que se refiere el testamento ascienden a la cantidad de $ 110.214.00 y el Concejo se obligó a pagarle el 50% de lo recaudado a favor del Municipio una vez obtenida la nulidad del mencionado testamento; que el negocio no estuvo abandonado en ningún momento y que él adelantó diversas gestiones que le representaron fuertes erogaciones y que la tardanza en las notificaciones de la demanda se debió al crecido número de demandados quienes se encontraban en diversos lugares del país.

Surtida la tramitación de rigor para esta clase de juicios, en sentencia fechada el 4 de julio de 1946, el Juzgado Civil del Circuito de Melgar, resolvió:

"1º Declárase resuelto y sin ningún valor el contrato de mandato celebrado entre el doctor Próspero del Río por una parte y el Municipio de Cunday por otra, a que se refiere el Acuerdo número 13, de fecha 13 de septiembre de 1942, conferido por el señor Personero Municipal de allí; por tanto, el Municipio de Cunday es civilmente responsable de los perjuicios que por su culpa contractual ocasionó al actor.

"2º Condénase al Municipio de Cunday (T) a pagar al doctor Próspero del Río o a quien sus derechos represente, la suma de $ 6.000.00 m. l., como indemnización por los perjuicios materiales y morales que sufrió por la violación del contrato, seis días después de ejecutoriada esta sentencia.

"3º Sin costas. Revalídese el papel incompetente".

Sentencia acusada

En virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del Juzgado del Circuito, el negocio subió al Tribunal Superior de Ibagué. En providencia de fecha 22 de septiembre de 1947, esa corporación confirmó la sentencia apelada y declaró no probadas las excepciones perentorias de ilegitimidad sustantiva del demandante y declinatoria de jurisdicción.

Sostiene el Tribunal fallador en síntesis que "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que conoce el encargo se llama comitente o mandante y la que lo acepta, apoderado, procurador y en general mandatorio".

"El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por

la ley o por el Juez". (artículos 2142-2143 C. C.).

"Cuando el mandato es remunerado el contrato tiene el carácter de bilateral, porque ambas partes adquieren obligaciones.

"La jurisprudencia y los tratadistas tienen aceptado que los poderes para pleitos que las partes otorguen a los abogados, constituyen un verdadero mandato. Y de acuerdo con esto, en el presente caso está satisfactoriamente demostrado que entre el Municipio de Cunday y el doctor del Río medió, en el año de 1942, un contrato de mandato en virtud del cual el doctor del Río se comprometió a representar a dicho Municipio en todas las instancias del juicio de nulidad del testamento del señor Juan de Dios Gómez y a sufragar todos los gastos, que este juicio demandara. Y el Municipio se comprometió a pagar al doctor del Río, por su trabajo y gastos, el 50% de lo que recaudara, pago que haría el Municipio tan pronto como se recibieran los bienes respectivos o se llegara a una transacción".

"Podía el Municipio de Cunday desistir de dicha acción y cancelar o revocar el poder que había conferido al doctor del Río? Es claro que sí, conforme al artículo 2191 y ordinal 3º del 2189 del C. C.

"Pero como el doctor del Río aceptó el mandato y lo ejerció, podría sostenerse que dicho contrato no podía invalidarse, sino por la mutua voluntad de los contratantes, conforme a lo prescrito en el artículo 2150 **ibidem.**

"En suma nada puede impedir que el mandante revoque el mandato cuando quiera, ni que el mandatorio lo renuncie cuando se le ocurra, porque esto lo que implica es que el mandante no quiere que el mandatorio lo represente, o que el mandatorio no quiere representarlo. Pero esta revocación o renuncia de la facultad de representar ante terceros al mandante, no altera los derechos y obligaciones del contrato de mandato entre el mandante y el mandatario, derechos y obligaciones que por no ejercerse el mandato, generalmente se reduce a indemnización de perjuicios, porque se trata de obligación de no hacer (artículos 1612 etc.), es decir, de no revocar o de no renunciar el mandato cuando se ha estipulado en el contrato que aquél no se puede renunciar o revocar.

"Según el ordinal 2º del artículo 2184 del código citado, el mandante es obligado a reembolsar al mandatario los gastos razonables causados por la ejecución del mandato".

El Tribunal sentenciador transcribe en las partes pertinentes de su sentencia, el experticio de los señores peritos que avaluaron, en la primera instancia, los gastos, ya considerados como tales o como indemnización de perjuicios y lo estima en la siguiente forma:

"Este dictamen no fue tachado en forma alguna. Se pidió a los expertos una aclaración y la dieron. Y como se trata de un avalúo y el dictamen es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, no es posible desecharlo, según las voces del artículo 721 del C. J."

"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

"Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. (artículo 1546 del C. C.).

"En el contrato de mandato celebrado entre el Municipio de Cunday y el doctor Próspero del Río, ambas partes se obligaron recíprocamente pero el Municipio no cumplió con sus compromisos, desde luego que desistió expresamente de la demanda que en su nombre había establecido el doctor del Río. En cambio éste sí estaba cumpliendo con sus compromisos. Luego el doctor del Río tiene derecho, conforme al citado artículo 1546 a demandar la resolución de aquel contrato y la indemnización de los perjuicios que se le causaron con el incumplimiento.

"Estima el mismo doctor del Río que los perjuicios sufridos por él equivalen a la mitad del valor de los bienes que se inventariaron en el juicio de sucesión de Juan de Dios Gómez. Esto es inaceptable desde todo punto de vista. Porque en primer lugar no sería esta la suma valor de sus honorarios, desde luego que tal suma está sujeta a deducciones por razón de impuesto de Lazareto, etc. En segundo lugar, éste sería el valor de sus honorarios y gastos, en las dos instancias del juicio y en el recurso de casación. Y bien se vio que el doctor del Río estuvo muy lejos de prestar sus servicios profesionales y suministrar los gastos correspondientes en todas estas emergencias del juicio.

"Ya se dijo que el único avalúo que figura en esté proceso, ya se trate de perjuicios o de la remuneración por honorarios y gastos es el rendido en primera instancia, atrás transcrito".

El recurso

Se alzan en casación demandante y demandado. Las demandas han sufrido los trámites lega-

les y la Sala procede a estudiar por separado cada uno de los recursos en su orden.

Recurso de la parte demandante

El recurrente impugna el fallo del Tribunal de Ibagué con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., alegando que en esa sentencia se reprodujo como considerando el dictamen de los peritos que actuaron en la primera instancia y en lo tocante a la dificultad jurídica que encontraron para hacer cálculos sobre la valoración del perjuicio moral, proveniente de la publicación de una hoja volante que el doctor del Río consideró ofensiva de su prestigio profesional.

Sostiene el recurrente, que el Tribunal incurrió en un error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda, porque no tuvo en cuenta que la pretensión del demandante a la idemnización por los perjuicios morales, se apoyó en los hechos 14º y 19º del libelo de demanda principal, los cuales hacen expresa mención de la hoja volante impresa por el Municipio de Cunday que contiene los conceptos injuriosos y lesivos de la buena reputación del abogado demandante. Como también porque omitió estimar el contenido de esa hoja denominada "FINAL DE UN PLEITO".

Como consecuencia de ese doble error de hecho, incurrió el Tribunal en el error de derecho de negarle a esas circunstancias probatorias el mérito legal previsto en los artículos 593 del C. J. y 55 y 56 de la Ley 29 de 1944, y como resultado de ello violó el Tribunal los artículos 63, 1603, 1604, 1613, 1614, 1616 y 2184 del C. C.

La Sala considera:

Las súplicas de la demanda dicen textualmente: "a) Que el Municipio de Cunday revocó unilateral e intempestivamente el mandato judicial que había conferido al demandante y que en tal virtud el contrato de mandato celebrado entre las partes quedó resuelto y por lo tanto el Municipio es civilmente responsable de los perjuicios que por su culpa contractual ocasionó al actor.

"b) Que en consecuencia, el Municipio de Cunday debe pagar al demandante, en dinero efectivo, los perjuicios materiales y morales causados por la violación dicha del contrato, perjuicios cuya cuantía se establecerá en el curso de este juicio o en las diligencias que proceden para el cumplimiento de la sentencia.

"En subsidio: que el Municipio de Cunday debe pagar al demandante los gastos y honorarios causados con motivo de las gestiones judicial y extrajudiciales llevadas a cabo por mí en desarrollo de lo estipulado por las partes, en el contrato de mandato referido".

En los alegatos de conclusión presentados por el actor, ante los juzgadores de instancia, ratificó expresamente que la acción incoada tendía a conseguir la declaratoria de estar resuelto el contrato en referencia y consecuencialmente el mandante (Municipio) era responsable para con el apoderado, procurador, mandatario (doctor del Río R.) de los perjuicios contractuales que con la revocatoria se le habían causado; que la Municipalidad demandada debe pagarle en dinero efectivo los perjuicios materiales y morales, provenientes de la violación del contrato de mandato referido. Que dos eran las peticiones principales contenidas en su libelo de demanda, marcadas con las letras a) y c). Por la primera, solicita se declare resuelto, terminado, el contrato de mandato celebrado entre el Municipio de Cunday y el abogado demandante, a virtud de la revocación unilateral e intempestiva del poder conferido por aquella municipalidad. Por la segunda la contenida en la letra c) solicita el pago de perjuicios compensatorios materiales y morales, causados por la terminación del contrato de mandato referido.

Los hechos en que se apoyan las súplicas de la demanda se refieren exclusivamente a las actividades que desarrolló la entidad demandada, por conducto de sus representantes, para incumplir el contrato de mandato, y otros, a las que ejercitó el demandante para cumplir por su parte el mismo contrato. Los hechos 14º y 19º se refieren incidentalmente a la publicación de una hoja volante y a la posible injuria o lesión que con dicha publicación pudo causarse al prestigio profesional del demandante, adquirido a través de sus estudios profesionales, ejercicio de la judicatura y su actividad profesional en tres años en la ciudad de Giradot.

El sentenciador de Ibagué consideró que la demanda se concretaba a la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento de una obligación contractual, contrato de mandato ajustado entre el Municipio de Cunday y el demandante doctor del Río, con apoyo en los artículos 1546 y 2184 del C. C., y como tal, se estimaron estos perjuicios por los peritos, fijando su cuantía en la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) comprendiendo en ella, tanto los materiales como los morales demandados. Esta interpretación de la de-

manda, dada por el sentenciador, está en armonía con su parte petitoria y con sus hechos y ellos no dan asidero para interpretarla en un sentido distinto del indicado por sus textos o formas en que están redactados sus fundamentos.

El sentenciador interpretó pues correctamente la demanda porque siendo ésta "la pauta obligada del juicio y la que determina el contenido de la controversia que se inicia" y limitándose el daño indemnizable en casos de incumplimiento de obligaciones contractuales, a resarcir los de carácter emergente y lucro cesante, que no vayan más allá de lo que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, quedan excluídos los daños mediatos e indirectos, esto es, los que son consecuencia remota de ese incumplimiento y sin necesaria relación con aquéllos. Así, lo entendió el actor al formular su demanda e invocar en ella y en los hechos que le sirven de apoyo, la acción indemnizatoria por incumplimiento del contrato de mandato como consecuencia de la revocatoria del poder cuyo ejercicio dependía directamente de aquel contrato .

Si la demanda se instauró para reclamar el resarcimiento de perjuicios sufridos con la violación del contrato de mandato y así la interpretó el sentenciador, la acusación del fallo por eror de hecho en su interpretación y consecuencial violación de los artículos 593 del C. J. 63, 1603, 1604, 1613, 1614, 1616 y 2184 del C. C., es extraña, o mejor dicho improcedente.

Sostiene además el recurrente que el Tribunal incurrió en un error de hecho manifiesto porque omitió estimar el contenido de la hoja volante denominada "FINAL DE UN PLEITO". Esta prueba, sí fue estimada por el sentenciador desde el momento mismo en que en su fallo acogió en su integridad el dictamen pericial en el cual se hacen consideraciones expresas sobre el alcance de la aludida hoja volante y la especie de perjuicios que podrían causarse con esa publicación, dictamen que fue incorporado como considerando de la sentencia acusada, y que como consecuencia de esa motivación, se condenó a la entidad pública demandada, al pago de los perjuicios materiales y morales demandados teniendo en cuenta la estimación de unos y otros en relación con la violación del contrato de mandato.

Por otra parte, aún en el caso de que en realidad existiera la omisión anotada, la apreciación de esta prueba por el Tribunal, no variaría el sentido de la decisión, porque como se ha estudiado, la demanda se estableció, no para pedir la indemnización originada en obligaciones extracontractuales, sino como acción indemnizatoria por el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, para cuya viabilidad no era procedente apreciar la prueba señalada por el recurrente; además, tampoco se produjeron otras pruebas tendientes a demostrar la extensión del daño causado con la publicación.

No está demás para terminar el estudio de los cargos reproducir la doctrina de la Corte, no rectificada, y que guarda relación con los puntos debatidos en el recurso, que dice:

"Con la cita del artículo 63 del C. C., que define y clasifica la culpa civil, disposición referente por sus características propias a la culpa contractual, lo mismo que el artículo 1613 citado también como infringido, parece que el recurrente considera que es culpa contractual la que imputa al demandado; pero al propio tiempo parece hacer alusión a la culpa extracontractual al citar como quebrantadas por el Tribunal las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del código citado, que gobiernan la responsabilidad común por los delitos y las culpas. En esta forma, fuera de la inconducencia del cargo como cuestión de culpa, se involucran de manera inaceptable la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica.

"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 asimismo 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.

Doctrina esta que autoriza la posibilidad de acumular las acciones provenientes de la indemnización de daños materiales y morale causados, pero siempre y cuando que ellos no provengan de una misma relación jurídica, esto es, perjuicios materiales y morales originados en el incumplimiento de obligaciones contractuales y daños

morales y materiales que se deriven en las fuentes de las obligaciones extracontractuales".

Lo expuesto hasta aquí, es suficiente para rechazar los cargos de violación de los preceptos citados por el demandante recurrente.

Recurso de la parte demandada

La entidad demandada, por conducto del señor Procurador Delegado en lo Civil, invoca las causales primera, segunda y tercera del artículo 520 del C. J. Con apoyo en la primera, propone dos cargos contra la sentencia, los cuales se estudian en el orden que vienen planteados.

PRIMER CARGO.—Se acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea de los artículos del código civil que se citan en la fundamentación del cargo. La sentencia viola, según el recurrente, directamente, en todo o en parte, los artículos 1602, 1603, 1610, ordinal 3º, 1612, 1613, 1614, 1546, 2143, 2189, ordinal 3º, 2190 y 2341 del C. C., en cuanto les dio aplicación a una situación legal inexistente, es decir, no demostrada en los autos; esas mismas disposiciones fueron aplicadas indebidamente, lo mismo que los artículos 2144, 2066 y 2069 del C. C., pues se les hizo producir efectos distintos de los queridos por la ley; las mismas disposiciones legales fueron interpretadas erróneamente, en sí mismas consideradas.

La fundamentación de este cargo funciona a través de tres capítulos así: Primero. El contrato celebrado: Segundo. La acción incoada y Tercero. Responsabilidad contractual y perjuicios. Después de un detenido análisis de estas tres cuestiones planteadas en la demanda de casación, concluye el recurrente así:

"Al considerarse, pues, en la sentencia acusada que el acto de revocación del poder hecho por el Municipio de Cunday constituye incumplimiento del contrato de mandato, en el cual no se había estipulado que no podría revocarse, se violaron directamente las disposiciones sustantivas citadas al principio de esta demanda, se aplicaron indebidamente y se interpretaron erróneamente".

La Sala considera:

No es cuestión discutida en el litigio la revocatoria del poder que el Municipio de Cunday había conferido al doctor Próspero del Río, por conducto de su representante legal en cumplimiento del contrato de mandato contenido en el documento fechado el 24 de septiembre de 1942, suscrito por el Alcalde de aquel Municipio y el mismo doctor del Río, previa autorización legal para su celebración, por el respectivo Concejo Municipal, según Acuerdos números 13 y 16 ambos de septiembre de 1942.

En colisión el principio de la revocabilidad, inherente a todo mandato, con el de respeto a la autonomía de la voluntad consignada en los convenios, predomina la revocabilidad, a pesar del quebrantamiento de la regla de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Cuando en uso de la facultad legal de revocabilidad se produce la del respectivo poder y ésta extingue el contrato de que depende, nacen para la parte lesionada, un interés patrimonial y la correspondiente acción indemnizatoria.

En el caso de autos, la municipalidad de Cunday, en desarrollo de los Acuerdos números 13 y 16 de septiembre de 1942, ya mencionados y en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con el doctor del Río, satisfizo por conducto de su representante legal, la obligación de otorgar a éste, el poder para incoar la acción de nulidad del testamento del señor Juan de Dios Gómez, pero iniciado el juicio y estando notificándose los demandados, se produjo su revocatoria con lo cual se dio por terminado unilateralmente el contrato de que aquél dependía.

El mandato "no es sino un desarrollo, una secuela necesaria del contrato", a consecuencia de la cual nacen obligaciones recíprocas para las partes. En el caso de autos: el Municipio para otorgar y mantener ese poder durante el tiempo que requiera la gestión necesaria para incorporar, como consecuencia de la nulidad del testamento, el patrimonio del causante al del Municipio, en su condición de heredero en última instancia, y el mandatario para "aceptarlo y ejercerlo" hasta la consecución del objetivo para que le fue conferido.

Consumada la revocatoria del poder, por parte del Municipio se crearon dos situaciones: una de naturaleza general y patrimonial y otra particular de orden jurídico. La primera, de efectos negativos, la no adquisición del patrimonio dejado por el causante Gómez, perjudicial en común a las partes, porque según los términos del contrato, tanto mandante como mandatario estaban en posibilidad de beneficiarse del patrimonio que podía adquirirse. Revocado el poder y, consecuencialmente, producida la terminación del contrato, tal finalidad perdió toda esa posibilidad de tener alguna efectividad. La revocatoria del poder

produjo asimismo el efecto jurídico de la terminación del contrato, por su quebrantamiento unilateral y la consiguiente lesión, particularmente para el doctor del Río, a quien se inhibió de toda gestión tendiente a conseguir la finalidad prevista en el contrato, dándole así oportunidad legal para poder reclamar de acuerdo con las normas que gobiernan la responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la correspondiente indemnización de perjuicios, que tales reglas consagran.

De acuerdo con el artículo 1610 del C. C., el solo incumplimiento de un contrato, genera la respectiva indemnización de perjuicios, la que dimana del hecho mismo del incumplimiento. Si éste se prueba y se demuestran los perjuicios causados con ese incumplimiento, debe prosperar la acción indemnizatoria.

Comprobada plenamente la celebración del contrato, así como su infracción con la revocatoria del poder, sólo falta por examinar y decidir lo referente a la existencia del perjuicio. Con respecto a este punto, la Sala considera que en el caso de autos la existencia de ese perjuicio es actual, aunque no era cierto o determinado, pero sí determinable. El se causó como consecuencia inmediata del incumplimiento del contrato y su determinación en cifra numérica fue hecha dentro del juicio pericialmente, teniendo en cuenta los extremos señalados por el artículo 1613 del C. C. El problema indemnizatorio se contrajo a satisfacer al doctor del Río, según el dictamen pericial, estimado como plena prueba por el sentenciador, un doble perjuicio: a) Daño emergente, que resulta del valor que tiene el aporte de sus conocimientos y del secreto profesionales, conducentes a demostrar la viabilidad de la acción de nulidad del testamento del señor Juan de Dios Gómez y consecuencialmente, el derecho del Municipio de Cunday a heredar ab intestato al mismo señor Gómez, que el mandatario entregó y puso a su servicio; de los gastos que tuvo que hacer el mandatario para preparar la acción respectiva, con disposición a obtener la nulidad del testamento para lograr el fin indicado; y b) El lucro cesante, qué resulta del valor de los honorarios que corresponden ordinariamente a gestiones de esta naturaleza y que el doctor del Río habría realizado si no se le revoca el poder o mandato, hechos estos que fueron estudiados y tomados en cuenta por los peritos para la fijación del quantum de los perjuicios causados al doctor del Río con la revocatoria del poder y que dio como consecuencia el quebrantamiento unilateral del contrato de mandato.

SEGUNDO CARGO.—La acusación se desarrolla sobre el concepto de que "al condenar el Municipio al pago de una suma de dinero, la sentencia viola las disposiciones sustantivas citadas, al haberle dado al dictamen pericial el valor de plena prueba, incurriéndose así en un evidente error de derecho, que llevó al Tribunal a la violación de esas mismas normas".

La fundamentación del cargo se concreta a los siguientes puntos:

1º Que los peritos que avalúan perjuicios, sólo podrán fundar sus conclusiones, si en el expediente aparecen las pruebas adecuadas que les sirvan de base para la fijación de guarismos. Que esto no significa que sean ellos los que van a decidir en defintiva si los perjuicios se causaron o no, pues ello compete al Juez; pero esta consideración no los exonera de la obligación de buscar en el expediente las bases para fundar sus conceptos. Que así lo entendieron los peritos cuando expresan que "la misión del perito se circunscribe a traducir en cifras el valor de un quebranto que aparezca inferido a una persona.

2º Que los peritos están en el mismo error del Tribunal, de creer que es lo mismo avaluar perjuicios por incumplimiento de un contrato que avaluar prestaciones debidas a causa del mismo contrato.

3º Que el Tribunal afirma que como se trata de un avalúo y el dictamen es uniforme y explicado y debidamente fundamentado, no es posible desecharlo, según las voces del artículo 721 del C. J.

4º Que la fundamentación del dictamen debe referirse no sólo a las cuestiones de hecho sometidas a él sino también al razonamiento en que se apoye; y que el juzgador debe darle aplicación al artículo 721 del C. J., sólo cuando las conclusiones se basan en un razonamiento válido, y

5º Que ninguna base cierta se encuentra para fijar el monto de los gastos en la suma de mil pesos ($ 1.000.00) y los honorarios en la de seis mil pesos ($ 6.000.00), pues con iguales consideraciones pudo fijarse sumas mayores o menores; que el sólo arbitrio de los peritos no tiene fuerza legal suficiente para darle valor a esa fijación.

La Sala considera:

Hay error de hecho, ha dicho la Corte "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 le interpreta

sin fidelidad objetiva para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle o ampliarle o cambiarle su contenido real".

En cambio, existe error de derecho en la apreciación de la prueba, según la misma Corte, cuando se le atribuye a aquélla un valor que legalmente no le corresponde o se le desconoce el que tiene conforme a la ley. En materia de estimación de dictámenes periciales sobre avalúos, este error puede producirse cuando, entre otras cosas, se les otorga el valor de plena prueba a pesar de que carezcan de toda explicación o fundamentación, desde luégo que la ley requiere para tal efecto que ellos sean explicados y debidamente fundamentados; pero no se da ese error cuando el experticio tiene explicación y fundamentación, aunque ellas puedan ser deficientes o erróneas, y el sentenciador de instancia le confiere o le niega el valor de plena prueba, pues la debida fundamentación del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador, para reconocer o negar según que encuentre en ella que existe o no fuerza probatoria en el dictamen de los peritos. Cuando ese último caso se contempla, es preciso que el recurrente alegue y demuestre en casación que en la apreciación probatoria se incurrió en un verdadero error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos con incidencia en violación de la ley sustantiva, para que la Corte pueda variar la apreciación del sentenciador.

En el caso que se decide, el dictamen pericial tiene explicación y fundamentación, aunque deficientes, pero el Tribunal de Ibagué le dio el valor de plena prueba, y como todas las acusaciones las formula el recurrente por error de derecho en la estimación del dictamen, cuando en realidad de verdad se refiere a circunstancias vinculadas con su fundamentación, 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 extenderse la acusación sobre él, y no ser permitido a la Sala extenderla oficiosamente dentro de la técnica especial del recurso extraordinario de casación. Es pues notoria la improcedencia del cargo.

CAUSAL SEGUNDA. La sentencia recurrida es acusada con apoyo en el motivo 2º de que trata el artículo 520 del C. J., "en cuanto no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Sostiene el recurrente, que la acción principal es la de resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, consagrada en el artículo 1546 del C. C.; la subsidiaria es la de cumplimiento del contrato, en lo que hace relación a dos obligaciones del mandante, de acuerdo con los ordinales 2º y 3º del artículo 2184 del C. C. Que estas acciones son incompatibles entre sí y sólo pueden ser propuestas en la forma que lo hizo el actor, una como remedio subsidiario para el caso de que no prosperara la otra; que en consecuencia, en el caso de autos, la sentencia debe contener el pronunciamiento sobre la acción principal ante todo; si prospera no había necesidad de examinar la subsidiaria; mas si es rechazada, entonces tendrá que referirse a la acción subsidiaria. Que siendo las dos acciones incompatibles entre sí, es absurdo jurídicamente despachar favorablemente parte de la primera y parte de la segunda, pues entonces la sentencia llevará en sí un elemento de contradicción.

Que el juez del conocimiento en primera instancia declaró resuelto el contrato y que el Municipio era civilmente responsable de los perjuicios que por su culpa contractual ocasionó al actor y condenó al Municipio al pago de la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00), suma ésta que según los peritos representa la remuneración y los gastos. En otros términos, se declaró resuelto el contrato y no obstante de ello, se condenó al demandado al pago de unas pretendidas obligaciones que nacían del mismo. Que llegado el asunto al Tribunal, reafirmó aún más la contradicción al confirmar la sentencia de primera instancia.

Considera la Sala:

La acusación no tiene sino visos de aparente juridicidad, pero en el fondo no existe la contradicción anotada como reparo a la parte resolutiva de la sentencia recurrida. En efecto, ya se ha demostrado que el Municipio de Cunday infringió el contrato de mandato que tenía celebrado con el doctor del Río cuando éste desarrollaba las actividades conducentes a la consecución del objetivo para que fue celebrado, revocándole el poder que se le había conferido en cumplimiento de aquél contrato.

Comprobada la celebración del contrato y su violación por parte del Municipio demandado, quedó nítidamente estructurada la acción resolutoria con indemnización de perjuicios de que trata el artículo 1546 del C. C. en relación con el ordinal 3º del artículo 1610 del mismo estatuto. Así las cosas, la cuestión se concretaba a lo que se reduce toda indemnización de perjuicios: el daño emergente y el lucro cesante, tal como lo prevé el artículo 1613 del C. C. en armonía con el 1614

de la misma obra. A esta última conclusión llegó el sentenciador en la parte resolutiva de su decisión: declaró resuelto el contrato de mandato por incumplimiento del demandado, la consiguiente responsabilidad civil por los perjuicios causados al actor con el quebrantamiento de ese contrato, y como éstos habían sido fijados en el juicio con la participación de las partes —quienes no rechazaron en su oportunidad el dictamen pericial— lógica y jurídicamente condenó al pago de la suma fijada previamente por los peritos como monto de los perjuicios demandados. En este caso, no procedía una condena al pago de una indemnización con base en la participación estipulada contractualmente porque tal participación se convino bajo la condición de incorporar al patrimonio del Municipio los bienes dejados por el causante Gómez, como consecuencia de la nulidad de su testamento, y no habiéndose realizado esa incorporación, no había punto de reparo que permitiera calcular la participación estipulada. En presencia de esta situación, la cuestión **quantum** del daño, sufrió el lógico y jurídico desplazamiento al plano señalado por el artículo 1613 del C. C.

No ocurre, pues, en las declaraciones y ordenaciones de la sentencia, la contradicción anotada por el recurrente como reparo a la misma y en consecuencia se rechaza el cargo.

TERCERA CAUSAL. Se invoca como motivo de casación el señalado en el numeral 3º del artículo 520 del C. J.

Los fundamentos de la acusación son los mismos del cargo anterior los cuales han sido estudiados y decididos, y además, como lo afirma el mismo recurrente, esta acusación no puede prosperar porque oportunamente no se pidió la aclaración del fallo, requisito esencial que exige la ley para la prosperidad de este motivo de casación.

En vista 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, de fecha 22 de septiembre de 1947, que ha sido materia del presente recurso.

Sin costas.

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

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., oficial mayor.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — CUANDO LA SENTENCIA ES ABSOLUTORIA, DE HECHO QUEDA DESCARTADA LA POSIBILIDAD DE ESTA CAUSAL

Hasta la saciedad ha dicho la Corte que el segundo motivo de casación del artículo 520 del C. J. no se refiere, ni puede referirse, al hecho de que las súplicas del actor sean resueltas en forma desfavorable a sus pretensiones. Para que prospere dicha causal es indispensable que la sentencia decida cuestiones no controvertidas u omita decidir acerca de las que han sido materia de la litis; condene a más de lo pedido; o deje de fallar alguna excepción perentoria, siendo el caso de hacerlo. Sólo en tales casos podrá resultar incongruencia entre el fallo y lo deducido oportunamente por las partes.

Y cuando la sentencia es absolutoria, de hecho queda descartada la posibilidad de la causal segunda de casación, desde luégo que la absolución abarca o comprende todo lo que ha sido materia del pleito.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alberto Holguín Lloreda).

En libelo presentado en octubre de mil novecientos cuarenta y aclarado en octubre de mil novecientos cuarenta y tres, Ignacio Flórez L., Alicia, Cristina y Alfonso Flórez V. y Beatriz Flórez de Moreno demandaron a José Gabriel Romero, vecino, como aquéllos de Bogotá, para que se le condenara a entregar al primero y subsidiariamente a los demás el predio de "San Emigdio", situado en el Municipio de Ubaque, Departamento de Cundinamarca.

Los hechos que fundamentan esta acción reivindicatoria pueden sintetizarse así: 1º El cinco de agosto de mil novecientos diecinueve el señor Juez Tercero Civil de este Circuito libró orden da pago contra Ignacio Flórez L. y a favor de Félix Restrepo, y en esa ejecución se embargó el predio referido, de propiedad del ejecutado, el cual posteriormente fue dado en arrendamiento por el secuestre, Jesús Farfán, al actual demandado señor Romero.

2º Por la escritura mil ciento quince de seis de octubre de mil novecientos diecinueve, de la Notaría de Cáqueza, Ignacio Flórez L., vendió a José de la Cruz Flórez la misma finca, y éste por la mil ciento dieciséis, de la misma fecha y Notaría, la vendió a los menores hijos de aquél, llamados Betariz, Alicia, Cristina y Alfonso Flórez V., representados por su nombrado padre.

3º En marzo de mil novecientos veintitrés, todos los interesados en el ejecutivo mencionado pidieron y obtuvieron el desembargo del predio de "San Emigdio", que se decretó el doce de dicho mes, y aunque posteriormente se ordenó la entrega del inmueble al ejecutado, la diligencia no llegó a efectuarse.

4º El demandado tiene en su poder la finca desde hace dieciséis años, sin que haya rendido a sus dueños cuenta de sus productos.

Reconvención. El señor Romero propuso demanda de reconvención, para que se declararan absolutamente nulos, por objeto ilícito, ausencia de consentimiento y carencia de causa lícita, los contratos de compra-venta contenidos en las citadas escrituras mil ciento quince y mil ciento dieciséis, de seis de octubre de mil novecientos diecinueve, y sus registros, y para que en subsidio, se declarara que el primero de tales instrumentos, por no haberse registrado oportunamente, no operó la tradición del dominio de la finca de "San Emigdio", y que tampoco la operó la escritura mil ciento dieciséis, por no haber adquirido el dominio José de la Cruz Flórez; y subsidiariamente también, la declaración de haber adquirido él —Romero— el dominio de dicho inmueble por prescripción, por haberlo poseído, en las condiciones legales, por más de veinte años.

En sustancia, fundóse la reconvención en que Ignacio Flórez, dueño exclusivo del predio, a virtud de las escrituras cincuenta y ocho (58) de treinta de enero de mil ochocientos noventa y cinco, y ciento siete, de cuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, ambas de la Notaría de Fómeque, lo vendió, para sustraerlo de la ejecución iniciada contra él por Félix Restrepo, a su

hermano José de la Cruz Flórez, por la escritura número mil ciento quince, y éste lo traspasó el mismo día a los menores hijos de su vendedor, ambas ventas por el precio de cincuenta pesos; en que la escritura 1.115 no pudo ser registrada oportunamente sino el tres de noviembre de 1937, porque el 19 de octubre de 1919 inscribióse el embargo de la finca, decretado en el ejecutivo mencionado; en que el nueve de marzo de mil novecientos veintitrés todos los interesados, en la ejecución referida, inclusive el ejecutado Flórez, pidieron el desembargo, y en la misma fecha, por la escritura 350 y previo arreglo con todos los acreedores, Flórez le vendió a Romero el predio de "San Emigdio" por $ 4.500.00 ,en la Notaría 4ª de Bogotá, registrándose esta compraventa el cinco de mayo de mil novecientos veintitrés; en que "San Emigdio" estuvo fuera del comercio desde el diecinueve de octubre de mil novecientos diecinueve hasta el trece de mayo de mil novecientos veintitrés; en que el mismo Flórez declaró en la escritura trescientos cincuenta, sin valor ni efecto las 1115 y 1116, por haber estado embargada la finca, y que José de la Cruz Flórez, por la escritura 629 de 30 de octubre de 1923, de la Notaría de Fómeque, declaró que no tuvo intención de adquirir ni de trasmitir el dominio, de acuerdo con las escrituras 1115 y 1116, que reconoce nulas y sin ningún efecto; y finalmente en que ha poseído el inmueble con los requisitos necesarios para la prescripción.

Sentencia de 1ª instancia. El señor Juez del conocimiento (3º Civil del Circuito de Bogotá), falló la doble controversia el 27 de febrero de 1945, así: absolvió a Romero de los cargos de la demanda principal; negó sus súplicas sobre nulidad de las compraventas y sus registros; declaró que las escrituras mil ciento quince y mil ciento dieciséis de mil novecientos diecinueve no operaron la tradición del dominio de "San Emigdio", por las razones invocadas en la contrademanda ordenó la cancelación de sus registros y condenó en las costas a los demandantes Flórez.

Sentencia de 2ª instancia. La dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha diez de julio de mil novecientos cuarenta y seis, a virtud de apelación concedida a ambas partes.

Confirma el Tribunal la sentencia de primer grado, con excepción de su numeral 4º, es decir, el que ordenó la cancelación de los registros de las escrituras 1115 y 1116 de mil novecientos diecinueve.

La casación

Contra el fallo de segundo grado concedióse a la parte actora en la demanda principal el recurso extraordinario, que la Corte entra a decidir, agotada como está su tramitación.

Invoca el recurrente, como motivos de casación el 1º y 2º del artículo 520 del C. J., estimando, en relación con aquella causal, que la sentencia violó expresamente el artículo 2637 del C. C., "al no hacer respetar el registro verificado sobre la escritura número mil ciento dieciséis de fecha seis de octubre de mil novecientos diecinueve, escritura por medio de la cual el señor José de la Cruz Flórez vendió a los señores Beatriz, Alicia, Cristina y Alfonso Flórez Velásquez el inmueble motivo de la presente reivindicación".

La citada disposición legal establece los objetos del registro o inscripción de los instrumentos públicos. Uno de ellos, el que podría ser pertinente es el de "servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos, de que se ha hecho mención en el Capítulo 3º **Título de la tradición".**

Las alegaciones del recurrente al respecto se encaminan a sostener que la compraventa consignada en la escritura mil ciento dieciséis de mil novecientos diecinueve, debe prevalecer sobre la contenida en la trescientos cincuenta de mil novecientos veintitrés, por haberse registrado aquélla con anterioridad a ésta, pero esta razón nada tiene que ver con la norma que se dice violada, desde luego que la sentencia no desconoce que el registro sea el medio de tradición del dominio de inmuebles. El problema jurídico que el sentenciador soluciona en su fallo es el que contempla el artículo 1873 del C. C.: venta separada de una misma cosa a dos personas. El Tribunal, reiteradamente, con cita de los artículos 756 y 759 del C. C., sostiene la necesidad del registro para que se opere la transferencia del dominio de bienes raíces, pero precisamente por encontrar dos ventas de una misma finca, ambas registradas, a personas distintas, resuelve, con base en claros preceptos sustantivos, dar preferencia a la segunda. De él son los siguientes conceptos jurídicos, cuya transcripción es suficiente para concluir qué no ha habido la violación directa que pretende el recurrente:

"Así, la escritura por la cual los menores hijos de Ignacio Flórez L., hoy demandantes, compraban a José de la Cruz Flórez el terreno que en

este pleito se discute, no transfirió a los compradores el derecho de dominio que decían comprar, cuando se registró la escritura de mil novecientos diecinueve, porque ese derecho no lo había adquirido aún el vendedor. Sólo el 3 de noviembre de 1937 adquiría el derecho que dijo vender en 1919, con el registro de su escritura; pero el fenómeno de la retroactividad no pudo consumarse, porque antes de que José de la Cruz Flórez, adquiriera el derecho con el registro de la escritura, ya en 1923, José Gabriel Romero había adquirido el mismo derecho, mediante el registro de la escritura 350 de 9 de marzo de ese año, pasada en la Notaría 4ª de Bogotá, acompañada en copia a la demanda de reconvención, por el registro que se operó en la oficina respectiva, el 5 de mayo de dicho año.

"Cuando en el año de 1923 Ignacio Flórez L., vendía a José Gabriel Romero la finca de "San Emigdio", era aún posesor inscrito de ella, ya que la tradición iniciada con la escritura 1115 de 1919 no se consumó sino años después. Vendió, pues el mismo demandante en este juicio, el mismo bien, primero a sus hijos por intermedio de José de la Cruz Flórez, venta que sólo vino a perfeccionarse en 1937, y luego a José Gabriel Romero en 1923, venta ésta que se consumó el mes siguiente. Se presenta en esta forma el caso que contempla el artículo 1873 del Código Civil, según el cual si se vende la misma cosa a dos personas, el comprador que primero haya entrado en posesión se prefiere al otro.

"Además, según el certificado del registrador, Ignacio Flórez había adquirido la finca en compañía de Abdón Flórez A., según escritura otorgada en Fómeque con el número 58 de 30 de enero de 1895, y en partición con éste según escritura 107 de 4 de marzo de 1889 de la misma Notaría. Certifica el registrador que la inscripción de la escritura 350 citada se halla vigente.

"'Ignacio Flórez L. carece de todo derecho en el inmueble, de manera que la acción en cuanto a él se refiere, es sencillamente temeraria, ya que, dos veces transfirió los derechos que hoy reclama.

"Enfrentados los dos títulos, el de los hijos de Ignacio Flórez L., perfeccionado en 1937, y el de José Gabriel Romero completo desde 1923, no queda duda que el dominio le pertenece al demandado, por cuya razón la demanda principal debe resolverse absolviendo al demandado, como lo hace la sentencia apelada".

Alega también el recurrente que fueron violadas las demás disposiciones del Título XII del C. C., pero el cargo es improcedente en esta forma global, que se opone a la técnica del recurso extraordinario como la Corte y los expositores lo tienen establecido de manera uniforme y constante.

En cuanto al segundo cargo, que se hace consistir en que "las deducciones legales de los hechos demostrados, no están de acuerdo con lo dicho en la sentencia..." no es menos infundado que el primero.

Hasta la saciedad ha dicho la Corte que el segundo motivo de casación del artículo 520 del C. J. no se refiere, ni puede referirse al hecho de que las súplicas del actor sean resueltas en forma desfavorable a sus pretensiones. Para que prospere dicha causal es indispensable que la sentencia decida cuestiones no controvertidas u omita decidir acerca de las que han sido materia de la litis; condene a más de lo pedido o deje de fallar alguna excepción perentoria, siendo el caso de hacerlo. Sólo en tales casos podrá resultar incongruencia entre el fallo y lo deducido oportunamente por las partes.

Y cuando la sentencia, como ocurre en el caso **sub judice**, es absolutoria, de hecho queda descartada la posibilidad de la segunda causal de casación, desde luégo que la absolución abarca o comprende todo lo que ha sido la sujeta materia del pleito. El único punto que el Tribunal revocó en la sentencia del primer grado, la orden de cancelar los registros de las escrituras 1115 y 1116 de 1919, no puede decirse que sea adverso al recurrente, ni tiene relación alguna con la causal invocada.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha diez de julio de mil novecientos cuarenta y seis.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda — José M. Blanco Núñez—Alberto Holguín Lloreda—Pablo E. Manotas—Arturo Silva Rebolleda—Manuel José Vargas— Pedro León Rincón, Secretaria.

RECURSO DE HECHO. — CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

En el caso de autos el actor fijó la cuantía del juicio en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) y del proceso no resulta ningún motivo de duda (artículo 524 del C. J.) acerca de que la real cuantía del pleito pueda ser superior a la que en cantidad determinada le fijó el demandante, por lo cual es forzoso concluir que el recurso de casación interpuesto estuvo legalmente denegado.

El recurrente sostiene que después de haber señalado la expresada cuantía formuló en el libelo otra súplica sobre indemnización de perjuicios, que no concretó en suma precisa y que no quedaron comprendidos en aquélla, por lo cual dice que era del caso avaluar parcialmente la acción para ver si procedía o no la concesión del recurso; pero en una simple falta de método o de orden en la formulación de la demanda, como es lo que en realidad ocurre en la circunstancia que se alega, no puede sustentarse la pretendida interpretación del libelo en el punto en referencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto veinte y dos de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en auto de tres de febrero último, negó el recurso de casación que el apoderado de la parte demandante interpuso contra la sentencia que aquél profirió con fecha 18 de octubre de 1949 en el juicio ordinario entablado por Mario y Próspero Ferrer contra Juan J. Vásquez.

Pedida reposición del mencionado auto, el Tribunal lo mantuvo y decretó la compulsa de las copias que en subsidio solicitó el reposicionista para recurrir de hecho ante la Corte, cosa ésta que ha cumplido en la oportunidad legal correspondiente, pues por medio de su escrito de ocho de julio último, al cual acompañó las aludidas copias, ha sustentado ante esta Corporación el recurso de hecho.

Para resolver se considera:

Según lo dispone el artículo 519 del Código Judicial, están sujetas a casación las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores en juicio ordinario cuando la cuantía de éste alcanza por lo menos a la suma de tres mil pesos, y como en el caso de autos el actor fijó esa cuantía en la cantidad de 2.000.00 y del proceso no resulta ningún elemento que siquiera sugiera un verdadero motivo de duda (artículo 524 ibidem), acerca de que la real cuantía del pleito pueda ser superior a la que en cantidad determinada le fijó el demandante, es forzoso concluir que el recurso de casación interpuesto estuvo legalmente denegado.

El recurrente sostiene que después de haber señalado la expresada cuantía formuló en el mismo libelo otra súplica sobre indemnización de perjuicios, que no concretó en suma precisa y que no quedaron comprendidos en aquélla, por lo cual dice que era del caso avaluar parcialmente la acción para ver si procedía o no la concesión del recurso; pero fuera de que en una simple falta de método o de orden en la formulación de la demanda, como es lo que en realidad ocurre en la circunstancia que se alega, no puede sustentarse la pretendida interpretación del libelo en el punto en referencia, resulta además que aunque estuviese fundada la observación del recurrente, hoy no es posible tomar en cuenta la petición subsidiaria sobre condena al pago de perjuicios para determinar si en el actual estado del juicio surge o no duda fundada sobre si la cuantía de éste es superior a la cantidad señalada en la demanda, porque lo atinente a esta súplica quedó para el actor fuera del debate, desde luégo que la sentencia de primera instancia no condenó al demandado al pago de perjuicios y el recurrente no apeló de ella.

Las razones precedentes son suficientes para estimar que estuvo bien denegado el recurso de casación antes mencionado y para que la Sala declare, como en efecto lo hace, que no admite el de hecho que ha propuesto el apoderado de la parte demandante.

Dése cuenta al Tribunal Superior de Quibdó sobre lo que aquí se decide.

Notifíquese.

José M. Blanco Núñez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION PENAL

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION, POR NO HABER SIDO FORMULADA LA DEMANDA NI POR EL FISCAL QUE LO INTERPUSO NI POR EL PROCURADOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, julio diez de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez).

Vistos:

El señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali interpuso el recurso de casación contra la sentencia de fecha quince de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio de la cual fue condenada Lucila Robledo (a. "La Cómoda"), a sufrir la pena principal de seis meses de prisión, como autora del delito de lesiones personales que le causó a Omar Arango.

La Corte, por medio de auto de catorce de marzo del corriente año, declaró admisible el recurso y ordenó correr traslado al recurrente para que, en el término legal, formulara la demanda de casación.

Cumplido el traslado ordenado tanto al Fiscal recurrente como al señor Procurador Delegado en lo Penal, ninguno de los dos funcionarios del Ministerio Público presentó el libelo de demanda. Por el contrario, el colaborador de la Corte, dice al respecto:

"Como no presentó la demanda (el Fiscal), la H. Corte ha dispuesto que el proceso pase a la Procuraduría para que la formule, si es el caso.

"La discrepancia entre el Tribunal y su colaborador del Ministerio Público consiste en que éste estimó que debía aplicarse a la reo el inciso segundo del artículo 373 del Código Penal, en tanto que el sentenciador tuvo en cuenta el inciso primero del mismo precepto.

"Este despacho no halla bases jurídicas firmes para elaborar la demanda, porque encuentra que la sentencia recurrida es correcta y justa. Los dictámenes periciales sobre las secuelas definitivas dejadas por la lesión que sufrió Omar Arango, visibles a los folios 135 y 159, no son lo suficientemente claros y fundamentados, y hasta pecan de contradictorios. Y con una prueba de esta naturaleza no puede empeorarse la situación de la procesado, como lo pretende el señor Fiscal autor del recurso extraordinario.

"Por eso, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que declare desierta la casación ameritada".

En consecuencia, dado que el recurso extraordinario de casación requiere para su desenvolvimiento la solicitud de parte interesada y su utilización o prescindencia es estrictamente voluntaria y puesto que no se fundó dentro del término legal, debe procederse como lo ordena el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **declara desierto** el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali contra la sentencia que condenó a Lucila Robledo (a. "La Cómoda"), a la pena de seis meses de prisión, como responsable del delito de lesiones personales a Omar Arango.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Domingo Sarasty M. Angel Martín Vásquez — Julio E. Argüello R., Secretario.

LA AMISTAD Y LA ENEMISTAD COMO CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACION

Ya ha dicho la Corte que, tanto la amistad, como la enemistad, son, de ordinario, sentimientos recíprocos; que la amistad ha de ser íntima y la enemistad grave para que constituyan causales de impedimento o recusación, porque sólo en esas condiciones es de presumir que el funcionario se deje guiar más bien por los llamados del sentimiento que por las voces de la justicia; y, por último, que para que constituyan base para poder separar del conocimiento a un juez o magistrado, tienen que aparecer esos motivos demostrados satisfactoriamente, como todo lo que ha de servir de premisa para los fallos judiciales.

Sin embargo, la enemistad y la amistad pueden no ser sentimientos recíprocos, al menos aquélla y en la calidad de grave que la ley requiere. Y, así, puede suceder que un funcionario mantenga grave rencor o resentimiento contra alguna persona, o esta persona contra el funcionario, sin que haya correspondencia en el deseo de hacer daño, en que se traduce la enemistad.

Lo que sí no puede acontecer es que tales sentimientos no aparezcan acreditados, aunque se trate de hechos de conciencia, porque los fenómenos subjetivos se revelan al exterior, ya por manifestaciones de palabra, ya por actitudes, gestos o actividades.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, primero de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, en providencia de 30 de enero último, ordenó cesar el procedimiento que se adelantaba contra el doctor Octavio Espitia y Pardo, por el delito de concusión.

El Magistrado Arnaldo Donado A., al subir en consulta el anterior proveído, manifestó que no podía conocer del negocio, por enemistad manifiesta con el doctor Espitia y Pardo, y como se le admitiera el impedimento, se sorteó conjuez en la persona del doctor Rafael Angel Donado.

Antes de posesionarse del cargo, lo recusó el doctor Espitia y Pardo diciendo que el doctor Donado no podía ser conjuez en el proceso, "porque siempre se ha declarado impedido como funcionario para conocer en aquellos negocios donde actuó como abogado o como parte, y no sé por qué en esta ocasión no se ha declarado impedido.

"Tengo más que sobrada razón para recusar al doctor Rafael Angel Donado —añade— y él sabe que desde el año de 1938 nuestra enemistad es manifiesta, y ha llegado a tal extremo, que ninguna época (sic) el doctor Donado ha leído siquiera un expediente donde figure mi nombre".

El doctor Donado manifiesta que no es exacto que se hubiera declarado impedido en los negocios del doctor Espitia en que ha actuado como conjuez y que si éste se considera como su enemigo, él no se considera como tal.

El Tribunal, en consecuencia, consideró no probada la causal de impedimento apuntada.

Se considera:

Ha dicho la Corte que tanto la amistad como la enemistad son, de ordinario, sentimientos recíprocos; que la amistad ha de ser **íntima** y la enemistad **grave** para constituir causales de impedimento o recusación, porque sólo en esas condiciones es de presumir que el funcionario se deje guiar más bien por los llamados del sentimiento que por las voces de la justicia; y, por último, que para que constituyan base para poder separar del conocimiento a un juez o magistrado, tienen que aparecer esos motivos demostrados satisfactoriamente, como todo lo que ha de servir de premisa para los fallos judiciales.

Sin embargo, la enemistad y la amistad pueden no ser sentimientos recíprocos, al menos aquélla y en la calidad de grave que la ley requiere. Y, así, puede suceder que un funcionario mantenga grave rencor o resentimiento contra alguna persona, o esta persona contra el funcionario, sin que haya correspondencia en el deseo de hacer daño, en que se traduce la enemistad.

Lo que sí no puede acontecer es que tales sentimientos no aparezcan acreditados, aunque se trate de hechos de conciencia, porque los fenómenos subjetivos se revelan al exterior, ya por manifestaciones de palabra, ya por actitudes, gestos o actividades.

El recurrente ha presentado como circunstancias probatorias de la enemistad con el conjuez el haberse declarado impedido en los negocios en que ha actuado como parte o como apoderado. Mas al respecto dice el doctor Donado:

"El primero de los motivos en que dice fundarse la recusación, no es exacto. Por regla general, el Tribunal, en su Sala de lo Penal, fija su estudio y fallo en los elementos objetivos y subjetivos del ilícito y del sindicado, y sólo por excepción cuando la prestancia intelectual de los abogados que actúan en un proceso o la injundia de las tesis jurídicas que sustentan así lo requieren, destaca en sus providencias los nombres de apoderados, defensores, voceros, o representantes de la parte civil.

"Dada esa constante modalidad, me hubiera resultado difícil, con la sola lectura de los fallos en que me ha tocado intervenir la aceptación o la negación de lo afirmado por el recusante de que siempre me he declarado impedido como conjuez en los negocios en que él aparece como representante judicial. Pero ocurre que en muchas ocasiones en que, como es natural, buscaba el origen de mi designación para integrar la Sala Penal, me hallaba en que procedía de impediment de un magistrado, por razón de la presencia en el proceso del abogado que hoy me recusa en su calidad de sindicado, sin que antes, en condición de gestor judicial, lo hubiera hecho jamás. Más aún: acabo de actuar como conjuez en el proceso seguido a Jaime Alfahona Lara, cuyo defensor es el abogado que, siendo sindicado me recusa ahora.

"La enemistad no requiere reciprocidad: es un estado de ánimo que en muchas ocasiones puede ser unilateral. Si el recusante se reputa enemigo mío, eso es cuestión que a él únicamente atañe. Pero nadie puede obligarme a asumir la misma posición respecto a determinada persona" (Folio 117 del c. 1º).

Razón tuvo, pues, el Tribunal, al no admitir como probada la causal de impedimento que en el conjuez acusaba el sindicado, porque no aparece acreditada en ninguna forma.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara no probada la causal de impedimento del conjuez, doctor Rafael Angel Donado, para conocer del proceso contra el doctor Octavio Espitia y Pardo, de que se viene hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO—CESACION DEL PROCEDIMIENTO.

Si hoy se desconoce totalmente el contenido de los hechos formulados antes como punibles por el denunciante y la razón o sin razón de ellos y no es posible allegar datos sobre los mismos, la causa para ordenar la cesación del procedimiento no puede ser la de que "el hecho imputado no ha existido" porque el artículo 153 del C. de P. P. requiere para poder hacer tal afirmación que tal cosa esté plenamente probada, sino que será la de que la acción penal no puede proseguirse.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, once de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos. El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 18 de noviembre de 1947, declaró cesado el procedimiento que se adelantaba contra el doctor Carlos Vila Escobar, Juez 3º del Circuito en lo Civil de esta ciudad, por los cargos de prevaricato, abusos de autoridad y otras infracciones.

Tal providencia se consultó con la Corte, pero estando en la Procuraduría para concepto, se quemó el expediente el 9 de abril del año antepasado, por lo cual hubo de ordenarse la reconstrucción del proceso.

Mas no pudieron allegarse datos para el esclarecimiento de los hechos, porque, como es sabido, los archivos del Tribunal y de las Fiscalías también se quemaron en los incendios del citado mes de abril, y llamado el denunciante, doctor Tomás García Cuéllar, para que concretara las imputaciones contra el funcionario, se abstuvo de hacerlo diciendo:

"Dadas las circunstancias de que desde el tiempo que dí el denuncio contra el doctor Vila Escobar, hasta el día de los lamentables sucesos del nueve de abril, fecha en que diz que se quemó el expediente, hubo tiempo más que suficiente para que cualquier prvidencia de fondo se hubiera dictado en él, y además, de que la casa número 5-34 de la carrera 6ª, materia de dicho denuncio por el secuestro ilegal que de ella se me hizo, ya fue resuelto el asunto civilmente por el Honorable Tribunal de Cundinamarca, de Bogotá, ordenando su devolución, y de ella estoy gozando en plena posesión hace más de un año, **estimo innecesario dar nuevo denuncio pues mayores serían los perjuicios de los que he sufrido hasta el presente si repitiera ese denuncio**". (Folio 22).

La Procuraduría comenta el caso así:

"Ante esta imposibilidad de allegar datos sobre la naturaleza de los hechos en un principio denunciados, el Tribunal optó por aplicar otra vez el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. En la parte resolutiva del fallo, se dice: "Que los ilícitos imputados por el doctor Tomás García al doctor Carlos Vila Escobar, en su calidad de Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá, no han existido".

"En concepto de la Procuraduría, ésta no era la causal para decretar la cesación del procedimiento, porque si, en verdad, hoy se desconoce totalmente el contenido de los hechos formulados antes por el denunciante como punibles y la razón o sinrazón de ellos, no es posible llegar a ese rotundo aserto del juzgador, porque la norma mencionada (art. 153) requiere la plena prueba, entre otros eventos, de que "el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido".

Por lo tanto, lo lógico era ordenar la cesación del procedimiento, pero mediante la base de que la "acción penal no puede proseguirse", como lo dijo atinadamente el Tribunal en el considerando de la sentencia consultada debido a que "se desconocen los hechos que fueron materia del sumario primitivo" y a haberse negado el denunciante "a ratificar nuevamente la denuncia", según allí mismo se afirma con toda verdad" (folios 3 y 4).

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, **confirma** la providencia consultada pero la modifica en el sentido de declarar que la cesación del procedimiento se ordena porque la acción penal no puede proseguirse.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Franciso Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA PARTE CIVIL NO PUEDE SER CONSIDERADA COMO PARTE NO RECURRENTE, PARA LOS EFECTOS DEL ARTICULO 564 DEL C. DE P. P., EN EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL PROCESADO, SU DEFENSOR O EL MINISTERIO PUBLICO

Como ya lo dijo la Corte en auto de agosto veintiséis de mil novecientos cuarenta y siete: "La Corte ha entendido, y así ha venido practicándolo, que la parte no recurrente de que habla el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal, es aquella que dejó de recurrir teniendo derecho de hacerlo. Y estando delimitada la actividad de la parte civil exclusivamente a lo relativo de la indemnización de los perjuicios, no debe considerarse como parte no recurrente cuando se ha interpuesto la casación en lo atañedero a la pena o a la responsabilidad o a cualquier motivo distinto del resarcimiento de los daños causados por el hecho delictuoso.

Cierto es que a la parte civil no se le puede desconocer su condición de parte en el proceso y que en su ejercicio puede en las instancias pedir pruebas para demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad (artículo 123 del Código de Procedimiento Penal); pero, se repite, toda su actividad debe ir enderezada a demostrar los daños sufridos y si el recurso no se refiere a ellos, mal puede dársele cabida para los efectos de la casación".

La fuerza de la anterior doctrina está precisamente en circunscribir el alcance único que tiene la intervención de la parte civil dentro del proceso penal, limitándola a los solos efectos que la ley le otorga, o sea a la indemnización de los perjuicios derivados del delito. Considerar como parte no recurrente a la civil que no ha interpuesto el recurso de casación para efectos del artículo 564 del Código Procesal Penal, no es otra cosa que determinar que esa parte, cuando no ha hecho uso del derecho de recurrir en casación contra la sentencia del Tribunal, no puede intervenir en un recurso extraordinario, que interpuesto por el procesado o su defensor, queda circunscrito al examen de los fundamentos legales del fallo de instancia en cuanto dice relación a la responsabilidad.

De otra suerte, se facultaría a la parte civil para intervenir en un debate ya cancelado en cuanto a su objetivo procesal referente a los daños civiles, interfiriendo la materia propia de la casación que está apenas limitada al examen de las causales alegadas que digan relación a la responsabilidad penal, con prescindencia de toda otra cuestión que no haya sido objeto del recurso, esto por la separación que existe en la ley para las dos clases de recursos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto once de mil novecientos cincuenta.

Pablo Emilio Bravo y Adolfo Zambrano, constituídos en parte civil en el presente negocio contra Manuel Dolores Constaín, por los delitos de robo y hurto, en memoriales dirigidos a la Corte confirieron poder especial al doctor Eustorgio Sarria, para que los represente en el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán.

La Corte, por auto de veintiséis de abril del presente año, admitió el mandato conferido al doctor Sarria y en la providencia sobre admisibilidad del recurso, que lleva fecha dieciséis de mayo, ordenó que fuera notificada al procesado, por conducto del Juez Segundo Superior de Popayán y al doctor Eustorgio Sarria, apoderado de la parte civil, por la Secretaría de esta Sala.

El cinco de junio fue notificado el auto de admisibilidad, tanto al reo Manuel D. Constaín como a su defensor.

Con fecha trece de julio, la Secretaría de la Sala introdujo el negocio nuevamente al despacho del suscrito Magistrado con la siguiente nota:

"Paso este expediente al despacho del señor Magistrado sustanciador informándole, para los fines a que hubiere lugar en cuanto a la personería de la parte civil ante la Corte, que dicha parte no interpuso el recurso de casación, sino únicamente el procesado, por medio de su defensor, y a éste sólo le fue concedido".

En virtud de la anterior nota secretarial, el suscrito Magistrado, en auto de diecisiete del mismo mes de julio, dispuso prescindir de la notificación de tal providencia a la parte civil, representada por el doctor Sarria, por cuanto "tratándose de un recurso extraordinario como el de casación, solamente la parte que lo interpuso, en este caso el procesado, tiene personería para intervenir en él junto con el representante del Ministerio Público".

La providencia mencionada dio lugar a que el doctor Eustorgio Sarria, en su condición de apoderado especial de la parte civil, interpusiera el recurso de reposición contra la misma, en el sentido de que "se aclare en debida y legal forma, el auto de fecha 17 de julio de 1950, el cual concluye en los siguientes términos: "Prescíndase de dicha notificación y córrase el traslado a la parte recurrente ordenado en la providencia de 16 de mayo". Y luego de dar las razones en que funda su petición, termina así: "... es indispensable aclarar el auto recurrido en el sentido de que la parte dispositiva de él, deja a salvo el derecho de la parte civil de que se le entreguen los autos para contestar la demanda de casación tal como lo ordena el artículo 564 del Código de Procedimiento".

Como se trata, pues, del recurso de reposición interpuesto contra un auto de sustanciación dentro del término legal, se procede a resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 487 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 185 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

El punto planteado por el doctor Sarria en el interesante memorial de reposición, ya ha sido dilucidado por esta Sala en otras ocasiones, sin que los hábiles razonamientos del recurrente consigan modificar lo resuelto, no tanto por su valor de autoridad, cuanto porque ellos están fundados en argumentos de solidez incuestionable.

En ocasión similar a la presente y sobre la intervención de la parte civil en el recurso extraordinario de casación, esta Sala se pronunció de la siguiente manera:

"La Corte ha entendido, y así ha venido practicándolo, que la parte no recurrente de que habla el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal, es aquella que dejó de recurrir teniendo derecho de hacerlo. Y estando delimitada la actividad de la parte civil exclusivamente a lo relativo a la indemnización de los perjuicios, no debe considerarse como parte no recurrente cuando se ha interpuesto la casación en lo atañedero a la pena o a la responsabilidad o a cualquier motivo distinto del resarcimiento de los daños causados por el hecho delictuoso.

"Cierto es que a la parte civil no se le puede desconocer su condición de parte en el proceso y que en su ejercicio puede en las instancias pedir pruebas para demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad (artículo 123 del Código de Procedimiento Penal); pero, se repite, toda su actividad debe ir enderezada a demostrar los daños sufridos y si el recurso no se refiere a ellos, mal puede dársele cabida para los efectos de la casación".

(Auto de sustanciación de 26 de agosto de 1947).

La fuerza de la anterior doctrina está precisamente en circunscribir el alcance único que tiene la intervención de la parte civil dentro del proceso penal, limitándola a los solos efectos que la ley le otorga, o sea a la indemnización de los perjuicios derivados del delito: Considerar como parte no recurrente a la civil que no ha interpuesto el recurso de casación para efectos del artículo 564 del Código Procesal Penal, no es otra cosa que determinar que esa parte, cuando no ha hecho uso del derecho de recurrir en casación contra la sentencia del Tribunal, no puede intervenir en un recurso extraordinario, que interpuesto por el procesado o su defensor, queda circunscrito al examen de los fundamentos legales del fallo de instancia en cuanto dice relación a la responsabilidad.

De otra suerte, se facultaría a la parte civil para intervenir en un debate ya cancelado en cuanto a su objetivo procesal referente a los daños civiles, interfiriendo la materia propia de la casación que está apenas limitada al examen de las causales alegadas que digan relación a la responsabilidad penal, con prescindencia de toda otra cuestión que no haya sido objeto del recurso. Esto por la separación que existe en la ley para las dos clases de recurso.

Si la tesis del memorialista fuera cierta, apenas

habría sentencia condenatoria que no tuviese que ser revisada en casación en lo tocante con los perjuicios, aunque el recurso no se interpusiera por los interesados. Casi nunca éstos hacen uso de esa facultad, pero como no son recurrentes esta sola circunstancia los haría acreedores a intervenir en el recurso, alcance que no puede dársele ni puede tener el texto del artículo 564 del Código Procesal Penal, el que interpretado en su recto sentido no puede tener otro distinto que el fijado en la doctrina que aquí se glosa.

En consonancia con la anterior doctrina y para mayor abundamiento, no sobra transcribir la siguiente jurisprudencia de esta misma Sala sobre la misma materia de que se trata:

"Si la acción civil —ha dicho la Corte— sólo persigue la reparación de los perjuicios causados por el delito, la parte civil no puede tener actividades distintas de las de aquella actividad ni derechos iguales a las partes que intervienen en la acción penal.

"La ley es clara y explícita en este sentido, y si sólo el Ministerio Público y el procesado pueden interponer el recurso de casación, a la parte civil le da análogo derecho, pero únicamente en lo referente a la indemnización de perjuicios y sólo cuando la cuantía es o excede de tres mil pesos (artículo 559 del C. de P. P.)". (G. J., números 2010 a 2014, página 736).

Las anteriores consideraciones son suficientes para negar la reposición solicitada en memorial de fecha 19 de julio de 1950 por el doctor Eustorgio Sarria, apoderado de la parte civil en este proceso.

En consecuencia, dése cumplimiento al auto de diecisiete de julio del presente año.
Notifíquese.

Angel Martín Vásquez — Julio E. Argüello R., Secretario.

COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS DE HURTO Y DE ROBO DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS DE LOS DECRETOS 3981 DE 1949 Y 1426 DE 1950.

La Corte se reafirma en su doctrina de que el conocimiento de los delitos de hurto y robo, en la cuantía señalada en el Decreto 3891 de 1949, cometidos, ya después de la vigencia del Decreto 1426 de 1950, ya antes de la vigencia del mismo, corresponde a la justicia ordinaria y no a la militar.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, cartorce de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada)

Vistos

El Juzgado Superior Militar de la Brigada de Institutos Militares remite a la Corte algunas diligencias para que se dirima la colisión de competencias surgida entre ese despacho y el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá.

Se tiene en cuenta:

a) Luis Daniel Morales presentó denuncia criminal contra Liborio Ramírez, por hurto, en cuantía superior a mil pesos.

b) El Juzgado Cuarto Superior de Bogotá consideró que, de acuerdo con los decretos 3562 y 3981 de 1949, el conocimiento del negocio le correspondía a la justicia militar, puesto que el Decreto 1426 de 1950, que nuevamente le atribuye ese conocimiento a la justicia ordinaria, sólo rige para los procesos iniciados después de su vigencia (27 de abril de 1950), y este proceso se inició antes de ella, el 11 de marzo último.

c) El Juzgado Superior Militar de Bogotá, teniendo en cuenta la doctrina de esta Sala, de 4 de julio del presente año, lo devolvió al Juez 4º Superior, por considerar que éste era el competente.

d) Por último, el Juzgado Superior Militar remitió a la Corte el proceso para que se dirima la colisión surgida.

Se considera:

Es cierto que por medio de los decretos 3562 y 3981 de 1949 se atribuyó a la justicia militar el conocimiento de los delitos de hurto y robo en cuantía de mil pesos y de quinientos pesos, respectivamente, y es verdad que el Decreto 1426 de 1950 atribuyó a la justicia ordinaria el conocimiento de los mismos delitos, "a partir de la vigencia" del citado decreto.

Pero de acuerdo con el parágrafo del artículo 1º de este último estatuto, los procesos de que venía conociendo la justicia militar, deben volverse al de la justicia común u ordinaria, y no se puede dudar de que con ello se hace alusión a las infracciones cometidas con anterioridad a su vigencia.

Los señores jueces superiores han entendido que el decreto 1426 de 1950 sólo rige para los procesos que se inicien con posterioridad a su expedición, porque el artículo 1º se encabeza diciendo que el conocimiento les corresponde "a partir de la vigencia de este decreto"; pero olvidan que el parágrafo del mismo artículo explica lo relativo a los procesos iniciados con anterioridad a esa vigencia, para restablecer sin lugar a dudas que de ellos también debe conocer la justicia ordinaria.

Dicho de otro modo, el sentido natural y obvio de las expresiones del parágrafo, de que el conocimiento de los delitos de hurto y robo "que se **había atribuído** a la justicia militar por medio del decreto extraordinario número 3562 de 1949, **pasará nuevamente** a la justicia ordinaria", es por demás sencillo y claro para darle efecto retroactivo al Decreto 1426, porque esos delitos no son ni pueden ser otros que los perpetrados antes de la vigencia del mentado estatuto, como lo enseña el razonamiento más trivial y el significado simple de las inflexiones de los verbos empleados.

Tampoco la expresión de que ese conocimiento se atribuye una vez más a la justicia ordinaria "con sujeción a lo dispuesto por el artículo 1º de este decreto" significa que es "a partir de la vigencia" solamente, porque entonces el tal parágrafo sería contradictorio pues querría decir que los ilícitos perpetrados antes de la fecha en que

entró a regir deberían seguir en manos de la justicia castrense y, al mismo tiempo, que debían pasar a los jueces comunes.

La referencia al inciso primero de ese artículo sólo puede hacer relación, no al contenido cronológico o de tiempo de vigencia del decreto, sino al resto de circunstancias o eventos que contempla, como lo son las excepciones que allí se prevén, el no ser necesaria la comprobación de antecedentes judiciales o policivos, la clase de sanciones aplicables y la manera de surtirse las apelaciones y consultas.

La Corte se reafirma, pues, en su doctrina de que el conocimiento de los delitos de hurto y robo, en la cuantía señalada en el Decreto 3981 de 1949, cometidos, ya después de la vigencia del Decreto 1426, ya antes de la vigencia del mismo, le corresponde a la justicia ordinaria y no a la militar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión de que se viene hablando en el sentido de declarar que es a la justicia ordinaria a la que corresponde el conocimiento del presente negocio. En consecuencia, remítanse al Juzgado Cuarto Superior de Bogotá y dése cuenta al Juzgado Superior Militar de la Brigada de Instituto Militares.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE HECHO — CUANDO ES PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACION EN PROCESOS FALLADOS EN PRIMERA INSTANCIA POR JUECES DEL CIRCUITO

1. El máximo de pena que debe tomarse en cuenta para decidir de la procedencia del recurso de casación es el máximo de la pena imponible y no la cantidad de pena impuesta en realidad.

2. El hecho de que al procesado se le haya juzgado mediante el procedimiento de la Ley 48 de 1936, no es motivo para que contra la sentencia del Tribunal Superior no tenga operancia el recurso extraordinario de casación, ya que dicha ley no lo ha exceptuado dentro de su procedimiento. Por lo tanto, por lo que a dicho recurso extraordinario se refiere, rigen las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Agosto diez y seis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El procesado Hernando Rojas Porras interpuso recurso de casación contra la sentencia de fecha cinco de junio del año en curso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio de la cual se confirmó la pronunciada por el Juzgado Primero del Circuito Penal de la misma ciudad, que condenó al procesado Rojas Porras a la pena principal de cuatro años de presidio, por el delito de robo.

El Juzgado Primero del Circuito Penal de Ibagué, en sentencia de 25 de abril del año en curso, condenó al procesado Hernando Rojas Porras a la pena principal de cuatro años de presidio, por el delito de robo.

El Tribunal Superior del Distito Judicial de Ibagué, al revisar por apelación la sentencia del Juzgado la confirmó en todas sus partes.

Recurso de casación

En memorial de seis de junio del año en curso el procesado Rojas Porras, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, petición que fue negada, en providencia de diecinueve de junio del mismo año, por estas razones:

"El proceso que se adelantó contra el mencionado procesado para averiguar la ocurrencia del delito y por consiguiente para determinar sus responsables, se adelantó bajo el procedimiento del artículo 13 de la Ley 48 de 1936, por el motivo de que el delito se cometió en las horas de la noche del cuatro al cinco de julio de 1949, es decir bajo el imperio de los Decretos Ejecutivos números 2336 y 4137 de 1948, por medio de los cuales se establece que los procesos de la magnitud y características como el presente, deben tramitarse siguiendo el procedimiento de la Ley 48 de 1936.

"Como en el presente caso se trata de que el procesado y sentenciado Hernando Rojas Porras, ha interpuesto el extraordinario recurso de casación contra la sentencia arriba citada, y como el procedimiento bajo el cual fue tramitado este proceso no admite el citado recurso de casación porque la mencionada Ley 48 es muy clara y explícita al respecto, éllo es suficiente para que esta Sala niegue al recurrente el recurso de casación interpuesto, por ser improcedente".

Contra esta providencia oportunamente se pidió reposición, la cual fue negada, por auto de fecha siete de julio del año en curso, por los mismos motivos expuestos en la providencia cuya reposición fue solicitada.

Recurso de hecho

La parte agraviada recurrió de hecho ante la Corte, dando previamente cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 513 y 514 del Código Judicial y en el término legal fundó el recurso.

Las razones expuestas por el recurrente pueden sintetizarse así:

Que por el hecho de que el proceso dentro del cual fue sentenciado, se hubiera tramitado y juzgado mediante el procedimiento de que trata la Ley 48 de 1936, no es razón para que se le niegue el recurso de casación oportunamente interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior, siendo así que el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal dispone que habrá lugar al recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los jueces del circuito, por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años, caso en el cual se encuentra el recurrente.

Se considera.

En atención a la naturaleza del delito —robo— y teniendo en cuenta lo dispuesto por los decretos extraordinarios números 2326 y 4137 de 1948, al procesado Rojas Porras se le juzgó, tanto en primera como en segunda instancia, mediante el procedimiento breve y sumario de que trata la Ley 48 de 1936.

El Tribunal en su sentencia consideró como disposiciones violadas el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 en relación con el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, y en consecuencia, impuso a Rojas Porras la pena principal de cuatro años de presidio.

Ambas disposiciones señalan como sanción privativa de la libertad personal un máximo que excede de cinco años. Por manera que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia del Tribunal Superior que condenó a Rojas Porras a la pena principal de cuatro años de presidio, puede ser recurrida en casación por mandato expreso de la ley.

El hecho de que al procesado se le haya juzgado mediante el procedimiento de la Ley 48 de 1936, no es motivo para que contra la sentencia del Tribunal Superior no tenga operancia el recurso extraordinario de casación, ya que dicha ley no lo ha exceptuado dentro de su procedimiento. Por lo tanto, en cuanto a dicho recurso extraordinario se refiere, rigen las disposiciones concernientes del Código de Procedimiento Penal.

Como en el caso a estudio, el Tribunal aplicó para la individualización de la sanción, disposiciones que señalan como pena privativa de la libertad personal, un máximo que excede de cinco años, es concerniente, para efectos del recurso de casación, lo dispuesto por el artículo 557 del estatuto procedimental 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, concede al procesado Hernando Rojas Porras el recurso de casación interpuesto de hecho, contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha cinco de junio del año en curso, que lo condenó a la pena principal de cuatro años de presidio, por el delito de robo.

Cópiese, notifíquese y pídase al Tribunal Superior de Ibagué la remisión del expediente.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA AMISTAD INTIMA COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION

Tratándose de la amistad íntima como causal de impedimento, siempre se ha considerado muy difícil el señalamiento de sus elementos constitutivos, por envolver el concepto de ella un sentimiento de carácter subjetivo. Por eso se ha sostenido en relación con esa causal que, a falta de la prueba que debe suministrar quien se manifieste impedido, debe darse un valor probatorio especial a la manifestación de éste sobre el género de amistad que lo vincula con alguna de las partes o con sus representantes.

La amistad íntima —ha dicho la Corte— no es otra cosa que la compenetración espiritual que surge entre dos personas, como resultado del trato continuo y constante a través del tiempo y de la comunicación, durante éste, de estados sentimentales, de aspiraciones, de proyectos, tristezas y alegrías.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto dieciséis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez).

Vistos

El señor Magistrado doctor Agustín Gómez Prada, por medio de providencia de fecha veintinueve de julio pasado, manifiesta que se encuentra impedido para hacer parte de la Sala que ha de conocer del presente negocio, por amistad íntima con el procesado, doctor Alfonso García Rangel.

Aduce el señor Magistrado Gómez Prada, como razones que fundan la causal de impedimento anotada, que desde hace más de veinte años se conocen con el doctor García Rangel y a través de ese lapso, sus familias han mantenido un trato frecuente y cordial, se comunican sus penas y alegrías, sus dificultades, etc. Que entre el procesado y el señor Magistrado Gómez Prada, aunque pertenecen a partidos políticos distintos, sus relaciones se han movido en planos de alta decencia intelectual y moral y en los cargos que desempeñan, dada su amistad personal, tratan sobre temas personales y de familia y aún sociales y científicos, sin la más leve discordancia que no sea de carácter noble. Y agrega:

"No me declararía impedido si el asunto fuera de otra laya; pero en tratándose de la acusación de otra persona de mi conocencia y en que debaten puntos en que el amor propio juega un papel importante, aguzado por móviles que no me toca calificar, lo mejor para la justicia es que yo sea separado del conocimiento. Digo que no me separaría del conocimiento en otras condiciones, porque yo sé que soy capaz (y mi amigo sabe que así es) de condenarlo si encontrara razón para condenarlo, en caso de estar probada su responsabilidad. O lo que es lo mismo, que estas declaraciones de impedimento por amistad o enemistad son my relativas, pues que casi siempre se hacen por amparar el decoro aparente de la justicia, que no su realidad, que va imprimiendo carácter en los que por vocación se dedican a la judicatura".

El Código de Procedimiento Penal, dice en el artículo 72, que los jueces deben declararse impedidos para conocer de los procesos criminales, cuando existen respecto de ellos, causales de recusación. Y el artículo 73 de la misma obra, señala como causal de recusación o impedimento, entre otras la siguiente:

"5ª Existir enemistad grave o **amistad íntima entre alguna de las partes** o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado";

En el caso presente, el señor Magistrado Gómez Prada, presenta como causal de impedimento la contemplada en la disposición procedimental antes transcrita, es decir, tener amistad íntima con el procesado en este negocio, doctor Alfonso García Rangel o en otros términos, con una de las partes.

Tratándose de la amistad íntima, como causal de impedimento, siempre se ha considerado muy difícil el señalamiento de sus elementos constitutivos, por envolver el concepto de ella un sentimiento de carácter subjetivo. Por eso, se ha sostenido en relación con esa causal que a falta de la prueba que debe suministrar quien se ma-

nifieste impedido, debe darse un valor probatorio especial a la manifestación de éste sobre el género de amistad, que lo vincula con alguna de las partes o con sus representantes.

La amistad íntima, ha dicho en otras ocasiones la Corte, no es otra cosa que la compenetración espiritual que surge entre dos personas como resultado del trato continuo y constante a través del tiempo y de la comunicación durante éste, de estados sentimentales, de aspiraciones, de proyectos, tristezas y alegrías. Y ésta es precisamente la situación en que se encuentra el señor Magistrado doctor Gómez Prada, con relación al doctor García Rangel, procesado en este negocio, según su propia manifestación.

La ley procedimental al establecer como causal de impedimento la amistad íntima, ha tenido en mira alejar de quienes administran justicia, aquellas situaciones de carácter sentimental que pueden perturbar su criterio con perjuicio de la justicia y de los intereses sociales. La sola consideración de que el Juez o Magistrado tratándose de personas con quienes está ligado por sentimientos de profunda y verdadera amistad, pudiera mostrarse excesivamente celoso en la aplicación de la ley para no exponerse a las sospechas de parcialidad, sería motivo suficiente para considerarlos inhibidos del conocimiento del respectivo negocio.

Y en el caso de autos, dada la manifestación del señor Magistrado doctor Gómez Prada, pueden hacerse las consideraciones brevemente esbozadas y declarar que existe el impedimento manifestado por dicho Magistrado para hacer parte de la Sala que ha de conocer de este asunto, debiendo sortearse un conjuez para completar la misma.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **acepta** el impedimento manifestado por el señor Magistrado doctor Agustín Gómez Prada para hacer parte de la Sala que ha de conocer de este proceso y en consecuencia, dispone sortear un conjuez para completar dicha Sala.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R. Secretario.

NULIDADES — ERROR EN CUANTO A LA DENOMINACION JURIDICA DEL DELITO — PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO DE ROBO

La simple efracción, rotura o quebrantamiento de las defensas preconstituídas que guardan las cosas no sirve para estructurar el robo si no se demuestra que esa violencia así ejercida, fue precisamente el medio de que se valieron los ladrones para sustraer los objetos. Y ello es elemental, porque tales manifestaciones de violencia sobre las cosas bien pueden ser antiguas y hechas sin la participación física ni dolosa de los responsables del apoderamiento, quienes, por lo mismo, no tienen por qué responder de la obra ajena, o bien porque el delito pudo ejecutarse recurriendo a otros sistemas distintos de la violencia, como aprovechando, por ejemplo, la falta de seguridad de las puertas de una habitación, o cualquier otro factor imputable a pura negligencia de la víctima, etc.

Por lo tanto, mientras las pruebas no destruyan estas hipótesis y mientras el vínculo de causalidad, objetiva y subjetiva, entre la violencia y el apoderamiento no aparezca plenamente establecido, jurídicamente es imposible sostener la existencia del delito de robo. En esta materia no caben suposiciones ni términos medios.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto dieciocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia de seis de abril del año próximo pasado, condenó a Lisímaco Arismendi Restrepo a la pena principal de tres años de presidio, como autor de un delito de robo.

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, quien, apoyándose en las causales 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal presentó ante la Corte la respectiva demanda.

El demandante estudia de preferencia la causal 4ª porque si ésta prospera, resultaría inútil el examen de la 2ª

Por estas atendibles razones se procede al estudio de las causales en el orden traído por el señor Procurador, o sea, principiando por la causal 4ª alegada.

CAUSAL 4ª Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Sostiene el recurrente al fundamentar esta causal, que en este proceso se trata de un delito de hurto, y no de robo; como lo estimaron los juzgadores de instancia tanto en el auto de calificación, como en la sentencia.

Al efecto ataca la única prueba que se trajo a los autos tendiente a demostrar la violencia física contra las cosas para llevar a cabo el delito, o sea la inspección ocular practicada en la casa donde se encontraban las mercancías sustraídas.

"El Juzgado y el Honorable Tribunal —dice el recurrente— creyeron que podía denominarse **robo** a la infracción investigada, porque en una de las paredes del local del almacén encontraron los peritos (véase folio 1 vuelto del expediente) un hueco o foramen de treinta y dos (32) centímetros de largo en forma horizontal por veinte (20) centímetros de ancho o alto. Pero no se estableció que por allí hubieran penetrado los presuntos ladrones; ni menos que ese hueco o foramen hubiera sido hecho por los presuntos autores del ilícito. Por el contrario, los mismos peritos afirman que una de las puertas del almacén estaba cerrada por dentro y que la otra estaba abierta, sin que en ninguna de las dos existieran huellas de violencia. Y algo más: los mismos peritos dicen que por ese pequeño foramen no cabe un hombre; y se aventuraron a afirmar que conjeturaban que sólo un niño de poca edad debió pasar por allí.

"Ese dictamen pericial, honorables Magistrados, es el único elemento que sirvió de base tanto al Juzgado, como al Honorable Tribunal Superior, para denominar **robo** la infracción investi-

gada. Siendo elemento constitutivo del delito de **robo** la fuerza y la violencia a las personas o a las cosas, y no estando acreditados esos elementos, plenamente en el expediente, hubo error en la denominación de la infracción, y por consiguiente se incurrió en **nulidad** desde el auto de proceder inclusive".

Se considera:

Este proceso fue iniciado oficiosamente por el Inspector de Policía Departamental de Dovio, jurisdicción municipal de Roldanillo, el 14 de julio de 1944, por haberse tenido conocimiento "de que anoche el señor Rafael Garcés fue víctima de un robo en su almacén de mercancías que tenía en este lugar, las cuales se sustrajeron casi en su totalidad y como nadie se ha presentado a dar el correspondiente denuncio, se dispone levantar la correspondiente investigación".

Es al menos curioso que en el proceso no aparezca la menor colaboración por parte del señor Rafael Garcés, dueño de las mercancías sustraídas, ni de sus dependientes o encargados del almacén, quienes ni formularon denuncio, ni declararon, ni suministraron dato alguno sobre la preexistencia y consiguiente falta de las mercancías materia del ilícito.

En el curso de la investigación se encontraron en poder de Lisímaco Arismendi Restrepo, Luis Eduardo Arboleda y José María Londoño varios artículos de comercio que fueron avaluados por los peritos Laurentino García y Rosalbina Avila, quienes manifestaron que tales mercancías hacían parte de las sustraídas al almacén del señor Rafael Garcés, pero que éste en ningún momento identificó.

El señor Juez de Instrucción con el ánimo de establecer si para la sustracción de las mercancías se había hecho uso de la violencia contra las cosas, en el auto cabeza de proceso, de 14 de julio de 1944, dispuso lo siguiente:

"Como aparece que fue el robo el delito que se investiga, practíquese con peritos una inspección ocular en el sitio o casa donde estaban las mercancías, con el objeto de establecer las circunstancias del "robo".

Y por auto de la misma fecha, nombró a los señores Manuel Ocampo Cardona y Francisco Dávila peritos para la inspección, diligencia que se llevó a cabo **ese mismo día.**

Es oportuno transcribir en su totalidad lo expresado en la inspección ocular, pues ésta es la única prueba que al proceso se trajo para determinar la naturaleza del delito, y sobre ella se basa fundamentalmente el demandante para atacar la sentencia recurrida en casación. Dice así:

"Hoy catorce de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, a las cuatro de la tarde, el suscrito inspector de policía asociado de su secretario y de los señores Manuel Ocampo C. y Francisco Dávila, designados peritos en el auto anterior, se trasladó a la casa donde existía el almacén de telas del señor Rafael Garcés, con el fin de practicar la diligencia de inspección ocular ordenada en el primer auto recaído en las presentes diligencias. En tal virtud se procedió a darles posesión a los peritos juramentándolos en forma legal, y bajo esa gravedad prometieron desempeñar bien y fielmente, a su leal saber y entender, los deberes del cargo para que han sido nombrados. Acto seguido expusieron: Hemos examinado la casa donde existía el almacén de telas del señor Rafael Garcés, la cual queda situada en el marco de la plaza de mercado de esta población, y hemos encontrado que en la pared del lado norte de la casa, en el ángulo noroeste, hay un foramen que está a la altura del piso interior, el cual mide de largo, en sentido horizontal, treinta y dos (32) centímetros, por veinte (20) centímetros de altura. Conceptuamos que por ese hueco no cabe una persona de mediana complexión, pues que los ladrones posiblemente hicieron que penetrara por allí un niño de poca edad, con instrucciones de destrancar una de las puertas (son dos y la otra estaba con candado) por donde poder entrar ellos con facilidad, para llevar a cabo su labor delictuosa. Lo anterior es una simple conjetura que se desprende de lo reducido del foramen. Hacemos constar que la edificación de las paredes de la casa no ofrece ninguna seguridad para mantener allí, sin guarda de nadie, intereses de ninguna naturaleza..."

El Tribunal, en el auto de 29 de abril de 1948, mediante el cual confirmó el de proceder dictado en primera instancia, consignó graves reparos sobre la labor investigativa, especialmente en lo tocante a no haberse llamado al dueño de las mercancías sustraídas para que manifestara el estado en que se encontraba su almacén en el momento del ilícito y la clase y calidad de los artículos allí existentes; y sobre el hecho de no haber dejado el funcionario instructor "constancia pormenorizada en la diligencia de inspección ocular del estado en que se encontraran las puertas del almacén que daban acceso al mismo porque la deficiente inspección ocular no tiene más constan-

cias que las transcritas al principio de esta diligencia... No se explica el Tribunal por qué el señor Juez del Circuito Penal de Roldanillo cuando por primera vez estudió este negocio y ordenó la ampliación de fojas 85, nada dispuso para corregir estas deficiencias para aclarar circunstancias tan íntimamente ligadas con la perfecta demostración del cuerpo del delito y que orientaban mejor el rumbo de la investigación".

No obstante, en presencia de estas fallas y al rechazar la alegación del señor defensor sobre la inexistencia del cuerpo del delito de robo, el Tribunal en la sentencia recurrida expresa lo siguiente:

"La Sala, cuando revisó el auto de proceder para impartirle su aprobación, no tuvo en cuenta las hipótesis de los peritos, o sugerencias sobre el hecho de que pudieran los autores del ilícito, haber empleado un niño para la apertura de la puerta que les dio acceso a la tienda del señor Garcés. Tuvo en cuenta sólo la circunstancia cierta, precisa, clara, determinada y palpada por los peritos, de la existencia de un hueco en la pared de la casa ocupada por ese almacén o tienda y sobre el hecho físico apreciado por los peritos aceptó la demostración de la violencia a las cosas, porque el foramen encontrado en la pared está demostrado que lo hubo y él por sí solo es suficiente y constituye la prueba de la violencia material a las cosas, sin que sea preciso comprobar cuáles fueron los medios complementarios usados por los ladrones para abrir las puertas del almacén.

"Son múltiples las hipótesis que pueden hacerse sobre los medios complementarios que pudieron ser usados por los ladrones, sobre la base de la existencia del hueco en la pared, pues la conjetura de los peritos y de la cual dejaron constancia en el acta de inspección, por no ser la única posible, da margen a otras, que con igual posibilidad, cabe suponer como empleadas para la ultimación de la apertura de la puerta; pero del hecho de que en realidad no haya ocurrido así, ni del que no esté demostrado que fuera realmente un niño de corta edad, quien abrió una de las puertas que no tenía candado, no se sigue ni puede deducirse que no hubo violencia a las cosas, estando demostrada la consecuencia de la violencia física".

El señor Procurador Delegado en lo Penal al referirse a las anteriores apreciaciones del Tribunal sobre el elemento violencia que requiere para su estructuración el delito de robo, dice acertadamente lo siguiente:

"En el robo debe existir un nexo de causalidad eficiente entre la fuerza a las cosas o la violencia a las personas, y el apoderamiento del bien mueble objeto de la sustracción, porque la característica y el fundamento de la agravante consisten en que el delincuente rompe, con la fuerza o la violencia, las defensas preconstituídas que el dueño, que el poseedor o tenedor de la cosa ha puesto en juego para mantener la seguridad, custodia y vigilancia de la misma. La fuerza o la violencia se emplean, pues, **para apoderarse** del objeto, lo cual indica que ese elemento contiene una dualidad: un aspecto estrictamente físico, en cuanto sirve de medio para tomar o quitar la cosa del lugar en que está; y un aspecto netamente subjetivo, en virtud de que el agresor quiere y emplea ese procedimiento violento para vencer las resistencias que ofrecen las barreras precautelativas puestas por el perdidoso, a fin de evitar la sustracción de sus bienes mobiliarios.

"La fuerza calificante —expresa Soler— es sólo aquella **con** la cual el apoderamiento tiene lugar. Debe existir un cierto nexo de necesidad de hecho, puramente de hecho, entre la sustracción y el empleo de la fuerza, y esa situación de hecho debe subjetivamente ser tomada en cuenta por el ladrón, el cual emplea la fuerza **para** sustraer la cosa.

"Sólo cuando existe vinculación subjetiva entre el empleo de fuerza y el propósito de consumar el hecho, se aplica la agravación de fuerza en las cosas".

"En consecuencia, la simple efracción, rotura o quebrantamiento de las defensas preconstituídas que guardan la cosa no sirve para estructurar, el robo, si no se demuestra que esa violencia, así ejercida, fue precisamente el medio de que se valieron los ladrones para sustraer los objetos. Y ello es elemental, porque tales manifestaciones de violencia sobre las cosas bien pueden ser antiguas y hechas sin la participación física ni dolosa de los responsables del apoderamiento, quienes, por lo mismo, no tienen por qué responder de la obra ajena, o bien porque el delito pudo ejecutarse recurriendo a otros sistemas distintos de la violencia, como aprovechando, por ejemplo, la falta de seguridad de las puertas de una habitación, o cualquier otro factor imputable a pura negligencia de la víctima, etc.

"Por lo tanto, mientras las pruebas no destruyan estas hipótesis y mientras el vínculo de causalidad, objetiva y subjetiva, entre la violencia y el apoderamiento no aparezca plenamente establecido, jurídicamente es imposible sostener la exis-

tencia del delito de robo. En esta materia no caben suposiciones ni términos medios.".

El señor Procurador critica la inspección ocular, única prueba allegada al proceso para la demostración del elemento material del delito de robo, porque se encuentra afectada de vicios de forma y de fondo, que la hacen ineficaz para probar ese elemento.

Entre las deficiencias de forma anota: que el auto que ordenó la inspección no determinó con claridad los puntos materia de la diligencia, ni señaló fecha ni hora para la práctica de ella (art. 211 del C. de P. P.); que el acta no fue firmada ni rubricada en cada uno de sus folios por todas las personas que intervinieron en ella, pretermitiendo lo dispuesto al respecto por el artículo 212 del mismo estatuto procedimental; ni aparece que la diligencia hubiera sido leída a las personas que debieron suscribirla, como lo ordena el artículo 149 ibídem.

Y en cuanto a defectos de fondo de la inspección ocular observa que el funcionario no dejó expresa constancia en la diligencia sobre sus observaciones personales acerca de las huellas, rastros o señales de violencia dejados por el ilícito; y que el examen ocular fue deficiente porque no se estudió el interior del local donde se encontraban las mercancías cuando fueron sustraídas, para establecer si en realidad estaba destinado al expendio de ellas, si habían quedado restos de los artículos y todo cuanto indicara la sustracción ilícita de lo que allí se guardaba, ni se reconocieron los puertas del almacén para fijar las condiciones de seguridad que tuvieran las cerraduras y descartar, así, toda duda acerca de que por las puertas, sin necesidad de ejecutar actos de violencia, hubieran podido penetrar los delincuentes para consumar el ilícito.

El recurrente no ataca esta prueba por estos motivos, pero se anotan las certeras críticas del Procurador al respecto, que son importantes desde el punto de vista doctrinario.

En el presente caso los peritos afirman "que en la pared del lado norte de la casa (donde existía el almacén), hay un foramen que está a la altura del piso interior, el cual mide de largo, en sentido horizontal, treinta y dos (32) centímetros, por veinte (20) centímetros de altura". No expresan los peritos si la abertura o foramen era reciente o antiguo, hecho de la mayor importancia para establecer la relación causal entre la época de la sustracción y el medio violento empleado para su ejecución, y para despejar cualquier duda atinente a que ese foramen hubiera sido abierto con bastante anterioridad a la sutracción de las mercancías y en circunstancias que pudieran indicar una actividad distinta a la puramente delictuosa. No dicen los peritos cuál, hubiese sido el posible instrumento empleado para hacer el hueco o foramen, lo cual era indispensable para establecer la intervención de la mano del hombre, y no otro suceso de carácter fortuito.

Además, se observa que la capacidad de la abertura o foramen cuyas dimensiones determinan los peritos resulta, en realidad, contraria a leyes físicas para dar cabida al cuerpo de un adulto o siquiera de un niño. Es verdad que esta última hipótesis es apenas producto de la imaginación de los peritos, ya que en los autos no existe prueba alguna acerca de que los delincuentes se hubieran valido de un niño de excepcionales condiciones, cuya arquitectura orgánica fuese tan pequeña que pudiese ser introducida por una abertura tan reducida cómo la determinada por los peritos. Finalmente, no hay que perder de vista lo determinado por los expertos en cuanto a que "la edificación de las paredes de la casa no ofrece ninguna seguridad para mantener allí, sin guarda de nadie, intereses de ninguna naturaleza". De suerte que en tales condiciones de inseguridad en que se encontraba el almacén del perdidoso, bien puede pensarse que los delincuentes no tuvieron necesidad de hacer uso de la violencia para la consumación del ilícito. Lo contrario son meras hipótesis que en manera alguna pueden considerarse como suficientes para la demostración plena del cuerpo del delito de robo.

"Los elementos constitutivos de un delito —dice el Procurador— no se acreditan con series de conjeturas, ni de lucubraciones fantásticas, sino con la demostración completa, por medio de pruebas, de la verdad de los hechos investigados. Verdad histórica comprobada, y no simples hipótesis, es uno de los objetivos esenciales del proceso penal y una de las bases de la justicia represiva.

"No apareciendo, pues, como ya se dijo, otros elementos probatorios, distintos de la inspección ocular, que demuestren el empleo de violencia en el apoderamiento de las mercancías del señor Garcés, síguese que el cuerpo del delito de robo, no se halla estructurado aquí, y que el llamamiento a juicio debió versar únicamente por hurto, como lo sostuvieron el Fiscal del Tribunal y el Magistrado que salvó su voto doctor Cayetano Rengifo Illera, y como lo alega en casación el representante de Arismendi".

Los anteriores motivos indican claramente que la causal 4ª alegada prospera por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica del delito.

No se considera la causal 2ª, puesto que la sentencia acusada debe infirmarse (artículo 538 del C. J.).

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, **invalida** la sentencia de seis de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

En consecuencia, declara nulo lo actuado en este proceso a partir del auto de proceder de fecha 25 de julio de 1947 —inclusive—, en adelante, para que el Juez del Circuito a quien corresponda este negocio reponga la actuación (artículo 570, ordinal b), del Código de Procedimiento Penal).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.



PARA QUE PUEDA DEDUCIRSE RESPONSABILIDAD A UN FUNCIONARIO POR LA COMISION DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD CONSISTENTE EN DEMORAS, ES NECESARIO QUE SE COMPRUEBE QUE HUBO DESCUIDO O NEGLIGENCIA POR PARTE DE EL.—IMCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE CAUSAS DE RESPONSABILIDAD CONTRA JUECES MUNICIPALES

1—Cuando en un mismo delito de abuso de autoridad han intervenido en su comisión varios funcionarios, uno o varios de los cuales gozan de fuero ante la Corte para que ésta los juzgue en segunda instancia, como ocurre con los Jueces Superiores y de Circuito, y otros no, como por ejemplo ocurre con los Jueces Municipales, la norma aplicable no es entonces el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal, pues ésta se refiere al caso de varios delitos, caso en el cual existe la absorción por el competente para conocer del delito más grave.

Tampoco es entonces el artículo 52 del mismo Código la norma pertinente, pues la circunstancia de que conforme a este artículo "para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes", bien puede permitir que fenecido el negocio contra el sindicado que goza de fuero especial, el mismo proceso pase a los funcionarios competentes por razón de la naturaleza del hecho para la calificación de los cargos que quedan pendientes contra los demás sindicados, cuyo grado de jerarquía judicial no les otorga preeminencia en el conocimiento por entidades de superior categoría en la rama jurisdiccional.

En estos casos la norma aplicable no es otra que el artículo 51 del mencionado Código, que determina la manera de proceder contra los sindicados sometidos a fuero especial.

2—La responsabilidad de los jueces por el delito de abuso de autoridad consistente en demorar, omitir o rehusar el cumplimiento de las funciones que les corresponden, implica que no basta solamente la comprobación de esa demora como elemento simplemente cronológico, sino que también es menester acreditar que existieron factores de descuido o negligencia por parte del empleado en el cumplimiento de sus deberes oficiales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto dieciocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez).

Vistos:

Para surtir el grado de consulta, debe la Corte revisar el auto del Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha once de abril del corriente año, por medio del cual sobresee definitivamente a favor de "los funcionarios señores doctor Rodrigo Peña Baena, Juez Segundo Superior; doctor Juan F. Péréz, Juez 13 de Instrucción Criminal; doctor Víctor Velásquez Castro, Juez Primero Municipal Penal y doctor Luis Eduardo Natera Pertuz, Juez Quinto Municipal Penal".

Hechos

Se inició la investigación a que se refieren las presentes diligencias a solicitud del señor Personero Municipal de Barranquilla, por demoras en el proceso contra Héctor Julio Parra Escorcia, por el delito de homicidio, en cumplimiento del artículo 23 —inciso 2º— de la ley 4ª de 1943, en virtud de que transcurrieron ciento ochenta días de detención del sindicado, sin que se hubiera dictado auto de proceder, por cuya circunstancia hubo de ponerse en libertad provisional a Parra Escorcia.

El sumario contra Héctor Parra Escorcia fue iniciado en la Alcaldía Municipal de Palonuevo, el primero de enero de 1948 y el trece del mismo mes, pasó a un Juez de Instrucción Criminal para adelantar la investigación. El veintiocho de los mismos, el Juez de Instrucción lo remitió al de

Circuito de Turno, de donde salió el dos de febrero a los Jueces Superiores, por competencia, correspondiendo su conocimiento al Segundo Superior de Barranquilla quien, el cinco del mismo mes de febrero, lo envió en comisión al Juez 13 de Instrucción Criminal, por veinte días, y allí permaneció en la Secretaría hasta el 24 de febrero, fecha en la cual la Gobernación del Departamento autorizó el traslado del Juez de Instrucción al Municipio de Palonuevo lugar en donde debían practicarse las diligencias ordenadas por el Juez Superior del conocimiento.

El 22 de abril de aquel año el Juez 2º Superior solicitó la devolución del expediente al Juez comisionado y éste cumplió la orden el 24 de aquel mes, con la constancia de que no había cumplido la comisión por no habérsele cubierto los viáticos respectivos, para el traslado del Juzgado. En vista de esta circunstancia, el Juzgado Segundo Superior comisionó al Juez Primero Municipal Penal de Palonuevo para que cumpliera la comisión y este funcionario una vez recibido el proceso, el doce de mayo de 1948 oficia al Alcalde de Palonuevo para que haga comparecer a los declarantes, sin que, hasta el 24 del mismo mes, el Alcalde hubiera prestado el auxilio solicitado.

Entre tanto y detenido como se encontraba el procesado, éste solicitó el beneficio de libertad al Juez Municipal, negado el cual se interpuso el recurso de apelación contra el auto que así lo resolvía, el que concedido se surtió sobre las copias del expediente compulsadas al efecto.

El ocho de junio, el Juez Municipal ordena la devolución del negocio al Juez Segundo Superior, por estar vencido el término de la comisión, y este último funcionario cierra la investigación al día siguiente, determinación ésta que hubo de ser revocada a solicitud del apoderado del sindicado.

Nuevamente sale el proceso en comisión al Juez Quinto Municipal y ante éste, el apoderado del sindicado solicita la libertad provisional de su representado, por haber permanecido en detención preventiva ciento ochenta días, sin que se hubiera calificado el mérito del sumario.

El señor Agente del Ministerio Público, al conceptuar sobre la excarcelación solicitada, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943, pidió la investigación de la responsabilidad de los funcionarios que habían intervenido en el levantamiento del sumario, por las demoras que habían dado lugar a la excarcelación del procesado Héctor Julio Parra Escorcia en la forma antes relacionada.

Esta última investigación dio como resultado la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, que en consulta resuelve la Corte.

Concepto del Procurador

Para dar cumplimiento al artículo 192 del Código Procesal Penal, se dio traslado del proceso al señor Procurador Delegado en lo Penal y sobre el auto en consulta, se expresa así el colaborador:

"Desde luego cabe decir que el Tribunal no era competente para juzgar al Juez 13 de Instrucción Criminal, ni a los Jueces Primero y Quinto Municipales en lo Penal, sino únicamente al Juez Segundo Superior, de acuerdo con el claro precepto del artículo 44, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal.

"Como lo dijo la Procuraduría en un proceso venido también del mismo Tribunal Superior de Barranquilla, tratándose de juicios de responsabilidad, sólo el fuero especial y la naturaleza de la infracción fijan la competencia, sin que en estos casos haya lugar al principio de absorción de distintas jurisdicciones que prevé el artículo 50 del citado Código, ni al de la pluralidad de sindicados o de delitos en los eventos del artículo 52, ni al de la conexidad que consagra el 54, según excepción perentoria del artículo 51 ibídem".

El señor Procurador Delegado en lo Penal, entra luégo a examinar la conducta del Juez Segundo Superior de Barranquilla, doctor Rodrigo Peña Baena, en el proceso contra Héctor Julio Parra Escorcia, por homicidio; la encuentra correcta y, por tanto, pide a la Corte confirme el sobreseimiento definitivo dictado a su favor y revoque el mismo auto en cuanto se refiere a los doctores Juan F. Pérez, Juez 13 de Instrucción Criminal; Víctor Velásquez Castro y Luis Eduardo Natera Pertuz, Juez Primero y Quinto Municipales en lo Penal, respectivamente, para que sean juzgados por el Juez Penal del Circuito de Barranquilla.

Se considera

Tiene razón el señor Agente del Ministerio Público en cuanto a que la Corte sólo tiene competencia para juzgar en este caso al señor Juez Segundo Superior de Barranquilla, funcionario que

goza de fuero especial; no así a los demás funcionarios sindicados, los cuales deberán ser sujetos a la jurisdicción de los Jueces a cuya competencia está adscrita la presunta responsabilidad que pueda caberles en los hechos investigados en este proceso.

En efecto: no es aplicable al caso el artículo 50 del Código Procesal Penal, porque no se trata de varios delitos sometidos a diversas competencias, sino de una sola infracción —abuso de autoridad, por demoras—, si bien los sindicados son distintos, en cuyo caso existe la absorción por el competente para conocer del más grave. La norma del artículo 52 ibídem tampoco es pertinente, pues la circunstancia de una sola investigación, bien puede permitir que fenecido el negocio contra el sindicado que goza de fuero especial, el mismo proceso pase a los funcionarios competentes por razón de la naturaleza del hecho para la calificación de los cargos que quedan pendientes contra los demás sindicados, cuyo grado de jerarquía judicial no les otorga preeminencia en el conocimiento por entidades de superior categoría en la rama jurisdiccional.

En estos casos la norma aplicable no es otra que el artículo 51 de la obra en cita, que determina la manera de proceder contra los sindicados sometidos a fuero especial. Sólo que por no haber sido cumplida según su letra en la debida oportunidad, el Tribunal de instancia calificó el sumario en relación con todos los sindicados, en lugar de decidir únicamente en lo tocante con el Juez Segundo Superior de Barranquilla, disponiendo que en cuanto a los otros, fueran las autoridades competentes las que decidieran del mérito de las diligencias investigativas por los cargos formulados en el denuncio del señor Fiscal.

Como la competencia para los Jueces Superiores y del Circuito se rige por la norma del artículo 44 del Código Procesal Penal, es claro que únicamente sobre estos funcionarios toca a la Corte decidir de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 42 de la misma obra.

De conformidad con lo anterior, de la relación de los hechos que aparecen en el informativo, se desprende que no existe ninguna responsabilidad penal contra el Juez Superior acusado. De ella surge que éste realizó todo lo posible para perfeccionar la investigación antes de que se cumpliera el plazo de ciento ochenta días fijado por la ley para conceder libertad al sindicado, contra el cual no se hubiera dictado auto de proceder dentro de ese lapso, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 23 de la Ley 4ª de 1943. Sólo que las comisiones a distintos funcionarios, tendientes a la perfección del informativo, ocasionaron las consiguientes demoras, que no pueden ser atribuídas por negligencia al funcionario acusado que juzga ahora la Corte.

La responsabilidad de los Jueces por el delito de abuso de autoridad consistente en demorar, omitir o rehusar el cumplimiento de las funciones que les corresponden, implica que no basta solamente la comprobación de esa demora como elemento simplemente cronológico, sino que también es menester acreditar que existieron factores de descuido o negligencia por parte del empleado en el cumplimiento de sus deberes oficiales.

A nadie puede exigírsele, por regla general, y sin que esto constituya motivo de excusa en todos los casos, rendimiento superior a sus capacidades físicas, y muchas veces el excesivo recargo de trabajo en las oficinas judiciales, facilita que los encargados de ellos incumplan por fuerza superior a su propia voluntad, los términos legales, sin que pueda afirmarse que esta circunstancia constituya siempre motivo de excusa. Otras veces ocurre, como en el presente caso, que poniéndose diligencia en procurar el perfeccionamiento de un determinado proceso, este propósito no se logre por causas extrañas al funcionario sindicado, y es obvio que en tales circunstancias no pueda encontrarse actividad ilícita de ninguna índole. Claro es, sin embargo, que todos los funcionarios deben ser diligentes y que la ley erige en delito todo acto que implique retardo injustificado en la pronta administración de justicia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **Resuelve:**

Primero. Confirmar, como en efecto confirma, la providencia de fecha once de abril último, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla, en cuanto en ella se sobresee definitivamente a favor del doctor Rodrigo Peña Baena, Juez Segundo Superior de aquel Distrito Judicial, por el delito de abuso de autoridad consistente en de-

moras en el proceso contra Héctor Julio Parra Escorcia, sindicado del delito de homicidio;

Segundo. Revocar, como en efecto revoca, la misma providencia a que se refiere el punto anterior, en cuanto al sobreseimiento en ella contenido a favor de los doctores Juan F. Pérez —Juez 13 de Instrucción Criminal—; Víctor Velásquez Castro —Juez Primero Municipal Penal— y Luis Eduardo Natera Pertuz —Juez Quinto Municipal Penal—, funcionarios que deben ser juzgados po el Juez del Circuito Penal de Barranquilla, a quien debe remitirse este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Ángel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.—EL HECHO DE HABER DICTADO AUTO DE DETENCION NO CONSTITUYE CAUSAL DE IMPEDIMENTO PARA QUE EL MISMO FUNCIONARIO EN SEGUNDA INSTANCIA TOME PARTE EN LAS DEMAS ACTUACIONES DEL PROCESO, POR HABER EMITIDO OPINION.

Como dijo la Corte en un caso semejante (Gaceta Judicial, Tomo LXIII, págs. 801 y 802): "El impedimento se funda en el hecho de haber dictado el auto de detención, pero esa opinión que se expresa en esta decisión, no es definitiva ni vincula el resultado final del juicio a los puntos de vista expuestos en esa providencia; esa situación puede cambiar, y los motivos y razones que sirvieron de base al auto de detención pueden debilitarse o perder su valor inicial por los nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, en tal forma que el estudio de ellos lleve a la conclusión de su revocatoria; entonces esa opinión —la del auto de detención— no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento".

Carte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto dieciocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez).

Vistos:

El doctor Aníbal Ojeda Vargas, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en auto de veintidós de junio del presente año, dice:

"El suscrito Magistrado se declara impedido para conocer de este negocio, por haber dictado en él varias providencias de fondo. En tal virtud ordena pasarlo al Magistrado que le sigue en turno".

El negocio a que se refiere la declaración de impedimento que antecede, es el proceso contra Luis Avila Coy y Segundo Mateus, por homicidio, que subió al Tribunal Superior de Tunja en apelación del auto de proceder y que, en reparto de veintiuno del año en curso, correspondió al Magistrado doctor Ojeda Vargas quien, como Juez Primero Superior del mismo Distrito, conoció del citado proceso en el que dictó algunas providencias, entre otras, el auto de detención contra los sindicados.

Los Magistrados restantes de la Sala de decisión de que forma parte el doctor Ojeda Vargas, en providencia de diecinueve de julio de este año, declararon infundado el impedimento manifestado por este último, fundándose en el siguiente razonamiento:

"Examinadas —dicen— con detenimiento las providencias dictadas por el doctor Ojeda Vargas cuando ejercía el cargo de Juez Primero Superior y que invoca para fundamentar la causal que contempla el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, o sea la de "haber manifestado (como Juez) su opinión sobre el asunto materia del proceso", se encuentra que en su mayoría se trata de autos de sustanciación, pues auque en el caso a estudio también aparece el auto de detención y el de haber concedido el beneficio de libertad provisional al sindicado Avila Coy, el hecho de haber dictado tales providencias, no constituye el elemento "haber emitido opinión sobre el asunto materia del proceso" de que habla la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, sino al contrario para que esta causal pueda tenerse en cuenta, se necesita que comprenda actos jurisdiccionales de fondo cuya validez presupone un proceso de análisis de todos los elementos y modalidades del delito, que como se ve, en el caso presente no existen".

Para resolver sobre el particular,

Se considera

La Corte en la interpretación del numeral 4º del artículo 73 del Código Procesal Penal, ha sentado las siguientes doctrinas, que por ser procedentes, se transcriben en lo pertinente:

"Estudiado el caso presente, la Sala advierte que tratándose de un auto de detención o de la

providencia en la cual aquél se revoca o confirma, el hecho de haber dictado tales autos, no constituye el elemento "haber emitido opinión" de que habla la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

"Los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase, son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues, tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos 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". ("Gaceta Judicial", tomo LXIII, números 2055-2056, página 449).

"El impedimento se funda en el hecho de haber dictado el auto de detención, pero la opinión que se expresa en esta decisión, no es definitiva ni vincula el resultado final del juicio a los puntos de vista expuestos en esa providencia; esa situación puede cambiar, y los motivos y razones que sirvieron de base al auto de detención pueden debilitarse, o perder su valor inicial por los nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, en tal forma que el estudio de ellos lleve a la conclusión de su revocatoria; entonces, esa opinión —la del auto de detención— no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento". ("Gaceta Judicial", Tomo LXIII, números 2057, 2058, páginas 801 y 802).

Lo anterior es suficiente para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirme** como en efecto **confirma** el auto de fecha diez y nueve de julio del presente año, por medio del cual los restantes Magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Tunja, de que hace parte el Magistrado doctor Aníbal Ojeda Vargas, declaran infundado el impedimento por éste manifestado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION

La opinión sobre el asunto materia del proceso —que la ley enuncia como materia de recusación o impedimento— no se limita a la surtida fuera de la función jurisdiccional, sino que comprende —como ya lo ha dicho la Corte— los actos jurisdiccionales de fondo cuya validez presupone un razonamiento, una deducción, un juicio, es decir, una opinión o concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos que los integran y componen.

Para que exista, pues, legalmente este impedimento, se requiere que el Juez o Magistrado haya dictado el auto de proceder contra el procesado o una providencia de fondo en la que hubiere dado su opinión o concepto sobre lo sustancial del negocio, y luégo, como funcionario de superior jerarquía tuviera que revisar una de esas providencias. Pero el impedimento no existe, por lo tanto, si las actuaciones del Juez o Magistrado, como funcionario de inferior jerarquía en la rama jurisdiccional, recayeron sobre problemas ajenos a lo esencial del asunto, como por ejemplo, sobre actuaciones referentes a la libertad del sindicado y a la acumulación de los negocios que contra éste se seguían, en las que no se contemplaron cuestiones de fondo relacionadas con la prueba ni podía haber deducciones de carácter jurídico sobre la responsabilidad ni sobre la naturaleza del hecho que originó el proceso.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez).

Vistos:

El señor Magistrado del Distrito Judicial de Tunja, doctor Aníbal Ojeda Vargas, por auto de fecha seis de mayo pasado, se declara impedido para conocer del presente negocio y como no fuera aceptado el impedimento por el resto de la Sala, el proceso se remite a la Corte para que resuelva sobre el incidente suscitado.

Impedimento

Dice el Magistrado doctor Ojeda Vargas, que se declara impedido por haber conceptuado sobre este negocio, en el que figura como procesado Luis Eduardo Pesca por el delito de homicidio.

Decisión del Tribunal

Pasado el asunto al Magistrado que le sigue en turno, se dictó el auto de fecha quince de junio siguiente, suscrito por los Magistrados que integran el resto de la Sala y en tal providencia, se dice:

"'Los autos dictados por el doctor Ojeda Vargas cuando ejercía el cargo de Juez Primero Superior y que invoca para fundamentar la causal que contempla el numeral 4º del artículo 73 del C. de P. P., o sea la de "haber manifestado (como juez) su opinión sobre el asunto materia del proceso" no implican en el presente caso, ninguno de ellos, un acto jurisdiccional de fondo, pues los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar, como en el caso de estudio autos de esta clase, son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder, ya que en este caso particular, si se revisa el expediente, bien puede constatarse que la actuación del doctor Ojeda Vargas como Juez de primera instancia fue bastante fugaz. Así, pues, la Sala para dar término al caso presente, se limita a transcribir las tesis que la Honorable Corte expresó en providencia del doce (12) de abril del año que corre y que dice: "La opinión sobre el asunto materia del proceso —que la ley enuncia como materia de recusación o impedimento— no se limita a la surtida fuera de la función jurisdiccional, sino que comprende los actos jurisdiccionales de fondo cuya validez presupone un razonamiento, una de-

ducción un juicio, es decir, una opinión o concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos jurídicos que los integran y componen.

"Ejemplo de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a responder en juicio al procesado, es decir, el auto de proceder, por cuanto para ello implica, por parte del funcionario, un proceso de análisis y de síntesis de todos los elementos y modalidades del delito y, en la mayoría de las veces, la parte esencial de la propia sentencia.

"En el caso a estudio, tratándose simplemente de un auto que negó la excarcelación del procesado, el hecho de haber dictado tal providencia, no constituye el elemento "haber emitido opinión sobre el asunto materia del proceso' de que habla la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Como no lo sería tampoco el hecho de haber dictado un auto de detención o la providencia en la cual aquél se revoca o se confirma".

"Con apoyo en esta doctrina de la Corte, el Tribunal considera infundada la causal de impedimento manifestada por el doctor Ojeda Vargas, se abstiene de reconocerla y dispone se remita el negocio a la Corte, para que resuelva lo que sea del caso".

Se considera

Examinando el proceso seguido contra Luis Eduardo Pesca, por homicidio, se observa a los folios 32 y 38 del cuaderno 3º, que el doctor Aníbal Ojeda Vargas en su calidad de Juez Primero Superior de Tunja, dictó algunos autos de sustanciación y los autos interlocutorios de fechas veintisiete de febrero, treinta y uno de marzo y diez de septiembre de mil novecientos caurenta y ocho. Por el primero, se revoca el beneficio de excarcelación de que estaba disfrutando el procesado, en consideración a que había incumplido las condiciones que se le habían impuesto para otorgarle ese beneficio, pues había cometido un delito de lesiones personales; por el segundo, se niega el recurso de reposición interpuesto contra el auto antes relacionado; y por el tercero, se niega la solicitud del procesado para que sean acumulados el proceso por homicidio y el que se le adelantaba en otra oficina por el delito de lesiones personales.

La relación de las providencias dictadas por el doctor Ojeda Vargas cuando desempeñaba el cargo de Juez Superior de Tunja, en el proceso contra Luis Eduardo Pesca y en las cuales funda el impedimento para conocer de éste, permiten llegar a la conclusión de que en estricto rigor legal, dicho funcionario no manifestó en ellas su opinión sobre el asunto materia del proceso. Ninguna de esas providencias constituye un acto jurisdiccional de fondo en el que consignara razonamientos, deducciones, juicios y en general, opiniones o conceptos que implicaran apreciaciones substanciales sobre los hechos investigados.

Para que existiera legalmente el impedimento manifestado por el doctor Ojeda Vargas, sería necesario que éste, como Juez Superior hubiera dictado el auto de proceder contra el procesado o una providencia de fondo en la que diera su opinión o concepto sobre lo substancial del negocio, y ahora, como funcionario de superior jerarquía, tuviera que revisar una de esas providencias. Pero ello no ha sucedido así, porque el Magistrado que se declara impedido, no ha proferido como funcionario de inferior jerarquía de la rama jurisdiccional autos ni providencias de esa clase; sus actuaciones recayeron sobre problemas ajenos a lo esencial del asunto, referentes a la libertad del sindicado y a la acumulación de los dos negocios que contra éste se seguían, en las que no se contemplaron cuestiones de fondo relacionadas con la prueba ni podía haber deducciones de carácter jurídico sobre la responsabilidad ni sobre la naturaleza del hecho que originó el proceso.

La doctrina sobre la interpretación del numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, transcrita por el Tribunal de Tunja, ha sido constante y unánime en la Corte y sería redundante, transcribir en esta providencia lo que esta Corporación ha sostenido en numerosos casos en que ha estudiado el mismo problema.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **Declara infundado** el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Aníbal Ojeda Vargas para conocer del negocio adelantado contra Luis Eduardo Pesca por el delito de homicidio en la persona de José Aquileo González.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL PROCURADOR NO ESTA FACULTADO POR LA LEY 82 DE 1948 PARA AMPLIAR LA DEMANDA DE CASACION PRESENTADA POR LA PARTE RECURRENTE CONTRA LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA JEFATURA DEL ESTADO MAYOR DE LAS FUERZAS MILITARES.

1. Reptidas veces ha dicho la Corte que cuando en casación se alega una causal, el deber del recurrente no se reduce a enunciarla simplemente, sino que se extiende a demostrarla, es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones legales que se consideren violadas por el fallador de instancia.

2. La Corte, al referirse al problema planteado por el señor Procurador Delegado en lo Penal en el sentido de que el Agente del Ministerio Público tiene facultad para ampliar la demanda de casación o presentar una nueva, al contestar el traslado, cuando se trata del recurso interpuesto contra sentencias proferidas por el Estado Mayor de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 de 1948, ha llegado a la conclusión de que dicho funcionario no está autorizado por la ley para actuar en tal sentido.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"La Ley 82 de 1948 confiere al Procurador General de la Nación el derecho para interponer y sostener dentro de los términos señalados en la misma ley, el recurso de casación respecto a los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, pero no le otorga la facultad para ampliar el recurso, en orden a alegar y sustentar causales de casación que no fueron invocadas por la parte recurrente".

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre).

Vistos

La Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, en sentencia de dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, condenó a Julio César García, Arnoraldo Olarte y Alfonso Dusán a la pena principal de quince meses de presidio, como responsables de los delitos de asonada y robo.

Contra esta sentencia los citados procesados interpusieron recurso de casación, y ante la Corte el señor defensor presentó tres escritos tendientes a sustentar el recurso.

El recurrente invoca como causales de casación las de los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, no entra a examinar los motivos de casación expresados por el demandante por considerar que las alegaciones para sustentar el recurso no están debidamente fundamentadas, como lo exige la técnica de casación, limitándose —el recurrente— a hacer afirmaciones escuetas, sin análisis jurídico alguno .

Evidentemente, la demanda de casación presentada por el señor defensor no aparece formulada 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.

Repetidas veces ha dicho la Corte que cuando en casación se alega una causal el deber del recurrente no se reduce a enunciarla simplemente sino a demostrarla; es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones legales que se consideren violadas por el fallador de instancia.

"Si el recurso de casación —ha dicho la Corte— en último término constituye una crítica a la sentencia por haberse incurrido en 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 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 ordenados por la ley, como acontece en la demanda presentada por el defensor de los recurrentes, la Sala no puede tomar el lugar del demandante para 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 los procesados.

Las afirmaciones escuetas y sin respaldo jurídico alguno que el señor defensor hace en sus escritos tendientes a sustentar las causales de casación alegadas, apenas podrían aceptarse ante los juzgadores de instancia, y no en este recurso extraordinario de casación, en el cual —como ya se dijo— por lo exigente de tecnicismo que es, hay que plantear las tesis y sustentarlas razonablemente.

Estas solas consideraciones son suficientes para rechazar los cargos que el demandante formula contra la sentencia sometida a casación.

El señor Procurador Delegado al corrérsele traslado para la contestación de la demanda, no examina —como ya se dijo— los motivos presentados por el recurrente, por considerar que las alegaciones no se encuentran debidamente fundamentadas; pero en cambio, procede a formular la demanda, en desarrollo de "la facultad que le confiere el artículo 4º de la Ley 82 de 1948".

La Corte en asuntos similares al presente, al referirse al problema planteado por el señor Procurador Delegado en el sentido de que el Agente del Ministerio Público tiene facultad para ampliar la demanda de casación o presentar una nueva, al contestar el traslado de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 de 1948, ha llegado a la conclusión de que dicho funcionario no está autorizado por la ley para actuar en tal sentido.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"La Ley 82 de 1948, confiere al Procurador General de la Nación el derecho para interponer y sostener dentro de los términos señalados en la misma Ley, el recurso de casación, respecto a los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, pero no le otorga la facultad para ampliar el recurso, en orden a alegar y sustentar causales de casación que no fueron invocadas por la parte recurrente.

"El derecho de interponer un recurso se refiere al acto inicial de formalizar por medio de petición —ante la autoridad competente— alguno de los recursos legales que las leyes conceden para determinadas providencias emanadas de los funcionarios que administran justicia, y la sustentación del recurso, no significa otra cosa que el derecho para formular la respectiva demanda en la cual se alegan las causales que sirven de motivo para impugnar la sentencia.

"En otros términos, sólo la persona que interpone el recurso tiene facultad para sustentarlo formulando la respectiva demanda de casación. Esto es lo que se deduce de los términos expresos de la disposición comentada. De tal suerte que si el recurso no fuere interpuesto por el Procurador General de la Nación, este funcionario al contestar el traslado de la respectiva demanda, como parte no recurrente, no tiene facultad alguna para ampliar la demanda de casación. Cuando el Procurador es parte recurrente tiene amplias facultades; cuando no lo es, su intervención se limita a las normas del Código de Procedimiento Penal.

"Si el pensamiento del legislador hubiera sido el de facultar al Procurador General de la Nación para ampliar, desarrollar o suplir las irregularidades y vacíos que anotare en la demanda, expresamente lo hubiera consagrado la ley, como lo hizo, por ejemplo —en la Ley 118 de 1931 que en su artículo 6º consagra dicha facultad, cuando expresa que ante la Corte deberá alegarse y sostenerse la causal o causales que invoca el recurrente y cuando éste no cumple con esa obligación "la llenará el Procurador cuando encontrare fundamento para ello, así como también deberá este funcionario ampliar y desarrollar aún más la demanda de casación del recurrente". Pero como la facultad o derecho para ampliar y desarrollar la demanda del recurrente no la concedió el legislador al Procurador General de la Nación, es lógico que el Agente del Ministerio Público, en tratándose de recursos de casación previstos por la Ley 82 de 1948 no puede ampliar, ni llenar las deficiencias de la demanda invocando causales de casación que no fueron planteadas por el recurrente.

"No es aceptable la tesis de que el Procurador pueda ampliar la demanda por cuanto ello vendría en la práctica a confundirse o fusionar las calidades de parte recurrente y parte no recurrente en una sola persona. Es decir, ante la Corte y en estos procesos no habría ningún debate, desnaturalizándose así el contenido jurídico del recurso de casación, que fue precisamente una de las deficiencias de técnica que se anotó a la Ley 118 de 1931.

"Por otra parte, si la tramitación de estos procesos se halla sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, es indudable que si esos preceptos no están derogados deben cumplirse en su integridad. Ni la Ley 82 de 1948 ni el Código de Procedimiento Penal autorizan o dan facultad al Procurador para ampliar la demanda, o para interponer nuevas causales de casación cuando no es parte recurrente. No existiendo disposiciones legales —la Corte— por un criterio de interpretación benigna no puede suplir una deficiencia que el legislador omitió o deliberadamente no quiso consagrarla como norma legal.

"Cuando el sentido de la ley es claro no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.). Si la ley tiene un carácter imperativo porque su texto es claro y preciso que no da lugar a equívocos, su interpretación debe hacerse de conformidad con los términos en los cuales se halla concebida y no buscando otra distinta que su mismo texto la rechaza por ser contraria a lo que el legislador quiso establecer. El parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 es claro y terminante, y de su contenido no puede deducirse que la ley le hubiera conferido al Procurador derecho para ampliar la demanda, o para invocar nuevas causales de casación cuando no es parte recurrente.

"Lo que ocurre es que de conformidad con el artículo 40 de la Constitución Nacional, nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito con las limitaciones establecidas por la Ley 69 de 1945, cuyos preceptos desarrollan la norma constitucional. Y como en los procesos penales el artículo 2º de la citada ley sólo concede a los procesados el derecho de interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, y además, la de actuar en todas aquellas diligencias para las cuales no es necesaria la intervención del apoderado, el legislador de 1948, quiso dar amplio margen de defensa para aquellos procesados que por dificultades económicas no podrían constituir apoderado para sustentar el respectivo recurso, y para suplir esta dificultad y hacer más amplio el derecho de defensa de los procesados, para interponer y sustentar el recurso de casación respecto de los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares".

Lo anterior indica que no es el caso de entrar a analizar la demanda presentada por el señor Procurador. En consecuencia, por ningún aspecto prosperan las demandas de casación interpuestas contra la sentencia de la Jefatura del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares, de dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por lo expuesto, La Corte Suprema —Sala de Casación Penal— 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.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada, con salvamento de voto. **Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R.,** Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. AGUSTIN GOMEZ PRADA

Nuevamente y con temor de equivocarme expongo algunas razones que me hacen apartarme del anterior fallo.

Es el caso que la Ley 82 de 1948 autoriza al Procurador General de la Nación para intervenir en el recurso de casación concedido contra las sentencias dictadas por Consejos Verbales de Guerra, por delitos cometidos el 9 de abril del citado año, y cabe entonces preguntar en qué momento puede **presentar** su demanda.

Toda la dificultad consiste en que el parágrafo en que autoriza su intervención dice que el Procurador "podrá **interponer y sostener** dentro del mismo término "de sesenta días siguientes a la vigencia de la ley o de treinta de la notificación de la sentencia, el recurso de casación.

Sólo dos tesis pueden sostenerse al respecto: la primera, que el Procurador sólo puede presentar su demanda dentro del término indicado de sesenta días siguientes a la vigencia de la ley o dentro de los treinta de la notificación; y la segunda, que ese término es sólo para interponer el recurso, pero que el Procurador puede presentarla dentro del término del código de procedimiento —quince días después del auto de admisibilidad del recurso— o ampliar la demanda que el procesado presente al contestar el traslado en su calidad de agente del Ministerio Público.

La primera tesis tiene en su favor los términos literales del parágrafo, al expresar que el recurso intentado por el Procurador podrá "interponerse y sostenerse dentro del mismo término" de sesenta o treinta días, según el caso.

Pero esta tesis, fuera de las razones que militan en pro de la segunda y que la contradicen, tiene en su contra otras distintas, de las cuales sólo se enuncia la de que no hay que suponer que el legislador expida mandatos inútiles e innocuos. Y resulta inútil e innocuo decir que el señor Procurador puede intervenir en el proceso penal para interponer el recurso, cuando según el Código de Procedimiento, según el cual debe regirse la casación en general y este recurso en particular, el agente del Ministerio Público puede interponer el recurso en iguales condiciones al procesado o su defensor (artículo 558).

Pero los motivos que inducen a adoptar la segunda tesis, esto es, la de que el Procurador puede presentar su demanda de casación dentro del término que el código señala o al contestar el traslado como parte no recurrente (artículos 563 y 564), son los siguientes:

a) Primero es el de que los términos para interponer y sustentar el recurso son absolutamente distintos: el término para **interponer** el recurso de casación, según el código es el de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia (art. 556) y de sesenta o treinta días de la vigencia de la ley o de la notificación de la sentencia en este caso particular (artículo 4º); mientras que el de **sustentación** del recurso es el de quince días siguientes al de la notificación del auto de admisibilidad del recurso, según el artículo 563 del Código de Procedimiento, por el cual se rige la tramitación de la casación común como la consagrada en la Ley 82 de 1948 (artículo 5º de esta Ley 82 de 1948).

Si los términos fueran idénticos, el Procurador carecería del término de traslado para contestar o presentar la demanda, y tendría que interponer y sustentar o fundar la casación dentro del primer término, lo cual no puede admitirse.

De otro lado, es de sentido común que el Procurador hubiera tenido que dedicarse a la tarea de buscar dónde había fallos condenatorios por los sucesos del 9 de abril y estudiarlos todos dentro del término de sesenta días para ver si debía, obedeciendo al deseo del legislador, interponer el recurso concedido y presentar las demandas, lo que tampoco parece concebible.

b) Y el segundo es de haber consagrado la ley la intervención del Procurador para pedir pruebas cuando se crea necesario un mejor esclarecimiento de los hechos y haber consagrado como causales de casación, a pesar del veredicto del jurado o consejo de guerra verbal, la causal segunda, esto es, el ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos o haber habido error en la apreciación del cuerpo del delito.

¿Para qué solicita pruebas el Procurador? In-

dudablemente para que intervenga en la sustentación del recurso según ellas. No puede admitirse, en efecto, que el Agente del Ministerio Público, representante de la sociedad, solicite la práctica de probanzas conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos, si apenas le han de servir para fundar su concepto y no para solicitar la invalidación o la confirmación de una sentencia, según tales demostraciones, pues las causales hay que acreditarlas o fundarlas y no se pueden acreditar o fundar sino sobre las pruebas del proceso.

Ahora, habiendo consagrado este recurso especial el estudio de los hechos, vale decir, el análisis del cuerpo del delito y de la conformidad o contraevidencia del veredicto con dichas pruebas, es apenas lógico admitir que la intervención del Procurador en la solicitud y en la práctica de nuevas probanzas conduce a admitir también su intervención, no sólo en el término común que el código de procedimiento concede, sino también al estudiar el proceso para rendir su concepto como Agente del Ministerio Público.

Agustín Gómez Prada

Bogotá, veintiocho de agosto de mil novecientos cincuenta.

INTERPRETACION DEL VEREDICTO DEL JURADO.—EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

1—Como lo ha expresado la Corte, un veredicto puede ser interpretado, no sólo porque los miembros del jurado no tienen por qué emplear términos técnicos, acomodados a la nomenclatura legal, sino porque sus fallos se profieren en conciencia y no en derecho, por la íntima convicción de que en sus ánimos produzcan tanto la lectura del expediente como las alegaciones de las partes en la audiencia pública; y, además, porque el lenguaje no traduce con fidelidad el pensamiento, y menos en decisiones que han de expresarse en frases cortas y precisas por sujetos no especializados, decisiones que muchas veces encierran o deben contener elementos jurídicos, como sucede en los veredictos.

Sin embargo, dicha interpretación debe ser restringida, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad, suplantando en sus funciones a los jueces populares.

2—Según el texto del artículo 27 del Código Penal, en el exceso en la legítima defensa son indispensables los mismos elementos que en la defensa común para que sea legítima, con la única diferencia de que no hay proporcionalidad entre la violencia que amenaza y la reacción, esto es, de que no se guarda el 'moderamen inculpatae tutelae', de que hablan los clásicos. El exceso se refiere no a la situación objetiva de peligro, sino más bien a la elección de los medios, casi siempre determinada por el temor. La defensa no es legítima, por tanto, cuando falta alguno de los elementos que la constituyen; pero si uno de ellos concurre, pero en forma irregular o viciosa, surge entonces la figura del exceso en la legítima defensa.

Así, pues, la figura del exceso, como la naturaleza de las cosas lo indica, es accesoria de la defensa; y, además, y consecuencialmente, si la causal falla en alguno de sus elementos constitutivos, falla también la figura accesoria del exceso en el mismo elemento faltante.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

Vistos. El Fiscal 2º del Tribunal Superior de Medellín interpuso el recurso de casación contra la sentencia de 3 de agosto del año pasado, por medio de la cual condenó a Marco Aurelio Alvarez Alvarez (a. Penco), a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias legales, entre ellas, la de relegación a una colonia agrícola penal por cinco años, como responsable del delito de homicidio realizado en la persona de Antonio Alvarez Uribe (a. Mocho).

El Procurador, acogiendo las razones del Fiscal, presentó la demanda de casación e invoca como causales para fundamentarla la primera y la tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos. Los relata así la Procuraduría:

"'En la tarde del 23 de julio de 1944, en uno de los barrios de la ciudad de Medellín, Antonio Alvarez Uribe y Abelardo Alvarez, posiblemente debido al estado de embriaguez en que se hallaban, se empeñaron en singular combate, armados de instrumentos cortantes y punzantes, lucha en la cual tuvo superioridad Antonio sobre Abelardo, lo que obligó a varios amigos a coger al primero para que no siguiera golpeando al último, que se hallaba caído. En esas circunstancias se presentó Marco Aurelio Alvarez sobrino de Abelardo, y con la misma arma que éste usó en la pelea y que estaba en el suelo, acometió a Antonio Alvarez y le produjo una herida gravísima, penetrante del abdomen, la cual le causó la muerte pocos momentos después".

Actuación procesal, El Juzgado 4º Superior de Medellín enjuició a Alvarez, por homicidio, con la denominación de asesinato, por la alevosía e indefensión en que se hallaba la víctima y rechazó las tesis de que el delito se hubiera cometido en legítima defensa, pero ni siquiera en es-

tado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación (fls. 170 a 179 del c. 2º).

El Tribunal consideró que se trataba de un asesinato, pero con la modalidad de la provocación para el victimario (fls. 183 a 187).

El Jurado declaró que Marco Aurelio Alvarez había cometido el delito por exceso en la defensa de Abelardo Alvarez y negó las circunstancias de la provocación, de la indefensión de la víctima y de la alevosía del sindicado (f. 388).

El Juzgado condenó a Alvarez a tres años de presidio, pena que el Tribunal, aceptando el veredicto como exceso en legítima defensa, elevó a seis de presidio y cinco de relegación a colonia, por ser reincidente por segunda vez (fls. 261 ibídem).

Hechas estas anotaciones, importantes para la decisión del recurso, se analizan en seguida las causales invocadas por el Jefe del Ministerio Público.

Causal tercera: desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

"La calificación que hicieron los jueces de conciencia sobre los hechos materia del debate, configura un homicidio simplemente intencional, sin atenuación específica alguna que disminuya la penalidad contemplada por el artículo 362 del estatuto represivo. Y como el Tribunal, en la sentencia demandada, consideró que el veredicto es declaratorio de exceso en la legítima defensa, al hacerlo así, puso el fallo en desacuerdo con la respuesta del jurado, y violó el artículo 480 del Código de Procedimiento".

Tal es la síntesis del examen realizado por el Procurador, que extiende al veredicto para concluir, del análisis de lo que es la legítima defensa, la simple defensa y el exceso en aquélla, que el jurado declaró a Marco Antonio Alvarez como responsable de "un verdadero delito, puesto que negó contra lo pedido por el defensor, que la defensa fuese **legítima**, reconociendo, por otra parte 'el propósito de matar' consignado en el primer cuestionario", y, habiendo rechazado también, como rechazó, la circunstancia de la provocación.

El homicidio intencional definido por los jueces de conciencia es, pues, "el ordinario que prevé el artículo 362" y el aditamento sobre el exceso en la defensa "sólo puede computarse como circunstancia de menor peligrosidad (art. 38, numeral, 3º y 40 c. p.)".

Se considera:

Como fundamento del estudio del recurso ha de decirse una vez más, lo que tanto se ha repetido, de que la sentencia en los juicios en que el jurado interviene se ha de hacer de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos (art. 480 del c. de p. p.), porque tal es la misión que la ley le atribuye.

Pero, como también lo ha expresado la Corte, un veredicto puede interpretarse, no sólo porque los miembros del jurado no tienen por qué emplear términos técnicos, acomodados a la nomenclatura legal; sino porque sus fallos se profieren en conciencia y no en derecho, por la íntima convicción que en sus ánimos produzcan tanto la lectura del expediente como las alegaciones de las partes en la audiencia pública; y, además, porque el lenguaje no traduce con fidelidad el pensamiento, y menos en decisiones que han de expresarse en frases cortas y precisas por sujetos no especializados, decisiones que muchas veces encierran o deben contener elementos jurídicos, como sucede en los veredictos.

Sin embargo, dicha interpretación debe ser restringida, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad, suplantando en sus funciones a los jueces populares.

De esta suerte, el juez de derecho no puede hacer decir a éstos lo que ni expresa ni tácitamente contiene el veredicto, extendiendo o restringiendo el significado de sus términos; en una palabra, interpretándolo caprichosamente. Cómo ha de hacerse dicha interpretación, lo expresó la Corte, en casación de 25 de abril último, diciendo:

"La interpretación del veredicto debe hacerse sobre sus términos mismos, sobre las proposiciones o frases de que se compone el fallo del tribunal popular, y no sobre las pruebas del proceso.

"Pero como el veredicto es el resultado del debate público, es lógico acudir a las exposiciones que en él se hayan hecho, como fuente de interpretación, si el sentido de aquellas frases o proposiciones no aparece por sí sólo suficientemente claro. Si ni de los términos del veredicto, ni de las alegaciones de la audiencia, se traduce el sentido que los jueces de conciencia quisieron darle a sus respuestas, entonces habrá que acudir al auto de proceder, en su caso, o a las pruebas del proceso en último lugar".

Como ya se dijo, el jurado negó la ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, y negó también las circunstancias de asesinato contenidas en la indefensión y alevosía. Mas, para mejor comprender el sentido del ve-

redicto, parece conveniente recordar que se le preguntó al jurado si el sindicado era responsable de haber lesionado a la víctima "'con el propósito de matar", en las circunstancias de lugar, tiempo y modo indicadas. El jurado contestó:

"Sí, por exceso en la defensa del señor Abelardo Alvarez P.".

Tanto el Juzgado como el Tribunal entendieron que se trataba de un exceso en la legítima defensa, pero eso es precisamente lo que el Fiscal del Tribunal y la Procuraduría alegan como discordancia de la sentencia con el veredicto.

Desde luego que para que la defensa sea **legítima**, es necesario que se llenen las condiciones previstas en la ley, esto es, que haya una violencia actual e injusta, contra la vida, el honor y los bienes, y que la reacción sea proporcionada a la agresión (ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal).

Estas mismas condiciones son necesarias en la legítima defensa de otro, según el precepto citado y, según el texto del artículo 27 del estatuto penal, en el exceso en la legítima defensa son indispensables los mismos elementos que en la defensa común, para que sea legítima, con la única diferencia de que no hay proporcionalidad entre la violencia que amenaza y la reacción, esto es, no se guarda el **moderamen inculpatae tutelae**, de que hablan los clásicos. El exceso se refiere, no a la situación objetiva de peligro, sino más bien a la elección de los medios, casi siempre determinada por el temor. La defensa no es legítima, por tanto, cuando falta alguno de los elementos que la constituyen; pero si uno de ellos concurre, pero en forma irregular o viciosa, surge entonces la figura del exceso en la legítima defensa, como la Procuraduría comenta con acierto.

Así, pues, y siguiendo el pensamiento del Ministerio Público, la figura del exceso, como la naturaleza de las cosas lo indica, es accesoria de la defensa; y, además, y consecuencialmente, si la causal falla en alguno de sus elementos constitutivos, falla también la figura accesoria del exceso en el mismo elemento faltante.

En el caso que se estudia, puede admitirse con la simple o desprevenida lectura del veredicto el exceso en la legítima defensa, pues no es suficiente para rechazar la causal de justificación el hecho de que el jurado no hubiera empleado la palabra **"legítima"** al declarar la defensa, si tácitamente puede deducirse de la interpretación racional del veredicto, hecha en la forma expuesta al principio de este aparte. Porque no sucede en los casos de defensa como en los de provocación, pues al paso que aquélla se puede reconocer sin que se expresen los elementos constitutivos, la provocación, como circunstancia que excusa de la responsabilidad, no puede darse a entender sin que se manifiesten sus calidades esenciales de gravedad e injusticia, como repetidas veces lo ha dicho la Sala.

Pero viniendo al veredicto y a poca reflexión se cae en la cuenta de que se presta a vacilaciones su sentido, no sólo por el **"sí"**, declarativo de la responsabilidad con que se encabeza, sino por la negativa a reconocer la circunstancia de la provocación y, en fin, por no aparecer calificada la defensa con el adjetivo de legítima con que ordinariamente se especifica en el lenguaje: "legítima defensa", "exceso en la legítima defensa", como dicen comúnmente, no sólo los comentadores de derecho penal, sino el vulgo, del que se eligen los miembros de los jurados de conciencia.

Y resulta que al acudir a las fuentes de interpretación indicadas aparece lo contrario de lo que los fallos de instancia admitieron, o sea, que la defensa ejercitada por el acusado y, consecuencialmente el exceso en esa defensa, no fueron legítimos, vale decir, no se ejercitaron en las condiciones contempladas en la ley y no tienen, por tanto, el valor de una circunstancia de justificación de la responsabilidad.

El dato más fehaciente en el particular es la solicitud del defensor, hecha por escrito y por aparte a los miembros del jurado en la siguiente forma:

"Que neguéis los tres cuestionarios del señor Fiscal y en su lugar dictaminéis:

"No es responsable por haber obrado en **legítima** defensa del tío.

Subsidiariamente pido:

"Marco Aurelio Alvarez obró en exceso de **legítima** defensa de su tío" (f. 221 del c. 2º y subraya la Sala).

Entre lo pedido por el defensor y la respuesta del jurado —arguye la Procuraduría y lo admite la Corte— hay una discordancia fundamental, en lo atinente a la **legitimidad** de la defensa, solicitada por el primero y negada por los jueces populares. Y, como ya se dijo antes, no es lo mismo la simple defensa que la defensa legítima, porque la última requiere que se llenen los requisitos que la ley señala, mientras que en la simple defensa pueden faltar, ya la actualidad de la violencia, ya la injusticia de la misma, ora

también la gravedad del peligro al cual se corresponde con una reacción desproporcionada. Aquella discordancia existe, porque si los miembros del jurado no aceptaron la calificación de la defensa, o mejor, del exceso en ella, como legítima, a pesar de la expresa y escrita solicitud del defensor, tuvo que ser, atendiendo a la lógica, porque entendieron que no se llenaban las condiciones legales al efecto.

Ahora, acudiendo a los datos de la audiencia pública, tampoco resulta demostrada la tesis de la legitimidad de la defensa, sino la que sostiene la Procuraduría. En efecto, el Fiscal destacó la circunstancia de la enemistad del victimario con el occiso (f. 215); pidió al jurado que lo declarara responsable de asesinato, aunque perpetrado en estado de ira o de intenso dolor; "demostró cómo no surge de autos la legítima defensa, analizando los elementos esenciales de esa figura jurídica y comprobando cómo ellos no resultan de autos" (f. 215 del c. 2º). El defensor, en cambio, y previo un estudio a fondo sostuvo que el hecho se había realizado "en exceso de una **legítima defensa"**, puesto que el muerto era sujeto "temible, impulsivo y amante del licor", ante quien sentíanse inseguras las gentes de su barrio.

Si no fuera suficiente para aceptar la tesis de la Procuraduría lo expuesto por las partes en la audiencia, la lectura del auto de proceder de las instancias hace ver que, en vez de reconocerse una legítima defensa, siquiera por exceso, se llamó a juicio al procesado por asesinato, es más, el juzgado superior hizo un detenido análisis de las circunsancias que, en su sentir, hacían rechazar de lleno esta causal de justificación (f. 174 v. del c. 2º).

No hay necesidad, pues, de acudir a las pruebas del proceso para saber cuál es el sentido real y verdadero del veredicto, porque de las piezas citadas puede concluírse con certeza que el jurado no consignó la figura típica del exceso en la causal de justificación, al tenor del artículo 27 del Código Penal; y como también rechazó el estado de ira o intenso dolor, el hecho, tal como lo definieron los jueces populares, debe entenderse comprendido en la especie del homicidio común que prevé el artículo 362, y el aditamento sobre el exceso sólo puede computarse como circunstancia de menor peligrosidad, que es lo que alega la Procuraduría.

La causal invocada resulta, pues, procedente.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.

Dos motivos se alegan en la demanda: que se quebrantó el artículo 27 del Código Penal, pues se aplicó indebidamente a una situación que no fue la declarada en el veredicto del jurado; y que se quebrantó también el artículo 34 del mismo código, por haber considerado a Marco Aurelio Alvarez como reincidente por segunda vez, cuando del proceso sólo aparece demostrada una primera reincidencia.

El primero de los cargos, como lo explica el señor Procurador, se deduce de la causal tercera, puesto que, como ya se dijo, el veredicto no predica un exceso en la legítima defensa, sino un homicidio simplemente intencional. Aceptada, pues, esa causal de casación, es forzoso admitir su incidencia en la primera y por esta razón debe prosperar el motivo invocado.

En cuanto a la reincidencia dice el Tribunal que el procesado lo es por segunda vez, por haber sido condenado por robo a Germán Mejía, en noviembre de 1938, y, además, por heridas a Cesáreo Cuartas, en abril de 1939. En la última providencia —dice el Tribunal— "se le computó como reincidencia un delito cometido en 1932. De suerte que éste es el cuarto delito y constituye la segunda reincidencia para los efectos del artículo 34".

Sobre la condena por heridas en Cesáreo Cuartas anota la Procuraduría que no se sabe si el Tribunal consideró a Alvarez como reincidente, pues se le hizo una apreciable rebaja de la pena que hace pensar que no lo estimó como tal. Consideración que cobra fuerza si se tiene en cuenta que según el antiguo código, por el cual fue sancionado, no se tenía como reincidente al que recibía pena de arresto (art. 140 del c. p. de 1890), y esa fue la impuesta al heridor por el Tribunal.

En presencia de una duda tan fuerte y en tratándose de una calidad o condición que le apareja tan graves consecuencias al procesado, ha de resolverse en favor del reo, como lo solicita la Procuraduría y lo autoriza el artículo 204 del C. de P. P.

Esta duda surge por la sencilla razón de que de la providencia del Tribunal no se trajo copia completa, sino solamente de la parte resolutiva y del encabezamiento. Por eso la Corte ha sido severa al exigir las copias enteras de las sentencias condenatorias, tanto más cuanto que la ley contiene excepciones en el cómputo de las reincidencias (art. 35), que no pueden saberse sino con las citadas copias completas.

Por tanto y, como la Procuraduría lo alega, Al-

varez no puede ser considerado sino como reincidente por primera vez, lo cual surge de haber cometido la infracción porque hoy se le reprime dentro de los diez años siguientes a las condenas por las heridas en Cuartas y por el robo en bienes de Mejía.

La causal primera debe darse, en consecuencia, por probada.

Sobre la pena aplicable dice el señor Procurador:

"La disposición base es la del artículo 362 del Código Penal, conforme al veredicto del jurado, y que señala una medida represiva de ocho a catorce años de presidio.

"No se puede imponer el mínimo, porque la personalidad de Alvarez se revela como destacadamente peligrosa por el número de infracciones que ha cometido —judiciales y de policía que no constituyen reincidencia— y por su comportamiento antisocial en el uso continuo de bebidas embiagantes y en las múltiples pendencias que ha tenido con las autoridades, con los particulares y aún con sus progenitores, como lo atestiguan los documentos de los folios 118 v. a 140 y 152 a 154 del cuaderno segundo.

"Cree la Procuraduría que nueve años son adecuados al caso, los cuales deben aumentarse en una tercera parte, por la primera reincidencia. Total de pena aplicable: doce años de presidio, que fue la sanción justamente solicitada por el señor Fiscal recurrente en su vista de fondo del folio 233".

Comparte la Sala el criterio de su colaborador y procederá de conformidad con lo pedido, y eso teniendo en cuenta las de menor peligrosidad de la embriaguez no preordenada al delito y la que el jurado declaró (art. 38 del C. P. ords. 3º y 5º).

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 viene hablando, en cuanto por ella se condena a Marco Aurelio Alvarez Alvarez a la pena principal de seis años de presidio y a la accesoria de relegación a una colonia penal por cinco años, y en su lugar lo condena a la pena de doce años de presidio. En lo demás queda en firme el fallo, salvo que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar por un período igual al de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD, PREVARICATO Y USURPACION DE FUNCIONES

1. Según la interpretación de la Corte, el acto arbitrario e injusto debe estar condicionado a que cause daño a una persona o propiedad para que sea delictuoso, de conformidad con el texto del artículo 171 del Código Penal. Cuando no ocurre así, el hecho pierde aquel carácter y se convierte en indiferente para la ley.

2. Si las actividades de un funcionario consideradas como dolosas no tuvieron por causa la animadversión o el afecto hacia alguna de las partes en un litigio, y si su actuación no tuvo el sello de una rotunda arbitrariedad al margen totalmente de la ley, la tipicidad del cargo de prevaricato desaparece porque faltan dichos elementos.

3. Para que exista el delito de usurpación de funciones públicas es menester —como lo ha dicho la Corte— que el agente activo del delito se haga aparecer como funcionario público sin tener tal carácter. En efecto, el artículo 182 del Código Penal —ha dicho esta corporación— "sólo reprime a quien simula ser empleado, sin título alguno para ello, a quien se finge con facultades para el desempeño de funciones públicas careciendo de toda investidura que pudiera servir de base a tales funciones, a quien se hace pasar por funcionario no siéndolo" (Gaceta Judicial, tomo LII, pág. 671).

De conformidad, pues, con la reglamentación del Código en su capítulo 7º del título III, o sea delitos contra la administración pública, destinado a sancionar la usurpación de funciones públicas, no constituye infracción la extralimitación de dichas funciones o exceso en el ejercicio de ellas, como sí estaba previsto en el Código de 1890, artículo 565.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En las presentes diligencias informativas se ha investigado la responsabilidad penal en que haya podido incurrir el señor doctor Sergio Abadía Arango, en su carácter de Gobernador del Departamento del Chocó, en virtud de denuncio formulado por el señor Próspero Ferrer Ibáñez.

Clausurada la investigación y allegado el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, la Corte pasa a calificar el mérito del sumario, de conformidad con lo ordenado por el artículo 428 del Código Procesal Penal.

Hechos:

El señor César Valdés, mayor de edad y vecino de Istmina, instauró ante el Alcalde de aquella ciudad una acción posesoria contra la Compañía Chocó-Pacífico S. A., tendiente a obtener la protección para un terreno de su propiedad, cuyo goce pleno había sido perturbado con el trabajo de la draga número seis (6) de propiedad de la compañía.

La Alcaldía de Istmina, por medio de resolución de fecha 31 de agosto de 1948, ordenó la suspensión de los trabajos que la Compañía "Chocó-Pacífico, S. A." venía efectuando con la draga número seis (6) en jurisdicción del citado Municipio, en el subsuelo del terreno a que la demanda se refiere, bajo la caución o fianza prendaria de "CINCUENTA MIL PESOS M.|C. ($ 50-00) (sic), como garantía de que no permitirá que la draga de la compañía continúe laborando en la mina a que se ha hecho referencia".

Las siguientes consideraciones adujo el Alcalde de Istmina, para fundamentar su resolución:

"Con pruebas legales ha establecido el apoderado del señor César Valdés, la existencia de la Compañía minera Chocó-Pacífico, S. A., domiciliada en Andagoya, y ha acreditado quiénes son sus representantes y con las declaraciones de Severo Ibarguen, Tiberio Mosquera y Juan Esteban

Ibarguen, rendidas ante el señor Juez Municipal de este Distrito, ha comprobado hasta la saciedad que la Compañía Minera Chocó-Pacífico, por medio de una de sus dragas (la número seis (6)) está perturbando la pacífica posesión que su poderdante tiene sobre un terreno ubicado en jurisdicción de este Municipio cuyos linderos generales son: "Desde la boca del brazo "Opogodó", margen derecha de subida, que comienza desde la quebrada "La Legíada" hasta la quebrada "El Tigrecito", inclusive las acciones y anexidades de dicho terreno".

Como razones de derecho, el funcionario de Policía cita el artículo 114 del Código de Policía del Chocó, que textualmente dice:

"Probados por el interesado los hechos que acreditan la posesión tranquila y pacífica de una cosa, por el término de seis meses, y demostrada con pruebas legales la perturbación por parte de terceros, con expresión de los hechos en que consista, la Policía lo hará cesar inmediatamente y exigirá al perturbador una fianza para impedir la reincidencia, mientras el Poder Judicial resuelva lo que corresponda, si es el caso".

Inmovilizada la draga número seis (6) por orden del Alcalde de Istmina, los perjudicados con la medida elevaron su queja ante el Ministerio de Minas y Petróleos y a la Gobernación del Departamento del Chocó. El titular de este Despacho, doctor Sergio Abadía Arango, ante la situación creada, envió a Istmina al Visitador Fiscal del Departamento, doctor Senén Mosquera L., quien procedió a revisar los antecedentes de la resolución antes relacionada, y previa consulta con el Gobernador doctor Abadía Arango, dispuso y llevó a cabo la desfijación de sellos que impedían el movimiento a la draga número seis (6), actitud que provocó la crítica de la parte que representaba al demandante Valdés, que se creyó vulnerada en sus derechos con tal medida.

La intervención del Gobernador del Chocó, doctor Abadía Arango, por medio de su delegado, doctor Mosquera, cuyos resultados se han dejado relacionados, dio lugar al denuncio que encabeza las presentes diligencias, en el cual, además del cargo de abuso de autoridad hecho al ex-Gobernador Abadía, se le acusa también de prevaricato y usurpación de funciones públicas.

Pruebas:

La calidad de Gobernador del Departamento del Chocó del doctor Sergio Abadía Arango, en la época de los hechos a que se refiere la investigación, se encuentra plenamente establecida en autos, con las copias del Decreto de nombramiento y acta de posesión (folios 57 y 31 v.), complementada con la certificación sobre ejercicio pleno de las funciones como tal.

Para el estudio de los cargos formulados contra el Gobernador acusado, conviene precisar ciertos hechos acreditados en el sumario, que constituyen otras tantas premisas útiles para las conclusiones a que haya de llegarse al calificar el proceso.

Es evidente que la actitud del Alcalde de Istmina creó una situación no muy satisfactoria en relación con las actividades de la Compañía Chocó-Pacífico, por las implicaciones que podía tener aquella providencia en el desarrollo de las relaciones entre esa empresa minera y la administración pública, que debe estar dirigida siempre a procurar que se evite toda fricción entre el Gobierno mismo y esas empresas, así como entre éstas y los particulares, sirviendo aquél de medio para impedir todo acto perturbador o arbitrario entre las partes que representan encontradas posiciones.

Es también evidente que cumplido el acto de suspensión de la draga número seis (6), en virtud de la providencia del Alcalde de Istmina, se produjeron intervenciones por parte del Ministerio de Minas en orden a indagar la razón de aquel hecho y la manera de conjurar las implicaciones que pudiera tener en perjuicio de la Nación.

Así se explica por qué el Gobernador del Chocó recibió con fecha 2 de septiembre de 1948, el siguiente telegrama del Secretario General del Ministerio de Minas:

"Gobernador Quibdó. — Ministro Minas informa ha recibido queja de la Compañía Chocó-Pacífico relativa orden dada por Alcalde Istmina paralizar una draga hallábase trabajando Punto Parece intervención Alcalde sea arbitraria Punto En todo caso rogámosle informarse, intervenir oportunamente fin evitar posibles reclamaciones costas contra Nación por intervención Alcaldía que no estén fundadas en derecho y conveniencia Punto Favor informar. Servidor, **Ricardo Bonilla Gutiérrez**, Srio. Gral".

El mismo día del anterior telegrama, el señor Ministro de Minas y Petróleos se dirigió también en los siguientes términos textuales al Gobernador del Chocó:

"Ministerio tiene conocimiento de que en que-

rella instaurada ante Alcalde Istmina ésta condenó Chocó Pacífico a pagar más de once mil pesos por perjuicios con laboreo draga número seis Stop También Compañía informa Ministerio Alcalde negóse poner dictámenes en conocimiento negándole todo recurso suspendiendo ayer medio día mediante fuerza corriente eléctrica draga sellando suiches imposibilitando cualquier maniobra emergencia y retiro soldados que custodiábanla dejando draga en gravísimo peligro Stop. Además notificó Gerente hoy debe otorgar caución prendaria cincuenta mil pesos convertibles arrestó Stop. Como caso presente trátase explotación minas propiedad particular y Compañía dícese dueña de ellas y de terrenos ribereanos querella instaurada sería inadmisible pues trataríase controversia dominio suelo de competencia privativa autoridades judiciales Stop. Si tratárase controversia con verdadero dueño terreno no serían aplicables disposiciones capítulo octavo Decreto ochocientos cinco año pasado sino pertinentes artículo cuarto ley trece mil novecientos treinta y siete conforme a las cuales Compañía debería pagar suma en que háyanse estimado perjuicios pudiendo pedir revisión avalúo mediante procedimiento establecer (sic) capítulo trece y veinticinco código minas Stop Consiguientemente caución exigida y paralización draga son medidas que parece no podían tomarse por Alcalde en estos casos sin violar normas legales derechos particulares Stop Como suspensión draga acarrea gravísimos perjuicios todo orden ruégole intervenir inmediata y eficazmente estudiar situación creada en busca medidas garanticen reanudación trabajos draga y ampare ambas partes sus derechos Stop. Sírvase informarme Stop. Atentamente **Alonso Aragón Quintero,** Ministro de Minas y Petróleos". (fol. 37).

Por su parte, el Gobernador del Departamento del Chocó dirigió, con fecha primero de septiembre, el siguiente marconigrama al Alcalde de Istmina:

"Copacífico quéjase usted ordenó paro draga encuéntrase Corregimiento Opogodó, no comprendido dentro su jurisdicción. Tal virtud medida no atempérase disposiciones vigentes, sobre división administrativa ni armoniza con mandatos constitucionales sobre libertad industria. Sírvase informar. **Abadía Arango,** Gobernador" (fol. 37).

El Alcalde mencionado al contestar el anterior marconigrama informó al superior jerárquico sobre el particular dando más o menos idénticas razones a las que le sirvieron para la suspensión o inmovilización de la draga.

En estas circunstancias, el Gobernador acusado optó por enviar un investigador especial, el Visitador Fiscal del Departamento, y en ese sentido también se dirigió al Alcalde, por telegrama de fecha 2 de septiembre, anunciándole esa diligencia y ordenándole suspender la tramitación de asuntos de dicha Compañía. Al mismo tiempo se dirigió también al Corregidor de Opogodó, que dentro de la división administrativa existente en aquel tiempo en el Departamento, tenía la categoría de Municipio autónomo, para que le informara la jurisdicción en donde operaba la draga.

A este respecto recibió de aquel empleado un mensaje que se copiará más adelante en el cual le afirma que el Alcalde usurpó jurisdicción.

Como se ve de lo anterior, había dos puntos importantes para comprobar: la jurisdicción precisa en donde operaba la draga y las razones legales sobre las cuales reposaba la providencia dictada por el Alcalde de Istmina.

Sobre el primer punto existen en el proceso las siguientes constancias, en contestación de los anteriores mensajes dirigidos por el Gobernador del Departamento:

"Opogodó, septiembre 2 de 1948. Gobernador Quibdó. Número 159. — Permítome informarle acabo recorrer con personas conocedoras región sitio donde trabaja draga número 6, por tener conocimiento Alcalde Istmina ordenó pararla. Pudiendo constatar Alcalde usurpó jurisdicción por estar draga terreno perteneciente Corregimiento autónomo, perjudicando con paro participación corresponde Corregimiento con producción draga (punto) Ruégole intervenir. **Pedro Ibarguen,** Corregidor". (fol. 40).

Con fecha seis, el mismo funcionario ratificó la información anterior en el siguiente mensaje:

"Gobernador Quibdó. 160. Suyo número 101., fecha 4 presente. Draga número 6, sí encuéntrase mi jurisdicción conforme expliquéselo mi número 156, fechado 2. **Ibarguen,** Corregidor". (fol 40).

Ante estos hechos el Gobernador informó al Ministerio de Gobierno lo acaecido, en los siguientes términos:

"Mingobierno — Bogotá — Conflicto creado en querella Policía contra Copacífico complícase por cuanto draga número 6 encuéntrase territorio Opogodó, no hállase adscrito ningún Municipio, por ser de los antiguos Corregimientos autónomos intendenciales y no haberse aprobado aún Decreto sobre división político-administrativa De-

partamento. Consecuencia, ignórase qué Alcalde tiene jurisdicción conocer problema creado por trabajo draga número 6 en territorio comprendido Opogodó. Ruégole resolver este problema. Servidor, **Abadía Arango**, Gobernador". (fol. 40).

En cuanto al segundo punto, esto es el cumplimiento de las disposiciones legales que autorizaran al Alcalde de Istmina para tomar la determinación de suspender el laboreo de la draga, el funcionario acusado dirigió el siguiente marconigrama al aludido Alcalde:

"No hay que confundir propiedad territorial con propiedad minera. Dragas no ocúpanse laboreo tierras sino labores minas. Suelo es distinto subsuelo. Tal virtud, artículo 14, Código Policía es inaplicable cuando trátase perturbación por trabajos mineros, que es precisamente caso tiene aplicación artículo 4º Ley 13 de 1937. Corregidor Opogodó insiste sostener draga encuéntrase territorio su jurisdicción, por lo cual por este nuevo aspecto usted carece atribuciones conocer posesorio dame cuenta su radiograma refiérome. **Abadía Arango, Gobernador".** (fol. 39).

Como en la controversia también interviniera la Procuraduría General de la Nación, los siguientes mensajes fueron cruzados entre el señor Gobernador del Departamento y aquella entidad:

"Bogotá, septiembre 6. Gobernador Quibdó. Nº 3304 Próspero Ferrer otros hanse quejado usted procedió revocar orden Alcalde Istmina sobre paro draga explotaba tierras César Valdés propiedad dentro querella posesión citado Valdés contra Compañía minera Chocó-Pacífico sin que asunto hubiera subido en conocimiento ruégole informar lo realmente sucedido. Sdor., **Carlos Cancio Bernal**, Jefe Sección Vig. Adm." (fol. 41).

"Sección Vigilancia Administrativa, Procuraduría General. Bogotá. Refiérome su número 3304. Por órdenes impartidas Ministerio Gobierno, Minas, destaqué Visitador Fiscal resolviera situación creada por paro draga Copacífico, trabajaba Corregimiento Opogodó, fuera jurisdicción Alcalde Istmina. Medidas tomadas no han recaído sobre ninguna providencia Alcalde Istmina, por cuanto éste carecía jurisdicción ordenar paro draga encontrábase trabajando fuera su jurisdicción. Espero regreso comisionado Gobernador ampliar este informe. Servidor, **Abadía Arango**, Gobernador" (fol. 41).

Del informe del señor Senén Mosquera, Visitador Fiscal del Departamento, rendido al Gobernador, doctor Abadía Arango, se desprenden importantes datos que conviene tener muy en cuenta para mejor apreciar las distintas modalidades que presenta este proceso.

Dicho informe dice categóricamente que una vez llegado a Istmina se ocupó "en tomar informaciones por vías oficiales y extraoficiales de la forma en que se iban desarrollando los sucesos, llegando a la forzosa convicción de que en el negocio que traíamos entre manos había una gran confusión y un gran apasionamiento de ambas partes, entremezclados en el laberinto de juego de ambiciones propiciado por "interesados influyentes".

Describe en seguida cómo las distintas partes en controversia pugnaban porque procediese el Visitador en un sentido favorable a sus intereses: la Compañía minera instándolo para que rompiera inmediatamente los sellos que habían sido puestos en las palancas de comando de la draga, y el abogado de la parte contraria amenazando con el descontento general por cualquier proceder en favor de la Compañía por parte de las autoridades, insinuando así la hostilidad social contra la empresa minera.

Relata después las distintas incidencias que tuvo para procurar la intervención del Alcalde de Istmina, autor del procedimiento contra la Compañía Chocó-Pacífico, en el sentido de conseguir que este funcionario asistiera a las diligencias que eran indispensables para procurar una rápida decisión del conflicto existente.

Dice, además, que ante la actitud del Alcalde, que era de evasiva para asistir a la diligencia, aunque en un principio tuviera otro carácter debido a que por esos días había tenido duelo de familia por la muerte de uno de sus hijos, ante aquella situación recibió orden del Gobernador de restablecer la guarnición de soldados en la draga y "apoyándose mensajes Gobierno, Minas, provea sobre levantamiento paro draga sin (sic) quitar sellos, lo que debe hacerse con concurrencia Alcalde". Termina el Mensaje del Gobernador, así: "Si éste no puede concurrir (se refiere al Alcalde), por motivo dolor aflígelo, insinúele encargue Secretario Alcaldía tal efecto. Posteriormente ocúpese estudio querella para que rinda informe detallado, concienzudamente".

Agrega que no fue posible la concurrencia del Alcalde a pesar de la orden recibida, para lo cual se vio precisado a servirse del Secretario de la Alcaldía para concurrir al acto del levantamiento de los sellos, acto al que también, según consta en el acta respectiva, concurrieron ciudadanos intachables por su honorabilidad, designados por el

mismo Visitador como testigos de la diligencia.

Es conveniente aquí transcribir los apartes más importantes del acta levantada con motivo de esa diligencia.

"Consiste precisamente la misión del suscrito Visitador Fiscal en levantar estos sellos, por orden expresa del señor Gobernador, quien a su vez ha sido insinuado a ello por los Ministerios de Gobierno y Minas y Petróleos como la mejor forma de evitar perjuicios muy cuantiosos por reclamaciones futuras a la Nación o al Departamento de parte de los lesionados con esta medida demasiado drástica y en cierto modo improcedente.

"Con el ánimo de cumplir esa comisión y una vez situados dentro de la draga, cuerpo y materia de esta diligencia, el Visitador solicitó de los presentes la revisión de los sellos, a efecto de saber si se encontraban en el estado primitivo en que hubieran sido puestos o colocados. En efecto, uno a uno los señores Vicente Lozano —Secretario de la Alcaldía y que cooperó a la colocación de ellos y luégo los testigos señores Salas y Lozano Salazar de que ha hablado antes, examinaron en forma minuciosa tales sellos llegando a la conclusión de que habían sido respetados y por tanto se encontraban en la misma forma en que habían sido colocados por la Alcadía.

"En tal virtud, el suscrito expresó en alta voz estas palabras: "Yo Senén Mosquera L., Visitador Fiscal del Departamento, a nombre del señor Gobernador y por su orden, procedo a levantar los sellos colocados en esta draga número seis (6). Por consiguiente, la draga puede continuar trabajando". Y uniendo la acción a la palabra levantó los sellos, pero como al tocar el candado, donde estaban colocados se advierte que el señor Alcalde tenía en su poder las llaves del mismo, se autorizó a un mecánico presente para que abriera el candado con una sierra; así se hizo, y mediante el manejo libre de las palancas de mando de la draga empezó de nuevo a trabajar, quedando por tanto concluída la misión que había recibido el delegado del Gobierno. Eran las 12 menos 5 minutos de la mañana". (página 42).

Sobre el estudio de la querella propiamente dicha, que el Visitador rinde a su superior jerárquico, resulta de suma conveniencia reproducir los siguientes apartes:

"Del estudio detenido que pude hacer de la querella, vine al conocimiento de que en ella se han pretermitido en forma lastimosa las disposiciones legales que aconsejan el procedimiento en estos casos.

"El señor César Valdés pide avalúo de perjuicios por el dragado de un terreno que él dice ser de su propiedad; a su vez la compañía presenta también títulos que la acreditan como dueña del mismo terreno. Existe desde luego una colisión de derechos que corresponde al órgano judicial delimitar. Sin embargo, el Alcalde de entonces nombra peritos para avaluar los perjuicios del dragado; dos de esos peritos manifiestan que ha sido dragado el terreno del señor Valdés y calculan los perjuicios en $ 11.000.00 y pico de pesos; el otro perito —tercero en discordia— manifiesta ser absolutamente falso que se hayan recorrido los linderos del terreno, porque éste no pudo ser visto sino de a bordo de una lancha por el río Opogodó y por la orilla del San Juan y nunca se entró a él; se abstiene de dar dictamen sobre perjuicios porque mal podría sin haber conocido a conciencia el terreno saberse a ciencia cierta si ha sido dragado el mismo terreno que se litiga o es otro. —El Alcalde entonces— señor Barco se declara incompetente para conocer del asunto porque a su entender se trata de una cuestión de derechos sobre el suelo que debe ser esclarecida ante la justicia ordinaria; pero el señor Barco fue reemplazado en su empleo y el negocio fue removido por el nuevo funcionario quien nombró nuevos peritos y se practicó nuevo avalúo. También en este peritazgo fue tachable de oscuridad, porque dos de ellos, basándose posiblemente en las escrituras del señor Valdés declaran enfáticamente que el terreno dragado es el mismo de la escritura y que los perjuicios se avalúan en $ 11.000.00. A su vez el tercero, que en esta ocasión es el señor Antonio Asprilla, salta a dejar la constancia expresa en el expediente de que no es cierto que se haya recorrido el terreno reclamado, porque la falta de trochas apropiadas había impedido penetrar en él, y que el perito en vista de esa circunstancia había pedido al señor Alcalde hiciera practicar la trocha, lo que no se consiguió porque los prácticos que habían llevado manifestaron que era labor de todo el día y que sólo acabarían al anochecer, por lo cual el Alcalde dispuso que se vinieran por agua al sitio de la draga; declara además que fue imposible circunscribir el terreno a los linderos especificados, unos porque el monte cerrado no lo permitió y otros porque ya habían sido borrados por los trabajos del dragado, pero que en todo caso su concepto era el de que la draga se encontraba traba-

jando en terrenos pertenecientes al Corregimiento intendencial de Opogodó, lo que le constaba por haber recorrido muchas veces esas tierras en diversas ocasiones. También se niega a dictaminar sobre avalúo porque dice que no habiendo recorrido, como se hace constar en los otros dictámenes, ni por él ni por ninguno de sus compañeros el terreno que se dice perforado y de propiedad del señor César Valdés, mal podría avaluar con justicia los perjuicios. No obstante estas dos condiciones negativas, el Alcalde de entonces señor Arragia acató el dictamen de los dos peritos anteriores y sentenció a la Compañía al pago de perjuicios, los que fueron estimados en más de once mil pesos. Según entiendo y se me informó allá, la Compañía parece que apeló de esa sentencia del señor Alcalde y el expediente debe encontrarse al estudio del señor Gobernador, pues me tocó estudiar sobre copias de los documentos que constituyeron ese aspecto primero del negocio.

"Con base en este avalúo, que entre otras anomalías tiene la de no haber sido puesto previamente al estudio de la contraparte por el término legal para que lo impugnara o reclamara lo que creyera conveniente a sus intereses, el señor César Valdés apodera al doctor Próspero Ferrer para que entable querella de policía contra la Compañía minera Chocó-Pacífico; el abogado no solamente pide que se obligue a la Compañía al pago de los once mil pesos, sino que pide al Alcalde que pare inmediatamente la draga número 6 y proceda a poner sellos sobre ella para que no siga trabajando el terreno que según él pertenece a su poderdante, pero sobre el cual discute derechos la Compañía por tener también sus escrituras de propiedad, cuyas copias vi en el expediente.

"De allí se produjo la célebre resolución número 26 de 31 de agosto que paró la draga y exigió a la Compañía caución prendaria de $ 50.000.

"No me atrevo a calificar las actuaciones del señor Alcalde Rodríguez, pues él tiene sus superiores a quienes corresponde ese derecho; pero al menos me parecen precipitadas y peligrosas, por la forma en que se han desarrollado. A mi parecer se han aplicado disposiciones legales que no corresponden para ese procedimiento, y es mi opinión desde luego que mientras no se esclarezca suficientemente la propiedad del terreno trabajado, nadie tiene derecho a reclamar perjuicios por su laboreo. Esa es misión de la justicia y no de los resortes administrativos policivos. En todo caso, los procedimientos empleados por el señor Alcalde serán revisados por quien corresponda y ya se dirá cómo obró en consecuencia. Por lo pronto ya sabemos que el señor Ministro de Minas y Petróleos se expresó en contra de la sellada de la draga y le pidió a V. S. proveyera al levantamiento de los sellos. Esa fue la comisión que tuvo V. S. a bien confiarme y de la cual le estoy rindiendo informe".

Más adelante agrega:

"Una cosa hay bastante notable en esta diligencia y es que ella aparece firmada solamente por el Alcalde, un señor Baen y el Secretario de la Alcaldía; está ecrito a mano, todo el resto de la actuación lo fue en máquina; y preguntando yo al Secretario por qué esa diligencia aparecía en esa forma, me informó que esa diligencia había sido escrita por el doctor Agustín Rengifo, quien había concurrido a la diligencia en calidad de particular, cuando es también cierto que el señor Rengifo Porras ejerce actualmente las funciones de Juez Penal del Circuito de Istmina. Otra cosa notable: el acta dice que se colocaron varios sellos, cuando el suscrito solamente encontró uno sobre el candado de un swiche, el principal; tan cierto es esto que con sólo quitar ese sello y manejar las palancas de mando la draga empezó a andar. Preguntado por esto el Secretario, señor Lozano M. manifestó ser absolutamente falso que se hubieran puesto más sellos como falsamente se decía en el acta. Estas y muchas más irregularidades se observan en esas actuaciones que yo revisé.

"También me llamó profundamente la atención el hecho de que el memorial de petición para el paro de la draga se presentara el 30 de agosto, en ese mismo día se hiciera toda una actuación y el 31 siguiente estuviese decretado el paro y el 1º de septiembre sellada la draga número 6; esa prontitud es a lo menos sospechosa de parcialidad, cuando aquí en el Chocó como en el resto del país las actuaciones oficiales adolecen por lo general de lentitud, una lentitud que exaspera a las partes. Parece asimismo destacable el hecho de que el señor Alcalde se dejase influir por extraños, ya que no tiene otra explicación la concurrencia del señor doctor Agustín Rengifo Porras a la diligencia de la sellada de la draga y escribir de su puño y letra (que yo la conozco porque trabajamos juntos en la Alcaldía de Quibdó en el año de 1944) el acta o diligencia de colocación de esos sellos.

"Memoriales hay presentados por la Compañía

que no ostentan actuación alguna; sin embargo, en un auto recaído sobre otro memorial del abogado Ferrer en que pide que no se conceda lo pedido por el abogado de la Compañía, doctor Gutiérrez Gaviria, se le contesta al peticionario que "ya se negó de plano lo solicitado por la otra parte", cosa rara, porque yo no vi el acto en que se negase lo pedido por Gutiérrez.

"En suma, señor Gobernador, un montón de irregularidades es lo que se advierte al través de toda esa actuación; es del todo indispensable la presencia de un funcionario investigador, serio e imparcial que venga a Istmina a ver cómo se endereza la justicia que está allí muy torcida".

El ex-Gobernador del Chocó, doctor Abadía Arango, en la indagatoria a que fue sometido, acepta su intervención en el negocio de que se trata, y la explica así:

"Si no recuerdo mal, el treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, el abogado Próspero Ferrer Ibáñez, en representación de César Valdés, pidió al Alcalde de Istmina que declarara el paro de una draga de la Cía. minera Chocó-Pacífico, con apoyo de una disposición del C. de Policía del Chocó, que por los estudios que hice posteriormente, me formé el concepto de que no era pertinente. El Alcalde dictó una providencia al día siguiente treinta y uno de agosto del mismo año, en el sentido de paralizar el funcionamiento de la draga y de caucionar a la Compañía Chocó-Pacífico con una crecida suma que no recuerdo, dentro de un plazo perentorio de horas. Esa providencia la efectuó el mismo Alcalde el día primero de septiembre, y el dos del mismo mes recibí de los Ministros de Gobierno y de Minas marconigramas alarmantes en que se me pedía intervenir con rapidez y eficacia para evitar posibles reclamaciones costosas contra la Nación por las intervenciones del Alcalde. De paso anoto que la draga de que se trata, se encontraba trabajando en el corregimiento de Opogodó, que no pertenece al Municipio de Istmina o no se encuentra bajo su jurisdicción, según telegrama que recibí del Corregidor de Opogodó.

Ante la urgencia con que se me pedía por los Ministros que actuara, dicté un Decreto nombrando comisionado especial para estudiar las actuaciones del Alcalde al Visitador Fiscal señor Senén Mosquera L., quien llevaba instrucciones privadas para resolver lo que fuera legal. Recuerdo haber tenido una conferencia telegráfica con el Visitador y comisionado especial, quien me dio los informes que acabo de anotar y a quien le impartí instrucciones por telégrafo, de cuyos términos no me acuerdo precisamente y de lo que no hay constancia porque esas conferencias se celebraron al dictado".

Cerrada la investigación y corrido el traslado legal al señor Agente del Ministerio Público, este funcionario en concepto de fecha 10 de noviembre de 1949, pidió sobreseimiento temporal a favor del sindicado, para que reabierta la investigación, se agregara al informativo la actuación del Gobernador del Chocó, en segunda instancia, ya que aparece constancia (fl. 73) de que el fallo del Alcalde de Istmina fue apelado oportunamente por la parte demandada.

Para establecer este hecho se reabrió la investigación, lo que dio por resultado que sobre el particular, solamente se obtuviera una certificación del Alcalde de Istmina, en la que consta:

a) Que revisado el expediente de la demanda de Policía instaurada por César Valdés contra la Compañía Chocó-Pacífico, S. A., no hay constancia de que la Alcaldía hubiese concedido recurso alguno contra la Resolución número 26 de 31 de agosto de 1948 y que sólo consta que se interpuso reposición por el apoderado de la Compañía, que fue negada;

b) Que aunque subsidiariamente, al pedir reposición de la mencionada providencia, se interpuso el recurso de apelación, no hay constancia de que se hubiese concedido, como tampoco que se hubiese recurrido de hecho; y

c) No hay constancia de que el expediente haya sido enviado al Superior, ni de que éste lo hubiese reclamado por causa alguna.

Concepto del Procurador

Por segunda vez clausurada la investigación, el señor Procurador Delegado en lo Penal, en concepto que antecede, pide a la Corte un sobreseimiento definitivo a favor del ex-Gobernador del Chocó, doctor Sergio Abadía Arango, pues considera que la actuación del sindicado en el caso **sub judice**, no alcanza a configurar ninguno de los ilícitos de que se le acusa.

Se considera:

De las anteriores constancias procesales, se deducen estos hechos:

Primero.—Que la providencia del Alcalde de Istmina fue, por lo menos, precipitada;

Segundo. — Que posiblemente carecía de com-

petencia para dictarla, toda vez que la draga no operaba en territorio de su jurisdicción;

Tercero.—Que los fundamentos legales aducidos para la suspensión del trabajo de la draga, no resisten mayor análisis jurídico, porque las razones en que se basa la providencia que tal cosa decretó se hacen consistir en disposiciones que no rigen sobre la materia, de conformidad con conceptos autorizados del Ministerio de Minas;

Cuarto.—Que la orden emanada del Gobernador del Departamento del Chocó acusado en el proceso, con el fin de restituir la draga a sus trabajos, no recayó precisamente sobre providencia alguna de autoridad administrativa, desde luego que el hecho confuso de la jurisdicción con que actuara el Alcalde de Istmina, tenía que producir la intervención de una autoridad jerárquica superior que evitara perjuicios para las partes en conflicto, o en último caso se los evitara a la Nación, si se establecía la arbitrariedad del funcionario que decretó el paro abusivo de la draga; y por último,

Quinto. — Que los fundamentos legales de la providencia del Alcalde de Istmina son categóricamente controvertibles, lo que quita a su actuación la circunstancia de haber sido producida conforme a derecho, y por lo tanto incide sobre la presunta responsabilidad penal del funcionario acusado, precisamente por impedir la violación de legítimos intereses.

En efecto, tanto el Ministerio de Minas como el apoderado de la Compañía destacan que en estos particulares no cabe aplicar normas del Código de Policía por cuanto rige un estatuto legal para esos casos, como es el artículo 4º de la Ley 13 de 1937, cuyo texto dice:

"La prospectación, exploración y explotación de minas puede ejercerse en todo el territorio de la República con sujeción a las normas legales que regulan la materia. Mas, cuando hayan de verificarse en terrenos de propiedad particular cultivados o destinados a la cría o ceba de ganado en forma permanente, o en baldíos ocupados o cultivados por colonos, será necesario dar aviso al dueño de tales terrenos o cultivos, quien no podrá oponerse en ningún caso pero sí hacerse pagar del interesado los perjuicios que se le ocasionen".

Como se ha dicho antes, al señor Gobernador del Chocó le fueron formulados los cargos de abuso de autoridad, prevaricato y usurpación de funciones públicas. La Sala estudiará por separado cada uno de estos cargos con base en los elementos de juicio ya analizados.

Según la interpretación de esta Corte, el acto arbitrario e injusto debe estar condicionado a que cause daño a una persona o propiedad para que sea delictuoso, de conformidad con el texto del artículo 171 del Código Penal. Cuando no ocurre así, el hecho pierde aquel carácter y se convierte en indiferente para la ley.

En el presente caso, puede decirse que falta ese elemento condicional, pues las actividades del funcionario acusado no produjeron daño a nadie, desde luego que su intervención se limitó a impedir que una providencia precipitada pudiera constituir un gravamen indemnizatorio a la Nación por causa de los perjuicios derivados de un acto del funcionario público no ceñido rigurosamente a las normas legales verdaderamente aplicables al conflicto, aunque esa providencia pudiese basarse en aparentes reglas de un Código que por las peculiaridades de la controversia surgida no eran jurídicamente adecuadas para resolver la cuestión en disputa.

Siendo privativa una legislación especial para decidir los casos en litigio, cuando de esa materia se trata, es ésta la que debe prevalecer sobre otra legislación prevista para resolver conflictos de distinta naturaleza legal. La legislación de minas, y en el caso particular, el artículo 4º de la Ley 13 de 1937, debían ser de preferente aplicación y no el Código de Policía, que por su misma índole excluye facultades para solucionar problemas contrapuestos atribuídos a distinta jerarquía jurisdiccional, como lo explica el propio Gobernador acusado en la indagatoria por él rendida. En todo caso la intervención del Gobernador no desconoció ningún derecho legítimo de las partes en conflicto. Dejó a salvo esos derechos controvertidos a fin de que fueran resueltos por la autoridad que tenía competencia para hacerlo. Tanto es ello así que la parte presuntamente perjudicada se limitó a denunciar como delictuosa la conducta del funcionario y no hizo uso de ningún procedimiento legal para reclamar ante la jerarquía jurisdiccional competente la protección de sus derechos, si en realidad habían sido lesionados.

Falta, pues, en este caso uno de los elementos constitutivos del abuso de autoridad, cual es la existencia del acto arbitrario e injusto, y, por lo mismo, no puede considerarse como dolosa la actividad del funcionario denunciado, por lo que corresponde a tal cargo.

Tampoco se encuentran presentes en el proceso elementos probatorios que signifiquen que el Gobernador del Chocó incurriera en el delito de prevaricato. Por ninguna parte se advierte que las actividades de dicho funcionario consideradas como dolosas tuvieran por causa la animadversión o el afecto hacia alguna de las partes, y menos que su actuación tuviera el sello de una rotunda arbitrariedad al margen totalmente de la ley. Faltando dichos elementos, la tipicidad de tal cargo pierde todo su contenido jurídico y, por consiguiente, no puede prosperar.

En cuanto a la última de las imputaciones formuladas contra el mismo funcionario, cabe también decir que el tipo de la infracción de usurpación de funciones públicas, tampoco se configura porque sus elementos constitutivos no están previstos en el Código, ya que para ello es menester que se condicionen al hecho de que el empleado no tenga investidura alguna legal, y es evidente que, sí tenía tal investidura, como lo prueba su mismo nombramiento y posesión respectivos.

La Corte tiene dicho que para que exista el delito de usurpación de funciones públicas es menester que el agente activo del delito se haga aparecer como funcionario público no teniendo tal carácter. En efecto, el artículo 182, dice esta Corporación, "sólo reprime a quien simula ser empleado, sin título alguno para ello, a quien se finge con facultades para el desempeño de funciones públicas careciendo de toda investidura que pudiera servir de base a tales funciones, a quien se hace pasar por funcionario no siéndolo". GACETA JUDICIAL, Tomo LII, número 1980, páginas 671—672).

Como se ve, de conformidad con la reglamentación del Código en su Capítulo 7º, del Título III, o sea delitos contra la administración pública, destinado a sancionar la usurpación de funciones públicas, no constituye infracción la extralimitación de dichas funciones o exceso en el ejercicio de ellas, como sí estaba previsto en el Código de 1890, artículo 565.

Por las razones 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 señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE a favor del doctor Sergio Abadía Arango, ex-Gobernador del Departamento del Chocó, por los cargos que le fueron formulados en el presente informativo y por los cuales rindió declaración indagatoria.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez — Julio E. Argüello R., Secretario.

LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION ES IMPROCEDENTE EN LOS JUICIOS POR JURADO.—LA AGRAVANTE DEL NUMERAL 6º DEL ARTICULO 37 REQUIERE UNA MAYOR INSENSIBILIDAD MORAL

El artículo 37 del estatuto represivo consagra en su numeral 6º, como elemento genérico de peligrosidad, para efectos de aumentar la sanción, "el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente".

"La agravante requiere — dice el señor Procurador Delegado en lo Penal— no una simple insensibilidad, sino 'una mayor insensibilidad moral', porque la falla del sentido moral es necesaria, en todo caso, para que el hombre se convierta en delincuente. Sólo cuando esa moralidad media está ausente o atrofiada y se relaciona con el delito, ya dificultando la defensa de la víctima, o ya mostrando en el agresor un alma dura e insensible, antes del hecho, durante él o después de consumado, puede tenerse ese factor como índice de peligrosidad para aumentar el mínimo de la sanción.

"La insensibilidad moral no es un fugaz episodio en la dinámica antisocial del delincuente, sino que constituye todo un atributo característico y permanente de su individualidad, a tal punto que esa persistencia en la falta o atrofia del sentido moral, sirvió a Ferri para clasificarlo en la casilla de los natos instintivos, que es la más grave y temible. Y lo es, en vista de que tales sujetos carecen de la menor repugnancia — ética y física — ante la idea y la acción delictuosas, que los lleva a ser nocivos con extraordinaria facilidad, aun tratándose de infracciones de excepcional gravedad".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de veintidós de agosto del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó el fallo proferido por el Juzgado 5º Superior del mismo Distrito, que condena a los hermanos Antonio José y Carlos Arturo Arias Arango a la pena principal de seis años de presidio para cada uno, como responsables de un delito de homicidio en riña imprevista.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor defensor de los procesados, doctor José J. Ossa, quien oportunamente presentó la demanda, que fundamenta en las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

Da cuenta el proceso que en las horas de la noche del 21 de octubre de 1945, Antonio José Arbeláez tuvo un conato de riña con Manuel Salvador Arias Arango y José María Ramírez, en el sitio denominado "Río Abajo", de la jurisdicción municipal de Marinilla, de cuya molestia resultó Arbeláez lesionado en el pabellón de la oreja izquierda. El herido se dirigió a la cabecera del municipio en busca de curación y a poner en conocimiento de las autoridades lo ocurrido, en compañía de su hermano Francisco Luis. Al amanecer del día siguiente —22 de octubre— regresaban los hermanos Arbeláez a su casa de campo acompañados de Liborio Llano y Próspero Ramírez, demorándose en las cantinas tomando licor, dando lugar a que los agentes de policía Pedro Luis Orozco y Luis Angel Giraldo, despachados por el Alcalde a la captura de Arias y Ramírez, se les adelantaran, regresando con éstos en calidad de detenidos, momento en el cual los Arbeláez pretendieron por las vías de hecho vengar la ofensa de la noche anterior, intento que fue frustrado por los agentes de policía. Pero más adelante, en el sitio de la quebrada denomi-

nada "De los Arias" y cuando los Arbeláez—José Antonio y Francisco Luis—se disponían a tomar sus cabalgaduras, aparecieron por el camino opuesto los hermanos Carlos Arturo, Antonio José y Luis Eduardo Arias, quienes, con arma cortopunzante de peso (machete o peinilla) iniciaron con los Arbeláez una riña así: Luis Eduardo o Luis Enrique Arias contra Antonio José Arbeláez, y Carlos Arturo Arias contra Luis Francisco Arbeláez. Este llevó la peor parte, ya que, por razón del ataque de los dos hermanos Arias—Antonio José y Carlos Arturo— recibió las graves lesiones que le ocasionaron la muerte pocos momentos después de recibirlas.

El Juzgado 5º Superior de Medellín, en providencia de 13 de mayo de 1947, llamó a juicio a los procesados Antonio José y Carlos Arturo Arias Arango, como coautores de un homicidio simplemente intencional, sin características especiales que lo agravaran o atenuaran, providencia que mereció la confirmación por parte del Tribunal de instancia.

Adelantada la causa con los trámites que corresponden al juicio por jurados, se formularon a éstos dos cuestionarios correspondientes a cada uno de los procesados.

En relación al procesado Carlos Arturo Arias se interrogó así al Jurado:

"¿El acusado Carlos Arturo Arias es responsable de haber lesionado, con el propósito de matar y con arma corto-punzante (peinilla), en concurso de acción y voluntad de su hermano Antonio José Arias Arango, a Luis o Francisco Luis Arbeláez, a consecuencia de lo cual falleció éste instantes después. Los hechos ocurrieron en el paraje "Río Abajo", de la jurisdicción del Distrito de Marinilla, en las horas de la mañana del veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco?"

En igual forma, con el natural cambio de nombres, se interrogó al Jurado con respecto al procesado Antonio José Arias Arango.

"Sí, en riña imprevista", fue la respuesta del Jurado a los dos cuestionarios propuestos.

Teniendo como base el veredicto del Jurado, el Juzgado 5º Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a los hermanos Antonio José y Carlos Arturo Arias Arango a la pena principal de seis años de presidio para cada uno, por el delito de homicidio en la persona de Luis Francisco Arbeláez Arbeláez.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del mismo Distrito.

Demanda

Invoca el recurrente las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador Delegado al contestar la demanda sólo se refiere a la causal 1ª de casación alegada, pues la 2ª es inoperante en los juicios en que interviene el Jurado, según la reiterada jurisprudencia de la Corte.

Evidentemente, son múltiples las doctrinas de esta Sala de la Corte consistentes en que en los juicios que se ventilan con intervención del Jurado, la causal 2ª 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 Superior.

"La causal 2ª 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 lo ha consagrado como causal de casación".

Basta lo anterior para que la causal 2ª de casación alegada se deseche.

CAUSAL 1ª — **Ser la sentencia violatoria de la ley penal sustantiva, por indebida aplicación de la misma.**

El cargo lo concreta el demandante así:

"Precisamente, señores Magistrados, la ejecución del delito "en riña imprevista" hace incompatible cualquier otra circunstancia que pudiera tenerse como una de las de mayor peligrosidad.

"La riña es una pelea, un combate entre dos o más personas que entran en ella o en él por mutuo consentimiento o por provocaciones que dan lugar a los estados de ira e intenso dolor o finalmente por un accidente fortuito que da lugar a la imprevisión.

"No puede tomarse cuenta de mayor insensibilidad moral en el homicida que mata 'en riña

imprevista', porque eso equivale a decir que no hubo la riña, que no hubo el combate singular, que no modifica la responsabilidad, esa situación de hecho.

"Por consiguiente, es indebida la aplicación del artículo 39 del C. Penal al imponer un aumento entre el mínimo y el máximo que autoriza, pero en los casos de concurrencia de varias circunstancias de mayor peligrosidad o de una sola, de ninguna manera, cuando el hecho se ha cometido en riña imprevista".

Persigue el recurrente que se suprima la circunstancia de mayor peligrosidad imputada por el Tribunal, consistente en la insensibilidad moral de los procesados en la ejecución del delito, y que se adopte la pena en su mínimo término.

Se considera:

De acuerdo con el pliego de cargos, se interrogó al Tribunal popular sobre la responsabilidad de los procesados en un homicidio simplemente intencional, sin circunstancias que lo atenuaran o lo agravaran. El Jurado consideró en su veredicto que los acusados eran responsables del homicidio "en riña imprevista".

Tanto el Juez de la causa como el Tribunal aceptaron en su integridad el veredicto, por considerar que no era contrario a la realidad de los hechos, y con base en él dictaron las sentencias de primera y segunda instancia, respectivamente.

El Tribunal al individualizar la sanción, se expresó así:

"En el auto de proceder se formuló a los acusados el cargo de homicidio voluntario. El Jurado en su veredicto, como se dijo, lo modificó con el atenuante de producido en riña imprevista, que trasladado a la infracción penal corresponde a las sanciones determinadas en los artículos 362 y 384 del Código Penal. El señor Juez de la primera instancia tuvo a bien, consultando aquellas disposiciones y dentro de su arbitrio legal individualizar la sanción privativa de la libertad en seis años de presidio para cada uno y en atención a que, según su opinión, la personalidad de los agentes revelaba "una mayor insensibilidad moral" constitutiva de mayor peligrosidad, de acuerdo con el numeral 6º del artículo 37 del mismo Código de las penas. Por su parte, el señor Fiscal Segundo del Tribunal en su vista de fondo de fs. 277 y ss., no encuentra aceptable el aumento basado en esa circunstancia porque "en tales condiciones no es justo computar una circunstancia de mayor peligrosidad que no aparece comprobada en autos, máxime si lo que la ley tiene en cuenta para atenuar la pena es precisamente que la riña imprevista es el fruto de un temperamento irritable, que se exalta en forma imprevista.

"Como a la Sala corresponde decidir el impasse, al argumento del señor Fiscal se le observa: Sin desmentir su aseveración por ser exacta de que la exaltación del momento sea el factor favorable que la ley establece para castigar el delito, tampoco se puede hacer abstracción de las circunstancias especiales en que los hechos se desarrollan. Gráficamente el testigo Juan María Llano las expresa así en este proceso: "....Porque los Arias inmediatamente se le aventaron a Luis Arbeláez, es decir, que vi a Carlos Arias que estaba de camisa como verde que le estaba tirando a Luis con la punta de su peinilla y vi que los tiros o los peinillazos de punta fueron cinco y vi igualmente que Carlos Arias le tiró un puntazo a Luis en la parte alta del pecho y cuando Luis iba para el suelo, otro de los Arias le tiró a Luis un puntazo con la peinilla en un lado de la parte baja sin duda le apuntó a la cadera, y éste último fue el señor Antonio Arias... (Fs. 9 vto.); y a fs. 133 insiste: "....y estando Carlos Arturo Arias tirándole al difunto Luis vi que Antonio José Arias lo chuzaba al difunto Luis con la peinilla como por la cadera..." "Si a lo anterior se agrega que el occiso, según los mismos deponentes, no alcanzó siquiera a utilizar sus armas defensivas, es lógica la conclusión de que los procesados acusan una mayor insensibilidad moral determinada por la superioridad y deslealtad usada con la víctima. En tales condiciones, el justo medio empleado por el señor Juez **a quo** en su arbitrio legal, aumentando un año la pena sobre el mínimo, para de allí tomar una tercera parte como rebaja en cumplimiento del artículo 384 consultan la equidad y la justicia".

Es oportuno anotar que el occiso, según la autopsia, recibió tres heridas producidas con arma corto-punzante:

Una al nivel del primer espacio intercostal derecho; interesó la piel, el tejido celular subcutáneo, los músculos pectorales y trozó la segunda costilla, rompió la pleura, el lóbulo superior del pulmón derecho; rasgó la arteria pulmonar y penetró en la aurícula derecha del corazón. Esta herida, esencialmente mortal por su naturaleza, fue la única causa determinante de la muerte de Luis Francisco Arbeláez.

Otra herida en la región glútea derecha; interesó la piel, los músculos glúteos y llegó hasta el

hueso; esta lesión le hubiera producido una incapacidad mayor de ocho días y menor de quince, sin más consecuencias.

Por último, otra herida en el labio inferior, que interesó la piel y el tejido celular, y que hubiera causado una incapacidad de dos días, sin otras consecuencias.

Ahora bien: el artículo 37, numeral 6º, del estatuto represivo consagra como elemento genérico de peligrosidad, para efectos de aumentar la sanción, "el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente".

"La agravante requiere —dice el señor Procurador Delegado en lo Penal— no una simple insensibilidad, sino "una mayor insensibilidad moral", porque la falla del sentido moral es necesaria, en todo caso, para que el hombre se convierta en delincuente. Sólo cuando esa moralidad media está ausente o atrofiada y se relaciona con el delito, ya dificultando la defensa de la víctima, o ya mostrando en el agresor una alma dura e insensible, antes del hecho, durante él o después de consumado, puede tenerse ese factor como índice de pelligrosidad para aumentar el mínimo de la sanción.

"La insensibilidad moral no es un fugaz episodio en la dinámica antisocial del delincuente, sino que constituye todo un atributo característico y permanente de su individualidad, a tal punto que esa persistencia en la falta o atrofia del sentido moral, sirvió a Ferri para clasificarlo en la casilla de los natos o instintivos, que es la más grave y temible. Y lo es, en vista de que tales sujetos carecen de la menor repugnancia —ética y física— ante la idea y la acción delictuosas, que los lleva a ser nocivos con extraordinaria facilidad, aún tratándose de infracciones de excepcional gravedad.

"Ferri descubrió en los delincuentes instintivos numerosos síntomas (sesenta), que hablan elocuentemente de la fría insensibilidad de tales hombres, ya en el orden sentimental o afectivo, y ya en la zona de su propia arquitectura orgánica, tales como la indiferencia ante las víctimas y sus sufrimientos, la tranquila ferocidad en la ejecución de homicidios, la voluptuosidad de la sangre, el sueño normal y sereno después de cometido el hecho, la futilidad o bajeza de los motivos determinantes, la analgesia física, el suicidio, etc., etc.

"En el presente caso, no se descubre ese cuadro, más psicológico que jurídico, del delincuente instintivo. Se trata sencillamente de dos procesados de muy buenos antecedentes y trabajadores, en quienes actúa la moralidad media o común".

Además, como lo anota la Procuraduría, la manera como se realizó el homicidio y los términos claros del Jurado en su veredicto, descartan cabalmente esa mayor insensibilidad moral. Pues, si el delito lo consumaron los reos en el curso de una "riña imprevista", hay que admitir que su espíritu estaba enardecido, hondamente perturbado, y en esas anímicas condiciones psíquicas, no es posible exigir del delincuente ánimo frío, ausencia de sentimiento ante el dolor de la víctima, razón calculadora en la táctica de ataque y de defensa, complacencia en la refriega, serena impasibilidad en el desarrollo del singular combate y en una palabra, dureza de corazón en la extinción del adversario.

De consiguiente, cólera y temor de una parte, e insensibilidad moral y complacencia sádica de la otra, son entre sí estados contradictorios.

"La razón filosófica—ha dicho la Corte—o más propiamente jurídica de la atenuación en casos como el de la riña imprevista, que convierten el hecho de un delito especial, de responsabilidad atenuada, reside en el aspecto subjetivo intencional del delito, puesto que al calor de la violencia combativa, el sujeto o los sujetos trabados en la pelea, hacen expresión de un temperamento irritable que si no justifica su actitud, por lo menos la explica como un **animus nocendi** sin previsión exacta de las consecuencias, por lo repentino e imprevisto del combate, que revelan en el que ataca o se defiende menor peligrosidad que en aquellos casos en que el dolo representa una elaboración intelectual más detenida y lenta y tiene un contenido preciso y directo en relación con el resultado". (Fallo de 28 de marzo de 1947).

Y en cuanto al testimonio de Juan María Llano, en que el Tribunal funda la circunstancia de mayor peligrosidad que le imputa a los procesados no es plena prueba para demostrarla, por ser único, y porque las actividades de los procesados que allí se describen apenas constituyen las acciones propias de la responsabilidad de ellos y de su participación en el hecho, que fue reprimida considerándolos como autores principales del homicidio.

Dice el Tribunal en su sentencia que la víctima "no alcanzó siquiera a utilizar sus armas de-

fensivas", cuestión que no aparece comprobada en autos, y que en todo caso quedó plenamente descartada con el veredicto del Jurado, ya que al decir éste que el homicidio se consumó dentro de una riña imprevista, es lógico suponer y así hay que admitirlo, que hubo golpes de parte y parte, o sea, un combate singular que es lo que jurídicamente estructura la riña. Además, está acreditado en el proceso que los hermanos Arbeláez —Antonio José y Luis Francisco— portaban sendas peinillas o machetes y que el occiso estaba provisto también de un palo, que es natural suponer esgrimieron en el curso del combate o pelea.

"En resumen —dice la Procuraduría—: dadas las modalidades del hecho punible frente al veredicto de los jueces de conciencia —que es ya inatacable en casación y que los juzgadores lo aceptaron plenamente—, no puede admitirse como agravante accesoria del delito la mayor insensibilidad moral determinada por la superioridad y deslealtad usada con la víctima", como lo resolvió el Tribunal. No por la superioridad de atacantes, puesto que la ley penal sólo la toma en cuenta, para aumentar la sanción, cuando traduce complicidad previamente concertada (artículo 37, numeral 9º), y ésta no lo fue por haber sido realizado el homicidio en "riña imprevista". Y no por la deslealtad, porque ella no equivale siempre a insensibilidad moral, y mucho menos cuando se trata del fragor de una lucha, en que la ira, el temor y la angustia del momento impelen ardorosamente el brazo del homicida y no le dejan sosiego para calcular los golpes y medir la situación ventajosa o desventajosa que la víctima asuma en cada una de sus actitudes frente al adversario.

"Y como tampoco aparecen probadas otras circunstancias de mayor peligrosidad, ni elemento alguno de los que prevé el artículo 36 del Código Penal, síguese que la sanción debe individualizarse en su mínimo, como lo pide el demandante".

Por los anteriores motivos, la causal 1ª alegada prospera.

Como por mandato del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal le corresponde a la Sala invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, es preciso tener en cuenta que, descartada la agravación que el Tribunal impuso por concepto del numeral 6º del artículo 37 del Código Penal (circunstancia de mayor peligrosidad), la sanción base que merecen los procesados es la mínima del artículo 362, o sea, ocho años de presidio, que deben reducirse a la mitad, conforme al artículo 384, por tratarse de homicidio en riña imprevista. Total, cuatro años de presidio para cada uno.

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, INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando en cuanto por ella se condena a Antonio José y Carlos Arturo Arias Arango a la pena principal de seis años de presidio para cada uno, por el delito de homicidio en la persona de Luis Francisco Arbeláez porque fueron llamados a juicio, y en su lugar, los condena a cuatro años de la misma pena para cada uno.

En lo demás queda en firme el fallo, pero la accesoria de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar el mismo tiempo de cuatro años.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Luis Gutiérrez Jiménez. Jorge Gutiérrez Gómez (Conjuez)—**Julio E. Argüello R.**, Secretario.

DELITOS DE PREVARICATO Y DE ABUSO DE AUTORIDAD (INTERVENCION EN POLITICA)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por auto fechado el veintitrés de noviembre del año pasado, sobree definitivamente a favor del doctor José Antonio Jiménez, Juez 2º Penal del Circuito de Chiquinquirá, por el delito de prevaricato, y consulta esta determinación.

Hechos

Aparece del proceso, que el señor Salomón Rodríguez, mayor de edad y vecino del municipio de Pauna, Inspector de Policía de esta población, el día veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, fue lesionado por un grupo de sujetos, entre quienes se encontraba Gabino Orjuela. El alcalde de Pauna, practicó la correspondiente investigación, que luégo remitió al Juez 2º del Circuito Penal de Chiquinquirá, a pedido de éste. Con fecha diez de octubre del año citado, fue capturado Gabino Orjuela, y remitido con una escolta, al Juez que conocía del proceso. El trece del mismo mes, el Juzgado del Circuito en mención dictó la siguiente providencia.

"Examinadas las diligencias respectivas, se observa que no existe mérito legal alguno para poder decretar la detención de Gabino Orjuela. Y como el personal de la secretaría se encuentra con exceso de trabajo en negocios de presos, el Juzgado resuelve aplazar la indagatoria del citado Orjuela, quien debe quedar en libertad, haciéndole saber que debe presentarse en este despacho inmediatamente que sea pedido para llevar a cabo dicha diligencia".

Esta providencia del Juez 2º Penal del Circuito de Chiquinquirá, dio lugar a la denuncia criminal de Salomón Rodríguez, quien después de hacer una larga narración de los hechos cometidos por Orjuela, hace las siguientes afirmaciones contra el Juez que lo puso en libertad:

"...Dicho funcionario puso en libertad a mi agresor Gabino Orjuela inmediatamente, probablemente porque es uno de los perros de presa que existen en esa comarca para asesinar a toda persona que sea contraria a su filiación política, y por ser copartidario del señor Juez 2º, quien se ha distinguido por su parcialidad política, violando preceptos constitucionales, leyes y decretos que prohiben a la rama jurisdiccional intervenir en política".

Concepto del Procurador

Este funcionario, después de relatar los hechos que originaron el proceso, afirma lo siguiente:

"Así las cosas, precisa concluir que las razones alegadas por el Juez doctor Jiménez en el aparte transcrito de su indagatoria, están en perfecta armonía con la realidad procesal contenida en el sumario que le correspondió adelantar contra Gabino Orjuela. Por lo tanto la imputabilidad de prevaricato contra dicho funcionario se cae por su base, toda vez que obró dentro de la legalidad más estricta. De consiguiente, mal pudo éste ponerse en connivencia con el procesado, para otorgarle, por mera simpatía, un beneficio que la misma ley le ordenaba conceder.

"En cuanto al cargo contra el doctor Jiménez que consiste en haber intervenido en la política militante, puede examinarse bien como una figura delictual distinta de la anterior (abuso de autoridad), o bien como demostración de uno de los elementos del prevaricato. Lo cierto es que el hecho no tiene la menor comprobación, ni el denunciante se preocupó por suministrar las pruebas del caso".

Concluye dicho funcionario, solicitando la confirmación del auto de sobreseimiento definitivo consultado, por estar ajustado a lo prescrito por el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Al expediente se trajeron copias de las actas de nombramiento y posesión del doctor José Anto-

nio Jiménez para el cargo de Juez 2º del Circuito en lo Penal de Chiquinquirá y certificación de que en la fecha a que se refiere la denuncia se encontraba en ejercicio de las funciones de su cargo.

La diligencia de inspección ocular practicada sobre el sumario adelantado contra Gabino Orjuela y otros por el delito de lesiones personales, estableció los siguientes hechos:

a) Que contra Gabino Orjuela y otros se adelantaba un sumario por el delito de lesiones personales y que hasta el trece de octubre del año de mil novecientos cuarenta y ocho, no se había dictado auto de detención preventiva contra ese procesado.

b) Que los motivos que tuvo el Juez 2º Penal del Circuito de Chiquinquirá, para ordenar la libertad incondicional del sindicado Orjuela, fueron de orden legal, por no existir hasta entonces la comprobación de la objetividad del hecho ni la prueba de la imputabilidad exigida por la ley procedimental para dictar auto de detención preventiva.

Indagado el Juez del Circuito a quien se procesa en estas diligencias, contesta los cargos que se le hacen, así:

"...La persona que puso en libertad, en forma incondicional, al expresado señor Gabino Orjuela, fue el suscrito Juez debido a que los hechos imputados a Orjuela no habían sido hasta la presente fecha comprobados, de una parte, y de la otra, que no existe en el informativo, ningún reconocimiento médico-legal, practicado en las personas que aparecen como denunciantes y que se dicen ser víctimas de un ataque a mano armada por parte del sindicado Gabino Orjuela. Esta determinación la adoptó el suscrito Juez, para no incurrir en el delito de detención arbitraria al detener a un ciudadano sin la prueba que la ley exige para estos casos..."

Las comprobaciones que se dejan relacionadas, que son todas las que contiene la investigación, no dan base probatoria alguna para sostener que el sindicado dictó la providencia de excarcelación incondicional a favor de Gabino Orjuela, por motivos distintos de los que él señala en su declaración instructiva. No se deduce de esas comprobaciones, que hubiera dictado dicha providencia en forma contraria a la ley, porque si el expediente no suministraba la prueba requerida por el Código de Procedimiento Penal para dictar auto de detención preventiva contra el sindicado en mención, no podía mantenerlo privado de su libertad, sin incurrir en una detención arbitraria.

Además de lo anterior, por parte alguna del proceso resulta que en el dictamiento de tal providencia, hubiera procedido por simpatía hacia la persona favorecida con el auto de excarcelación o por animadversión hacia el denunciante.

Por lo tanto, el cargo que se hace al Juez sindicado, por el delito de prevaricato, carece de toda demostración.

Y en cuanto a la afirmación que se hace en la denuncia de que el procesado, interviene en la política, tampoco este cargo, que podría constituir un delito de abuso de autoridad, tiene la menor demostración en las diligencias informativas. Obran varias declaraciones de personas honorables, que testifican que el doctor Jiménez es persona correcta e imparcial en el ejercicio de sus funciones y procede en todos sus actos de buena fe.

Debe, pues, confirmarse el auto de sobreseimiento consultado, por ser estrictamente legal y acorde con las constancias procesales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha veintitrés de noviembre pasado, por el cual sobree definitivamente a favor del doctor José Antonio Jiménez, sindicado en estas diligencias por el delito de prevaricato.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (DEMORAS)

Como ya lo ha dicho la Corte, "Cuando las demoras en proferir las providencias judiciales o en llevar a cabo una comisión, dependen de factores extraños a la voluntad del funcionario o empleado público, como puede ser —entre otros— el exceso de trabajo por el innúmero de negocios que se ventilan en la oficina a su cargo, o enfermedad debidamente justificada, esas circunstancias—se puede decir—son equivalentes a hechos imprevistos, ajenos al control de la ley penal, y son extraños, por lo mismo, al ministerio represivo del poder público.

"Si el funcionario o empleado público cumplió con las obligaciones impuestas por la ley en relación con el despacho y sustanciación de los negocios confiados a su dirección, no puede imputársele morosidad porque no se despacharon dentro de los términos que fija la ley, cuando a ello se opone un obstáculo material o un imposible físico, proveniente del recargo de negocios, porque en este caso faltaría uno de los elementos del delito —negligencia culpable— y el hecho no es imputable a su autor".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Este proceso sube a la Corte, para revisar, en grado de consulta, el auto de sobreseimiento definitivo de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a favor del doctor Roberto Malo Pupo, Juez Segundo Penal del Circuito, sindicado del delito de abuso de autoridad.

6—Gaceta

Hechos

La investigación se inició por denuncia presentada ante el Tribunal Superior de Cartagena por el doctor Pedro Yancés Salcedo, con fecha trece de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, en la cual afirmó que, desde el día siete de abril de ese año había formulado ante el Juez Segundo del Circuito Penal de esa ciudad, denuncio criminal contra el doctor Víctor Carrasquilla por la comisión de un hecho delictuoso cometido por éste en su carácter de Secretario General de la Gobernación de Bolívar, encargado de este despacho, y cuál no sería su sorpresa, cuando el día doce de ese mes, al preguntar por el denuncio, encontró que el Juez de Circuito, doctor Roberto Malo Pupo, no había procedido de conformidad "con los artículos 284 y 283 del Código de Procedimiento Penal", ni el asunto había sido llevado al reparto o mejor, no se había producido ninguna actuación, ante lo cual solicitó ratificarse en la denuncia. Agrega que, como esa omisión, retardo o rehuso, puede configurar un delito de abuso de autoridad, pone en conocimiento ese hecho para que se proceda de acuerdo con la ley penal.

Resultandos:

Practicada una inspección ocular, en asocio de testigos actuarios, sobre el expediente seguido contra el doctor Víctor Carrasquilla del Portillo, se hicieron las siguientes observaciones:

A los folios 1 y 2 del expediente, aparece el denuncio formulado por el doctor Pedro Yancés Salcedo contra el doctor Víctor Carrasquilla del Portillo; al folio 2 hay una nota que tiene fecha 21 de abril de 1948, en la cual la secretaría del Juzgado 2º del Circuito informa que en el reparto verificado en esa fecha, el denuncio correspondió a ese despacho; en el mismo folio y con fecha veintiuno del mismo mes y año, hay un auto ordenando radicar el negocio y disponiendo que vuelva al despacho, suscrito por el Juez y por el secretario; luégo hay una nota de la secretaría informando sobre la radicación y devol-

viendo el asunto al Juez; con fecha veintiuno de mayo aparece la diligencia de ratificación del denuncio y el trece de mayo siguiente se dictó el auto cabeza del proceso, ordenando la práctica de varias diligencias encaminadas al perfeccionamiento del asunto, providencia que fue notificada al Personero Municipal con fecha diez y siete del mismo mes.

Se trajeron al proceso las copias de las actas de nombramiento, confirmación y posesión del doctor Roberto Malo Pupo, para el cargo de Juez Segundo Penal del Circuito de Cartagena en el período comprendido entre el primero de julio del año de mil novecientos cuarenta y siete y el treinta de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, junto con una certificación, del alcalde de Cartagena, de que ninguna otra persona se posesionó de dicho cargo en el tiempo a que se refieren los hechos.

Indagado el procesado doctor Roberto Malo Pupo, manifiesta que en la época a que se refiere el denuncio desempeñaba las funciones de Juez Segundo del Circuito Penal de Cartagena, e interrogado sobre los cargos que le hace el denunciante, dice que lo relacionado con el reparto de los denuncios cae bajo el resorte de la secretaría y que los catorce días que duró en ésta el denuncio posiblemente debió ocurrir, bien porque los dos Juzgados de Circuito de la ciudad, tienen establecida la costumbre de que cuando se presenta un denuncio, si al Juzgado no le corresponde el reparto lo envía a aquel donde se encuentre; que algunos denunciantes llevan el denuncio a uno de los Juzgados y cuando se informan de que no está en él el reparto, se lo llevan y esperan la semana en que el reparto corresponde a ese Juzgado; que en otras ocasiones el denuncio se traspapela y se demora algunos días su reparto. Pero que éstas son cuestiones de la secretaría y no del Juzgado; que cree que la pequeña demora que sufrió el negocio porque se le interroga, se debió al estado de intranquilidad y zozobra que por esos días vivía Cartagena, debido a los cuales el trabajo en las oficinas no se hacía con la rapidez de tiempos normales y por eso, quizá la secretaría demoró unos días el reparto. Preguntado sobre el hecho de que habiéndole pasado el negocio la secretaría con fecha veintiocho de abril, sólo ordenó la ratificación del denuncio el ocho de mayo siguiente, manifiesta que quizá por el exceso de trabajo y que si no se levantó el acta de ratificación conforme lo ordena el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, fue seguramente porque el secretario no le pasó el negocio al despacho, pues de haberlo hecho, esa diligencia se habría llevado a cabo inmediatamente.

Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, dice:

"...Cierto que hubo algún retardo de parte de la secretaría y del Juez en la tramitación de la denuncia; pero ese retardo, como atinadamente lo observa el Tribunal, se debió a las anormales circunstancias que en el país crearon los sucesos del nueve de abril, en que todas las labores, y entre ellas, la administración de justicia, sufrieron graves trastornos y estuvieron prácticamente paralizadas por algunos días.

"Ante esta fuerza mayor que también insinúa el Juez acusado, la demora tuvo la apariencia, pero no la sustancia de una infracción culposa. Es decir, el elemento subjetivo de la infracción del abuso de autoridad —dolo o culpa— no se configura.

"Basta lo dicho para que la Procuraduría pida atentamente a la H. Corte que confirme el auto consultado".

Los cargos que se hacen al Juez Segundo del Circuito en lo Penal de Cartagena doctor Malo Pupo, se hacen consistir en que demoró el reparto del denuncio contra el doctor Carrasquilla del Portillo, desde el día siete de abril de mil novecientos cuarenta y ocho hasta el veintiuno de abril siguiente y no se hizo la ratificación del mismo sino el once de mayo siguiente. Es decir, dos demoras, la una entre la presentación del denuncio y el reparto; y la otra, entre la radicación y la ratificación del denunciante.

El procesado refiriéndose a la primera demora, explica la forma como de ordinario se llevan a cabo los repartos en los Juzgados de Cartagena, anotando que esas actuaciones le corresponden a los secretarios de los Juzgados, sin que se haya podido establecer si la responsabilidad de tal demora, sea imputable realmente al secretario del Juzgado Segundo del Circuito o al Juez, pues las afirmaciones de éste no están contradichas por prueba alguna.

Tratándose de la demora ocurrida entre la presentación del denuncio y la ratificación por parte del denunciante, esa demora sí es imputable al Juez procesado, porque la constancia que aparecé en el expediente respectivo dice que el denuncio se encontraba al despacho del Juez desde

el día veintiuno de abril y no se efectuó ninguna actuación, hasta el once de mayo siguiente, en que se verificó la ratificación. El Juez explica esta demora por el exceso de trabajo y por el estado de intranquilidad y zozobra que por estos días vivió Cartagena, como resultado de los sucesos del día nueve de abril, que prácticamente paralizaron el trabajo en las oficinas judiciales.

Estas explicaciones las encuentra aceptables el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Los elementos de prueba que suministra el proceso, dan fundamento para deducir, especialmente en lo que se relaciona con la última demora, que ella se debió a la no concurrencia del denunciante al Juzgado del Circuito a ratificar la denuncia y prestar la formalidad del juramento. Y esto se confirma con la manifestación que el doctor Yancés Salcedo hace en el denuncio, de que no pudo volver al Juzgado porque estuvo privado de la libertad personal y fue cuando cesó esa situación, que concurrió al Juzgado y se dio cuenta de la paralización de la actuación.

De acuerdo con el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, el denuncio debe hacerse bajo juramento, verbalmente o por medio de escrito o también por medio de apoderado especial. También establece esa disposición, que cuando se presenta el denuncio por escrito, firmado por el denunciante, debe hacerse personalmente y de la presentación se extenderá un acta que suscribirán el denunciante, el funcionario que reciba el denuncio y su secretario.

En el caso presente la denuncia se hizo por escrito, y se presentó personalmente por el denunciante, pero no se extendió el acta de que habla la disposición procedimental, posiblemente porque el secretario descuidó esa formalidad o porque no estaba presente el Juez o bien, por las circunstancias que explica el señor Juez sindicado, en su indagatoria.

No obstante lo anterior, la formalidad ordenada por el artículo 14 que se comenta, no era indispensable para que el negocio se paralizara, pues el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal, dispone que sin esperar denuncio ni querella, debe el funcionario proceder a la instrucción del sumario, cuando por cualquier medio llegare a tener conocimiento de la perpetración de una infracción de las que deban investigarse de oficio. Y en el caso de autos, tuvo ese conocimiento por medio de la denuncia y se trataba de una infracción de las que dan lugar a procedimiento de oficio.

La Corte en casos muy semejantes al que contempla el proceso, ha sostenido la siguiente doctrina:

"Cuando las demoras en proferir las providencias judiciales, o en llevar a cabo una comisión, dependen de factores extraños a la voluntad del funcionario o empleado público, como puede ser —entre otras— exceso de trabajo por el innúmero de negocios que se ventilan en la oficina a su cargo, o enfermedad debidamente justificada; esas circunstancias —se puede decir— son equivalentes a hechos imprevistos ajenos al control de la ley penal, "y son extraños, por lo mismo al ministerio represivo del Poder Público".

"Si el funcionario o empleado público cumplió con las obligaciones impuestas por la ley en relación con el despacho y sustanciación de los negocios confiados a su dirección, no puede imputársele morosidad porque no se despacharon dentro de los términos que fija la ley, cuando a ello se opone un obstáculo material o un imposible físico proveniente del recargo de negocios; porque en este caso, faltaría uno de los elementos del delito —negligencia culpable— y el hecho no le es imputable a su autor".

El Juez sindicado invoca en su descargo, el exceso de trabajo y las circunstancias de zozobra e intranquilidad, que por los días en que se observa la demora que se le imputa, se padecía en la ciudad de Cartagena. Es decir, factores extraños a la voluntad de aquel funcionario, hechos imprevistos ajenos al control de la ley penal o en otros términos, que el hecho no le es imputable.

En las condiciones mencionadas, parte de esas demoras se realizaron en la secretaría del Juzgado y parte en las circunstancias alegadas por el sindicado y, en consecuencia, el auto de sobreseimiento proferido en su favor por el Tribunal de Cartagena, debe ser confirmado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto consultado, de fecha veintiuno de septiembre del año pasado, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, sobresee definitivamente a favor del doctor Roberto Malo Pupo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Camacho Latorre—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez. Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

NULIDADES—DESPUES DE CONCLUIDO EL JUICIO NO SE PUEDE DECLARAR SU NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.

La sentencia en el juicio a que se refiere la nulidad que se pide sea declarada, fue dictada desde hace largo tiempo y está ejecutoriada. Versa ella sobre la orden de rendir cuentas. Lo que ha seguido es el cumplimiento de esa sentencia, tal como cuando se hace una condena en abstracto, y se remite a las partes a otro procedimiento para decidir sobre las cosas o cantidades a que se refiere la condena (artículo 480 del C. Judicial).

Y como el artículo 456 del mismo Código dice: "En cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo", capítulo dentro del cual se encuentra la nulidad por incompetencia de jurisdicción, que es la invocada, síguese que es improcedente la solicitud.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, tres de julio de mil novecientos cincuenta.

Sobre la historia del presente negocio y fundamentos de la sentencia con la cual se le pone fin, dan razón los siguientes numerales:

1º Por sentencia de cuatro de noviembre de 1930, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, reformando el fallo de primer grado, condenó a The Dorada Extension Railway Limited "a pagar al Departamento del Tolima, previo el correspondiente juicio de cuentas en el cual debe liquidarse el monto de la suma debida, la participación que corresponde a tal entidad en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, a razón de cinco centavos por carga transportada, de ciento cincuenta kilogramos de peso, y durante el lapso transcurrido desde el 9 de noviembre de 1903 hasta el 9 de noviembre de 1923".

Con base en este fallo el Departamento del Tolima pidió a la Compañía rendición de cuentas durante el lapso que remató en mil novecientos veintitrés; y en otra demanda, de fecha cinco de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, a que se refiere este expediente, el citado Departamnto ha pedido que la Compañía le rinda cuentas comprobadas desde el 10 de noviembre de 1923 hasta el día en que se notifique la demanda; y el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha tres de agosto de mil novecientos treinta y ocho, decidió el acunto condenando a la Compañía demandada a rendir cuentas comprobadas al Departamento del Tolima, conforme a la demanda, fallo éste del cual apeló el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, apoderado de la Compañía.

Ya en la Corte el negocio, esta Sala dictó la sentencia de veintisiete de febrero de mil novecientos treinta y nueve, en la cual se confirma la de primera instancia.

2º Vuelto el negocio al Tribunal, el apoderado de la Compañía en memorial de ocho de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, manifestó que hacía rendición de cuentas, y presentó algunos documentos, que no encontrados corrientes por el apoderado del Departamento, formuló objeciones; y como la parte demandada no aceptó las objeciones, el Tribunal dispuso que se siguiera un juicio ordinario, y abrió el asunto a pruebas.

Terminados los trámites de ley, el Tribunal dictó sentencia de fecha cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, en que se declaran probadas las objeciones propuestas a nombre de la parte actora, y se dictan reglas sobre el cumplimiento de la sentencia.

De la sentencia citada apeló el doctor Rodríguez Fonnegra, y se encuentra ella al estudio de esta Sala.

3º De lo dicho en los puntos anteriores, resultan dos períodos en este proceso:

a) Período sobre ordenamiento de rendir cuentas;

b) Período sobre rendición de cuentas, en el cual se está en el momento.

En el primer período se presentó una demanda que ya fue fallada en las dos instancias, es decir, en forma definitiva; en el segundo período se dictó sentencia de primer grado, como se dijo en el número anterior.

4º Dentro de este último período sobre rendición de cuentas, el doctor Rodríguez Fonnegra, como apoderado del Ferrocarril, ha presentado un incidente de nulidad de lo actuado, por incompetencia de jurisdicción improrogable, según dice, y basándose en el ordinal 1º del artículo 448 del C. Judicial.

Del escrito sobre nulidad se corrió traslado al apoderado del Departamento, quien guardó silencio.

Como hechos del incidente, el memorialista anota los siguientes:

Que con la demanda para apoyar la acción sobre rendición de cuentas, se presentaron unos documentos, que se enumeran y copian en gran parte. (Hechos primero y segundo). La Sala subraya.

Que "asimismo se presentó con la demanda, para fundar la acción sobre rendición de cuentas", copia de una escritura que se transcribe en gran parte. (Hecho tercero). La Sala subraya.

Que entre las pruebas aducidas por la parte demandada en la primera instancia, se halla una copia de la escritura 2270 de 29 de septiembre de 1905, Notaría 2ª de Bogotá, la cual se copia en gran parte (hecho séptimo). Las pruebas de que aquí se trata fueron las del primer período a que se refiere el numeral 3º, pues se cita el cuaderno número 8, que precisamente contiene las pruebas de ese primer juicio.

Que sobre la mencionada escritura 2270 de 1905, la parte demandada formuló unas observaciones en su alegato de primera instancia, es decir, en el primer período, pues se cita el cuaderno número 1º que contiene ese alegato (hecho octavo).

Que ni el Tribunal ni la Sala de Negocios Generales estudiaron esas observaciones, lo que dio ocasión a que invadieran un campo señalado a otro fallador (hecho noveno).

Que si la Sala de Negocios Generales hubiera estudiado y aceptado "la alegación de la parte demandada", no se habría dado ocasión a la nulidad (hecho décimo).

Y de estos hechos deduce el demandado que se ha incurrido en una nulidad, porque el fallo lo ha debido dictar la Sala Civil de Unica Instancia, según el artículo 40 del C. Judicial que regía entonces.

5º Queda claro hasta aquí entonces que todos los fundamentos de la nulidad se refieren al primer período de este negocio, es decir, al juicio que se surtió para ordenar que el demandado rindiera cuentas. Y fue allí donde se presentaron los documentos que cita y copia en gran extensión el señor apoderado de la Compañía.

Se habla de varios documentos copiados en gran extensión; mas para lo que va a decir la Sala, se ha creído innecesario entrar en el estudio de ellos y en su confrontación.

6º Dice el artículo 456 del C. Judicial: "En cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo".

Capítulo en que se encuentra la nulidad propuesta por el doctor Rodríguez Fonnegra como apoderado de la parte demandada.

La sentencia en el juicio a que se refiere esa nulidad fue dictada desde hace largo tiempo, y está ejecutoriada. Versa ella sobre la orden de rendir cuentas. Lo que ha seguido es el cumplimiento de esa sentencia, tal como cuando se hace una condena en abstracto, y se remite a las partes a otro procedimiento para decidir sobre las cosas o cantidades a que se refiere la condena. (Artículo 480 del C. Judicial).

7º A más de esto: En el hecho quinto dice el doctor Rodríguez Fonnegra: "De suerte que con la mera presentación de la demanda se sometió al Tribunal Superior de Bogotá, ante el cual fue el pleito iniciado, el punto de si el contrato aprobado por el Gobierno de la Unión Colombiana el 17 de junio de 1881 prevalecía sobre el aprobado por el Gobierno del Tolima el 7 de junio de ese año o si, por el contrario, el segundo prevalecía sobre el primero".

Lo que está diciendo que la cuestión que se alega como fundamental para la petición de nulidad, fue presentada en la demanda del juicio sobre orden de rendir cuentas.

8º Algo más: Dice el apoderado de la parte demandada, en el punto sexto: "**En el hecho,** se ha reconocido la preferencia de uno de estos contratos sobre el otro, o por lo menos, **declarádose** que no ha habido incompatibilidad entre los dos, **constando ambos en los autos**". (Surbaya la Sala). Lo que diciendo está:

Que en el hecho, se ha reconocido la preferen-

cia de uno de los dos contratos. Lo que no quiere decir sino que las dos partes se pusieron de acuerdo sobre el punto, de manera que no hay lugar a estudiar si hubo prevalencia de un contrato sobre el otro, que es el fundamento de la petición sobre nulidad.

Que se declaró ("declarádose" dice el memorialista) que no hubo incompatibilidad entre los dos contratos.

9º Y esto otro: alega el doctor Rodríguez Fonnegra que ni el Tribunal ni la Sala de Negocios Generales pararon mientes en una alegación que aquél presentó en el primer juicio, y que si se hubiera leído y considerado esa alegación, no se habría dado ocasión a la nulidad que se está considerando, y concreta así la cuestión:

"Claro está que si la Sala de Negocios Generales (Sala que a la sazón era integrada por meros tres Magistrados) hubiera examinado y aceptado la alegación de la parte demandada y reputado que lo efectuado por la Nación había sido el otorgamiento de finiquito, y si por otra parte no existieran las circunstancias anotadas en los ordinales primero y sexto de la presente exposición, habría decisión emanada de Tribunal competente, como que en esta hipótesis ni el Tribunal ni ella habrían conocido de controversia proveniente de contrato celebrado por la Nación; pero desde luego que, al igual que el Tribunal, la Sala de segunda instancia, estimando que la Nación había celebrado un contrato, entró a conocer de controversia relativa a las estipulaciones en el mismo contenidas y a los efectos que el propio contrato hubiera producido, aquella entidad usurpó jurisdicción improrrogable".

Estas observaciones no son otra cosa que objeciones presentadas contra una sentencia ya ejecutoriada, que a estas horas del debate no es posible atender.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara improcedente la demanda de nulidad presentada por el apoderado de The Dorada Railway Company Limited, en memorial de cuatro de marzo último.

No se condena en costas por no haberse causado.

Cópiese y notifíquese.

Gerardo Arias Mejía—Nicolás Llinás Pimienta,
Secretario.

LA CONTRADEMANDA SOLO PUEDE DIRIGIRSE CONTRA EL ACTOR O ACTORES DE LA DEMANDA

La contrademanda sólo puede dirigirse contra el actor o actores de la demanda principal, y por ello el artículo 743 del C. J. dispone que se dé traslado de ella por cinco días al reconvenido, lo que indica claramente que no puede extenderse a personas distintas de los demandantes. En este sentido Manresa y Navarro en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, trae la siguiente doctrina:

"La reconvención que se dirija contra persona diferente de la que demanda no merece el concepto jurídico de mutua petición o nueva demanda congruente con la tramitada, requisito indispensable para que pueda ser resuelta al propio tiempo con ésta". (Tomo III, pág. 226).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, primero de agosto de mil novecientos cincuenta.

Por auto de esta Sala de tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis se decretó la nulidad del presente proceso, "a partir del auto expedido el cinco de febrero de 1937, por medio del cual se admitió la demanda de reconvención dirigida por el Estado contra la sociedad Eduardo Rueda & Cía. y otros".

Como fundamento de la nulidad declarada se dijo en aquella providencia:

"El auto que dispuso hacer conocer de las partes la causal de nulidad de que se trata tuvo su fundamento en el hecho de que la demanda de mutua petición fue dirigida por el señor Procurador Delegado en lo Civil contra la sociedad colectiva de comercio "Eduardo A. Rueda & Cía.", Gabriel Carreño Mallarino y Jorge Holguín Lloreda y en dicha demanda no se indicó en forma alguna quién representara a la mencionada sociedad "Eduardo A. Rueda & Cía.", ni se ha establecido en forma alguna su existencia legal, no obstante lo cual aparece que de hecho ha venido representándola en el juicio el señor Eduardo A. Rueda.

"Resulta de esto que la causal de ilegitimidad de la personería sólo afecta a la tantas veces mencionada sociedad "Eduardo Rueda & Cía." y que es ésta la que puede ratificar lo actuado; de donde se sigue que la manifestación del doctor Leal Morales, en su carácter de apoderado de Eduardo Rueda y Holguín Lloreda no puede sanear el vicio que se mandó hacer saber a las partes, porque no son estos demandados los que pueden ratificar válidamente la actuación, sino la misma sociedad contrademandada.

"Obvio es que para que la actuación pudiera ratificarse ha debido acreditarse previamente y en forma idónea quién tiene la representación legal de la persona jurídica de que se trata, sea el señor Eduardo Rueda u otro. Por no haber ocurrido así habrá de declararse por este motivo la nulidad indicada en el punto b); y, aunque en el auto de 27 de septiembre se dispuso que en cuanto a la personería adjetiva de la Nación, la informalidad declarada sólo afectaba la validez del proceso a partir de la citación para sentencia, la falta de ratificación de que se ha hablado hace que la declaratoria de nulidad cobije toda la actuación procesal en que ha intervenido de hecho el señor Eduardo A. Rueda como representante de la compañía colectiva de comercio Eduardo A. Rueda & Cía.".

Conviene advertir igualmente que en el auto de 27 de septiembre de 1944, en cuanto a la personería adjetiva de la Nación en este pleito, se había ordenado "poner en conocimiento de las partes los siguientes hechos:

"Primero' La causal de nulidad existente en el juicio por ilegitimidad en la personería de la parte demandada y de la parte contrademandante, por cuanto los intereses nacionales deben estar representados en este litigio por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad a su vez representada por el señor Administrador General de dichos Ferrocarriles.

"Tal nulidad existe desde el día 27 de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, y comprende únicamente el auto de citación para sen-

tencia fechado el veinticinco (25) de noviembre de dicho año".

De modo que según los antecedentes anotados, en el presente negocio debe representar en adelante a la Nación el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por medio de su Administrador General; pero como la actuación del señor Procurador Delegado en lo Civil con anterioridad al auto de cinco de febrero de mil novecientos treinta y siete es perfectamente válida, lo que corresponde ahora, para continuar la tramitación del negocio, es entrar a considerar nuevamente la demanda de reconvención que había propuesto el expresado Procurador Delegado en escrito de dos de febrero del mencionado año de mil novecientos treinta y siete.

Al efecto, se tiene en cuenta:

La demanda de reconvención no va dirigida únicamente contra el demandante Gabriel Carreño Mallarino, sino también contra "Eduardo A. Rueda & Cía." y Jorge Holguín Ll., lo que no es procedente dentro de los principios que informan los artículos 742 y 743 del C. J. La contrademanda sólo puede dirigirse contra el actor o actores de la demanda principal, y por ello el artículo 743 del Código mencionado dispone que se dé traslado de ella por cinco días **al reconvenido,** lo que indica claramente que no puede extenderse a personas distintas de los demandantes. En este sentido Manresa y Navarro, en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, trae la siguiente doctrina:

"La reconvención que se dirija contra persona diferente de la que demanda no merece el concepto jurídico de mutua petición o nueva demanda congruente con la tramitada, requisito indispensable para que pueda ser resuelta al propio tiempo con ésta". (Tomo III, pág. 226).

De otra parte, en la contrademanda ni siquiera se indica quién sea el representante de "Eduardo A. Rueda & Cía.", requisito indispensable de acuerdo con lo prevenido por el artículo 205 del C. J., para el caso de que las partes "no puedan comparecer por sí mismas".

Por lo tanto, **se resuelve:**

No se admite la demanda de reconvención presentada por el señor Procurador Delegado en lo Civil por escrito de dos de febrero de mil novecientose treinta y siete.

Como este juicio ha estado en suspenso por más de seis meses, notifíquese esta providencia como lo manda el artículo 322 del C. J.

Luis Rafael Robles — Nicolás Llinás Pimienta,

Secretario.

OPOSICION A UN CONTRATO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE METALES PRECIOSOS EN EL LECHO DE UN RIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Este proceso sobre cuestiones mineras, una parte de trámites administrativos, y otra parte de trámites judiciales, da razón de lo siguiente:

Solicitud de concesión

Genaro Payán Castro presentó ante el Ministerio de Minas y Petróleos una propuesta de contrato de exploración y explotación de metales preciosos en un trayecto del río Patía, zona del Municipio de este nombre, Departamento del Cauca, propuesta en que se invoca la ley 13 de 1937, y que fue presentada en octubre de 1940.

En esa propuesta se lee: "Los nombres de los propietarios riberanos aparecen en el plano que acompaño, con ubicación de las respectivas propiedades. Alberto Garcés Navas y otros, Gregorio Cárdenas y Leonardo Muñoz por la margen derecha:...". Y dice en otra parte: "En las riberas del río, **en la parte solicitada en contrato,** hace algunos años se adjudicaron dos minas, conocidas con los nombres de Asturas y **Sajandí.** Estas minas no se sabe si los adjudicatarios las conservan, pero en oportunidad podrá conocer el Ministerio sus títulos y situación jurídica, para efectos de que queden a salvo del contrato propuesto..." (se subraya).

La citada propuesta siguió los trámites señalados en el Decreto reglamentario de la Ley 13, —número 1343 de 1937—, hasta que el 29 de abril de 1941, se volvió al Ministerio el cartel, después de los pregones del caso en la Alcaldía del Municipio respectivo, y de la desfijación de ese cartel, la cual tuvo lugar el día 24 del mes de abril citado.

Oposición

El dos de junio de aquel año, por memorial dirigido al Ministerio, Alberto Garcés Navas se opuso a que se celebrara contrato sobre toda la zona señalada por Payán Castro en la solicitud de concesión, alegando que con esa solicitud se afectaba su mina Sajandí.

El Ministerio resolvió no aceptar la oposición porque fue formulada después de que estaba cumplido el plazo de treinta días de que trata el artículo 22 de aquel Decreto reglamentario, y dispuso adelantar la propuesta de contrato, dando aplicación al artículo 23 de ese mismo decreto. Payán Castro mostró desgano en la celebración del contrato estando de por medio esa oposición, y pidió al Ministerio que previo estudio de la titulación de la mina Sajandí, caso de que éste mostrara que la titulación era legal, se excluyera esa mina de su propuesta, a lo que contestó el Ministerio, con razón, que a él no le correspondía hacer el estudio ni dictar resolución ninguna sobre dominio. Desconfiado Payán Castro, insistió sobre su punto de vista, y pidió entonces que fuera enviado el expediente al Tribunal Superior respectivo, "para que sea hecha la calificación del título de don Alberto Garcés Navas". E invocó para esta solicitud la ley 85 de 1945.

El Ministerio entonces, por Resolución de 15 de junio de 1946, accedió a esa solicitud, y dispuso:

"Envíense las presentes diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán para que de conformidad con lo establecido por la Ley 85 de 1945 decida la oposición que se formuló a la propuesta de contrato presentada por el señor Genaro Payán Castro, de que trata la Resolución número 123 de 3 de abril de 1941".

Antes había expresado la Resolución: "Como se deja dicho, la mencionada oposición que formuló el señor Garcés Navas a esa solicitud de concesión fue presentada con anterioridad a la vigencia de la ley 85; no ha sido decidida por este Despacho, y tiene como fundamento la propiedad de los minerales".

Formalización de la oposición

Ya el expediente en el Tribunal Superior de Popayán, Garcés Navas formalizó la oposición

que había formulado ante el Ministerio según demanda de 26 de noviembre de 1946, en la cual se invocan, entre otras, las disposiciones pertinentes de la Ley 13 de 1937 y de la Ley 85 de 1945.

Alegó el oposicionista que con la solicitud de Payán Castro se afecta su mina Sajandí, sobre la cual tiene posesión regular; que por esto se opuso ante el Ministerio, pero que éste no aceptó su oposición porque de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 1343 de 1937, tal oposición se había presentado fuéra de tiempo; que el río Patía no es navegable; y se expresaron en la demanda otros hechos de que se ha hecho relación en lo historiado hasta aquí.

Se pidió en esa demanda declaración sobre los siguientes puntos:

a) Que la mina Sajandí, de que da cuenta la escritura 323 de 16 de mayo de 1941, de la Notaría Primera de Popayán, que fue presentada, pertenece a Garcés Navas;

b) Que como consecuencia, debe excluírse del trayecto solicitado en concesión por Payán Castro;

c) Que el río Patía no es navegable.

Después de cubrir todas las etapas de un juicio ordinario y de haberse oído al señor Fiscal del Tribunal Superior de Popayán, esta Corporación, por sentencia de veintiuno de julio de mil novecietnos cuarenta y siete, falló el asunto accediendo a las peticiones a) y b), y negando la otra; sentencia consentida por el oposicionista, y apelada por el señor Fiscal.

Consentida la sentencia, como se dice, por Garcés Navas, la apelación se ha de referir a las dos primeras solicitudes de la parte suplicatoria de la demanda.

Cuestiones de derecho

Cuando se tramitaba ante el Ministerio lo relacionado con la propuesta de Garcés Navas, y se había entregado a éste la minuta para el respectivo contrato de concesión, se expidió la Ley 85 de 1945, por la cual pudo éste, como se vio atrás, pedir que se enviara al Tribunal el expediente para el examen de la oposición, de acuerdo con la citada Ley 85, "por la cual se regulan las oposiciones a las concesiones de minas".

Dio motivo a esta ley el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, de fecha 21 de febrero de 1941, por el cual se declaró inexequible el artículo 24 del Decreto 1343, reglamentario de la Ley 13 de 1937. Este artículo 24 decía: "Si dentro del término señalado se formulare oposición debidamente fundamentada, el Ministerio, en vista de las pruebas, decidirá si se suspende o no la propuesta, sin perjuicio de que el interesado vencido haga valer contra la resolución las acciones pertinentes de derecho común".

El término señalado, de que trata ese artículo 24, era el fijado en los dos artículos anteriores, es decir, el 22 y 23, conforme a los cuales la oposición debía formularse dentro de los treinta días siguientes a la desfijación del cartel. (Ya se vio que el Ministerio no aceptó la oposición porque fue presentada dos o tres días después de transcurrido ese término de treinta días).

El artículo 24 declarado inexequible, era el centro de un sistema de oposiciones, de manera que al caer ese artículo, caía todo el sistema. Por error o porque se creyó innecesario, la demanda de inexequibilidad no abarcó sino ese artículo del Decreto 1343, pero es cosa natural y lógica que la inconstitucionalidad del artículo 24, arrastraba otros artículos en conexión íntima con éste, como el 22 y el 23, que versan sobre el término para presentar la oposición, término a que se refiere aquel artículo 24. Por eso dijo la Corte:

"Si se quiere medir el alcance del artículo 24 en sus lógicas proyecciones, hay que ponerlo en relación con las disposiciones del mismo decreto que lo complementan. No porque sea la única disposición acusada del decreto que la contiene, es permitido examinarla literalmente, como una pieza aislada en el vacío sin puntos de contacto con otros elementos. Desde que forma parte esencial de la estructura jurídica que el decreto quiso establecer, hay que ver qué otras piezas del engranaje están estrechamente ligadas a la disposición, al punto de ser desarrollos indispensables de ella, sin los cuales carecería de contenido". (GACETA JUDICIAL, Tomo L, pág. 665).

Como se ha dicho, la sentencia que echó por tierra el artículo 24, descabezando el sistema sobre oposiciones, fue dictada en febrero de mil novecientos cuarenta y uno; y no podía entonces el Ministerio desechar la oposición en marzo de mil novecientos cuarenta y tres, fecha de la Resolución correspondiente, con invocación del artículo 22 del Decreto 1343, artículo que se había quedado sin vigencia, como todo el sistema de que hacía parte. Lo que quiere decir que después de la sentencia no se ha debido adelantar la consideración de la oposición.

Para reemplazar ese sistema, cubriendo así el vacío que dejó en la legislación de minas contra-

tables la sentencia de que se ha hablado, fue dictada la Ley 85, ley que se refirió a las oposiciones del porvenir, y también a las que estaban en marcha. Acerca de éstas dijo el artículo 4º, que las oposiciones en curso anteriores a la vigencia de la ley, que se hubieran formulado ante el Ministerio, también se enviarían a los Tribunales para que fueran decididas de acuerdo con la misma ley. Es de observar también que aquella ley fue reglamentada por el Decreto 0805 de 5 de marzo de 1947, que en el artículo 133 derogó el número 1343 del cual hacía parte el comentado artículo 24.

Ya el expediente ante el Tribunal Superior de Popayán, la oposición fue formalizada, y el juicio siguió su curso legal.

Argumentos de los representantes de la Nación

A dos se reducen las objeciones que los representantes de la Nación han formulado contra las pretensiones de Garcés Navas, a saber:

a) Falta de identidad entre la zona pedida en concesión y la mina Sajandí; y

b) Inoportunidad de la oposición, pues fue presentada cuando ya se habían cumplido los treinta días señalados por el Decreto 1343 para formular oposiciones.

No se ha presentado argumento en relación con la posesión regular sobre la mina Sajandí, afirmada por Garcés Navas, y que es el punto cardinal de este debate, argumento que hubiera sido infundado porque esa posesión está probada en el expediente en forma que no deja lugar a duda. Las objeciones, como se dice, versan sobre aquellos dos puntos, que ciertamente son secundarios ante lo que expresa el artículo 1º de la Ley 13 de 1937, que versa sobre minas contratables, a saber: La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. "Es entendido que esta disposición deja a salvo los derechos adquiridos conforme a las leyes". Con esto no se hizo sino afirmar un principio constitucional sobre derechos adquiridos.

Como se dice, en relación con esto, es decir, con el dominio de la mina frente a lo preceptuado en el artículo de la reserva, ninguna objeción se ha hecho, ni podía hacerse porque la mina fue titulada antes de la Ley 13, y había entonces sobre ella un derecho adquirido. Las objeciones, se repite, están circunscritas a aquellos dos puntos que se van a examinar.

Sobre lo primero, dijo el señor Fiscal antes del fallo apelado: "El hecho alegado de la identidad no aparece demostrado en forma alguna, puesto que, en primer lugar, no se ha arrimado a los autos el croquis de dicha zona ni hay tampoco dato o prueba oportunamente aducida para establecer que la faja de terreno solicitada en concesión por el señor Genaro Payán Castro invada o comprenda parte de la predicha mina".

Acerca de esto es preciso afirmar de una vez que sí existe en el expediente el croquis que echa de menos el señor Fiscal, y no un simple croquis sino un plano; y existen también los datos y pruebas que él reclama, como se verá al examinar lo que dice el señor Procurador Delegado sobre la misma materia.

Dice el señor Procurador:

"En el caso de autos, no se encuentra en parte alguna del expediente que la identificación e individualización del terreno concedido y de la mina se hayan hecho técnicamente, ni que haya un solo elemento de juicio en el cual pueda fundarse una decisión judicial definitiva".

Fuéra de lo dicho, el señor Procurador hace un estudio crítico de lo expuesto por el Tribunal sobre este tópico, lo cual se va a transcribir, como una de las razones de esta Sala para afirmar la superposición, que no identidad, de la zona de la concesión sobre la mina de Garcés Navas. Porque es la superposición lo que debe establecerse, y nada más. Es decir, que con la zona de la concesión se afecta en todo o en parte la mina. Identidad no puede haberla, porque esto entraña igualdad entre dos cosas, y no puede haberla entre una mina y una concesión minera si se tiene en cuenta la extensión superficiaria de una y otra.

Dice el Tribunal al hablar de la superposición, en razonamiento que la Sala acepta:

"Elucidada la cuestión relativa al dominio de la mina Sajandí, pasa ahora la Sala a estudiar si ella queda comprendida, en todo o en parte, dentro de la zona objeto de la propuesta de contrato formulada al Ministerio de Minas y Petróleos por el doctor Genaro Payán Castro. De la conclusión a que se llegue dependerá, naturalmente, el acoger o denegar la petición segunda de la demanda génesis de este juicio. Un sencillo análisis comparativo de linderos, puntos de referencia, rumbo de los planos y latitud de la mina y de la zona prenombrada, conducirá a la acertada solución del problema, sin que sea necesario recurrir a otros elementos de convicción. En efecto: mina y zona toman en cuenta para iniciar su mensura, la confluencia del río Sajandí en el Patía, es de-

cir que parten de un mismo punto. Esta mina tiene una latitud de dos kilómetros y hace desde la unión de los dos ríos un recorrido longitudinal de cuatro mil cien (4.100) y cuatro mil trescientos (4.300) metros de lado, respectivamente, sobre la margen derecha del Patía, dejando a su orilla una faja libre de veinte metros, a modo de reserva del Estado. La zona contractual tiene de ancho un kilómetro, medido desde el cauce normal de este río, es decir, sin dejar libre faja alguna. Pasa la línea por el punto de referencia o sea dicha desembocadura, y recorre esa latitud de un kilómetro la margen derecha del Patía, descendiéndolo por espacio de 15 kilómetros. De suerte que si las dos latitudes mencionadas —dos kilómetros y un kilómero— apenas con diferencia de más o menos veinte metros, se miden sobre un mismo plano: ribera derecha del Patía y con idéntica orientación, aguas abajo, resulta de apreciación elemental que la segunda medida —de un kilómetro— invade el plano topográfico de la primera o sea el correspondiente a la mina Sajandí. Y este solo resultado le basta al Tribunal para pronunciarse de conformidad con la segunda súplica de la demanda, sin necesidad de averiguar medidas exactas de la interferencia, ya que no se ha pedido la exclusión con dimensiones precisas, sino, en el fondo, que se declare intocable la mina Sajandí y que en consecuencia, ni en mínima parte debe quedar comprendida dentro de la zona solicitada en contrato por el doctor Genaro Payán Castro".

Fuéra de esto, tenemos lo siguiente sobre superposición:

Como ya se vio, en la misma propuesta de contrato dice el proponente que en la parte solicitada en concesión se adjudicaron dos minas: Asturas y Sajandí.

También en esa propuesta se dice, al hablar de los propietarios riberanos, que según el plano que se presenta, aparece como propietario, entre otros, Alberto Garcés Navas.

Del plano aquí citado se pidió copia al Ministerio, y en ese plano se ve marcada la mina Sajandí, con la leyenda "A Garcés Navas y otros", mina recostada por el este al río Patía, desde la confluencia del río Sajandí en el Patía, al Norte, hasta la confluencia de la quebrada de Luna en el mismo río Patía, al Sur. Y en ese mapa, que es el presentado con la solicitud de concesión, hay otra leyenda que dice: "La línea punteada que va desde la desembocadura del río Sajandí hasta la desembocadura de la quebrada de Luna, abarcando una faja de un kilómetro de ancho sobre la orilla derecha del Patía, indica lo que ocupará la reserva nacional en la localidad de la mina Sajandí". Especificaciones que precisamente corresponden a las del título de Garcés Navas.

En un certificado del Ministerio de Minas y Petróleos, solicitado durante el período probatorio de la segunda instancia, certificado que es poco concreto, pero que afirma la superposición, se lee: "Atendiéndose a las medidas hechas para la demarcación de la mina 'Sajandí', sobre el río del mismo nombre y la quebrada de La Luna, ambas a dos kilómetros, es posible que parte de ella quede por fuéra de la zona de la reserva nacional que se pretende obtener en concesión por el señor Payán Castro, ya que ésta apenas tiene un kilómetro de latitud, tal como puede verse en la copia del plano, en el cual la faja de la reserva nacional se ha marcado, con propósitos de ilustración, con línea punteada. Con una construcción geométrica ideal, ante la carencia de datos precisos sobre el plano en cuestión, se pueden apreciar las posibilidades que ofrece la superposición de la zona de la reserva nacional en la de la mina 'Sajandí' ".

En presencia de estos datos, para la Sala no hay duda de que se ha establecido la superposición de la zona de la reserva sobre la mina Sajandí.

El señor Procurador hace grandes esfuerzos para llevar al ánimo de la Sala la convicción de que la oposición fue extemporánea. Dice que el Decreto 1343 de 1937 continuó rigiendo después de que su artículo 24 fue declarado inexequible, hasta que fue dictada la ley 85 de 1945; que el artículo 22 de tal decreto señalaba un plazo para presentar la oposición, plazo que no se tuvo en cuenta; y que el Gobierno, ante la sentencia de la Corte "y en vista de que no se sabía el procedimiento que debía seguirse para que la cuestión fuera a conocimiento de las autoridades judiciales, **resolvió suspender todas las propuestas en las cuales se hubieran formulado oposiciones,** en espera de que el Legislador diera la solución correspondiente" (se subraya).

Si las cosas se hubieran hecho como lo dice el señor Procurador, es decir, si las propuestas con oposición se hubieran suspendido después de la sentencia, se estaría dentro de una situación normal. Pero eso no ocurrió así, como ya se vio, pues dictada la sentencia, como dos años después el Ministerio estaba resolviendo sobre una oposición, declarándola extemporánea, con invocación de

un artículo del Decreto 1343, que había quedado tácitamente sin operancia por inexequibilidad del artículo 24, artículo éste que como ya se dijo, era guión de un sistema, y que al desaparecer, no podían subsistir los artículos a que él se refiere, cuando dice: "Si dentro del término señalado...". Es decir, el señalado por los artículos 22 y 23 anteriores a aquél.

Pero ya se ha dicho que la presentación de la oposición es un detalle ante la cuestión cardinal que aquí debe definirse, a saber: hay de por medio un derecho adquirido que debe respetarse. Bien se pudo no haber presentado oposición y no por eso el dueño de la mina se había quedado sin oportunidad para pedir que su derecho fuera respetado, pues conforme al artículo 5º de la ley, el dueño de la mina tenía un plazo largo para promover una acción ordinaria en defensa de su derecho. Se puede entonces prescindir de ese prólogo de la presentación de la oposición, que tanto motivo ha dado aquí para argumentar sobre la extemporaneidad de la oposición, para quedar así al simple juicio ordinario, que ha sido precisamente el fallado por el Tribunal de Popayán.

La ley dispone que las oposiciones sean decididas por los Tribunales. El expediente sobre concesiones con oposición debe ser enviado a tales Corporaciones. Por eso el expediente sobre la solicitud de Payán Castro fue remitido al Tribunal de Popayán, a fin de que fuera decidida la oposición que allí se encontraba. Ya se vio que la Resolución ministerial dispuso que fuera enviado el expediente al Tribunal para que "de conformidad con lo establecido por la ley 85 de 1945 **decida la oposición que se formuló** a la propuesta de contrato presentada por el señor Genaro Payán Castro..." (se subraya). Lo que quiere decir que el expediente se envió para que la oposición fuera fallada, y no para otra cosa. En igual sentido se expresa el Ministerio, en oficio de 26 de febrero de 1948, refiriéndose a alguna prueba pedida por el señor Procurador, pues dice que el expediente "fue remitido original por este Despacho al Tribunal Superior de Popayán... para que fallara la oposición que a dicha propuesta presentó el señor Alberto Garcés Navas...".

Si pues existe en el expediente plena prueba de que sobre la mina Sajandí tiene Garcés Navas posesión regular; si esa mina fue titulada antes de la expedición de la ley 13 de 1937 sobre reserva minera por parte de la Nación en ríos navegables, de donde resulta que hay allí un derecho adquirido que es preciso respetar; y si de otro lado aparece que con la zona pedida en concesión se afecta la mina mencionada, lo cual dio motivo a la oposición, hay que concluir que es fundado el fallo del Tribunal por el cual se declara que pertenece al oposicionista la mina Sajandí, y que ésta debe ser excluída de la zona propuesta en concesión, por los linderos del título.

Por estas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE JUICIOS DE OPOSICION AL REGISTRO DE UNA MARCA DE FABRICA Y DE JUICIOS SOBRE CANCELACION DE MARCAS Y PATENTES, AUNQUE EN ELLOS SE PARTE LA NACION

Conforme al artículo 38 de la Ley 31 de 1925 "sobre protección a la propiedad industrial", las oposiciones formuladas contra el registro de una marca se resuelven por los Jueces de Circuito de Bogotá, mediante el trámite de un juicio sumario. Y en forma análoga a la de los juicios de oposición, y ante los mismos Jueces del Circuito de Bogotá, se tramitan las solicitudes de cancelación de marcas y patentes, según lo preceptuado por el artículo 9º de la Ley 94 de 1931. Estas disposiciones constituyen una reglamentación especial que no puede entenderse derogada por las previsiones generales del C. Judicial sobre competencia.

Se trata en estos casos de disposiciones especiales, de normas que regulan completamente la materia, sin hacer reserva alguna en relación a la cuantía o a la calidad de las partes o a cualquiera otra consideración. Disposiciones especiales que en ningún caso están supeditadas a las generales del Código Judicial, ya que esta misma obra en su artículo 204 dice: "Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia..."

La Sala de Negocios Generales de la Corte no tiene, pues, competencia para conocer de juicios sobre cancelación de una marca de fábrica, aunque en ellos sea parte la Nación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciseis de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Procedente del Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá ha venido a esta Sala de Negocios Generales de la Corte el juicio que allí cursaba sobre cancelación de la marca "Jabón Royal", iniciado por Santiago Rodríguez Alarcón contra Graciliano Jiménez.

La razón fundamental que tuvo en cuenta el expresado Juez para disponer la remisión acá de este juicio, radica en el hecho de haber sido admitida la denuncia que de dicho pleito hiciera el demandado a la Nación, en cuyo caso, por asumir ésta el carácter de demandada, la competencia para conocer del asunto corresponde, según el Juez, "a la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala Civil de Unica Instancia, por mandato del artículo 40 del Código Judicial".

El señor Procurador Delegado en lo Civil al descorrer el traslado de rigor, después de referirse incidentalmente al error en que incurrió el Juzgado al mencionar la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, en vez de la de Negocios Generales que sustituyó a aquélla en virtud de lo dispuesto por la Ley 67 de 1943 que derogó el inciso primero del artículo 40 del Código Judicial, solicita de la Sala que se declare incompetente para conocer del negocio, por cuanto es a los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá a quienes, según la ley, incumbe el conocimiento privativo de las solicitudes sobre cancelación de marcas y patentes. (Artículo 9º de la Ley 94 de 1931).

En esta situación precisa entrar a decidir previamente aquel tópico propuesto por la Procuraduría en relación con la competencia para conocer de este litigio.

Conforme al artículo 38 de la Ley 31 de 1925 "sobre protección a la propiedad industrial", las oposiciones formuladas contra el registro de una marca se resuelven por los Jueces del Circuito de Bogotá, mediante el trámite de un juicio sumario. Y en forma análoga a la de los juicios de oposición, y ante los mismos Jueces del Circuito de Bogotá, se tramitan las solicitudes de cancelación de marcas y patentes, según lo preceptuado por el artículo 9º de la Ley 94 de 1931. Estas disposiciones constituyen una reglamentación especial que no puede entenderse derogada por las previsiones generales del C. Judicial sobre competencia.

Se trata en estos casos de disposiciones espe-

ciales, de normas que regulan completamente la materia, sin hacer reserva alguna en relación a la cuantía o a la calidad de las partes o a cualquiera otra consideración. Disposiciones especiales, que en ningún caso están supeditadas a las generales del Código Judicial, ya que esta misma obra en su artículo 204 dice: "Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia..."

Y para concluir declarando la incompetencia de esta Sala de la Corte para avocar el conocimiento del asunto de que se trata, suficiente es reproducir lo dicho por la Corte —Sala de Casación Civil— sobre el mismo tema, refiriéndose al mencionado artículo 9º, en sentencia de 20 de noviembre de 1941, a saber:

"Esta disposición de la ley de organización judicial sobre cuyo fundamento y conveniencia nada es oportuno conceptuar ahora, pertenece a la legislación de orden público y no es susceptible, por tanto, de variaciones ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. En ella se establece una competencia privativa que no es posible eludir sin caer en sanción de nulidad, porque es improrrogable según el artículo 151 del C. de O. J., que establece que 'por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa', que para el caso no hay".

Por lo dicho, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA que no es de su competencia el presente negocio, y ordena que el expediente sea devuelto al Juzgado de su origen para que allí continúe su normal curso legal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Rafael Leiva Charry — Gerado Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS.—REQUISITOS PARA QUE UNAS TIERRAS QUE FORMARON PARTE DE UN RESGUARDO DE INDIGENAS PERTENEZCAN AL RESPECTIVO MUNICIPIO

El solo hecho de que unas tierras hubieran constituído un resguardo o adjudicación colectiva de tierras en beneficio de los indígenas de un determinado pueblo, no demuestra que pertenezca hoy al respectivo municipio, ya que si los resguardos abandonados fueron cedidos por el legislador a los respectivos municipios, para el perfeccionamiento de esa cesión estableció el artículo 4º de la Ley 55 de 1905 un procedimiento especial de carácter administrativo, procedimiento que constituye el único medio adecuado para obtener el correspondiente título o escritura de propiedad municipal.

A este respecto dijo la Corte en sentencia de 13 de abril de 1921:

"Lo dispuesto en la ley 55 de 1905 en referencia, no es sino la transmisión a los municipios, en forma especial, de los terrenos de resguardo vacantes, que ya les pertenecían por la disposición general del artículo 82 de la ley 153 de 1887, que declaró pertenecerles los bienes vacantes, con una excepción, y esa forma especial consiste en que según la ley de 1905, el procedimiento para la cesión a los municipios de los resguardos vacantes es administrativo, en tanto que para la adquisición de las demás tierras vacantes se requiere sentencia especial dictada en juicio seguido al efecto". (GACETA JUDICIAL, Tomo XXVIII, página 334).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, como apoderado en Colombia de la sociedad extranjera denominada Tolima Land Company, debidamente legalizada en el país, solicitó del Gobierno Nacional, en contrato de exploración y explotación de petróleos, un globo de terreno de cuarenta y nueve mil novecientos noventa y nueve hectáreas con nueve mil novecientos veinte metros cuadrados (49.999.9920 hts.), situado en los Municipios de Puebloviejo, Sitionuevo y Remolino, en el Departamento del Magdalena, y comprendido por los siguientes linderos:

"Como punto de referencia se toma el señalado en el plano con las letras "P. A.", cuyas coordenadas geográficas son: Latitud 10º 58, 52". 6 Norte; Longitud 74º 20' 02." 58 W. de Greenwich (0º 15' 11".28 W. de Bogotá), ubicado en el solar de la casa del señor Isidoro Acosta, en el Caserío de Tasajera, Municipio de Pueblo Viejo, Departamento del Magdalena, donde se construyó un mojón de concreto. Se toma como punto de partida de los linderos de la concesión propuesta el señalado en el plano con la letra A, primer vértice del polígono, el cual se halla a una distancia de 3.000 metros del punto de referencia "P. A." y en la dirección 0º Sur; del punto "A" mencionado, se sigue con rumbo de 90º Este en una distancia de dos mil metros (2.000 mts.) hasta llegar al punto "B"; de este punto se continúa con un rumbo de 0º Sur por una distancia de veinticuatro mil metros (24.000 mts.) para llegar al punto "C"; del punto "C" se sigue con rumbo 90º Oeste en una distancia de veinte mil ochocientos treinta y tres metros con treinta y tres centímetros (20.833.33 mts.) hasta llegar al punto "D"; de este punto "D" se continúa con un rumbo de 0º Norte por una distancia de veinticuatro mil metros (24.000 mts.) hasta llegar al punto "E"; y de este punto se toma un rumbo de 90º Este por una distancia de diez y ocho mil ochocientos treinta y tres metros con treinta y tres centímetros (18.833.33 mts.) para volver al punto "A", principio de la alinderación, con lo cual se cierra la figura. Todos los rumbos están indicados con el meridiano verdadero o astronómico".

A la celebración de este contrato de petróleo se opuso el doctor Rafael Martínez Sarmiento,

como apoderado del Municipio de Puebloviejo, dentro del término previsto por el artículo 5º de la ley 160 de 1936.

Se alegó por el opositor que el petróleo que pueda existir en las tierras adjudicadas en 1757 "a los naturales del pueblo de Ciénaga" por don Juan Toribio de Herrera Leiba, con el carácter de Gobernador de la Provincia de Santa Marta y Juez Subdelegado de Tierras, es ahora de propiedad del Municipio de Puebloviejo, por tratarse de un terreno de resguardo de indígenas actualmente abandonado y estar él comprendido dentro de la jurisdicción del expresado Municipio.

Las tierras de la oposición a la propuesta de la Tolima Land Company, según el memorial del doctor Martínez Sarmiento, fueron adjudicadas en la época colonial así: "Se declaran por propias y pertenecientes a los naturales del pueblo de Ciénaga las cinco caballerías, cuarenta y cuatro fanegadas, nueve y cuatro quintos almudes de tierra comprendidos entre los linderos situados en los parajes nombrados el botadero, medianía de las tierras de Córdova y Papare, el puesto en la orilla de este último el del nombrado Aserradero; la barra nueva; casas de la quebrada de Guacoca, Pozo de Sevillano y orilla del monte inmediato al camino del Riofrío, con los demás intermedios que las prenotadas diligencias contienen, y además el terreno útil para salinas que desde la dicha barra nueva hay hasta las barras por donde las embarcaciones entran y salen al puerto de dicho pueblo".

En vista de la oposición aludida, a la cual se acompañó el título de adjudicación "a los naturales del pueblo de Ciénaga", el Ministerio de Minas y Petróleos remitió el negocio a esta Sala de la Corte, para que aquí se decidiera la controversia en juicio sumario, de acuerdo con lo dispuesto por el mencionado artículo 5º de la ley 160 de 1936.

En esta Sala de Negocios Generales se le dio al asunto el trámite de rigor, con la debida amplitud para que las partes hicieran valer sus intereses, amplitud que fue aprovechada por éstas para la práctica de las pruebas que estimaron pertinentes. Y como ya está fenecida esta etapa y la de traslado para alegar, dentro de la cual sólo expusieron sus puntos de vista el señor Procurador Delegado en lo Civil y el señor apoderado de la compañía proponente, se pasa ahora a dictar la decisión correspondiente, a la luz de las pruebas aportadas al proceso.

Los títulos del opositor

El Municipio de Puebloviejo respalda su oposición con el título de tierras expedido en 1757 **en favor de los naturales del pueblo de Ciénaga,** título en que consta el siguiente proceso de adjudicación:

"a) Que en el año de 1755 el Virrey del Nuevo Reino de Granada, don José de Espeleta Paldeano, ordenó al Gobernador de la Provincia de Santa Marta que señalara **suficientes tierras de resguardo** a los indios del pueblo de Ciénaga, con linderos y determinación precisos;

"b) Que a consecuencia de esta providencia, y por solicitud del Protector de naturales, el Gobernador de la Provincia de Santa Marta dispuso que se midieran "las tierras de uno y otro lado del río Córdoba, Palmar y pastos, abrevaderos inmediatos que se expresan en dicho escrito", para lo cual designó como agrimensor a don Antonio Galindo;

"c) Que en diciembre de 1756 y enero de 1757 el expresado agrimensor efectuó la mensura de las tierras solicitadas como resguardo para los indios de Ciénaga, poniendo en las respectivas diligencias **figura, resolución y cuenta de su cabida,** la cual arrojó cinco caballerías, cuarenta y cuatro fanegas, nueve y cuatro quintos almudes de tierra;

"ch) Que el 25 de marzo de 1757 don Juan Toribio de Herrera Leiba, Gobernador de la Provincia de Santa Marta y Juez Subdelegado de Tierras, adjudicó **a los naturales del pueblo de Ciénaga** el terreno medido y determinado por el agrimensor Galindo, comprendido entre los linderos indicados en el memorial de oposición y transcritos anteriormente; y

"d) Que el 5 de febrero de 1757 el Comisario Antonio Galindo, por orden del Gobernador de la Provincia de Santa Marta, puso en posesión de tales tierras a los naturales del pueblo de Ciénaga, representados por el Capitán y Alcalde de dicho pueblo.

Se trata en este título, como se ha visto, de un resguardo o adjudicación colectiva de tierras, en beneficio de los indígenas del pueblo de Ciénaga; pero es obvio que con esta sola prueba no se demuestra, como lo pretende el apoderado de la oposición, que tales tierras pertenezcan hoy al Municipio de Puebloviejo, ya que si los resguardos abandonados fueron cedidos por el legislador a los respectivos Municipios, para el perfeccionamiento de esa cesión estableció el artículo 4º de

la ley 55 de 1905 un procedimiento especial de carácter administrativo, procedimiento que constituye el único medio adecuado para obtener el correspondiente título o escritura de propiedad municipal.

A este respecto dijo esta Sala en sentencia de 13 de abril de 1921:

"Lo dispuesto en la ley 55 de 1905 en referencia, no es sino la transmisión a los Municipios, en forma especial, de los terrenos de resguardo vacantes, que ya les pertenecían por la disposición general del artículo 82 de la ley 153 de 1887, que declaró pertenecerles los bienes vacantes, con una excepción, y esa forma especial consiste en que según la ley de 1905, el procedimiento para la cesión a los Municipios de los resguardos vacantes es administrativo, en tanto que para la adquisición de las demás tierras vacantes se requiere sentencia judicial dictada en juicio seguido al efecto". (**Gaceta Judicial**, Tomo XXVIII, página 334).

Mas siendo éste el alcance de la ley 55 de 1905, ¿cómo puede el Municipio de Puebloviejo alegar derecho de propiedad actual sobre las tierras de resguardo concedidas por la Corona Española a la parcialidad indígena de Ciénaga, cuando no ha exhibido la escritura pública que lo acredite como su sucesor en el dominio de ellas, a título de vacantes? Pero es que, además, si algo hay de cierto en este juicio es que esa escritura no ha llegado a expedirse, como se desprende de los certificados de la Oficina de Registro de Ciénaga y de la Gobernación del Magdalena que obran en autos, traídos por el apoderado de la compañía proponente. (Fs. 11 y 12 del cuad. Nº 7).

Por lo tanto, es claro que el opositor no ha demostrado el interés que le asista para su demanda, requisito sin el cual no es posible que puedan prosperar sus pretensiones.

La superposición

Respecto al terreno de la oposición en relación con el de la propuesta, el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos formuló algunas observaciones cuando el asunto estuvo a su estudio, basándose en la descripción que de aquel terreno figura en el título presentado por el Municipio opositor.

Dijo entonces el Servicio Técnico:

"Tomando el mapa del Departamento del Magdalena elaborado por la Oficina de Longitudes y buscando en él los parajes donde se formaron los linderos de que se habla en el auto de adjudicación, o el recorrido de esos linderos, sólo se encuentran en el mapa los ríos Papare, Córdoba y Frío, y los sitios de Sevillano y La Barra, de los que se mencionan en el documento, que se hallan relativamente cercanos a las poblaciones de Ciénaga y Pueblo Viejo, con los cuales sin más datos no es posible localizar en el mismo mapa los linderos que encierran el área dicha de 2.472 hectáreas, puesto que no hay en el documento propiamente redacción de linderos en línea continua, sino una lista de parajes o sitios, varios de ellos que no figuran en el mapa. Lo único que puede hacerse con los datos obtenidos es fijar una ubicación aproximada del área obtenida, que puede ser al norte del río Frío y al sur del río Papare, pero que no parece indicado fijarla de extremo a extremo porque resultaría una faja angosta, de poco más de un kilómetro por el occidente, a partir de La Barra.

"En la copia del mapa que se acompaña se subrayan con rojo los nombres encontrados en él que se indican en el documento presentado.

"Ha sido localizado en la misma copia el lote de la propuesta, utilizando el punto astronómico de referencia situado en Tasajera, y de esto se deduce que los terrenos a que se contrae aquel documento no están comprendidos en el lote de la propuesta...".

Dentro del presente juicio estas observaciones de la Sección Técnica del Ministerio aparecen plenamente confirmadas con la prueba pericial rendida por los ingenieros Norberto Díaz Castañeda y José de J. Castellanos C., a solicitud del apoderado de la compañía proponente. En esa prueba los peritos, teniendo a la vista el título completo de la parcialidad de indígenas de Ciénaga y el plano del terreno elaborado por el agrimensor Antonio Galindo, y después de un concienzudo estudio de estos documentos en relación con el lote de la propuesta, llegan a las siguientes conclusiones:

"**Respecto al punto a) del cuestionario:** El plano firmado por don Antonio Galindo, que aparece sin fecha tanto en el original como en la copia que actúa en el expediente, sí responde a las tierras a que se refiere la oposición, es decir, a las que fueron adjudicadas el 25 de enero de 1757 a los indios de Ciénaga por don Juan Toribio de Herrera Leiba.

"**Respuesta al punto b) del cuestionario:** Para sus efectos, el plano remendado que aparece en el protocolo dicho arriba del Archivo Histórico

Nacional, suscrito por don Antonio Galindo, puede utilizarse como si no hubiera sucedido la dicha destrucción de parte de su papel, porque todos sus ángulos conservan su misma posición relativa y los trazos de sus lados son los mismos que hiciera el propio Galindo en aquellas partes que no están afectadas por la destrucción parcial anotada en el plano y porque las longitudes de los alineamientos reparados, se conservan las mismas y mantienen sus mismas posiciones.

"**Respuesta al punto c) del cuestionario:** Con base en los datos que dan el texto de la mensura practicada por don Antonio Galindo y las medidas del plano con la escala en que lo hemos dibujado a la rosa náutica que adecuadamente hemos empleado, es posible reconstruir dicho plano tal como lo hubiera podido dibujar originalmente el mismo Galindo.

"**Respuesta al punto d) del cuestionario:** De acuerdo con la localización que hicimos sobre el plano topográfico presentado con la propuesta y sobre el plano general de la región, las tierras objeto de la oposición según la mensura practicada por don Antonio Galindo por los años de 1756 y 1757 se encuentran fuéra de las tierras de la propuesta número 117 de la Tolima Land Company". (Fs. 57 y vto. del cuad. Nº 7).

Así que, resultando de las pruebas aludidas, según lo dicho, que el terreno de la oposición no está comprendido dentro del lote de la propuesta número 117, es apenas natural que por este aspecto tampoco puedan prosperar las pretensiones del Municipio opositor.

En consideración a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que es infundada la oposición del Municipio de Pueblo-viejo a la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 117 de la "Tolima Land Company", oposición relacionada con las tierras concedidas como resguardo a la parcialidad indígena de Ciénaga.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS. — VALOR PROBATORIO DEL PERITAZGO UNIFORME

Aunque el peritazgo era uniforme y como tal hacía plena prueba, si en él se tomó en cuenta para hacer el avalúo de la indemnización debida por perjuicios un renglón que fue excluído de las bases que para la liquidación se dieron en el fallo condenatorio de cuyo cumplimiento se trata, no cabe duda que al hacer la fijación del monto debido debe deducirse del total señalado por los peritos una cantidad igual a la en que se ha estimado por éstos la indemnización debida por ese concepto o renglón.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Federico Vásquez Toro demandó al Departamento de Antioquia ante el Tribunal Superior de Medellín, por perjuicios con motivo del incendio de una parte de su finca La Suiza, ocasionado por chispas o llamas que arrojó a su paso una máquina del Ferrocarril de Antioquia.

En la demanda se dice sobre perjuicios:

"Estimo el importe de estos perjuicios en la forma siguiente: Primero. El perjuicio por el pasto quemado y el empleo del nuevo potrero para continuar la ceba lo aprecio a sesenta pesos por cuadra, o sean $ 480.00.....son $ 360.00

Los perjuicios por los cercos para construírlos totalmente de nuevo, en vista de los altos precios del alambre, grapas y estacones, los estimo como mínimo a cien pesos cada cuadra, $ 800.00, son 600.00

Total.....$ 960.00"

El Tribunal condenó al Departamento a pagar a Vásquez Toro la suma de $ 422, según sentencia de 21 de junio de 1944, la cual, apelada por el actor, vino al estudio de esta Sala.

En la sentencia de segundo grado no se pudo llegar a una condenación concreta, sino **in genere**, y se dispuso que se fijara esa condenación contra el Departamento de acuerdo con el artículo 553 del C. Judicial, y con base en un nuevo dictamen pericial. Pero en esa sentencia se le señala marco a la condenación, de acuerdo con estos párrafos de ella:

"Dentro de los perjuicios no deberán quedar comprendidos los que el actor reclama como provenientes del retardo en la ceba de setenta (70) novillos, ya que sobre este extremo la Corte acoge lo resuelto por el sentenciador de primer grado.

"El **quantum** de los perjuicios reconocidos en este fallo se fijarán con fundamento en las siguientes bases:

"a) El valor, en la época del siniestro, de los pastos incendiados; y

"b) El valor de las cercas destruídas.

"En la determinación del punto a) deberá tenerse en cuenta no sólo el precio del pasto en sí, sino también los gastos que el actor haya debido hacer para poner sus potreros en las mismas condiciones en que se encontraban antes del accidente".

Vuelto el expediente al Tribunal, intervino el actor para hacer un avalúo de perjuicios, caprichoso e infundado, en el cual no se tuvo en cuenta ni la demanda original con que se abrió el debate, ni la sentencia dictada por esta Sala. El actor estima en esta vez los perjuicios en la suma de $ 5.505, y pide que se haga esta condenación "o la que fijen peritos". Ya se vio que en la demanda estimó los perjuicios en $ 960.

De la estimación se dio traslado al señor Gobernador, quien la objetó en su totalidad, y entonces la articulación se abrió a pruebas, de lo cual aprovechó solamente el actor, quien pidió que por peritos se fijaran precios a lo siguiente:

"a) A la yerba de india, destinada en enero de 1942 para la ceba de ciento veinte (120) novillos, en la finca "La Suiza" a que se refiere el juicio; b) Al espacio de seis meses que demoró la yerba quemada en volver a servir, junto con el resto de los dos potreros, para la ceba de los ciento veinte (120) novillos; c) A la construcción de las cuadras de alambrado que resulten de la mensu-

ra que verifiquen los señores peritos, de las alambradas que se repusieron que son de la misma extensión de las destruídas por el incendio".

Y agregó después:

"Que los señores peritos pongan precio a los gastos que hubo necesidad de invertir para poner los potreros en las mismas condiciones en que se encontraban antes del accidente, o sea, antes del 29 de enero de 1942, y al desgaste del ganado con motivo de haber sido pasado a otro potrero".

Quedó así definida la aspiración del actor sobre perjuicios.

Los expertos dieron un dictamen uniforme, que sintetizaron así:

"Resumimos así: Pasto en cuatro meses para setenta novillos a $ 2.00 mensuales por ceba ..... $ 560.00
Perjuicio de retraso en la ceba de 70 novillos a cinco pesos ($ 5.00) por cabeza 350.00
Perjuicio en cercos a $ 50.00 por cuadra, en 6 cuadras 300.00

"Suma ..... $ 1.210.00"

Con estas bases, el Tribunal falló el incidente, según proveído de veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y siete, que dice:

"Por lo expuesto el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, fija en ochocientos sesenta pesos ($ 860.00) el valor total de los perjuicios que por la presente providencia se regulan, suma que el Departamento de Antioquia pagará al señor Federico Vásquez Toro, dentro de los tres días siguientes a aquel en que este auto quede ejecutoriado. No es el caso de hacer especial condenación en costas".

De este proveído apeló el actor, y ha vuelto por tanto, el negocio a esta Sala, que entra a decidirlo en segunda instancia. Pero antes, es preciso reproducir lo que dice el Tribunal como razón para la estimación que hizo del valor de los perjuicios de acuerdo con el fallo de la Corte.

Dice el Tribunal: "La única prueba que pidió el actor fue la de peritos. Estimaron los expertos nombrados que para volver los dos potreros a prestar el servicio que antes del incendio prestaban debieron de demorar cuatro meses; que estimado el pastaje para setenta novillos en ese tiempo, a razón de dos pesos por cabeza y por mes, los perjuicios fueron, por este concepto, de quinientos sesenta pesos; que al ser trasladados los novillos a otro potrero pudieron sufrir un retardo en la ceba, perjuicio que estiman en cinco pesos por cabeza y, en total, en $ 350.00; y que por tener los cercos una extensión de seis cuadras y haber quedado el alambre utilizable en un cincuenta por ciento, el perjuicio en los cercos fue de $ 300.00, o sea a razón de $ 50.00 por cada cuadra. El peritazgo no fue objetado y está en firme".

En seguida el Tribunal acepta la estimación de los peritos, pero menos en lo relacionado con el retardo que en la ceba pudieron tener los novillos, pues expresa: "...y si no está bien que se aprecien perjuicios provenientes del retardo para la ceba de los novillos, también es cierto que obedece a que contestaban a una petición del interesado, pero que, en todo caso, no se deben tener ahora en cuenta esos perjuicios porque están expresamente excluídos en la sentencia que se trata de cumplir. Allí se lee: "Dentro de los perjuicios no deberán quedar comprendidos los que el actor reclama como provenientes del retardo en la ceba de setenta (70) novillos, ya que sobre este extremo la Corte acoge lo resuelto por el sentenciador de primer grado". Esta es la razón para que el Tribunal hubiera deducido la suma de $ 350.00 del avalúo total de $ 1.210.00 que fijaron los peritos, y hubiera condenado sólo a $ 860.00.

El Departamento no intervino ante la Sala. Intervino sí el actor, con un largo memorial en que se hace historia del fallo condenatorio de la Sala, de la estimación caprichosa del actor, del dictamen de los peritos, y de la fijación de perjuicios hecha por el Tribunal, que está al estudio de la Sala; y después de esto, se extraña que no se hubiera aceptado el dictamen pericial por $ 1.210, siendo así que fue uniforme; y se extraña de que no se hubiera cumplido el fallo de la Corte, en cuanto habla en abstracto de condenación sobre perjuicios, siendo así que el incendio le ocasionó daño emergente y lucro cesante, y que la Corte dijo: "El Departamento es responsable de los perjuicios ocasionados a Federico Vásquez Toro con motivo del incendio". Sobre estos dos temas, estudiando en qué consistió el daño emergente, y a qué tiene derecho como lucro cesante, el actor estuvo profuso en su alegtao.

Mas la Sala expresa lo siguiente sobre el particular:

Ahora no se está considerando lo relacionado con la petición de perjuicios en sí, porque esto fue materia del fallo ya dictado y ejecutoriado. Ahora se está estudiando lo atañedero a la estimación de los perjuicios, para lo cual ese mismo fallo dio normas, que deben cumplirse como lo

hizo el Tribunal. Lo que quiere decir que aquí ya no se puede tener en cuenta lo de lucro cesante, y daño emergente, como lo quiere el actor.

Hizo bien el Tribunal en excluir uno de los renglones del peritazgo, porque así estaba ordenado por la Corte. Es verdad que ese peritazgo fue uniforme, y que como tal hace plena prueba, como lo apunta el actor; pero se produjo en esa forma porque fue el mismo actor el que planteó las cuestiones a los peritos, y entre éstas se encontraba la cuestión excluída por el fallo de la Corte. El Tribunal aceptó el dictamen de los peritos, por valor de $ 1.210, pero dedujo el renglón que el fallo había excepcionado por valor de $ 350.00, y desde este punto de vista, el proveído del Tribunal es inobjetable en cuanto señala como perjuicios la suma de ochecientos sesenta pesos ($ 860.00).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — CONFIRMA el auto de veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y siete, proferido por el Tribunal de Medellín, materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Para la notificación de esta providencia al señor Gobernador del Departamento de Antioquia, se comisiona al Juez Civil del Circuito (Repartimiento) de Medellín, a quien se le librará el despacho correspondiente.

Cúmplase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION ORDINARIA SOBRE DERECHO DE UN AVISANTE Y DENUNCIANTE DE UNA MINA PARA QUE POR LA NACION SE ADMITA EL CORRESPONDIENTE DENUNCIO. — INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE ESTA CLASE DE CONTROVERSIAS Y, EN GENERAL, DE TODAS LAS RELACIONADAS CON ACTOS DEL ESTADO EN QUE ESTE OBRA COMO PERSONA DE DERECHO PUBLICO

Ya en sentencia de 7 de julio de 1944 (Gaceta Judicial, número 2016, página 387), dijo: "Estima la Corte que cuando el asunto controvertido versa, bien sea exclusivamente, o al menos de manera fundamental, y de necesaria decisión previa sobre una cuestión netamente de derecho público, y en forma especial cuando en ese caso el Estado ha obrado por ministerio de la ley misma en su calidad de persona de derecho público (jure público) **y no en calidad de persona de derecho privado** (jure privato), **y aparece aquí desde luego la importancia de esta distinción sobre la doble personalidad del Estado —que haya quienes, infundadamente, pretenden hacer desaparecer— se presenta así, con características de incontrovertible el que el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial no le da jurisdicción para esos asuntos a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial si ocurren controversias con el Estado en relación con tales actos y ya que en tal evento mal puede decirse que se trata de asuntos en los cuales contenciosamente se ventilan cuestiones de derecho privado.**

"Cuando la Gobernación de un Departamento, en cumplimiento de sus funciones legales, y en nombre del Estado, desecha una denuncia de minas por no considerarla jurídicamente aceptable, obra en ejercicio de funciones administrativas de derecho público, y el Estado así representado actúa como persona de derecho público. Sabido es que la admisión de la denuncia puede conducir normalmente a la adjudicación, y es obvio que no le es posible a personas de derecho privado ejecutar el acto jurídico administrativo SUI GENERIS de adjudicar minas; por donde se echa de ver que en tal caso el Estado, que lo ejecuta, obra como persona de derecho público y no en manera alguna como persona de derecho privado. Por consiguiente, si al Estado se le increpa el haber perjudicado los intereses del avisante de una mina por no haber admitido un denuncio y por cuanto el denunciante estima conculcado el derecho que le confirió el acto inicial y jurídicamente previo del aviso de ella dado ante autoridad competente, los Tribunales Superiores de Distrito no tienen, a la luz del ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, competencia para conocer de las demandas que se le ocurra entablar contra la Nación al que se siente perjudicado con tal acto".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Por apelación del actor, tiene que examinar esta Sala la sentencia de primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario de Germán Molina Callejas contra la Nación.

Se inició tal juicio con una demanda de mucho volumen y de poca técnica, en la cual se pide:

Primero. — Que las Resoluciones de 18 de febrero de 1943, de la Gobernación de Antioquia, y 6 de igual mes de 1945, del Ministerio de Minas y Petróleos, proferidas en el negocio de la mina de oro en veta, situada en los distritos de Segovia y Remedios, paraje de Doña Teresa, que el señor Germán Molina Callejas avisó en la Alcaldía de Segovia el 2 de febrero de 1943, bajo la partida número dos, y luégo denunció ante la Gobernación de Antioquia, con el nombre de "Bolivia", en memorial de 8 de los mismos mes y año, a la luz del artículo 1º de la Ley 95 de 1890,

constituyen fuerza mayor, obstaculizante del avance progresivo del respectivo denuncio en orden a la integridad del mineral restaurado por el señor Molina Callejas y que en el año de 1825 había sido primitivamente adjudicado a los señores Pbro. José Santos Carrillo y don Juan N. Murillo, pero sin extinguir, por falta de virtualidad jurídica, de que efectivamente carecen tales providencias, el derecho civil de restauración adquirido por el señor Molina a base del referido aviso.

Segundo.—Que el señor Germán Molina Callejas tiene derecho a que por la Nación se admita y considere la vigencia actual de los referidos aviso y denuncio y, por consiguiente, el derecho civil de restauración que esos documentos caracterizan y refrendan en su orden, y ello no obstante aquellas resoluciones administrativas de la Gobernación de Antioquia y del Ministerio de Minas y Petróleos. mientras no se opera alguno de los casos de pérdida del mismo derecho que especifican los artículos 118 y 349 del C. de M. o el 4º de la Ley 59 de 1909, sin lugar, consecuencialmente y hasta entonces, a archivar las diligencias del aludido denuncio.

Tercero. — Que, como restaurador del mineral de oro en veta de que se habla en el anterior postulado Primero, con la extensión superficiaria comprendida, como cuerpo cierto, "desde el salto de la quebrada Santa Teresa (o Doña Teresa), quebrada arriba hasta sus cumbres, con sus vertientes", el señor Germán Molina Callejas tiene derecho a que la Nación, por el órgano legal respectivo, le admita el correspondiente denuncio fechado el 8 de febrero de 1943, y luégo tramite éste legalmente, hasta entregarle en posesión y adjudicarle en propiedad el mineral, al mismo señor Molina, si a estas dos últimas finalidades se llegare normalmente por no resultar triunfante oposición alguna de tercero, y ello en un solo globo, sin menoscabar la extensión señalada en ese mismo denuncio y sin que, por lo tanto, tenga ingerencia el artículo 2º de la Ley 292 de 1875, que en el caso debe ceder a los artículos 30, 31, 123, 343 y 348 del C. de M. y 33 del Decreto 761 de 1887, que se llevan la preferencia.

Subsidiariamente—Que el expresado derecho lo tiene el señor Molina Callejas apenas sobre tres pertenencias continuas, tomando como base de medida el mencionado salto de la quebrada Doña Teresa, para seguir la longtitud quebrada arriba, hacia sus cumbres, y quedando la latitud para repartirla sobre las vertientes de la misma quebrada.

Cuarto.—Que, una vez ejecutoriada la sentencia, se la comunique íntegramente a los señores Ministro de Minas y Petróleos y Gobernador de Antioquia, para la efectividad de los derechos declarados en el anterior postulado Tercero o en su punto subsidiario, según el caso fuera.

La demanda cuestionada fue decidida en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción, y como consecuencia, se negaron las declaraciones solicitadas, lo cual se fundó en las mismas consideraciones expuestas en otro fallo del mismo Tribunal, que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia, consideraciones de que dan cuenta estos párrafos que se copian:

Interpuesto el recurso de apelación ante la H. Corte Suprema de Justicia esta alta Corporación confirmó el auto del Tribunal en providencia fechada el 7 de julio de 1944, que corre publicada en el número 2016 de la GACETA JUDICIAL en las páginas 387 y ss., cuya jurisprudencia extractada es la siguiente que antecede a la resolución judicial ya especificada y que dice: "Estima la Corte que cuando el asunto controvertido versa, bien sea exclusivamente, o al menos de manera fundamental, y de necesaria decisión previa, sobre una cuestión netamente de derecho público, y en forma especial cuando en ese caso el Estado ha obrado por ministerio de la ley misma en su calidad de persona de derecho público (**jure publico**) y no en calidad de persona de derecho privado (**jure privato**), y aparece aquí desde luego la importancia de esta distinción sobre la doble personalidad del Estado —que hay quienes, infundadamente, pretenden hacer desaparecer— se presenta así, con características de incontrovertible el que el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial no le da jurisdicción para esos asuntos a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial si ocurren controversias con el Estado en relación con tales actos y ya en tal evento mal puede decirse que se trata de asuntos en los cuales contenciosamente se ventilan cuestiones de derecho privado.

"Cuando la Gobernación de un Departamento, en cumplimiento de sus funciones legales, y en nombre del Estado, desecha una denuncia de minas por no considerarla jurídicamente aceptable, obra en ejercicio de funciones administrativas de derecho público y el Estado así representado actúa como persona de derecho público. Sabido es que la admisión de la denuncia puede conducir normalmente a la adjudicación, y es obvio que no le es posible a personas de derecho privado

ejecutar el acto jurídico administrativo **sui generis** de adjudicar minas; por donde se echa de ver que en tal caso el Estado, que lo ejecuta, obra como persona de derecho público y no en manera alguna, como persona de derecho privado. Por consiguiente, si al Estado se le increpa el haber perjudicado los intereses del avisante de una mina por no haber admitido un denuncio y por cuanto el denunciante estima conculcado el derecho que le confirió el acto inicial y jurídicamente previo del aviso de ella dado ante autoridad competente, los Tribunales Superiores de Distrito no tienen, a la luz del ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, competencia para conocer de las demandas que se le ocurra entablar contra la Nación al que se sienta perjudicado con tal acto".

Como ya se dejó explicado, en este proceso se trata de una cuestión jurídica igual a la ya controvertida y decidida así por este Tribunal como por la H. Corte, y por lo mismo, sería superfluo entrar en otras consideraciones ya que la Sala estima que las conclusiones a las cuales llegó el Tribunal al dictar su providencia en el año de 1943 continúan con el sólido fundamento legal que entonces se les señaló, y sobre todo, porque encuentra que es inobjetable por todos sus aspectos, la clara jurisprudencia sentada sobre el particular por la H. Corte Suprema de Justicia.

Que los casos contemplados son iguales, es cuestión evidente puesto que se trata en ambos del mismo denuncio de minas, o sea el formulado el 8 de febrero de 1943, basado en uno y otro caso en el aviso del 2 de febrero del mismo año. Confirma lo anterior el hecho de ser el mismo señor Molina Callejas el que entonces avisó la mina de "Ñeme-Ñeme" o "Bolivia" creyéndola abandonada por deficiente pago de los derechos fiscales que es precisamente lo que alega como causa, en la demanda que hoy se decide, para sostener que ese mineral de "Ñeme-Ñeme" titulado primitivamente como cuerpo cierto en el año de 1825 cayó en abandono y se hizo restaurable para quien dio el aviso y el denuncio de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 30, 31, 123, 343 y 348 del C. de Minas y 33 del Decreto 761 de 1887. Como razón fundamental se expuso entonces que el rechazo al denuncio de 8 de febrero ya expresado era ilegal y suspendió arbitrariamente el avance del proceso administrativo tendiente a obtener la adjudicación del referido mineral, como se sostiene hoy, hablando no ya únicamente de arbitrariedad sino de fuerza mayor atribuída a esas resoluciones de carácter administrativo que le impidieron al señor Molina Callejas el avance de su denuncio y que fueron la causa determinante para que no se le adjudicara el mineral al cual considera tener derecho como restaurador y por la misma extensión de sus primitivos dueños, ya que en su concepto la Gobernación se apoyó para no aceptar su denuncio en el artículo 2º de la citada Ley 292 haciendo tabla rasa de los artículos 30, 31 y otros del C. Minero; y en el presente caso, como en el anterior, demandó a la Nación como entidad de derecho público buscando en el fondo la nulidad de resoluciones de carácter administrativo dictadas por autoridades de la Rama Ejecutiva en cumplimiento de mandatos legales".

Consideraciones de la Sala

La argumentación del Tribunal y la razón de la sentencia que contraría las pretensiones del actor, son fundadas y jurídicas. Sólo que la Sala estima que la conclusión del Tribunal ha debido ser otra, aunque en la práctica dé resultados semejantes a los de la parte resolutiva de la sentencia que se examina.

Efectivamente, la parte petitoria de la demanda y toda la argumentación del actor, giran alrededor de las resoluciones dictadas por la Gobernación y por el Ministerio, que el actor quiere que se desconozcan para que el Organo Judicial ordene dar curso al denuncio. Basta con dar razón de algunos de los hechos de la demanda, y analizar los pedimentos de ella, para ver que son las Resoluciones administrativas, el motivo de ataque del actor, y el obstáculo en su empeño para agitar el proceso de titulación de la mina "Ñeme-Ñeme" o "Venecia", que alguna vez avisó y denunció.

Efectivamente, algunos de los hechos de esa demanda dicen:

Hecho 6º Que el actor avisó la mina mencionada.

Hecho 7º Que la Gobernación, en Resolución de 18 de febrero de 1943, no admitió el denuncio, "por considerar que la extensión de la mina no puede pasar de tres kilómetros".

Hecho 8º Que recurrida la Resolución de la Gobernación, fue confirmada por el Ministerio de Minas y Petróleos.

Hecho 9º Que se demanda a la Nación "porque es ésta, por el órgano de sus legítimos representantes, quien por sí y ante sí y en forma oficiosa y anormal, desconoce al actor aquellos derechos de restauración y denuncio de la mina".

Hecho 10. Que aquellas Resoluciones fueron demandadas ante el Consejo de Estado, pero que la demanda no prosperó por una cuestión de tiempo. Y expresa: "Como es innegable que en el Código de Minas no existe procedimiento alguno indicado para la efectividad de los derechos que en las mencionadas providencias administrativas se le niegan al actor, el artículo 456 del C. de Minas indica ese procedimiento".

Hecho 11. Que para conocer los fundamentos en que se apoyan esos actos administrativos que conculcan los derechos de restauración y denuncio, se transcribe lo pertinente de la Resolución ministerial". (Se transcribe en la demanda). Y sigue después un examen crítico de las Resoluciones.

Y en cuanto a lo pedido en la demanda, se lee, como ya se vio:

Que las Resoluciones de la Gobernación y del Ministerio constituyen fuerza mayor;

Que esa fuerza mayor no puede obstaculizar el avance del denuncio, por "falta de virtualidad jurídica de las Resoluciones";

Que el actor tiene derecho a que se considere la vigencia de los referidos aviso y denuncio, no obstante aquellas Resoluciones administrativas; y

Que el actor tiene derecho a que se le admita el denuncio por la extensión superficiaria de la antigua mina "Ñeme-Ñeme".

Se ve, sin lugar a dudas, que el actor aspira a que el Organo Judicial desconozca las Resoluciones administrativas, porque en su concepto no tienen "virtualidad jurídica". Y qué autoridad puede decidir sobre esto? Lo sabe el mismo actor, pues dice que contra esas Resoluciones presentó demanda ante el Consejo de Estado.

Ya se vio que todos estos puntos fueron estudiados y decididos en otra vez por esta Sala (GACETA JUDICIAL, Tomo LVIII, pág. 387), en forma desfavorable al actor. Y fuera de esto, con la demanda se presentó la copia de otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se consideran otros avisos y denuncio sobre la mina citada, y se dice que ellos quedaron sin valor por providencias administrativas, como ocurrió con los que se han dejado examinados; de manera que en realidad de verdad, el actor está formulando peticiones con base en un denuncio caducado, y está aspirando a que esta Sala examine y declare sin vigencia unas providencias administrativas, lo cual no compete al Organo Judicial.

Sobran entonces cualesquiera otras consideraciones, y es el caso de declarar la nulidad del proceso, por incompetencia de jurisdicción, a virtud de lo dispuesto en los artículos 448 y 455 del Código Judicial, y por tratarse de una nulidad inallanable.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, DECLARA NULO este proceso por incompetencia de jurisdicción.

Publíquese, cópiese, notíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS POR UN ACTO JUDICIAL. — SI LAS INDEMNIZACIONES QUE SE RECLAMAN SE FUNDAN, NO EN UN ACTO ADMINISTRATIVO PROPIAMENTE DICHO, SINO EN UN ACTO DE JURISDICCION QUE SE CONSIDERA ILEGITIMO, LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL RESPECTIVO JUICIO NO PUEDE ATRIBUIRSE AL FUERO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SINO AL DE LA JUSTICIA ORDINARIA

1.—Aun cuando en un sentido lato el concepto de administración comprende en general el ejercicio de todas las funciones atinentes al servicio público, estrictamente hablando, el derecho reserva esta denominación para aquellos actos que directamente emanan de los órganos o agentes de la rama ejecutiva del poder público, o de las entidades seccionales y municipales que por medio de Ordenanzas y de Acuerdos administran su propio patrimonio; bien distintos por cierto de los llamados actos de jurisdicción, cuyo control y consecuencias son ajenos a la organización de la competencia administrativa. Se comprende así por qué el Capítulo VII del Código de lo Contencioso que trata "De la jurisdicción contra los actos de la Administración", concreta expresamente esa jurisdicción al conocimiento de demandas de decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros, Gobernadores, Intendentes y demás empleados o personas administrativas, o de Ordenanzas de las Asambleas y Acuerdos de los Concejos, a fin de que se anulen por ser opuestos a una norma superior, o expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los dictó, y para que, como consecuencia, se restablezca el derecho particular menoscabado; y contra los simples hechos u operaciones administrativas, para que se restablezca asimismo el derecho, o se paguen al agraviado las prestaciones o indemnizaciones a que haya lugar. Y por qué también, y de manera expresa, excluyó de dicha jurisdicción "Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales", lo mismo que "las atribuídas por la ley a otra jurisdicción" (artículo 73). Porque en todas ellas se ejecutan actos de jurisdicción que por su naturaleza son extraños a la organización contencioso-administrativa.

Luego si las indemnizaciones que se reclaman, v. gr., de un Departamento, se fundan no en un acto administrativo propiamente dicho, sino en un acto de jurisdicción que el demandante considera ilegítimo, la competencia para conocer del correspondiente juicio no puede atribuírse al fuero contencioso - administrativo, sino al de la justicia ordinaria.

2.—Enseña el artículo 2341 del C. C. que "El que ha cometido un delito o culpa, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

En la doctrina de esta disposición se halla comprendida, en principio, la responsabilidad de las personas morales por razón de los actos culposos de sus agentes, ejecutados en ejercicio de sus funciones. Porque, como lo enseñan los hermanos Mazeaud, "El agente de la administración es el órgano de la persona moral pública. Y toda persona moral debe responder de los actos de sus órganos, porque son sus propios actos, como toda persona física responde del movimiento de sus manos. Cuando el órgano obra como órgano, es la misma persona moral quien obra. Cuando el agente de la administración obra en su condición de agente, es la persona moral pública quien obra. Esta norma resulta de la concepción misma de la personalidad moral: la persona moral obra por medio de sus órganos; los actos de éstos son sus propios actos, y a este título debe responder... ("Traité Theorique et Practique de la Responsabilité Civil, Tomo 3º, página 39; número 2008-4).

El derecho privado funda esta responsabilidad en el mismo principio de culpa, probada o presunta, que determina la de la persona física, por la negligencia o descuido en la escogencia de los agentes del servicio, culpa in eligendo, **o por la falta de vigilancia y cuidado en la forma como dichos agentes cumplen su función,** culpa in vigilando. **El derecho administrativo, en cambio, refiere tal responsabilidad al simple hecho del perjuicio individual producido por el acto de la Administración, porque dada la forma reglamentaria como ésta debe proveer los cargos y la forma como el agente está llamado a cumplir su función, no cabe sostener la imprevisión o negligencia en que la culpa consiste. "La falta del servicio público — sostiene Pablo Duez — no está necesariamente ligada a la idea de falta de un agente determinado e identificado. Para que aparezca la falta de un servicio público no es preciso que determinados funcionarios señalados por sus nombres hayan cometido la culpa. Es suficiente al respecto patentizar un mal comportamiento general y anónimo del servicio al que pueda imputarse el daño causado; establecer que el servicio es defectuoso, sea en su organización, sea en su funcionamiento, y que el daño proviene de ese defecto". (La Responsabilité de la Puissance Publique en dehors du contract). Lo cual ni impide que el irregular funcionamiento del servicio obedezca a una falta personal del agente encargado de obrar, y que también resulte comprometida en este caso la responsabilidad de la Administración.**

Con ser éste el principio general, tanto la doctrina como la jurisprudencia han excluído de su aplicación la responsabilidad por los llamados actos de Soberanía, entre los que se cuentan precisamente los actos judiciales y de represión policiva, y los cuales, cuando se cumplen dentro del ejercicio normal de la función, sólo comprometen la responsabilidad administrativa en los términos que una ley particular y expresa lo haya prevenido. Y esto, como lo observa Lalou, "por la consideración de que hay actos por los cuales, en razón de un interés superior, es preciso dejar al Estado una libre actividad de dominio, sin que estos actos puedan ser apreciados por una jurisdicción cualquiera o dar lugar a un recurso cualquiera". (La Responsabilité Civil, pág. 680, número 1459).'

Ahora bien, la responsabilidad que en este pleito se pretende contra un Departamento, se origina precisamente en la actividad judicial de uno de sus agentes, de la que se siguieron graves daños al demandante; pero, como aquella actividad no encuentra dentro de nuestra legislación un texto expreso que le asigne consecuencias reparatorias, resulta clara su improcedencia frente al simple hecho objetivo del perjuicio con que el criterio del derecho administrativo resuelve el problema. Queda, pues, solamente por establecer si el agente obró fuéra de las normas reguladoras de su función, en términos de comprometer la responsabilidad de la persona moral por quien actuaba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El veinticuatro de enero de mil novecientos cuerenta y siete presentó el señor José Antonio Fuentes Gómez ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga demanda civil ordinaria contra el Departamento de Santander, representado por su Gobernador, para que en sentencia definitiva fueran hechas las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el Departamento de Santander está obligado a pagarle a mi poderdante, el señor José Antonio Fuentes Gómez, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la correspondiente sentencia condenatoria, el valor de los perjuicios materiales y morales que le ocasionó con los hechos de haberlo hecho (sic) aparecer, por errores en las cuentas de sus agentes, como desfalcado en el manejo de la extinguida Colecturía de Hacienda de la igualmente extinguida Provincia de Vélez; por haberle iniciado y seguido por medio de sus agentes, sumario penal por ese desfalco inexistente, haberle destituído del cargo mencionado y de todos los hechos consecuenciales de aquéllos; y

"Segundo. — Que el mencionado Departamento está obligado a pagarle a mi mandante por esa causa o motivo la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) moneda corriente, o la que se fije en su oportunidad debida por peritos".

Dado a esta solicitud el trámite correspondiente a la primera instancia del juicio, fue decidida

por el Tribunal en sentencia de veintiuno de noviembre del mismo año, en el sentido de **absolver** al Departamento de los cargos de la demanda.

De esta providencia apeló oportunamente el señor apoderado de la parte actora, por cuyo motivo vino el negocio a la Corte, en donde ha recibido el trámite que le corresponde a la segunda instancia; en consecuencia, es el caso de proceder a desatar el recurso, como se hace, con fundamento en las consideraciones que en seguida se leen:

Los fundamentos de la demanda

Se describen éstos en el libelo respectivo, mediante treinta y cuatro numerales, alguno de ellos largamente subdividido, con determinación posterior de las disposiciones de derecho en que se apoyan las pretensiones propuestas. El Tribunal sentenciador los sintetiza así, en el fallo que es objeto del recurso:

"El 8 de enero de 1926, por nombramiento que le hizo la Gobernación del Departamento de Santander, el señor José Antonio Fuentes Gómez tomó posesión del cargo de colector de hacienda de la provincia de Vélez, el cual venía desempeñando con toda corrección y escrupulosidad, sin que a sus cuentas que rendía se le hubiesen formulado glosas fundamentales.

"En el año de 1934 se le formularon algunas glosas a las cuentas, y en las visitas que le fueron practicadas en la colecturía se le liquidaron algunos alcances, lo cual no consideró el señor Fuentes Gómez ajustado a la realidad, sino que lo atribuía a errores de los visitadores y a las entidades encargadas de revisar sus cuentas, pues llegó el caso de que se le dedujeran alcances por conceptos de sumas que no sólo no recibió, sino que pertenecían a recaudos hechos por otras provincias del Departamento.

"Por tales errores reclamó el señor Fuentes Gómez a los representantes o agentes del Departamento en el ramo fiscal (entonces la extinguida gerencia de rentas), sin que sus reclamos fueran oídos; pero la contraloría departamental comisionó al señor Emilio Ordóñez Mutis, visitador fiscal del Departamento, para que practicara una visita en las oficinas de esa colecturía, lo cual se llevó a cabo el 12 de septiembre de 1934.

"Como resultado de esa visita, en el curso de la cual afirma el demandante no se tuvieron en cuenta los libros de la colecturía sino los datos errados de las oficinas revisoras, se le dedujo al señor Fuentes Gómez un alcance de cinco mil setecientos cincuenta y siete pesos con treinta y ocho centavos ($ 5.757.38) por concepto de vigencias anteriores, que estaba en descubierto.

"Conforme a la contabilidad de la colecturía no sólo no había ese saldo a cargo del empleado, sino que éste de sus propios recursos había prestado dineros a la administración departamental; sin embargo mientras se aclaraban las cuentas, el señor Fuentes Gómez se atuvo a esa visita y presentó, por mero exceso de delicadeza, la suma de cinco mil novecientos un pesos con cuarenta y dos centavos ($ 5.901.42) que de acuerdo con las cuentas del liquidador debía de aparecer en Caja.

"Terminada la visita, el señor Fuentes Gómez se trasladó a Bogotá, con el fin de conseguir el dinero deducido como alcance por el visitador, en la esperanza de que le fuera devuelto cuando quedaran aclaradas sus cuentas, y fue así, como de Tunja, por no haber otro medio seguro, aquél hizo a la gerencia de rentas de Santander el giro de las sumas que había en la colecturía como resultante al tiempo de practicarse la visita, con planillas números 0841, 0842 y 0843.

"El 25 de septiembre de ese año, el visitador Ordóñez Mutis, invocando la ley 63 de 1918 (debió citarse la ley 36), dictó un auto ordenando el embargo de los bienes de propiedad del señor Fuentes Gómez, y la detención provisional de éste "como responsable del delito de malversación de caudales públicos"; providencia que tuvo su cumplimiento al día siguiente, 26, librándose el correspondiente despacho al registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Vélez, y la respectiva boleta de detención.

"El mismo 26 el visitador presentó denuncio criminal ante el Juez primero del Circuito de Vélez, y desde esa fecha hasta el 29 de abril siguiente permaneció el señor Fuentes Gómez detenido en la cárcel de dicho circuito, de donde fue libertado de manera "incondicional" por orden del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, según auto de 27 del citado abril, en que revocó el auto de detención dictado contra el señor Fuentes Gómez y el auto en que se le negaba la libertad provisional.

"Luégo, el gobierno departamental por medio de sus agentes declaró la corrección de las cuentas del señor Fuentes Gómez, en distintos actos en los cuales intervino también el Tribunal administrativo de Bucaramanga.

"Según tales actos, que se encuentran puntualizados en el hecho 17º, fundamental de la demanda, y emanados de la gerencia de rentas de

Santander; contaduría departamental, Sección 2ª, contaduría departamental y tribunal administrativo de Bucaramanga, entidades todas que conocieron del respectivo juicio de cuentas que promovió el señor Fuentes Gómez, por razón del referido empleo de manejo que ejerció, luégo de habérsele deducido en 1934 y en 1935 un alcance que subía a la suma de trece mil trescientos diez y siete pesos con ochenta y nueve centavos ($ 13.317.89), referente a las cuentas de junio y septiembre de 1934, la contraloría departamental, en enero de 1939, redujo el alcance a ciento cincuenta y seis pesos con veintisiete centavos ($ 156.27), y finalmente, vino a quedar como resultado de todo, que, no sólo no había alcance sino que el fisco departamental, por concepto de las precitadas cuentas, le debía al señor José Antonio Fuentes Gómez, la suma de doscientos seis pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 206.45), según lo resuelto por el tribunal administrativo de Bucaramanga, el 14 de agosto de 1939.

"Por lo cual, la contraloría departamental procedió a otorgarle al demandante el correspondiente finiquito por su manejo como colector de hacienda de la antigua provincia de Vélez, desde el día en que tomó posesión del cargo hasta el día en que el aludido visitador lo destituyó de él para llevarlo a la cárcel.

"El actor desde antes de encargarse de la colecturía de hacienda de Vélez hasta el día en que fue detenido, estuvo dedicado a las actividades del comercio, en el ramo de transportes, y en el de ventas de mercancías y a la industria de la ganadería, con muy buen éxito, logrando conseguir un amplio crédito bancario.

"Una vez embargados los bienes, el señor Fuentes Gómez se quedó sin ellos, sin sus productos y sin el crédito bancario y comercial de que venía gozando, y por razón de su detención quedó privado del ejercicio del comercio, y sus bienes raíces fueron rematados a vil precio.

"El señor Fuentes Gómez, que atendía al sostenimiento de su familia y educación de sus hijos, tuvo que gastar cuantiosas sumas en su defensa penal y en la aclaración de sus cuentas, hasta obtener el finiquito de ellas, empleando varios años en esta última labor y varios viajes de la ciudad de Vélez.

"En el hecho 27º se dice que la sentencia del tribunal superior de San Gil, de 19 de febrero de 1942, que puso fin al proceso penal, es absolutorio "por no haber cometido delito alguno en el presente caso y por ser aplicable el ordinal 3º del artículo 33 de la ley 104 de 1922.

"El daño moral causado a la persona del señor Fuentes Gómez, a su esposa y a sus descendientes "con la iniquidad de que se les hizo víctimas, no tiene ponderación ni medida".

"Tanto el señor Fuentes Gómez como la familia de su esposa han ocupado en Santander alta posición social, y que la situación económica que él atravesó, debido a la "ligereza administrativa", hizo que su esposa tuviera que dedicarse a trabajar para atender a los gastos de la casa y al sostenimiento de su marido.

"El señor Fuentes Gómez ocupó diversos cargos de significación en la administración pública del Departamento, y después de ser diputado a la asamblea fue elegido representante a la Cámara.

"Pero después de su detención perdió todo el crédito comercial de que gozaba en las plazas de Bogotá, Bucaramanga, Tunja, Sogamoso, Socorro, Vélez, Chiquinquirá y otras de bastante importancia.

"Y no sólo perdió el empleo que venía desempeñando, sino que nunca pudo aspirar a otro que le permitiera atender a su subsistencia y a la de los suyos.

"En el hecho 34º se expresa que el daño moral que le ocasionaron los agentes del gobierno departamental de Santander, al precitado señor Fuentes Gómez es, inconmensurable, "y yo, como su mandatario, por estar obligado a estimarlo fijo ese daño (el puramente moral) en suma mucho mayor de **cincuenta mil pesos**".

"Al referirse a los fundamentos de derecho dice la demanda que invoca "la regla universal de acuerdo con la cual todo el que cause un daño está obligado a repararlo, sea porque lo causó directamente o sea porque lo causó por medio de sus agentes". Y reiteradas jurisprudencias de nuestra Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que "daños de esta índole, deben estimarse como causados directamente por el Departamento, pues él como persona moral que es, o entidad de derecho, no puede obrar directamente sino por medio de sus agentes". Invoca, además, los artículos 1494, 2341, 2342, 2343, 2347, 2352, 2356 y 2360 del código civil".

La posición del Departamento

Por conducto de apoderado especial el Departamento de Santander contestó la demanda, y luégo de oponerse a las declaraciones pedidas, reconoció lo siguiente:

El día ocho de enero de 1926, el señor José An-

tonio Fuentes Gómez tomó posesión del cargo de Colector de Hacienda de la Provincia de Vélez, para el que había sido nombrado en interinidad por un funcionario distinto del Gobernador.

El día cinco de septiembre de 1939 el señor Emilio Ordóñez Mutis, como Visitador Fiscal del Departamento, y en cumplimiento de órdenes que le impartiera la Contaduría de aquella misma entidad, le practicó una visita al señor Fuentes Gómez y le dedujo a cargo suyo un saldo por valor de $ 5.757.38 correspondiente a vigencias anteriores, y que en el acto mismo presentó el responsable, pero la cual no permaneció en las arcas de la Oficina, por cuanto al hacerse veinte días después entrega de la misma, ya no pudo ser presentada. En esa misma fecha, 25 de septiembre, el empleado Visitador, con base en la ley 36 de 1918 y la Ordenanza número 34 de 1934, decretó la detención provisional del señor Fuentes y el embargo preventivo de sus bienes, presentando además al día siguiente denuncio criminal que juró ante el Juez Primero del Circuito de Vélez, quien hizo efectiva la orden de detención, a partir del 28 de septiembre y hasta fines de abril del año siguiente en que fue decretada la libertad incondicional por el Tribunal Superior de San Gil.

Los demás hechos fueron negados para que se demostraran en el curso del juicio.

También opuso como medio de defensa la excepción perentoria de prescripción de la acción intentada de que trata el artículo 2358 del C. C. Y más tarde, en el alegato de conclusión de primera instancia, pues que en la segunda se ha guardado un absoluto silencio, se solicitó declaratoria de nulidad de todo lo actuado, por incompetencia de jurisdicción de la justicia ordinaria para conocer de esta clase de controversias, por considerarse que las de esta naturaleza, se encuentran privativamente adscritas a la rama jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.

La competencia

Dados los términos como se encuentra planteado el debate; corresponde examinar en primer término el punto relacionado con la competencia de la justicia ordinaria para conocer de negocios de la índole del que aquí se agita, a efecto de establecer —sobre la base de validez o invalidez a que se llegue— si es o no procedente el estudio de fondo sobre las declaraciones que forman el objeto del juicio.

Dice sobre el particular el señor abogado del Departamento: "El demandante funda su acción en la culpa de la administración. Pero esta culpa en que el demandante se apoya consiste, según él, en que por errores en las cuentas de la Contraloría Departamental de Santander, entonces Contaduría Departamental, un visitador suyo, al tenor del artículo 46 de la Ordenanza número 35 de 1934, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, y de acuerdo con el artículo 21 de la ley 36 de 1918, dictó una resolución mediante la cual disponía la captura del señor Fuentes Gómez y el embargo de sus bienes. Así las cosas, el interesado señor Fuentes Gómez hubiera debido interponer contra la providencia dictada por el visitador todos los recursos legales, si de ella recibía perjuicio, porque se trataba de un acto **administrativo** que la misma administración podía corregir y contra el cual hubiera podido interponerse en su oportunidad, para ante el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo la correspondiente demanda de nulidad.

"Por esta razón parece muy claro que el demandante esté ejerciendo una acción que no le corresponde, toda vez que la demanda con que el juicio se abrió no busca otra cosa que la indemnización de los perjuicios sufridos por razón de un acto administrativo. Debe tenerse en cuenta que el artículo 68 de la ley 167 de 1941 establece lo siguiente: "También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes".

La Sala observa:

Aún cuando en un sentido lato el concepto de **administración** comprende en general el ejercicio de todas las funciones atinentes al servicio público, estrictamente hablando, el derecho reserva esta denominación para aquellos actos que directamente emanan de los órganos o agentes de la rama ejecutiva del poder público, o de las entidades seccionales y municipales que por medio de Ordenanzas y de Acuerdos administran su propio patrimonio; bien distinto por cierto de los llamados actos de jurisdicción, cuyo control y consecuencias son ajenos a la organización de la competencia administrativa. Se comprende así por qué el Capítulo VII del Código de lo Contencioso que trata "De la jurisdicción contra los actos de la Administración", y al cual pertenece el artículo 68 en que el señor abogado del Departa-

mento de Santander funda la objeción de incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de controversias de la índole de la que aquí se ventila, concreta expresamente esa jurisdicción al conocimiento de demandas de derecretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros, Gobernadores, Intendentes y demás empleados o personas **administrativas,** o de Ordenanzas de las Asambleas y Acuerdos de los Concejos, a fin de que se anulen por ser opuestos a una norma superior, o expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los dictó, y para que, como consecuencia, se restablezca el derecho particular menoscabado; y contra los simples hechos u operaciones **administrativos,** para que se restablezca asimismo el derecho, o se paguen al agraviado las prestaciones o indemnizaciones a que haya lugar. Y por qué también, y de manera expresa, excluyó de dicha jurisdicción "Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales", lo mismo que "Las atribuídas por la ley a otra jurisdicción" (artículo 73). Porque en todas ellas se ejecutan actos de jurisdicción, que por su naturaleza son extraños a la organización contencioso-administrativa.

Luego fundadas las indemnizaciones que el señor Fuentes Gómez reclama del Departamento de Santander mediante este juicio, no en un acto administrativo propiamente dicho, sino en un acto de jurisdicción que considera ilegítimo, la competencia para conocer de él no puede atribuírse al fuero contencioso - administrativo sino al de la justicia ordinaria, tal como ha sido propuesto.

Hechos probados

Como se ha dicho, el señor Fuentes Gómez entró al servicio del Departamento de Santander como Colector interino de la provincia de Vélez el día 8 de enero de 1926 en que tomó posesión del mencionado cargo (fl. 1º y v. del C. número 5); y estuvo en ejercicio de él, no se sabe si con el mismo carácter de interino o con nombramiento en propiedad, hasta el día 25 de septiembre de 1934 en que fue reemplazado por el señor Emilio Ordóñez Mutis, Visitador Fiscal de la Contraloría del Departamento y en ejercicio de su cargo (fls. 177 v. y 178, C. número 5).

Algunos alcances que a la postre resultaron infundados, como adelante se dirá, determinaron a la Contaduría del Departamento a disponer una visita extraordinaria, que al efecto llevó a cabo el señor Ordóñez Mutis antes mencionado, en los días comprendidos del 5 al 12 de septiembre de 1934, y con los resultados que en detalle se leen en el acta que obra a folios 5 a 10 del mismo cuaderno número 5. En dicha visita se le dedujo al señor Fuentes un saldo a su cargo, así: Por concepto de la vigencia actual, $ 5.757.38; saldo a su cargo por concepto de la vigencia anterior (1933-1934), $ 5.757.38; total: $ 11.658.80. De estas sumas, presentó en efectivo la correspondiente a la vigencia actual. "En relación con el saldo que aparece a su cargo —dice el acta— procedente de las diferencias ocurridas en los estudios de las cuentas de vigencias anteriores, manifiesta el empleado visitado que acepta tales diferencias a su cargo a fin de transar las dificultades ocurridas entre las cuentas de la Gerencia y las de la Oficina a su cargo y que en su calidad de hombre honrado no quiere dejar pendiente en absoluto nada que lo pueda afectar en su reputación. Para el efecto de la cancelación de dicho saldo, solamente pide al Gobierno se le conceda cancelarlo por entregas de $ 1.000.00 mensuales, contados del 10 de octubre en adelante, ya sea remitiendo esos valores a la Tesorería General o a la Gerencia de Rentas, o cubriendo servicio público del que está pendiente en esta provincia correspondiente a la vigencia pasada".

Al día siguiente de concluída la anterior visita, el señor Fuentes Gómez dirigió al empleado visitador el siguiente oficio: "Señor don Emilio Ordóñez Mutis; Visitador Fiscal del Departamento, C.—Al firmar ayer la diligencia de visita practicada por usted en esta Colecturía a mi cargo, hube de manifestar que para evitar mortificaciones con la Gerencia de Rentas estaba dispuesto a cancelar el saldo deducido por diferencias ocurridas entre las cuentas de la Gerencia y las cuentas de esta Oficina y en salvo también de mi reputación bien cimentada. Como lo dice la constancia que al respecto hice en la aludida diligencia concurren a formar el saldo formado por usted partidas varias cuyo cargo no puedo aceptar por no haber recibido los dineros a que esas partidas se refieren, aparte de que las otras tampoco pueden servir de fundamento a ningún cargo legal. Debo hacer especial mención a la circunstancia por demás expresiva de que el saldo que se deduce en la visita contra mí se halla formado por partidas distintas de las que forman el saldo

deducido en visitas anteriores por el señor Lucio Villamizar, resultando con esto que las partidas que formaban los saldos de las visitas anteriores no son los mismos que forman el saldo deducido por usted, lo que quiere decir que no se conocen en definitiva cuáles son las partidas legalmente deducibles. Por una inadvertencia de mi parte dejé de manifestar también en la diligencia de la visita practicada por usted que dejaba a salvo mis derechos todos para acudir a la Contaduría y demás entidades llamadas a intervenir en el examen y fenecimiento definitivo de las cuentas rendidas por mí, manifestación que ahora hago para que no crea que el ofrecimiento de pago que tengo hecho en aquella diligencia es como la aceptación incondicional de dicho saldo, que atendido el manejo pulcro que he hecho de las cuentas considero injusto por todos motivos. Ruego a usted atentamente se sirva agregar el presente oficio al acta de la diligencia de visita practicada por usted, del cual me permito dejar copia para llevarla a conocimiento de la Contaduría. Quedo de usted muy atto. s. s., José A. Fuentes Gómez".

Al pie de esta nota, sólo se lee la siguiente sustanciación: "Es antiestética la copia — Emilio Ordóñez Mutis".

El día 25 del propio mes de septiembre de 1934, tuvo lugar la entrega de la Oficina del Colector Fuentes Gómez al Visitador Fiscal Ordóñez Mutis, en los términos que describe la siguiente:

"Acta de la diligencia de entrega

"Diligencia de entrega, que el señor José Antonio Fuentes Gómez, Colector de Hacienda de la Provincia de Vélez, hace al señor Emilio Ordóñez Mutis, Visitador Fiscal del Circuito número 1º hoy veinticinco de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro.

Estado de Caja

Existencia en Caja el doce de septiembre del corriente año, por concepto de la vigencia de 1934 a 1935	$ 5.901.42	
Documentos pagados		
Nómina del Alcalde de Cite, en julio	40.00	
Saldo de más en los documentos de Educación Pública	81.09	
Remesas		
0074 de Puente Nacional	$ 386.58	
0289 de Cite	22.14	
0290 de Cite	352.06	
0158 de La Paz (S.)	245.79	
0158 de Güepsa	204.59	
0131 de La Aguada	94.22	
Estanco de La Aguada	62.36	1.367.74
De fermentados de Vélez	640.00	
En dinero efectivo		25.69
Balance		7.812.38
Sumas iguales	$ 7.909.16	7.909.16

"Al exigirle los dineros que constituyen la anterior existencia de la actual vigencia, el empleado responsable señor José Antonio Fuentes Gómez y en presencia de los doctores Luis A. Mejía, Darío Gómez Parra y Gerardo Vesga T., quienes se encontraban en ese momento en la Oficina, hizo la siguiente declaración: "No puedo presentar los dineros que en el acta de visita del doce de los corrientes presenté al señor Visitador Ordóñez Mutis, quien los contó cuidadosamente y halló en ellos la suma de $ 5.901.48". En este estado se da por terminada la presente acta de entrega, para terminarla mañana a las ocho de la mañana. El Visitador, Emilio Ordóñez Mutis. El Colector, José A. Fuentes Gómez". (Fol. 46, Cuad. 2º).

En presencia de los anteriores resultados, el Visitador dictó el siguiente auto:

"Visitaduría Fiscal del Círculo número 1º del Departamento de Santander del Sur—Vélez, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta y cuatro. — Como de la anterior acta se desprende claramente la responsabilidad del señor José Antonio Fuentes Gómez, ésta Visitaduría decreta el embargo preventivo de todos los bienes raíces y semovientes del citado señor Fuentes Gómez, ex-Colector de Hacienda de esta provincia, y dispone dar el correspondiente aviso al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito; y ordena además la detención provisional del señor José Antonio Fuentes Gómez como responsable del delito de malversación de caudales públicos y en consecuencia se librará el correspondiente despacho al señor Director de la Cárcel de este Circuito; dando de esta manera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 36 de 1918. Cúmplase. — Emilio Ordóñez Mutis, Visitador Fiscal. — El Secretario **ad hoc**, José Vicente Salcedo" (fol. 46 ibid.).

El embargo fue inmediatamente comunicado al Registrador; la detención en cambio, fue reservada al Juez del Circuito, quien dos días después libró la correspondiente boleta (fl. 1º, C. Nº 4), a virtud del siguiente denuncio con que se inició la investigación penal:

"Señor Juez 1º del Circuito—E. S. D.—Yo, Emilio Ordóñez Mutis, mayor de edad, de tránsito por esta ciudad, y hablando en mi carácter de Visitador Fiscal del Departamento, formulo ante usted denuncio criminal contra el señor José Antonio Fuentes Gómez, ex-Colector de Hacienda de esta provincia, por el delito de malversación de caudales públicos, delito de que trata el Título IX del C. P. Apoyo mi denuncio en lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 36 de 1918 y el artículo 46 de la Ordenanza número 34 expedida por la Asamblea de Santander el 23 de abril del corriente año. Acompaño en nueve fojas copias de las correspondientes actas de visitas practicadas en la Colecturía de esta ciudad con fechas cinco de septiembre del corriente año (sic); así como también la diligencia de entrega de la oficina, verificada el día 25 de septiembre del presente año; pues en dichos documentos se comprueba la responsabilidad del señor José Antonio Fuentes Gómez. Estoy dispuesto a ratificar me bajo juramento y oportunamente ocurriré a su despacho con el fin de ampliar verbalmente el denuncio anterior. Señor Juez, Emilio Ordóñez Mutis" (fol. 47 ibidem).

Con los juicios administrativos correspondientes a las cuentas de la Colecturía y Sub-Habilitación de la Policía en la Provincia de Vélez que le estaban adscritas al mismo funcionario, continuó también la investigación penal. Las cuentas de la Colecturía concluyeron con un alcance general a cargo del señor Fuentes Gómez y a favor del Departamento, por la suma de $ 195.15 que le dedujo el Tribunal de lo Contencioso de Bucaramanga en sentencia de 25 de julio de 1938 (fols. 100 a 101 v., C. número 7). Las correspondientes al manejo de fondos de la Policía, terminaron con deducción de un saldo a favor de Fuentes Gómez y a cargo del Departamento por la suma de $ 323.67, hecha por el mismo Tribunal de lo Contencioso en providencia de 21 de julio de 1939 (fls. 138 a 143 v. ibid.), rebajado luégo a la suma de $ 206.45 en fallo correctivo del anterior fechado el 14 de agosto siguiente (fls. 46 a 51, C. número 5). Es decir, que al fin de cuentas, el Departamento resultó acreedor de Fuentes Gómez por la suma de $ 11.30 moneda corriente. Y en cuanto al sumario, su diligenciamiento continuó con muy variadas incidencias, entre las cuales apenas si cabe destacar estos dos hechos fundamentales: la detención del señor Fuentes que se prolongó por espacio de siete meses, o sea, hasta el 29 de abril de 1935 en que de orden del Tribunal Superior de San Gil, fue puesto en libertad (fl. 1º, C. número 4); y el sobreseimiento definitivo con que se clausuró la investigación, según providencia proferida por el mismo Tribunal con fecha diez y nueve de febrero de 1942 que confirma la del Juez **a quo,** "pero con la adición de declarar, como declara, que él no tiene efecto por prescripción como lo dijo el señor Juez 2º Penal de Vélez, sino porque no se ha cometido delito alguno en el presente caso, y por ser aplicable el ordinal 3º del artículo 33 de la ley 104 de 1922" (fls. 77 a 84 v. C. número 7).

Esta la situación resultante del proceso, y por cuyas consecuencias demanda el señor Fuentes Gómez del Departamento de Santander, la indemnización de perjuicios de que aquí se trata.

Aspecto jurídico del problema

Enseña el artículo 2341 del C. C., que "El que ha cometido un delito o culpa, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

En la doctrina de esta disposición se halla comprendida, en principio, la responsabilidad de las personas morales por razón de los actos culposos de sus agentes, ejecutados en ejercicio de sus funciones. Porque como lo enseñan los hermanos Mazeaud: "El agente de la administración es el órgano de la persona moral pública. Y, toda persona moral debe responder de los actos de sus órganos, porque son sus propios actos, como toda persona física responde del movimiento de sus manos. Cuando el órgano obra como órgano, es la misma persona moral quien obra. Cuando el agente de la administración obra en su condición de agente, es la persona moral pública quien obra. Esta norma resulta de la concepción misma de la personalidad moral: la persona moral obra por medio de sus órganos; los actos de éstos son sus propios actos; y a este título debe responder..." (Traité Theorique et Practique de la Responsabilité Civil, Tomo 3º, pág. 39, Nº 2008-4).

El derecho privado funda esta responsabilidad en el mismo principio de culpa, probada o presunta, que determina la de la persona física, por la negligencia o descuido en la escogencia de los agentes del servicio, **culpa in eligendo,** o por la falta de vigilancia y cuidado en la forma como dichos agentes cumplen su función, **culpa in vigilando.** El derecho administrativo en cambio refiere tal responsabilidad, al simple hecho del perjuicio individual producido por el acto de la Administración, porque dada la forma reglamentaria

como ésta debe proveer los cargos y la forma como el agente está llamado a cumplir su función, no cabe sostener la imprevisión o negligencia en que la culpa consiste. "La falta del servicio público —sostiene Pablo Duez— no está necesariamente ligada a la idea de falta de un agente determinado e identificado. Para que aparezca la falta de un servicio público no es preciso que determinados funcionarios señalados por sus nombres hayan cometido la culpa. Es suficiente al respecto patentizar un mal comportamiento general y anónimo del servicio al que pueda imputarse el daño causado; establecer que el servicio es defectuoso, sea en su organización, sea en su funcionamiento, y que el daño proviene de ese defecto". (La Responsabilité de la Puissance Publique en dehors du contract). Lo cual no impide que el irregular funcionamiento del servicio obedezca a una falta personal del agente encargado de obrar, y que también resulte comprometida en este caso la responsabilidad de la Administración.

Con ser éste el principio general, tanto la doctrina como la Jurisprudencia han excluído de su aplicación la responsabilidad por los llamados actos de Soberanía, entre los que se cuentan precisamente los actos judiciales y de reprensión policiva, y los cuales, cuando se cumplen dentro del ejercicio normal de la función, sólo comprometen la responsabilidad administrativa en los términos que una ley particular y expresa lo haya prevenido. Y esto, como lo observa Lalou, "por la consideración de que hay actos por los cuales, en razón de un interés superior, es preciso dejar al Estado una libre actividad de dominio, sin que estos actos puedan ser apreciados por una jurisdicción cualquiera o dar lugar a un recurso cualquiera". (La Responsabilité Civil, página 688, número 1459).

Ahora bien. La responsabilidad que en este pleito se pretende contra el Departamento de Santander, se origina precisamente en la actividad judicial de uno de sus agentes, de la que se siguieron graves daños al demandante señor Fuentes Gómez; pero como aquella actividad no encuentra dentro de nuestra legislación un texto expreso que le asigne consecuencias reparatorias, resulta clara su improcedencia frente al simple hecho objetivo del perjuicio con que el criterio del derecho administrativo resuelve el problema. Queda, pues, solamente por establecer, si el agente obró fuéra de las normas reguladoras de su función, en términos de comprometer la responsabilidad de la persona moral por quien actuaba.

El ejercicio regular de la función que como Visitador Fiscal del Departamento debía cumplir el señor Ordóñez Mutis, se hallaba condicionada a los términos del artículo 21 de la ley 36 de 1918, cuyo texto dice así: "Cuando un Visitador de Oficinas de Hacienda o la primera autoridad política del lugar descubra que se ha cometido o se está cometiendo un fraude en el manejo de los caudales públicos, procederá reservadamente a investigar los hechos como funcionarios de instrucción, suspenderá y reducirá a prisión a los que aparezcan sindicados, lo mismo que a los cómplices y auxiliadores; y si no fuere posible el reintegro inmediato de las sumas defraudadas, decretarán el embargo preventivo de los bienes raíces y semovientes que pudieren tener aquéllos, para lo cual se dará aviso telegráfico a las autoridades y Registradores respectivos. "Practicadas tales diligencias, serán pasadas al Juez o Tribunal competente para que adelante la causa y pasa copia de lo conducente al empleado a quien corresponda hacer efectivos los reintegros al Tesoro de conformidad con las prescripciones del Código Fiscal..." En consecuencia, y por lo que hace a este punto concreto y fundamental de la controversia, la cuestión se reduce a establecer, si en las actividades que el Visitador desarrolló desde que recibió la Oficina de Fuentes Gómez hasta cuando juró el denuncio criminal que propusiera contra él ante las autoridades judiciales competentes, obró o no, con sujeción estricta a esta norma legal, ya que de allí en adelante las actuaciones con que hubo de perjudicarse el actor fueron desarrolladas por agentes del orden nacional, y son por lo tanto ajenas a toda responsabilidad de la entidad contra quien se ha dirigido la demanda.

No hay duda alguna de que, como lo sostiene el señor apoderado de la parte actora en esta instancia, el desgreño y desorden como la Gerencia de Rentas de Santander ejercía su función fiscalizadora eran, hasta el mes de junio de 1934 en que fue reemplazada por la Contraloría del Departamento, absolutos y completos; a tal punto que las cuentas del colector de Vélez no eran oportunamente estudiadas, ni los comprobantes debidamente analizados, dando así lugar a cuantiosos y repetidos alcances que, como en otro lugar se dijo, resultaron luégo completamente infundados. Como tampoco puede negarse que fueron precisamente esos sucesivos y equivocados alcances, los que determinaron la visita extraordinaria que Ordóñez Mutis le practicó al Colector Fuentes, y en los que éste resultó con balances desfavorables

cuantitativamente distintos a los que antes le había deducido la gerencia de las Rentas.

Pero supuesta la verdad de estos antecedentes, puede acertadamente sostenerse que la negligencia y descuido con que la Gerencia adelantaba su labor fiscalizadora, causa de la visita extraordinaria, fue asimismo la causa que determinó el auto sobre embargo preventivo de los bienes del Colector, y detención provisional del mismo, junto con el subsiguiente denuncio criminal de donde se derivaron los perjuicios cuya indemnización se demanda en este pleito? A juicio de la Sala, no.

De los balances equivocados que la Gerencia venía deduciendo al Colector Fuentes Gómez, se siguió la práctica de la visita extraordinaria, hecho de por sí mismo normal dentro del rodaje administrativo, y por lo tanto, insusceptible de ocasionar por él mismo, perjuicios jurídicos de ninguna clase para el visitado; sin aquellas equivocaciones en el estudio de las cuentas, también habría podido disponerse la práctica de la visita, sin que tal hecho implicara cargo alguno contra el patrimonio moral o material del Colector. Se siguió luégo la visita, con resultado igualmente equivocado y erróneo de dos balances a cargo del responsable de la cuenta, así: "por concepto de la vigencia actual, $ 5.901.42; por concepto de la vigencia anterior (1933-1934), $ 5.757.38. La suma correspondiente al balancé de la vigencia actual, fue presentada en dicho acto y en efectivo por el responsable, y en consecuencia, quedó figurando como saldo en Caja; el balance de vigencias anteriores, le fue deducido como saldo a su cargo. Sin embargo, no fue de tales resultados erróneos de la visita, de donde provinieron las providencias y actuaciones por las cuales se demanda la reparación del daño sufrido por el señor Fuentes. Dichas actividades emanaron de la diligencia de entrega de la Oficina que se verificó trece días después de concluída la visita, el 25 de septiembre, y en la que "al exigirle los dineros que constituyen la anterior existencia de la actual vigencia, el empleado responsable señor José Antonio Fuentes Gómez y en presencia de los doctores Luis A. Mejía, Darío Gómez Parra y Gerardo Vesga T., quienes se encontraban en ese momento en la Oficina, hizo la siguiente declaración: "No puedo presentar los dineros que en el acta de visita del doce de los corrientes presenté al señor Visitador Ordóñez Mutis, quien los contó cuidadosamente y halló en ellos la suma de $ 5.901.48". Cuál la razón de aquella negativa?

En el acta de visita no se encuentra que, al deducírsele el saldo de "vigencia actual", el señor Fuentes Gómez hubiera hecho ninguna observación específica y concreta a dicha cuenta, o declarado alguna reserva al poner de presente y como dinero en caja su valor. Más aún, en el memorial que al día siguiente de concluída tal visita dirigió al funcionario Ordóñez Mutis, se límita apenas a decir que "para evitarme mortificaciones con la Gerencia de Rentas **estaba dispuesto a cancelar** el saldo deducido" (subraya la Sala); y que "por una inadvertencia de mi parte dejé de manifestar también en la diligencia de la visita practicada por usted que dejaba a salvo mis derechos todos para acudir a la Contaduría y demás entidades llamadas a intervenir en el examen y fenecimiento definitivo de las cuentas rendidas por mí, manifestación que ahora hago para que no se crea que el ofrecimiento de pago que tengo hecho en aquella diligencia es como la aceptación incondicional de dicho saldo, que atendido el manejo pulcro que he hecho de las cuentas considero injusto por todos motivos". Es decir, que sólo hacía reservas expresas y concretas en relación con el saldo "que estaba dispuesto a cancelar", o sea el correspondiente a "vigencias anteriores", puesto que el otro, el de la "vigencia actual", resultaba para aquella fecha cancelado, en virtud de la presentación que hizo de su valor en dinero efectivo.

Y como en el acto de la entrega, a juzgar por los términos de la correspondiente diligencia, el señor Fuentes no explicó ni menos justificó la falta de aquellos dineros, resulta entonces que para ese momento, y cualesquiera que fueran las equivocaciones de que adoleciera la visita, faltaba una suma, y el Visitador no podía, sin dejar de cumplir debidamente con su función, proceder en forma distinta a como lo hizo, de conformidad con lo prevenido por la ley 36 de 1918 que en lo pertinente, se dejó transcrita en otro lugar. Si el señor Fuentes Gómez, en vez de presentar como saldo existente en caja la suma que se le dedujo como balance a su cargo en el momento de la visita, explica los errores y se acoge al trámite administrativo correspondiente para aclarar su cuenta, como venía haciéndose con el correspondiente a "vigencias anteriores", no hubiera dado lugar a que, con sujeción a la norma legal, se le colocara en las condiciones perjudiciales a que su mismo escrúpulo lo llevó, y que sólo posteriormente podían ser, como lo fueron, debidamente rectificadas.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo proferido en este negocio y que ha sido objeto de la apelación.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SE MANTIENE EL AUTO RECURRIDO (1)

Es inadmisible la solicitud de declaración de nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción, propuesta después de que un juicio ya ha sido fallado y la providencia que lo decidió está ejecutoriada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y ocho de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Surtida como ha sido la tramitación de rigor procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de The Dorada Railway Company Limited, contra el auto de fecha 3 de julio retropróximo, dictado por el H. Magistrado doctor Arias Mejía en este juicio que, sobre rendición de cuentas, adelanta contra dicha empresa el Departamento del Tolima.

Mediante la providencia recurrida se "declara improcedente la demanda de nulidad presentada por el apoderado de The Dorada Railway Limited en memorial de cuatro de marzo último", nulidad de lo actuado, por incompetencia de jurisdicción improrrogable, no en este juicio sobre rendición de cuentas, sino en el primeramente iniciado por el Departamento del Tolima contra aquella entidad comercial sobre ordenamiento de rendir cuentas y que remató con el fallo de segundo grado de fecha 27 de febrero de 1939, dictado por esta Sala de la Corte, confirmatorio del proferido en primera instancia por el Tribunal Superior de Bogotá el tres de agosto del año anterior, condenando a la Compañía demandada a rendir, al Departamento mencionado, cuentas comprobadas.

Como claramente se aprecia, la nulidad propuesta se refiere a un juicio ya fallado por providencia ejecutoriada y por lo mismo es inadmisible, conforme a los artículos 394 y 456 del C. Judicial; desde este punto de vista el auto de súplica es jurídico y consecuencialmente debe mantenerse.

El señor apoderado recurrente en su extenso memorial sustentatorio de la súplica interpuesta advierte que por mediar el hecho de no haber sido rechazado oportunamente el incidente de nulidad, y ordenádose sustanciar como articulación, sin observación alguna por las partes, creándose por lo mismo —en su sentir— una situación definitiva que ya no cabe discutir, lo que procede y procedía era declarar o no la nulidad invocada. Esta consideración del señor abogado reclamante no modifica sin embargo la anterior conclusión, por cuanto al declararse improcedente el artículo de nulidad, lo que en el fondo se decide es sobre su negativa, no ya por razones de fondo propiamente dicho, sino porque dada la forma ilegal como se ha opuesto, no puede ser considerada, precisamente porque el error no puede ser fuente de derechos, ni autos de la naturaleza del admisorio del incidente son susceptibles de ligar al sentenciador para lo definitivo. Esta misma razón explica la omisión, así mismo advertida por el recurrente, de no haberse ordenado abrir el incidente a pruebas, sin finalidad práctica alguna, como es de apreciación obvia. Tampoco era preciso el cumplimiento de esa formalidad, por cuanto los hechos en los cuales se quiso apoyar la nulidad impetrada constan todos en el proceso.

Lo expuesto es suficiente para que la Sala de Negocios Generales de la Corte resuelva mantener, como en efecto mantiene, el auto materia de la súplica.

Notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry — Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

---

(1) El auto contra el cual se interpuso el recurso que se decide por medio de esta providencia, está publicado a páginas 828 de este mismo número.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. — CUANDO PUEDE DECLARARSE

De acuerdo con el artículo 364 del C. J., para que haya lugar a declarar la caducidad de la instancia, si el demandado lo pide, se requiere que el demandante haya abandonado el juicio, o sea que no haya hecho gestión alguna por escrito durante un año, que se cuenta desde la notificación del último auto, o desde el día de la práctica de la última diligencia. La caducidad de la instancia se prevé, así, como una sanción para el demandante por su inactividad o negligencia, reveladora de su falta de interés para la continuación del juicio; de modo que en esa sanción se incurre siempre que el demandante haya podido instar el curso del negocio, como acontece cuando éste ha estado a disposición de las partes en la Secretaría.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y ocho de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro del presente juicio de única instancia, promovido por el doctor Gabriel Carreño Mallarino contra la Nación, solicita en el precedente memorial el apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que representa ahora a la entidad demandada, que se declare en este asunto la caducidad de la instancia, "teniendo en cuenta que el actor ha abandonado el juicio por más de un año".

Sobre este punto informa la Secretaría de la Sala "que a partir de la notificación de la última providencia dictada en este negocio, o sea la de 6 de septiembre de 1947 (fs. 86 a 88 del cuad. número 1), ha transcurrido más de un año sin que el demandante haya hecho gestión alguna por escrito en el presente juicio".

Para resolver, se considera:

De acuerdo con el artículo 364 del C. J., para que haya lugar a declarar la caducidad de la instancia, si el demandado lo pide, se requiere que el demandante haya abandonado el juicio, o sea que no haya hecho gestión alguna por escrito durante un año, que se cuenta desde la notificación del último auto, o desde el día de la práctica de la última diligencia. La caducidad de la instancia se prevé, así, como una sanción para el demandante por su inactividad o negligencia, reveladora de su falta de interés para la continuación del juicio; de modo que en esa sanción se incurre siempre que el demandante haya podido instar el curso del negocio, como acontece cuando éste ha estado a disposición de las partes en la Secretaría.

Ahora bien. En este asunto se decretó la nulidad de toda la actuación procesal a partir del auto de 5 de febrero de 1937, por medio del cual se admitió la demanda de reconvención propuesta por la parte demandada. Después siguieron algunas otras actuaciones, pero en realidad la última providencia que aparece debidamente notificada a las partes el 17 de septiembre de 1947 es la de fecha 6 del mes y año dichos, sin que desde esa notificación haya hecho gestión alguna por escrito el demandante Carreño Mallarino, no obstante que el negocio ha permanecido durante casi todo este tiempo en la Secretaría. Así, es evirente que ha transcurrido con exceso el año previsto por el artículo 364 del C. J., para que se considere abandonado el juicio.

De consiguiente, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara la caducidad de la instancia en el juicio seguido por el doctor Gabriel Carreño Mallarino contra la Nación, y ordena que oportunamente sea archivado el expediente.

Cópiese y notifíquese en la forma legal.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

SE DECLARAN INFUNDADAS UNAS OPOSICIONES A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL

No estando demostrada la identidad de los terrenos a que se refieren los documentos de los cuales dicen derivar sus títulos los opositores con los terrenos donde se halla ubicado el subsuelo petrolífero materia de la propuesta a la cual aquéllos se oponen, o también la superposición de unos y otros terrenos, no hay razón para entrar en el estudio de fondo de los títulos de propiedad de los opositores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

En el Ministerio de Minas y Petróleos se señaló con el número 193 la propuesta de contrato del señor Ernesto Saldarriaga para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, propuesta formulada en memorial de quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, y que fue modificada por otro memorial de veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro (fol. 25, cuad. número 2).

La propuesta en mención cubre una área superficiaria de 155.250 hectáreas pertenecientes a los Municipios de Moreno, Pore, Nunchía, Marroquín y Trinidad, del Departamento de Boyacá, fue aceptada por Resolución de veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, y sobre linderos de la propuesta dice esta Resolución lo siguiente:

"Como punto de referencia para la alinderación del lote se tomó el mojón llamado "Mollejón" situado en la ribera derecha del río Pauto en el punto en que la trocha que viene de la hacienda "El Deshecho" cruza dicho río. Las coordenadas geográficas del mojón "Mollejón", son las siguientes: Latitud, cinco grados, treinta y nueve minutos, treinta y cuatro segundos con noventa y un centésimos de segundo norte (5º 39' 34".91 N.) y longitud, setenta y dos grados, cuatro minutos, veintinueve segundos con veinticinco centésimos de segundo al oeste de Greenwich (72º 04' 29" 25 W. de Greenwich). Del punto de referencia "Mollejón" se sigue una línea recta con un rumbo de sur veintisiete grados, cero minutos este (S. 27º 00' E.) y una longitud de tres mil trescientos (3.300) metros hasta llegar al punto de partida 'A'. Partiendo del punto 'A' se sigue una línea recta con un rumbo de sur cuarenta y cinco grados, cero minutos oeste (S. 45º 00' W.) y una longitud de diez mil (10.000) metros hasta el punto 'B'. Del punto 'B' se sigue una línea recta con un rumbo de sur veinticuatro grados, cuarenta minutos, cincuenta y nueve segundos oeste (S. 24º 40' 59" W.) y una longitud de diez y seis mil novecientos sesenta y seis (16.966) metros hasta el punto 'C'. Del punto 'C' se sigue una línea recta con un rumbo de Sur quince grados, treinta minutos Oeste (S. 15º 30' W.) y una longitud de cuatro mil ciento cincuenta (4.150) metros hasta el punto 'D'. Del punto 'D' se sigue una línea recta con un rumbo de Sur verdadero y una longitud de ocho mil (8.000) metros hasta el punto 'E'. Del punto 'E' se sigue una línea recta con un rumbo Este verdadero y una longitud de cuarenta y cuatro mil quinientos (44.500) metros hasta el punto 'F'. Del punto 'F' se sigue una línea recta con un rumbo de Norte siete grados, diez minutos Oeste (N. 7º 10' W.) y una longitud de cuarenta y nueve mil doscientos ochenta y ocho (49.288) metros hasta el punto 'G'. Del punto 'G' se sigue una línea recta con un rumbo de Norte setenta y ocho grados, cero minutos Oeste (N. 78º 00' W.) y una longitud de ocho mil doscientos (8.200) metros hasta el punto 'H'. Del punto 'H' se sigue una línea recta con un rumbo de Sur veinticinco grados, cero minutos Oeste (25º 00' W.) y una longitud de dos mil ciento ochenta y cinco (2.185) metros hasta el punto 'I'. Del punto 'I' se sigue una línea recta con un rumbo de Sur cuarenta y cinco grados, cero minutos Oeste (S. 45º 00' W.) y una longitud de veinte mil (20.000) metros hasta el punto de partida 'A', cerrando así el perímetro del lote. Todos los rumbos están referidos al meridiano astronómico del punto de referencia "Mollejón". Gran parte del lote así delimitado queda inmediatamente al

Este de la Cordillera Oriental. El río Pauto cruza el centro del área, y el Cravo Sur cruza la esquina suroeste. Como poseedores del suelo figuran los señores: José Macagón, Agustino Riaño, Luis Antonio, Silvio Vega, Alicia Coque, Aretria Marcolino, Carmen Audela, Siervo Díaz, Víctor Díaz, Juan Mojica, Adriano Ortiz y José Girón".

En oportunidad fueron presentadas las siguientes oposiciones:

1ª De Alberto Reyes, Fernando Reyes, Alberto Plata y Gerardo Zambrano.

2ª De Héctor Moreno Díaz, Fernando y Alberto Arenas, Julio F. Argüelles, Manuel Sarmiento, Julio Chaparro, Juan Medina Díaz, Armando, Alfonso, Octavio, Guillermo, Flor Angela y Rafael Moreno Díaz.

3ª De Antonio Lara, Manuel José Avella, Julio Chaparro, Manuel Sarmiento, Aura Alicia Chaparro, César Fonseca, María Luisa Chaparro, Héctor Alfonso Celi, Juan Nepomuceno Niño, Miguel A. Melgarejo, Marco Tulio Cañón, Armando Chaparro y otros.

En las tres oposiciones mencionadas se alega propiedad privada del petróleo, por lo cual el Ministerio dispuso enviar todo el expediente a esta Sala, para decidir el negocio, según Resolución número 420 de doce de julio de mil novecientos cuarenta y siete, y de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 160 de 1936.

Ni el Ministerio, ni el señor Procurador Delegado en lo Civil aceptan que los productos del subsuelo a que se refiere la propuesta sean de propiedad privada, y entra la Sala a estudiar cada una de esas oposiciones después de advertir que ante ella el proceso siguió su curso reglamentario, hasta ponerse en estado de decisión.

Primera oposición

Se dejó dicho que está presentada por los señores Reyes (2), Plata y Zambrano, quienes por conducto de su apoderado solicitaron de esta Sala que su negocio se abriera a pruebas, a lo cual se accedió, pero sin resultados, pues no actuaron los peticionarios.

Dicen estos oposicionistas "que los terrenos pedidos en concesión por Saldarriaga comprenden la Sabana de **Tocaría**, ubicada en jurisdicción de los Municipios de Nunchía y Orocué, que es de propiedad particular tanto en el suelo como en el subsuelo y el aire, y que está alinderada así: Por lo alto de las tierras los vecinos de la Parroquia de Nunchía y los Indios del pueblo de Cravo; y por lo de abajo los poseedores de la hacienda nombrada Cravo y el pueblo de Macuco y don Simón Ximénez; por los otros dos costados los ríos nombrados Pauto y Cravo". Y en seguida se entra en un examen de la cadena de títulos de aquella hacienda Tocaría, cuyo primer eslabón, según se historía, arranca de la Colonia, por remate que se realizó a favor de Joaquín Lasso de la Vega, hasta llegar a la época actual que cubre títulos de los oposicionistas dentro de esa hacienda, según se sostiene por éstos, títulos que se refieren a una área "más o menos de 105.000 hectáreas de territorio".

El Ministerio, después de hacer examen de un documento del citado Lasso de la Vega, en que pidió al Alcalde de Pore que le diera posesión de las tierras de Tocaría, y hacer examen también de las diligencias sobre un remate de esas tierras hecho en abril de 1846, formula contra esta oposición las siguientes objeciones, que están de acuerdo con las constancias del expediente:

a) Que los linderos señalados por Lasso de la Vega en su solicitud de concesión, no corresponden a los linderos del mismo predio señalados en el remate de 1846, pues éstos difieren sustancialmente de aquéllos;

b) Que no aparece establecida la superposición;

c) Que sobre la hacienda de Tocaría se realizaron dos remates, uno a favor de Lasso de la Vega y el hecho en Pore en abril de 1846 a favor de Antonio Licciani, y que las alinderaciones de las dos diligencias "no son idénticas ni derteminables hoy sobre el terreno", lo que quiere decir que "falta la prueba sobre determinación precisa de los terrenos de que se trata".

El señor Procurador acepta las objeciones del Ministerio, y expresa en una de sus intervenciones:

"Consta en el documento más antiguo presentado como prueba, y que versa sobre la solicitud hecha por José Joaquín Lasso de la Vega en mayo de 1804, para que el Alcalde de Pore le hiciera entrega de las tierras de la hacienda Tocaría, que en tal memorial se delimitaba así esta hacienda: por lo alto de las tierras, los vecinos de la Parroquia de Nunchía y los Indios del pueblo de Cravo; y por lo de abajo, los poseedroes de la hacienda nombrada Cravo y los Indios del Pueblo de Macuco y don Simón Ximénez; por los otros dos lados, los ríos Pauto y Cravo".

....

"La escritura de hipoteca que sobre los mismos terrenos hicieron los señores Vargas y García en

el año de 1839; consta en ella que los linderos que entonces se dieron a la hacienda de Tocaría, fueron éstos: Oriente, la mata de Suabi o el Caño de Suárez; occidente, la costa del cerro, sin que pueda saberse a qué cerro se referían; norte, la costa del río Pauto y sur, la costa del Río Cravo.

"Como fácilmente puede comprobarse comparando los linderos dados por Lasso de la Vega, y los señores Vargas y García, no existe una identidad completa, sino apenas una vaga semejanza entre algunos puntos".

De todo esto expuesto, surgen los siguientes interrogantes:

La hacienda Tocaría, delimitada por los opositores en el memorial de oposición, es la misma hacienda a que se refiere el memorial del señor Lasso de la Vega dirigido al Alcalde de Pore, y presentado como prueba por los opocionistas? Allá se dice que la hacienda limita por los de abajo "con los poseedores de la hacienda nombrada Cravo y el pueblo de Macuco y don Simón Ximénez", mientras que en el memorial dirigido al Alcalde se expresa así esta parte del lindero: "por lo de abajo los poseedores de la hacienda nombrado Cravo y los Indios del Pueblo de Macuco y don Simón Ximénez".

¿La hacienda a que se refieren los oposicionistas, es la misma a que se refiere el remate a favor de Antonio Liccioni?

La hacienda a que se refieren los oposicionistas en el memorial dirigido al Ministerio, y la hacienda a que se refiere la escritura de hipoteca de Francisco Vargas e Ignacio García, año de 1839, presentada como prueba por los oposicionistas, es la misma? Nótese que en esta escritura se fijaron los linderos así: "Oriente, la mata Suabi o el Caño de Suárez; occidente, la costa del cerro (sin que se sepa a qué cerro se refiere); Norte, la costa del río Pauto, y Sur, la costa del Caño Patimena y parte del río Cravo" (fol. 13, cuad. número 8). ¿Las parcelas a que se refiere la oposición, sí están dentro de la hacienda de Tocaría?

¿La hacienda de Tocaría, sí está afectada por la región que se solicita en contrato?

¿La hacienda de Tocaría está situada solamente dentro de los Municipios de Nunchía y Orocué, como dicen los oposicionistas? Porque la propuesta de contrato versa sobre un territorio de los Municipios de Moreno, Pore, Nunchía, Marroquín y Trinidad, sin que se hable del Municipio de Orocué.

En todo caso, son muchas las cuestiones que se quedaron sin definir y aclarar, pero que todas ellas se habían podido dilucidar y resolver en una inspección ocular con peritos, lo que pudieron hacer los opositores, pues pidieron apertura del juicio a pruebas, pero que no lo hicieron, dejando así a la Sala en la imposibilidad de atender la demanda sobre oposición. Y mientras estos puntos no hayan quedado establecidos, es en vano entrar en el estudio a fondo de cada uno de los documentos presentados como prueba.

Segunda oposición

Esta oposición fue presentada por un grupo de doce personas representadas por el doctor Gabriel E. Becerra, y a la cual se acompañó una extensa documentación sobre la historia titularia de los inmuebles de los oposicionistas, en larga cadena cuyo primer eslabón es el remate que hizo el señor Antonio Liccioni de la hacienda Tocaría. El título de Liccioni se ramificó, y bajo su amparo alega derechos cada uno de los opoicionistas.

El primer documento que se presenta como prueba en esta oposición es la escritura número 17 de 17 de marzo de 1898 de la Notaría de Támara, por la cual "se protocolizan las diligencias correspondientes a los títulos legales que constituyen la propiedad de las Sabanas de Tocaría". (En otras partes se llama Hacienda Tocaría).

Se encuentra en tal escritura el documento por el cual Francisco Vargas e Ignacio García se obligan a favor del Tesoro Nacional por una suma de pesos, y como garantía de la deuda hipotecan esa sabana o hacienda Tocaría, que delimitan así: "Por el oriente la mata de Suabi o el Caño de Suárez; por el occidente la costa del cerro; por el norte la costa del Pauto; por el sur la costa del Caño de Patimera y parte de la de Cravo".

Se encuentran allí también los testimonios de algunos vecinos a quienes se interrogó sobre los linderos de las sabanas, y uno de ellos, después de manifestar que conocía muy bien esos linderos porque los había recorrido todos, dio los siguientes: "Desde la Cordillera que llamaban la Cofradía de Nunchía, desde el Pauto hasta la cabecera de Patimera colindando con los resguardos de Cravo, aguas abajo hasta su desembocadura al río Cravo, éste aguas abajo hasta la boca del Caño de la Miel, de éste diagonal al Norte a la macaya de guadua que linda con las sabanas de Tujua, línea recta al caño de Guanapalo, éste en travesía hasta el Pauto, aguas arriba hasta la salida de la cordillera mencionada".

Y se puede preguntar: ¿estos linderos sí corres-

ponden a aquellos otros señalados en el documento de hipoteca firmado por García y Vargas? No se sabe.

El señor Antonio Licciòni, propietario que fue de la Hacienda Tocaría, según aparece también de aquella escritura número 17, pidió ante un Juez rectificación de los linderos de la hacienda, alegando que algunos pretendían que allí había baldíos; y manifiesta que de acuerdo con sus títulos esos linderos son así: "Desde la confluencia del caño de La Miel con el río Cravo, lindando con la sabana de Guayabal de la propiedad de los señores Custodio Briceño y Severo Andueza, de allí en dirección al norte hasta dar con la Macaya de Guafa, en la cabecera de la Sabana de Tujuá; de la Macaya de Guafa, en línea recta en dirección al río Pauto, hasta dar con dicho río".

Y se pregunta: ¿estos linderos corresponden a aquellos otros copiados arriba? No se sabe.

Ni se sabe tampoco si los linderos de la propuesta sobre concesión petrolera, del señor Saldarriaga, se superponen a los linderos de la Hacienda de Tocaría, lo cual fundamentaría la oposición.

El apoderado de los oposicionistas, en memorial de 28 de abril de 1945, en el cual formula la oposición, se concreta a enumerar los títulos y documentos que presenta al Ministerio, principiando, como ya se dijo, por la escritura número 17 de marzo de 1898, sin hacer examen ni deducciones de esos documentos. Mas al terminar la descarnada enumeración manifiesta que "faltan algunos títulos", pero que la documentación se completará "dentro del término de prueba en el juicio respectivo en la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia".

Y sin embargo, nada se hizo ante la Corte, no obstante que como ya se anotó, el juicio se abrió a pruebas, sin que el apoderado de los oposicionistas hubiera aprovechado esta oportunidad para completar las suyas, ni para aclarar aquellas cuestiones enunciadas atrás, de capital importancia en el asunto.

La Sala, pues, no ha tenido a su estudio elementos de convicción para poder despachar favorablemente esta oposición.

Tercera oposición

Varias personas constituyen este grupo oposicionista, representado por el doctor Helí Rodríguez, quien en memorial de veintidós de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco formuló su oposición, y quien más tarde sustituyó el poder en el doctor Milcíades Cortés.

Ante esta Sala el doctor Cortés actuó para pedir que el negocio se abriera a pruebas, pero no aprovechó la oportunidad para solicitarlas.

En aquel memorial dice el doctor Rodríguez "que el globo de terreno demarcado por el señor Ernesto Saldarriaga en su propuesta está dentro de los terrenos denominados Tocaría o Hacienda de Tocaría, que son de propietarios particulares, entre otros, mis poderdantes". Dice más adelante que la Hacienda de Tocaría le fue adjudicada a don Joaquín Lassó de la Vega en mil setecientos noventa, según se desprende del legajo número primero que acompaña, legajo en el cual se encuentra también, como lo enuncia el doctor Rodríguez, "la copia de la diligencia de linderos", en que aparece fue preguntado el Padre Jesuíta Francisco Blasco (se historía que la hacienda fue antes de los Padres Jesuítas) por los linderos de la hacienda, y dijo los siguientes: "Tomando desde Macaraburé, sitio en el río Pauto muy internado en los Llanos, río arriba por la orilla de acá a dar a la cuchilla del Jobito, de ésta derecho a dar a la cuchilla de Tacare, de ésta derecho atravesando por las juntas de los ríos Paya y Tocaría a dar a la cuchilla de la Escalera, siguiendo dicha cuchilla a dar a la quebrada del Turrón, ésta quebrada abajo a dar a las juntas de los ríos Tocarí y Cravo; que esto era por lo que miraba a los linderos con los de la jurisdicción de Pore, los pueblos de Morcote y Tocaría. Que por lo que mira hacia los Llanos adentro no sabía hasta dónde alcanzaban las tierras, pues por allá o por aquel lado sólo vivían indios guagibos infieles; lo mismo respondió el mayordomo a las preguntas que le hice sobre este asunto de tierras".

En ese primer legajo de que habla el señor apoderado, no aparece el documento por el cual le fue adjudicada en remate, al señor Lasso de la Vega, la hacienda mencionada; pero ya atrás se habló de ese documento, y entonces se puede preguntar: ¿los linderos del documento sobre remate, corresponden a los linderos que señala el Padre Jesuíta Blasco en lo copiado arriba? No se sabe.

El señor apoderado expresa lo siguiente, después de hablar del título Lasso de la Vega, y de los linderos de la hacienda: "Hasta aquí está probada la existencia de un título emanado del Estado, en virtud del cual, el dominio de la Hacienda de Tocaría pasó a la propiedad privada de Joa-

quín Lasso de la Vega, y parte de ella es la zona de la propuesta Saldarriaga".

La afirmación de que la zona de la propuesta Saldarriaga está dentro de la hacienda, no aparece establecida en ninguna forma.

Se trata, como se ve, del documento que es origen y fuente de los títulos de los opositores, y si sobre aquél se pueden hacer las observaciones jurídicas que se han expuesto, es en balde entrar en un examen de los títulos derivados del documento mencionado.

El señor apoderado de este grupo habla también: 1º De la escritura firmada en Pore el 28 de mayo de 1839, por la cual Cecilia Huerta e Ignacio García se constituyeron deudores del Tesoro Público por un dinero, hipotecan la hacienda de Tocaría y le señalan estos linderos: "Por el oriente, la mata Suavi o el Caño Suárez; por el occidente, la costa del cerro; por el norte, la costa del Pauto; por el sur, la costa del Caño de Patimena y parte del río Cravo". 2º Del remate de la hacienda que hizo Antonio Liccioni, en Pore, en abril de 1846. Y acerca de estos puntos es preciso decir que no está probado que aquellos linderos que constan en la escritura de hipoteca de la señora Huerta y el señor García, sean los mismos a que se refirió el Padre Jesuíta, ni los mismos a que se refiere el remate de Liccioni, de que también se habló en las otras oposiciones, el cual dio nacimiento a varios de los títulos aquí presentados.

En las observaciones del memorial del señor apoderado, presentado ante el Ministerio, se anota la falta de algunos documentos, y sin embargo, no aprovechó el período probatorio para tratar de traerlos al debate, ni para aclarar por medio de una inspección ocular con peritos los puntos oscuros sobre la situación de los documentos que dieron origen a los títulos derivados que fueron presentados con la oposición. Y en esas observaciones, para aumentar la confusión sobre linderos, dice el doctor Rodríguez: "Significa lo anterior que la finca Tocaría, rematada primero por Lasso de la Vega y luégo por Liccioni, está entre una línea desde La Miel en el río Cravo y un punto del Pauto, más abajo de La Trinidad, siguiendo la corriente de este río; dicho río hacia su nacimiento, las Cordilleras de Jobito y La Escalera cercanas a Moreno, Nuncía y Pore, tomando hacia abajo los ríos Tocaría y Cravo".

Abarcando las tres oposiciones mencionadas, la Sala tiene que decir que no hay prueba sobre identificación de los linderos a que se refieren los documentos de remate de Lasso de la Vega y de Liccioni, de los cuales documentos dicen derivar sus títulos todos los opositores; ni hay prueba sobre que las parcelas de los opositores estén abarcadas por los linderos de aquellos dos remates; ni hay prueba de que los linderos de un remate sean los mismos del otro remate; ni existe la prueba de superposición entre lo solicitado en la propuesta de contrato, y la hacienda de Tocaría que ampara, según se dice, los títulos de los opositores; y de esta suerte, la Sala carece de elementos de convicción para despachar favorablemente las oposiciones que se dejan examinadas, sin que haya razón para entrar en el estudio de fondo de los títulos de propiedad de cada uno de los oposicionistas.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, declara que son infundadas las tres oposiciones que se han dejado examinadas en el curso de esta providencia, oposiciones presentadas en la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos, número 193, del señor Ernesto Saldarriaga.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase al Ministerio de Minas y Petróleos.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

LA ACCION DE SUSPENSION NO TIENE HOY CABIDA NI SIQUIERA EN LOS JUICIOS ORDINARIOS SOBRE PETROLEOS SEGUIDOS POR EL ESTADO—INTERPRETACION DEL ARTICULO 7º DE LA LEY 160 DE 1936.

Como ya lo dijo la Corte en reciente providencia de 23 de mayo de 1950, "El artículo 28 de la ley 37 de 1931 fue sustituído por el artículo 7º de la ley 160 de 1936, que suprimió las referencias expresas que aquella disposición hacía a los artículos 407 y siguientes del anterior Código Judicial. De donde se sigue que la acción accesoria llamada "de suspensión", que solamente se dejó vigente en el actual Código Judicial "para los efectos del artículo 28 de la ley 37 de 1931" —según reza el artículo 1229 de dicha obra—, ni siquiera tiene hoy cabida en los juicios ordinarios sobre petróleo seguidos por el Estado, como ocurría en los casos previstos por la disposición que fue sustituída".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Dentro del juicio ordinario seguido ante el Tribunal Superior de Cartagena por el Municipio del Carmen de Bolívar contra la Nación, para que se declare que es de propiedad del demandante, y no baldío, un globo de terreno determinado por acuerdos del Concejo de ese Municipio, y la propiedad privada del Municipio del Carmen de Bolívar sobre el petróleo que allí exista, el apoderado del demandante solicitó que se le ordene a la Nación, en su carácter de demandada, que suspenda cualquier transacción u operación industrial que pueda perjudicar sus derechos, "como venta, cesión o transformación de la cosa demandada y, especialmente, la celebración de contratos de exploración y explotación de petróleos, gases y demás hidrocarburos dentro del área de terreno a que se refiere la demanda y comunicar la suspensión al señor Ministro de Minas y Petróleos para los efectos a que haya lugar".

El peticionario funda su solicitud en los artículos 959 del C. Civil, 407 y siguientes del Código Judicial anterior, y en el artículo 28, inciso 2º, de la Ley 37 de 1931.

El Tribunal Superior de Cartagena negó la petición del demandante por medio de auto fechado el tres de febrero del año en curso. En esta providencia, proferida con un voto disidente en cuanto a la parte motiva, por las referencias que allí se hacen a los artículos 407 y 415 del anterior Código Judicial, normas inaplicables al caso de autos, el **a quo** termina diciendo: "El artículo 959 del C. C. no autoriza suspensión alguna, y apenas tiende a proteger al demandante contra los actos materiales de deterioro de la cosa. Ese artículo, que fue modificado por el 275 del C. J., rige en su texto original para los juicios sobre petróleo por mandato del artículo 7º de la ley 160 de 1936, pero en tal sentido sólo puede ser invocado por la Nación".

El demandante apeló de la providencia de que se trata. El expediente vino a la Corte, en donde el negocio fue tramitado de acuerdo con el artículo 502 del C. Judicial, después de lo cual esta Sala de Negocios Generales procede a decidir lo que fuere legal.

En asunto similar al que ahora se estudia, la Corte en providencia reciente (juicio del Municipio de San Jacinto contra la Nación, 23 de mayo de 1950) dijo:

"...El artículo 28 de la ley 37 de 1931 fue sustituído por el artículo 7º de la ley 160 de 1936, que suprimió las referencias expresas que aquella disposición hacía a los artículos 407 y siguientes del anterior Código Judicial. De donde se sigue que la acción accesoria llamada "de suspensión", que solamente se dejó vigente en el actual Código Judicial "para los efectos del artículo 28 de la ley 37 de 1931" —según reza el artículo 1229 de dicha obra—, ni siquiera tiene hoy cabida en los juicios ordinarios sobre petróleo seguidos por el Estado, como ocurría en los casos previstos por la disposición que fue sustituída".

El señor Procurador Delegado en lo Civil al descorrer el traslado de rigor se refiere al juicio traído hoy a cuento, transcribe apartes de la pro-

videncia que a él puso término y cree del caso ratificar la tesis de la Procuraduría en esa ocasión, que la Corte acogió sin reservas.

Dice el señor Procurador:

"Para dar hoy a este precepto una interpretación racional y útil, debe entenderse, a mi juicio, que su significado no puede ser otro que el siguiente: si el demandado por la Nación no presta caución suficiente de conservación y restitución del inmueble y por eso el demandante pide el secuestro, se le suspende al demandado el goce de la cosa: no desde que se profiera contra él sentencia desfavorable y definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada (artículo 959, inciso 1º del C. C.), ni desde que la Nación obtenga sentencia favorable de primera instancia (artículo 275 del C. J.), sino desde la presentación de la demanda (artículo 7º, inciso 5º de la Ley 160 de 1936)".

"Es claro que en estos juicios sobre dominio en materia de petróleos el demandante puede impetrar las medidas preservativas de la cosa demandada de que trata el artículo 959 del Código Civil, pero siendo entendido que esas medidas no pueden ser hoy otras que el secuestro previsto expresamente en el artículo 275 del C. J. en vigencia, única disposición procedimental que reglamenta la facultad concedida en aquella norma. Sin embargo, la oportunidad para el secuestro es distinta según los casos: si el demandante es la Nación, el secuestro podrá solicitarse desde la presentación de la demanda, de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 160 de 1936; mientras que si se trata de un demandante particular, tal secuestro sólo podrá pedirse desde que se obtenga sentencia favorable de primera instancia, de conformidad con la norma general del precitado artículo 275 del C. J.".

Esta y no otra es la interpretación que cabe dar al artículo 7º de la Ley 160 de 1936 cuando habla de la caución que puede dar el demandado para **hacer cesar la suspensión.**

Las medidas cautelares "de suspensión" impetradas por el apoderado del Municipio del Carmen de Bolívar, no podían solicitarse ni aún bajo la vigencia del anterior Código Judicial, como lo disponía el artículo 415 de él. Y es claro que en la actualidad tampoco hay lugar a ellas.

Por las razones expuestas, ratificando su reciente doctrina sobre el particular, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirma el auto materia del presente recurso.

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

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Jorge García Merlano, Ofl. Mayor.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — LA PRESUNCION DE CULPABILIDAD NO OBRA EN FAVOR DEL EMPLEADO U OBRERO QUE AL MANEJAR O CONDUCIR LA COSA PELIGROSA QUE LE HA SIDO ENCOMENDADA PARA ELLO, SE CAUSA UN DAÑO

En repetidas ocasiones la Corte ha sostenido la doctrina de que el artículo 2356 del Código Civil "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 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, y 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 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 él 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, por lo que, se repite, el accidente se considera como hecho propio del cual tiene que sufrir sus propias 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, agosto veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con fecha 22 de marzo de 1944 doña Gabriela Escobar de Almeida demandó, por conducto de apoderado, "al Estado Colombiano para que con citación y audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público y mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las declaraciones siguientes:

"Primera.—Que el Estado Colombiano es civilmente responsable por la muerte del Mayor Alvaro Almeida ocurrida en el siniestro de aviación que tuvo lugar el día veintisiete (27) de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (1941) con motivo de haber caído a la selva el avión marca Ford número 644 que viajaba entre el Municipio de Leticia y la base llamada de Tres Esquinas, en las regiones del sur de la República, en el corregimiento de La Pedrera, Intendencia del Amazonas.

"Segunda—Que el Estado Colombiano está obligado a pagar a la señora Gabriela Escobar de Almeida, esposa legítima del Mayor Alvaro Almeida, los perjuicios morales y materiales que le fueron ocasionados con aquel siniestro con motivo de la muerte de su prenombrado esposo.

"Tercera.—Que por concepto de perjuicios morales el Estado Colombiano debe pagar a la señora Gabriela Escobar de Almeida la suma de dos

mil pesos m. l. ($ 2.000.00) y por perjuicios materiales, la suma de pesos que fijen peritos, o que fije el Tribunal conforme a derecho, o que determine con arreglo al procedimiento sumario señalado por el artículo 553 del C. J.

"Petición subsidiaria:

"Que el Estado Colombiano está obligado a pagar, dentro del término legal a la sociedad conyugal formada por Alvaro Almeida y Gabriela Escobar de Almeida, disuelta hoy y representada por la última, la suma que fijen peritos o que determine el Tribunal con arreglo a derecho, en calidad de indemnización por los perjuicios de toda índole causados al Mayor Alvaro Almeida, en el siniestro del avión militar Ford número 644 ocurrido el día 27 de agosto de 1941 en las selvas del sur de la República, jurisdicción del Corregimiento de La Pedrera en la Intendencia del Amazonas, a consecuencia del cual pereció dicho Mayor Alvaro Almeida".

Como hechos fundamentales de esta demanda, adujo los siguientes:

"Primero.—El día veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, el avión militar marca Ford, número seiscientos cuarenta y cuatro (644) cayó en la selva del sur de la República destruyéndose por completo en el Corregimiento de La Pedrera, Intendencia del Amazonas, cuando viajaba entre el Municipio de Leticia y la base aérea de Tres Esquinas;

"Segundo.—El avión mencionado era de pertenencia de la Nación y hacía el servicio oficial de transportes en las regiones del sur de la República y estaba en consecuencia al cuidado de la Nación;

"Tercero. — Cuando ocurrió el siniestro a que esta demanda se refiere, el avión hacía uno de sus viajes reglamentarios y era piloteado por el Mayor Alvaro Almeida y por el Copiloto Jacobo Wiesner;

"Cuarto.—Por causas que el Ministerio de Guerra debe haber establecido o al menos investigado, el avión vino a tierra y en el siniestro pereció el Mayor Alvaro Almeida;

"Quinto.—El siniestro aéreo mencionado y la consiguiente muerte del Mayor Alvaro Almeida se deben en general al mal funcionamiento del servicio oficial nacional de transportes aéreos en el sur de la Nación;

"Sexto.—En la época de este siniestro se registraron otras catástrofes aéreas, lo que ocasionó la consternación del público y deteminó varios debates en la Cámara y en el Senado de la República sobre el funcionamiento de los servicios aéreos oficiales;

"Séptimo.—La máquina en que viajaba el Mayor Almeida era un Ford distinguido con el número 644, de un tipo viejo, con mucho recorrido de vuelo y deteriorado;

"Octavo.—El Mayor Alvaro Almeida, en la época del accidente que le ocasionó la muerte era piloto de las Fuerzas Aéreas Nacionales y tenía una magnífica hoja de servicios que lo acreditaba como experto técnico y hombre prudente;

"Noveno—El Mayor Alvaro Almeida estaba casado con la señora Gabriela Escobar de Almeida, con quien contrajo matrimonio en la iglesia de Nuestra Señora del Sagrado Corazón de Medellín, el día 21 de agosto de 1935;

"Décimo. — El Mayor Alvaro Almeida era una persona joven de magníficas condiciones profesionales, personales y sociales y sostenía moral y económicamente a su esposa, invirtiendo en la vida de su compañera la totalidad de su sueldo, de su sobresueldo y de su prima de riesgo;

"Undécimo—La señora Gabriela Escobar de Almeida pertenece a una distinguida familia de Medellín pero es una persona pobre que en virtud de la muerte de su esposo, ha quedado sin medios propios para atender a su subsistencia y sostener su posición social, habiendo sufrido por lo tanto muy grandes perjuicios con la muerte de su marido".

Admitida y tramitada la anterior demanda en regular forma, el Tribunal Superior de Bogotá ante quien se adelantó la primera instancia, la decidió en sentencia de 14 de junio de 1946, en el sentido de negar las peticiones formuladas y absolver consecuencialmente a la Nación de los cargos correspondientes. Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado de la demandante, el cual ha sido también debidamente tramitado. En consecuencia corresponde ahora a la Corte entrar a decidirlo, como lo hace, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Los fundamentos del fallo recurrido

Concretado como se halla el punto central de la controversia en este pleito a la culpabilidad que pueda caberle a la Nación en la ocurrencia del siniestro que determinó la muerte del Mayor Almeida, se hace necesario, para mayor claridad, transcribir lo que sobre el particular expone el Tribunal como fundamento de su decisión. Dice así:

"La presunción de culpabilidad de que se trata, consagrada por la jurisprudencia como doctrina interpretativa del artículo 2356 del Código Civil y aplicable, según aquélla, a los daños ocasionados por actividades de naturaleza peligrosa, tiene el efecto de invertir la carga de la prueba, en forma que basta al demandante probar que el daño se causó por motivo de una de tales actividades, para que su autor quede bajo el peso de ella, de cuyo efecto indemnizatorio no puede libertarse, sino en cuanto demuestre fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño.

"Esa presunción, que milita también contra las entidades de derecho público, se explica por la ocurrencia de hechos dañosos que por su naturaleza excluyen la culpa, la intervención, la negligencia de la víctima, y de que son ejemplo los siniestros ferroviarios, automoviliarios, o de aviación, en que el pasajero, el espectador o el caminante se ve sorprendido por la catástrofe, sin que nada haya podido prever, porque apenas ha desempeñado un papel meramente pasivo, situación en la cual sería irrazonable exigirle pruebas de que el daño se debe a culpa originada en descuido o negligencia de quien lo causó.

"En razón de ese fundamento de la presunción de culpabilidad, la jurisprudencia ha sentado el principio de que ella sólo "opera en favor de la **víctima pasiva** del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, o sea en beneficio de terceros y no en favor de quienes personifican o representan a la entidad que causa el daño, por no existir una dualidad o separación que permita considerar a los unos y a los otros como enfrentados entre sí, tratándose de sucesos acaecidos dentro del servicio mismo, y de los deberes de tal cargo. De suerte que si la víctima del daño representa o forma parte de la entidad que lo produjo, o era su empleado o agente para los efectos del ejercicio de la actividad correspondiente, le corresponderá aportar la prueba de la culpa de éste por no obrar en tal caso la presunción legal de que se trata".

Consideraciones de la Corte

En repetidas y uniformes decisiones, la Corte ha sostenido los conceptos en que el Tribunal de primera instancia funda su fallo, entre los cuales no sobra citar lo expuesto en sentencia de 15 de julio del año próximo pasado, a propósito de la demanda seguida por los herederos del Capitán Jacobo Wiesner, quien actuaba precisamente como copiloto del avión Ford número 644, y pereció con el Mayor Almeida en el trágico accidente del 27 de agosto de 1941:

'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 ibidem, contra el actor 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, y 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 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, por lo que, se repite, el accidente se considera como hecho propio del cual tiene que sufrir sus propias consecuencias. En semejantes circunstancias es indis-

pensable, 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".

Así las cosas, la cuestión fundamental en este juicio se reduce a establecer la forma como se encuentra o no demostrada la culpa de la Nación en la ocurrencia del siniestro a virtud del cual perdió la vida el Mayor Almeida que conducía la nave, y gran parte de sus compañeros de viaje.

A juicio del señor apoderado de la demandante esa culpabilidad se comprueba teniendo en cuenta las particulares circunstancias en que el avión prestaba el servicio, pues se trataba de un aparato viejo, remendado y acondicionado, que había ya excedido en mucho el tiempo de trabajo para el cual se construyó, y que en 1937 tuvo una caída por daños en la hélice. ¿Pero, fue acaso el mal funcionamiento de la máquina la causa del accidente, y por lo tanto, del daño que sufrió la señora esposa del Mayor Almeida con el fallecimiento de éste? Porque si a pesar del exceso que en tiempo de trabajo llevaba el aparato y de las numerosas reparaciones que se le habían hecho, el accidente no se produjo, por falla alguna en el funcionamiento de la máquina, mal puede concluírse entonces que la imprevisión por lo que **podía ser causa** de una catástrofe, pero que **en realidad no lo fue,** desplace la verdadera causa de la que se produjo para de este modo deducir la responsabilidad culposa del Estado. Y en los autos no sólo no está comprobado que el accidente se ocasionara por los defectos de funcionamiento que pretende la parte actora, sino que, más aún, resulta establecido el hecho de haberse producido por agotamiento de la gasolina para los motores, cuya suficiencia desde luego correspondía proveer y vigilar al personal de tripulación de la nave, y más particularmente al piloto de la misma, que lo era el Mayor Almeida. En efecto, dicen al respecto los sobrevivientes de la catástrofe, en declaraciones recibidas dentro de la investigación que ordenó el Ministerio de Guerra:

"El señor Teófilo Figueroa, quien viajaba como marinero del servicio del avión, dice: "De Tarapacá hasta unos momentos antes de caerse el avión el tiempo era bueno porque se veía la selva, momentos antes del accidente se veía muy oscuro. "Yo iba sentado en el puesto que ya dejo dicho, cuando vi que el señor Montoya se volvió y le dijo al señor Velásquez: "Sin gasolina", y en seguida se asomó el Mayor Almeida y gritó para todos: "Amárrense todos"; entonces yo me asomé por el vidrio del lado izquierdo, vi que la máquina viraba y no me di cuenta más hasta que la máquina cayó al suelo y en este momento me paré".

El corneta Luis A. Cárdenas, quien viajaba como pasajero y evacuado de la guarnición de Leticia, manifiesta: "De Leticia a Tarapacá mi viaje fue normal; allí acuatizamos, demoramos unos cinco minutos y salimos de nuevo; después de unos veinticinco minutos de vuelo, poco más o menos, sentí que el motor derecho se silenció, miré el motor y vi que la hélice estaba parada sin dar vueltas. Vi al mecánico que se volvió y dijo: "Amarrarse todos los pasajeros". En seguida mi Mayor Almeida se asomó y gritó lo mismo a los pasajeros. Luego vi que el avión dio una vuelta hacia el lado izquierdo, sentí que aceleraron unos motores, no supe cuántos y el avión subió, en ese momento sentí que se apagaron los motores. Vi que el avión dio una media vuelta sobre el lado izquierdo y en este momento el mecánico dijo: "Se nos acabó la gasolina", y el ala del avión tocó contra unas ramas y se clavó sobre este lado, quedando los motores hacia abajo".

El señor Jorge Velásquez, quien viajaba como mecánico segundo del avión, declara: "Durante cincuenta minutos poco más o menos el viaje fue absolutamente normal. En un momento vimos un tiempo malo que parecía lluvioso en la dirección en que viajábamos, la máquina viró ligeramente a la izquierda y pocos momentos después veíamos un río que por su tamaño reconocía el Caquetá. En este momento el mal tiempo que al parecer llevaba dirección norte-sur dejó ver el cerro de La Pedrera. La máquina viró a la derecha en dirección al cerro dejando a la izquierda la margen del río Caquetá. Poco más o menos cinco minutos después de este viraje sobre la derecha sentí que los motores se dessincronizaban y noté que la hélice del motor derecho giraba a un número de revoluciones muy reducido. Casi instantáneamente el mecánico Montoya, que iba de pies en la puerta de la cabina me hizo con la mano la seña de amarrarnos y gritó al operador: "Se nos acabó la gasolina".

"Inmediatamente el Mayor Almeida levantándose del asiento y asomándose a la puerta gritó: "Amarrarse todo el mundo". La máquina trató de irse sobre el lado derecho pero los pilotos, no sé cuál de los dos, hicieron la corrección fuerte sobre la izquierda, en este momento y cuando se terminaba el viraje poco más o menos de 90º, el motor izquierdo rebajó con el derecho el número

de revoluciones. En este momento vi que el Capitán Wiesner, copiloto de la máquina, aceleraba el motor del centro mientras que el mecánico accionaba el estabilizador. El avión se inclinó ligeramente sobre el lado izquierdo, el plano del mismo lado topó con un árbol y no me di cuenta de más hasta cuando la máquina chocó con la tierra".

Y de los informes radiales que el avión transmitía, aparece lo siguiente: "14.20 salió de Tarapacá. 15.05 selva, ruta 350, velocidad 110, altura 800, a la vista Caquetá mal tiempo al frente. 15.11 se acabó gasolina, estamos cerca Caquetá a la derecha, muy cerca Pedrera, sin gasolina, caemos en la selva".

Los anteriores elementos probatorios son más que suficientes para concluir, como lo ha aceptado la Sala en controversias anteriores ventiladas a propósito de este mismo accidente, y lo reconoce la comisión investigadora del Ministerio de Guerra, que la causa única y cierta del mismo, fue la del agotamiento del combustible de la máquina; y que el hecho de que al caer se hubiera producido el incendio de la misma, no demuestra, como lo pretende el abogado de la parte actora, la existencia de gasolina, ni menos en cantidad suficiente para mantener e impulsar la nave en el aire, puesto que los pequeños residuos que aún pudieran quedar y hasta los mismos gases existentes dentro de los tanques de aprovisionamiento bastaban para determinar con el choque de la caída el incendio de la nave. Sobre este particular dice el informe de la citada comisión:

"...7ª De acuerdo con los datos de la Oficina Técnica de la Dirección General de Aviación, los tres motores consumen 75 galones por hora, es decir que el 644 tenía gasolina para volar 8 horas 55 minutos. 8ª Según los datos anteriores, cuando se produjo el accidente, debía quedar dentro del avión gasolina para 38 minutos de vuelo. 9ª El avión llegó hasta el río Caquetá, y sobre él, en la curva donde desemboca el río Anihya, los pilotos, viendo ya despejado sobre Pedrera, tiraron la recta a este punto. A los cinco minutos después de separarse del Caquetá se presentó la falla. 10ª De la manera como los motores fallaron: 1º Disminución de revoluciones en el motor derecho; 2º La misma falla en el motor izquierdo, casi inmediatamente, se desprende que la falla se debió a la falta de gasolina, suposición que la confirma el grito del mecánico 1º del avión: "nos quedamos sin gasolina". Pero el motor central continuó funcionando a todo gas, lo que indica que todavía quedaba gasolina en el tanque central, deducción que la confirma el hecho de que sobre este motor se inició el incendio, al chocar el avión contra la tierra. La cantidad de gasolina que quedaba en dicho tanque, era suficiente para que el motor central funcionara de tres hasta cinco minutos debido a la colocación del tanque y a la distribución de la tubería. 11ª Según el cálculo de los pilotos y mecánicos, debía quedar en el avión gasolina para 38 minutos más de vuelo, pero en realidad en el momento del accidente ya no había gasolina en los tanques laterales. Este error puede suponerse por rotura de algún tanque o porque al calcular las canecas de 51 galones éstas muchas veces no tienen dicha cantidad de gasolina por causa de evaporación".

En concepto de la Sala, ninguna de las dos hipótesis que plantea el informe de la investigación como posible causa del agotamiento prematuro de la gasolina exonera de responsabilidad al empleado o empleados a quienes correspondía vigilar el estado de la nave y controlar su correcto funcionamiento. Porque si el hecho obedeció a ruptura de uno de los tanques, aquellos empleados estaban en capacidad de apreciar el evento con la simple observación de los aparatos de control del combustible, y de buscar en oportunidad un planeamiento adecuado que evitara el siniestro, y que según las declaraciones no se intentó sino cuando ya uno de los motores dejó de funcionar y era por lo mismo inevitable la catástrofe; y si la causa fue la de un error en la cantidad de gasolina existente en las canecas de que se surtió la nave, resulta entonces mucho más ostensible el descuido de los tripulantes al omitir aquella verificación en los momentos mismos en que el aparato decoló de su base, y observar luégo la deficiencia o defecto en los correspondientes aparatos de control. Se justifican así las siguientes conclusiones a que hubo de llegar la Comisión Investigadora, respecto del grado de responsabilidad en el accidente: "14. Distribución proporcional de los factores que influyeron en el accidente: Piloto (por descuido) 50 por ciento. Piloto, por inexperiencia, 10 por ciento. Circunstancias locales, 15 por ciento. Otros factores, 10 por ciento. Culpa indefinible, 15 por ciento".

Resulta por consiguiente comprobado, que el mayor grado de responsabilidad cierta en el accidente de que se viene hablando, corresponde al piloto conductor del avión 644, Mayor Alvaro Almeida; por lo cual, y de conformidad con lo dicho anteriormente, sus herederos y entre ellos su es-

posa que promovió esta litis, no tienen derecho a indemnización alguna por el daño que de tal accidente les hubo de sobrevenir.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este negocio el día catorce (14) de junio de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Sin lugar a costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. — COMPETENCIA PRIVATIVA DE LA CORTE PARA CONOCER EN UNICA INSTANCIA DE LAS CONTROVERSIAS PROVENIENTES DE CONTRATOS CELEBRADOS POR LA NACION

Como, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 40 del Código Judicial, corresponde a la Corte por medio de Su Sala Civil de Unica Instancia (hoy por medio de la Sala de Negocios Generales), conocer "privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que se celebren por la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos", un Tribunal Superior no tiene jurisdicción para conocer, en primera instancia, de un negocio de esa naturaleza, ni la Corte la tiene para revisar en segunda instancia la sentencia por medio de la cual el Tribunal lo haya decidido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con el objeto de garantizarle al Gobierno Nacional el pago de la suma de veinticuatro mil doscientos sesenta y ocho pesos con treinta y nueve centavos ($ 24.268.39) moneda corriente que le fue deducido como alcance al señor Roberto E. Echeverría, en su condición de Cajero de la Administración General de Salinas Marítimas, las señoras Isabel María González v. de Salcedo, Antonio González Vengoechea y Josefa María González Vengoechea, mediante escritura pública número 2.514 de siete de noviembre de 1929, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla, se obligaron mancomunada y solidariamente a responder por aquella suma y sus correspondientes intereses, constituyendo a la vez a favor del Gobierno Nacional hipoteca sobre "una casa de que son copropietarias, según consta en la escritura pública número seiscientos ochenta y seis (686), otorgada en esta ciudad el día veintisiete de julio de mil novecientos siete (1907)..., junto con el solar en que está construída, situado en esta ciudad en la acera occidental de la calle "'Ancha" en su intersección con el callejón del "Cuartel", y alindada como se expresa en dicho instrumento.

Posteriormente, con fecha veinticocho de enero de 1936, la señora Josefina Rodríguez de Hanabergh, como causahabiente en la sucesión de la señora Josefa María Vengoechea de González, demandó la nulidad de la venta contenida en la escritura número 686 de 27 de julio de 1907, antes citada, y como consecuencia de esta acción se produjo la sentencia de veintiseis de junio del mismo año, que las partes dejaron ejecutoriar, y en la cual se declaró por el Juzgado Primero del Circuito de Barranquilla, la nulidad del expresado contrato.

En tales circunstancias decidió la propia señora Rodríguez de Hanabergh, en nombre y para la sucesión de la señora Josefa María Vengoechea v. de González, demandar ante el Tribunal Superior de Barranquilla a la Nación, representada por el señor Fiscal de aquella entidad, a la señorita Antonia González Vengoechea, y a los señores Antonio González Pieterson —en representación de la señorita Josefa González Vengoechea— y Marco A. González C., en representación de la señora Isabel G. v. de Salcedo, para que con su citación y audiencia, se declare:

a) Que por haberse declarado nulo el contrato en virtud del cual la sociedad comercial de "González & Cía." de Barranquilla, vendió a las señoras Cecilia, Isabel, Josefa María, Antonia y Dolores González Vengoechea, y de que trata la escritura pública número 686 de 27 de julio de 1907, el inmueble objeto de dicha venta debe estar sujeto a la revisión de los gravámenes constituídos por quienes se reputaron dueños sin serlo;

b) Que es nula la hipoteca que consta en la escritura número 2.514 de 7 de noviembre de 1929 otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla, constituída por Isabel González v. de Salcedo, Antonia y María Josefa González Vengoechea a favor del Gobierno Nacional, sobre el inmueble que allí se determina;

c) Que como consecuencia, se ordene la cance-

lación de la mencionada hipoteca en la correspondiente Oficina de Registro; y

d) Que en caso de oposición de los demandados se les condene al pago de las costas procesales.

Después de algunos incidentes, que para el caso no se hace necesario relacionar, el Tribunal de Barranquilla decidió la demanda en sentencia de veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, en el sentido de hacer las declaraciones pedidas, salvo la correspondiente a costas, y dispuso que el fallo fuese enviado a consulta.

Notificadas las partes de esta decisión, ninguna de ellas interpuso recurso de apelación por lo cual fue enviado el negocio a la Corte, para que se surtiera la consulta ordenada.

Ya en esta superioridad, el juicio recibió el trámite que le correspondía dentro de él y en debida oportunidad, el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso articulación de nulidad de todo lo actuado, por ilegitimidad adjetiva de la personería, tanto de la parte demandante como de algunos de los demandados; y en subsidio, lo correspondiente a la actuación adelantada a partir de la fecha en que se demuestre que uno de los litigantes, la señorita Antonia Vengoechea murió, de conformidad con lo prevenido por el ordinal 1º del artículo 448 del C. J.

Inexplicablemente, el distinguido magistrado ante quien se surtió el trámite de la segunda instancia, no dio curso a este incidente, habiendo llegado el negocio al estado de ser decidido en el fondo, sin que sobre dicha solicitud se resolviera cosa alguna.

Así las cosas, sería de riguroso orden procesal subsanar previamente aquellas omisiones en el trámite y decisión del incidente, si los resultados de esa actitud pudieran modificar los a que debe llegarse en el conocimiento del negocio. Por no ser éste el caso, como en seguida se dirá, y para evitar a las partes el perjuicio consiguiente a mayores dilaciones, se procede a resolver lo que corresponde, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Establece el artículo 455 del C. J., que "El Juez que conoce de un juicio, y que antes de decidir sobre lo principal observe que existe una causal de nulidad, manda ponerla en conocimiento de las partes, por medio de auto que se notifica personalmente. Si la que tiene derecho a pedir la reposición, ratifica expresamente lo actuado, dentro de los tres días siguientes al de la notificación, se da por allanada la nulidad, y el juicio sigue su curso; pero si dicha parte guarda silencio o pide expresamente la anulación, se invalida el juicio desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal, quedando en firme la actuación practicada antes..." "Este conocimiento a las partes que el artículo prevé, supone necesariamente que la causal observada sea susceptible de allanamiento por ellas, pues que de no serlo, carece de objeto ese anuncio previo, y procede en consecuencia la correspondiente declaratoria de nulidad".

Ahora bien: De conformidad con el artículo 40 del C. J., "La Sala Civil de única instancia (hoy la de Negocios Generales), conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que se celebren por la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos". Lo que no otra cosa quiere decir, sino que nadie sino la Corte Suprema por conducto de la expresada Sala, tiene jurisdicción para pronunciarse sobre controversias de la índole de las que allí se especifican.

Y como según acaba de expresarse, el objeto de la litis de que aquí se trata se concreta claramente a la calificación de validez o de invalidez de un contrato celebrado por la Nación, cual es el de la garantía hipotecaria con que ésta aceptó se le asegurara una deuda que el mismo contrato reconoció a favor suyo, síguese entonces que el Tribunal Superior de Barranquilla no tenía jurisdicción para conocer de este negocio en primera instancia, ni por consiguiente la Corte para revisar ese fallo en segunda.

En consecuencia, se ha incurrido en la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, de que trata el ordinal 1º del artículo 448 del C. J., que es la improrrogable (artículo 151 ibidem) e isusceptible de permitir la revalidación de lo actuado, conforme a lo prevenido por el artículo 460 del mismo Código, y debe conducir a la consiguiente declaratoria.

Por lo expuesto anteriormente, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, DECLARA NULO todo lo actuado en este juicio a partir del auto admisorio de la demanda por el Tribunal Superior de Barranquilla. Las costas son de cargo del mismo Tribunal (artículo 458 del C. J.).

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles — Gualberto Rodríguez Peña — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—PERJUICIO FUTURO. — FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACION POR PERJUICIO MORAL SUBJETIVO Y MANERA COMO DEBE HACERSE LA REGULACION DE SU MONTO

1.—No se adujo al informativo el medio específico probatorio como judicialmente corresponde acreditar el dominio de los bienes raíces, o sea el respectivo instrumento público debidamente registrado, en que conste el derecho de dominio del Departamento de Caldas sobre la Planta Hidroeléctrica del Guacaica en la fecha del accidente, a pesar de que la demanda subordinó expresamente a esta calidad la culpa de donde se hace provenir la obligación indemnizatoria que se demanda. Con todo, tampoco ha negado el Departamento la exactitud de este hecho, que corrobora, además, el texto del Acuerdo Municipal número 17 de 20 de noviembre de 1941 del Concejo de Manizales, por medio del cual se aprueba el contrato de compraventa de la Planta Hidroeléctrica del Guacaica, acordado entre el Departamento como vendedor, y las Empresas Municipales Delegadas de Manizales como entidad compradora, y en cuya cláusula tercera se relacionan las distintas escrituras por medio de las cuales declara el Departamento de Caldas haber adquirido el dominio de los bienes que enajena, todas de fecha anterior a la en que se dice tuvo lugar el accidente. Y como en el presente caso no se ventila una cuestión de dominio para fijar en cabeza de quién se encuentre radicado, sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho, estima la Sala que las declaraciones auténticas que al respecto hace el Departamento a través de dichas estipulaciones, son bastantes a establecer la verdad de este primer extremo de su responsabilidad.

2. — El menor estaba en incapacidad de enriquecer su propio patrimonio económico o el de sus padres con ninguna clase de actividades, ya que las que a su edad podía cumplir en servicio de éstos, no comportaban una retribución siquiera equiparable a la cuantía que necesariamente debían representar los gastos de su congrua subsistencia a que estaban obligados los padres. Y respecto del futuro, no hay base ninguna que permita aceptar como cierto el menoscabo que en su patrimonio físico hubieran podido sufrir los demandantes, para hacerlo objeto de reparación; las naturales esperanzas que los padres pudieran alimentar sobre el porvenir del hijo, o sobre el modo como éste pudiera auxiliar más tarde sus necesidades, al fin y al cabo, no tenían para la fecha del accidente otra significación que la de simples espectativas, pero no la de derechos patrimoniales ciertos aunque futuros, arrebatados o siquiera lastimados por la muerte del menor.

3.—La regulación del monto de la reparación debida por el perjuicio moral subjetivo no puede hacerse mediante razonamientos capaces de fijar precisamente sus proyecciones en lo económico, como acontece con la del perjuicio puramente material o con el moral objetivado. De ahí el por qué, siendo la aflicción un hecho que se impone a la conciencia del sentenciador como consecuencia natural del evento que la origina, su regulación en dinero deba hacerse con el simple criterio de satisfacción o afirmación del derecho sobre la injusticia, más bien que como reparación suficiente a restablecer el equilibrio moral roto por el daño, insusceptible, por su naturaleza, de toda cuenta o medida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el día veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, los señores Luis Eduardo Ruiz y Sofía Beltrán, casados entre sí, demandaron por

conducto de apoderado al Departamento de Caldas, representado por el señor Gobernador, para que con su citación y audiencia y previos los trámites correspondientes al juicio ordinario de mayor cuantía, se declare lo siguiente:

"1º Que el Departamento de Caldas, representado por el Gobernador de dicho Departamento, como dueño que era, cuando sucedió la tragedia a que he hecho mención, de la Planta Hidroeléctrica del Guacaica, situada en jurisdicción de Manizales, en el paraje cercano a la carretera que de esta ciudad conduce a Neira, en el río Guacaica, de la muerte trágica de Luis Eduardo Ruiz Beltrán (sic), perecido ahogado en el tanque de presión de esta Empresa, el 25 de junio de 1940; y

"2º Que el Departamento de Caldas, como responsable de esa tragedia que se mienta en el punto anterior, debe pagar a mis poderdantes Luis Eduardo Ruiz y Sofía Beltrán, padres legítimos de la víctima, la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) como daños y perjuicios causados por la tragedia.

Petición subsidiaria

"1º Que el Departamento de Caldas, representado por el Gobernador del mismo Departamento, como dueño que era cuando sucedió la tragedia a que se ha hecho mención, de la Planta Hidroeléctrica del Guacaica, situada en la jurisdicción de Manizales, en el paraje cercano a la carretera que de esta ciudad conduce a Neira, y cerca al río Guacaica, de la muerte trágica de Luis Eduardo Ruiz Beltrán (sic), perecido ahogado en el tanque de presión de esta Empresa, el 25 de junio de 1940; y

"2º Que el Departamento de Caldas, como responsable de esa tragedia que se mienta en el punto anterior, debe pagar a mis poderdantes Luis Eduardo Ruiz y Sofía Beltrán, padres legítimos de la víctima, la cantidad que peritos competentes fijen como daños y perjuicios causados por la tragedia.

"Petición subsidiaria de las dos anteriores:

"1º Que el Departamento de Caldas, representado por el Gobernador del mismo Departamento, como dueño que era cuando sucedió la tragedia a que he hecho mención, de la Planta Hidroeléctrica de Guacaica, situada en jurisdicción de Manizales, en el paraje cercano a la carretera que de esta ciudad conduce a Neira, y cerca al río Guacaica, de la muerte trágica de Luis Eduardo Ruiz Beltrán (sic), perecido ahogado en el tanque de presión de esta Empresa, el 25 de junio de 1940; y

"2º Que el Departamento de Caldas como responsable de la tragedia a que se ha hecho mención en los hechos de esta demanda, debe pagar a mis poderdantes, Luis Eduardo Ruiz y Sofía Beltrán, padres legítimos de la víctima, una cantidad ilíquida de dinero como perjuicios causados por la tragedia, cantidad ilíquida que se liquidará de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial".

Como hechos básicos de la acción se adujeron los siguientes:

"1º La Empresa Hidroeléctrica del Guacaica era hasta que se registró la escritura número 69 del 15 de enero de 1942, de la Notaría 2ª de Manizales, propiedad del Departamento de Caldas, como una dependencia del cable aéreo del Norte que unía a la ciudad de Manizales con Aranzazu, cable hoy inservible para conducir pasajeros y carga.

"2º Cuando se registró la escritura número 69 del 15 de enero de 1942, de la Notaría 2ª de Manizales, pasó a ser esa planta hidroeléctrica del Guacaica, con todos sus accesorios y dependencias, a propiedad (sic) del Municipio de Manizales, por compra que éste le hizo al Departamento de Caldas.

"3º La casa en que vivía y vive el fontanero de esa Planta Hidroeléctrica del Guacaica ,queda situada en el ángulo que forman el tanque de presión y el tanque desarenador de esa misma Planta.

"4º Que el señor Luis Eduardo Ruiz, fontanero de esa planta hasta hace muy poco, vivía en la casa de la Empresa de la Planta Eléctrica del Guacaica, destinada a él como fontanero, y vivía con su familia que es numerosa.

"5º Entre la casa del fontanero y las otras dependencias de la Planta Hidroeléctrica en que él tenía que desempeñar su oficio, únicamente se sale para desempeñarlo por un puente de concreto entre el tanque de presión y el tanque desarenador, que sirve también de división entre los dos tanques, de veintisiete centímetros de ancho por uno cincuenta de largo.

"6º El tanque de presión tiene de profundidad dos metros con veinte centímetros y el tanque desarenador tiene, cuando entra la acequia que lleva el agua a ese tanque, un metro con doce centímetros, y al entrar por ese tanque al tanque de presión, un metro con veinticinco centímetros.

"7º Estas medidas que digo en los hechos ante-

riores son aproximadas, y se rectificarán, como las otras en que me baso para esta acción, en la inspección ocular necesaria que pediré en pruebas.

"8º No existe ni existía ninguna seguridad como pasadizos, pasamanos, cercas, etc., para evitar cualquiera tragedia en esos puentes ni al rededor de los tanques a que he hecho mención, ni en la acequia.

"9º Luis Eduardo Ruiz vivía con su señora y su familia, en la casa del fontanero que a él le correspondía como que desempeñaba ese empleo en esa Empresa Hidroeléctrica del Guacaica.

"10. El 25 de junio de 1940, estaba en las horas de la mañana con unos trabajadores de esa Empresa sacando un derrumbe que se había ido en la acequia, y a gran distancia de la casa en donde él vivía con su familia, ejerciendo el cargo de fontanero de la Empresa, Luis Eduardo Ruiz.

"11. Como Luis Eduardo Ruiz, uno de mis poderdantes, estaba en la empresa de sacar un derrumbe que se había ido en la acequia, poco más o menos a las ocho y media de la mañana del día 25 de junio de 1940 como se deja dicho en el anterior hecho, su esposa, doña Sofía Beltrán, tuvo que mandarle el desayuno con uno de sus hijos, llamado Luis Eduardo Ruiz Beltrán, al sitio en donde estaba trabajando.

"12. El hijo de mis poderdantes, llamado Luis Eduardo Ruiz Beltrán cogió los alimentos que su madre le enviaba a su esposo para que desayunara, el 25 de junio de 1940, y los iba a llevar donde su padre estaba.

"13. El niño Luis Eduardo Ruiz Beltrán cogió el único camino que había de su casa a donde estaba su padre, es decir el puente de veintisiete centímetros de ancho por un metro con cincuenta de largo, que divide el tanque de presión con el tanque desarenador, con tan mala suerte, que hubo de irse al tanque de presión siendo ahogado en él por sumersión.

"14. El cuerpo del niño Luis Eduardo Ruiz Beltrán, fue encontrado ya muerto en el río Guacaica, horas más tarde, cuando todos los vecinos, o la mayor parte de los vecinos de esa región, y una comisión del cuerpo de bomberos de Manizales, a los que se pidió protección, lo encontraron en el río Guacaica, horas más tarde.

"15. Como lo he dicho en varios de los hechos anteriores, la familia del fontanero Luis Eduardo Ruiz, casi de pequeña edad todos los hijos, estaba viviendo permanentemente con un peligro propincuo de perecer ahogados, sea en los tanques desarenador y de presión, sea en la acequia".

Luégo de darse a esta demanda el curso legal correspondiente, el Tribunal la decidió por sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, en el sentido de absolver al Departamento de Caldas de los cargos formulados, "por no haberse demostrado la acción"; y condenó en costas a la parte demandante.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el señor apoderado de los actores, el cual le fue concedido para ante esta Superioridad. Y como los trámites de la segunda instancia se hallan regularmente agotados, y no se observa causal de nulidad que afecte la validez de la actuación, es procedente decidir del fondo del negocio, como se hace, previas las siguientes consideraciones:

Interés jurídico de los demandantes

Con el escrito de demanda se presentaron: La partida de origen eclesiástico que acredita el matrimonio celebrado el día once de junio de 1920 entre los señores Luis Eduardo Ruiz y Sofía Beltrán; y la del mismo origen que establece el nacimiento del niño Luis Eduardo Ruiz Beltrán, como hijo legítimo de dicho matrimonio, el día 23 de junio de 1934. Con lo cual queda legalmente establecida la condición de padres legítimos de los actores respecto de la víctima del daño, y por lo tanto, el interés jurídico que les asiste para promover la acción personal de indemnización por el perjuicio que ellos recibieron con la pérdida de su hijo, consistente en la privación de los beneficios económicos que les estuviera dispensando y en la pena moral que produce la desaparición de los seres más íntimamente ligados por los vínculos naturales de la sangre.

El daño y la responsabilidad del Departamento

Conforme al artículo 2341 que forma dentro del Título 34 del Libro 4º del Código Civil —"Responsabilidad Civil por los Delitos y las Culpas"— en que los actores fundan su acción, "El que ha cometido un 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 la culpa o el delito cometido". Y el artículo 2356 subsiguiente, agrega: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación: 1º El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2º El que remueve la losa de una acequia o cañería, o las descubre en la calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche. 3º El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

A la luz de estos principios que son los que exactamente enmarcan la responsabilidad extracontractual de que se acusa en este pleito al Departamento de Caldas, apenas si se hace necesario, para deducirla, examinar la forma como en el expediente resulten acreditados estos aspectos fundamentales del problema: la propiedad o dominio del inmueble cuando se produjo el accidente determinante del daño; el estado de negligencia o descuido como se le mantuviera, particualarmente en lo que se relaciona con el puente por donde transitaba el menor al producirse la caída que le ocasionó la muerte; y por último, el vínculo de causalidad entre el estado de culpa que se imputa a la entidad demandada, y el hecho mismo de la muerte del menor.

No se adujo ciertamente al informativo el medio específico probatorio como judicialmente corresponde acreditar el dominio de los bienes raíces, o sea, el respectivo instrumento público debidamente registrado, en que conste el derecho de dominio del Departamento de Caldas sobre la Planta Hidroeléctrica del Guacaica en la fecha del accidente, a pesar de que la demanda subordinó expresamente a esta calidad la culpa de donde se hace provenir la obligación indemnizatoria que se demanda, como se demuestra con sólo recordar el hecho 1º del libelo que textualmente dice así: "1º La Empresa Hidroeléctrica del Guacaica era hasta que se registró la escritura número 69 de 15 de enero de 1942, de la Notaría de Manizales, propiedad del Departamento de Caldas, como una dependencia del cable aéreo del Norte que unía a la ciudad de Manizales con Aranzazu, cable hoy inservible para conducir pasajeros y carga". Con todo, tampoco ha negado el Departamento la exactitud de este hecho, que corrobora, además, el texto del Acuerdo Municipal número 17 de 20 de noviembre de 1941, por medio del cual se aprueba el contrato de compraventa de la Planta Hidroeléctrica del Guacaica acordado entre el Departamento como vendedor, y las Empresas Públicas Municipales Delegadas de Manizales, como entidad compradora, y en cuya cláusula tercera se relacionan las distintas escrituras por medio de las cuales declara el Departamento de Caldas, haber adquirido el dominio de los bienes que enajena, todas de fecha anterior a la en que se ha dicho tuvo lugar el accidente. Ese Acuerdo aparece publicado en el periódico "El Municipio", órgano oficial del Concejo de Manizales, y su contenido debe por lo mismo presumirse auténtico, en conformidad con lo establecido por el artículo 634 del Código Judicial. Y como en el presente caso no se ventila una cuestión de dominio para fijar en cabeza de quién se encuentre radicado, sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho, estima la Sala que las declaraciones auténticas que al respecto hace el Departamento a través de dichas estipulaciones, son bastantes a establecer la verdad de este primer extremo de su responsabilidad.

En relación con el hecho mismo de la muerte del menor, de la causa que la determinó, y de las circunstancias en que el accidente se produjo, aparecen las declaraciones de Nicolás Escobar, Ramón A. Sánchez, Juan B. Restrepo, Pedro Luis Londoño, Daniel Restrepo, Juan B. Arenas, Gumercindo Cárdenas, Carlos y Jaime Arias (fls. 8 y ss. C. número 5), y la correspondiente partida de defunción del menor.

Nicolás Escobar, dice: "Es cierto y me consta por cuanto resido a lindes de la Planta del Guacaica, que en el mes de junio de 1940 sin que pueda precisar la fecha, el señor Luis Eduardo Ruiz vivía con su familia legítima en la casa del fontanero o tanquero de la Central Hidroeléctrica del Guacaica, pues él era fontanero de esa Central Hidroeléctrica de Guacaica desde mucho antes de esa fecha y hasta mucho después.. Es cierto y me consta por cuanto lo presencié, que un hijo de Luis Eduardo Ruiz Beltrán, se ahogó hace unos ocho años más o menos, sin que pueda precisar el mes ni la fecha, en el tanque de presión de la Central Hidroeléctrica de Guacaica, por allí a las ocho de la mañana, cuando iba a llevarle el desayuno a su padre Luis Eduardo Ruiz, que estaba trabajando en la acequia a gran distancia de su residencia, desprendiéndose de un pasadizo muy estrecho que hay entre el tanque de presión y el tanque desarenador. Es cierto y me consta personalmente por el conocimiento que tengo que en los tanques de presión o desaredandor (sic), como en división o pasadizo (sic)

entre los dos tanques de la Central Hidroeléctrica de Guacaica, a la que ya me he referido, no hay barandillas, ni muros, ni defensas de ninguna clase, que sirvan para prevenir a las personas o animales, que por allí transitan. Es cierto y me consta personal y directamente por cuanto ayudé a buscarlo, que el niño Luis Eduardo Ruiz Beltrán, hijo de Luis Eduardo Ruiz y Sofía Beltrán, después de haberse ahogado en el tanque de presión de la Central Hidroeléctrica de Guacaica, fue encontrado en el río Guacaica como a unos dos o tres kilómetros abajo de la planta de esa Central Hidroeléctrica. Es cierto y me consta por ser vecino de esa región desde hace muchos años que el pasadizo o separación entre el tanque desarenador y el tanque de presión, es el único camino para que el fontanero y su familia cumplan las funciones a ellos encomendadas". (Fls. 8 y v. C. número 5).

Exactamente en este mismo sentido declaran el resto de los testigos antes citados respecto de los hechos fundamentales, aún cuando, excepción hecha de Ramón A. Sánchez que dice haber presenciado el momento en que el menor se desprendió del pasadizo, los demás defieren este episodio a la circunstancia de haberlo oído decir y comentar a otras personas, poco después de acaecido.

Y el acta de defunción expedida por el Notario Primero de Manizales declara, que el día veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta, a las ocho de la mañana, murió ahogado por sumersión en el tanque de la Planta Eléctrica del Guacaica, el menor de seis años de edad, Luis Eduardo Ruiz Beltrán; agregando que "certificó su muerte el médico doctor Ricardo Jaramillo Arango". (Fl. 2, C. número 1º).

Naturaleza y cuantía del perjuicio

La corta edad del niño por cuya muerte se demandan las consiguientes indemnizaciones, como que sólo contaba seis años, no permite concluir otra clase de perjuicios distintos a los morales, representados por el daño que los padres recibieron en la parte afectiva de su patrimonio moral con la inusitada y trágica desaparición de su hijo. Hasta entonces, el menor estaba en incapacidad de enriquecer su propio patrimonio económico o el de sus padres con ninguna clase de actividades, ya que las que a su edad podía cumplir en servicio de éstos, no comportaban una retribución siquiera equiparable a la cuantía que necesariamente debían representar los gastos de su congrua subsistencia a que estaban obligados los padres. Y respecto del futuro, no hay base ninguna que permita aceptar como cierto, el menoscabo que en su patrimonio físico hubieran podido sufrir los demandantes, para hacerlo objeto de reparación; las naturales esperanzas que los padres pudieran alimentar sobre el porvenir del hijo, o sobre el modo como éste pudiera auxiliar más tarde sus necesidades, al fin y al cabo, no tenían para la fecha del accidente otra significación que la de simples espectativas, pero no la de derechos patrimoniales ciertos aunque futuros, arrebatados o siquiera lastimados por la muerte del menor.

En cuanto al monto de la reparación debida por el perjuicio moral subjetivo, como es el de que aquí se trata, su regulación no puede hacerse mediante razonamientos capaces de fijar precisamente sus proyecciones en lo económico, como acontece con la del perjuicio puramente material o con el moral objetivado. De ahí el por qué, siendo la aflicción un hecho que se impone a la conciencia del sentenciador como consecuencia natural del evento que la origina, su regulación en dinero deba hacerse con el simple criterio de satisfacción o afirmación del derecho sobre la injusticia, más bien que como reparación suficiente a restablecer el equilibrio moral roto por el daño, insusceptible, por su naturaleza, de toda cuenta o medida.

En consecuencia, y fijado por la ley penal como máximo valor de indemnización para estos casos, el de dos mil pesos, la que corresponde a cada uno de los demandantes debe regularse en dicha suma, por tratarse de reafirmar el derecho a uno de los más elevados afectos de la vida, como es el que une a los padres con los hijos.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este negocio, y en su lugar, FALLA:

Primero. — Declárase al Departamento de Caldas civilmente responsable de la muerte del menor Luis Eduardo Ruiz Beltrán acaecida en la Planta Hidroeléctrica del Guacaica el día 25 de junio de 1940.

Segundo.—Condénase al Departamento de Cal-

das a pagar a cada uno de los señores Luis Eduardo Ruiz y Sofía Beltrán, padres del menor Luis Eduardo Ruiz Beltrán, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, por concepto de los perjuicios morales subjetivos que recibieron con la muerte trágica de éste.

Tercero—No hay lugar a reparación alguna por concepto de perjuicios patrimoniales.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry — Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Humberto Gómez Naranjo (Conjuez)—**Nicolás Llimás Pimienta,** Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION POSITIVA DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DEL JUICIO DE SUCESION DE UNA MUJER CASADA

1.—De acuerdo con el artículo 152, ordinal 5º, del Código Judicial, del juicio de sucesión de una persona conoce privativamente el Juez de su último domicilio en el territorio nacional, y si lo ha tenido en distintos municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios.

Pero es indudable que si se trata de que la difunta era una mujer casada, entonces su domicilio debe determinarse por el de su esposo, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 87 del Código Civil, disposición que se funda en el derecho del marido "para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a dondequiera que traslade su residencia".

2. — Dice el artículo 79 del Código Civil que "no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico..."; por lo cual, a contrario sensu, **si a la nueva residencia se traslada la familia y se organiza allí el hogar doméstico, estas circunstancias son indicativas del ánimo de permanecer, de la adquisición del domicilio.**

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Tanto el Juez Unico Civil del Circuito de El Cocuy como el Juez 7º del Circuito en lo Civil de Bogotá declararon abierto y radicado en sus despachos el juicio de sucesión de la señora Cecilia Valcárcel de Acevedo. En el Juzgado de El Cocuy se reconoció como interesados en la sucesión a los menores Alfonso y Guillermo Buitrago Acevedo, en su calidad de nietos legítimos de la causante y en representación de su madre, la señora Isabel Acevedo Valcárcel. A su turno, en el Juzgado de Bogotá se reconoció como interesados en la causa sucesoral a los señores Ariosto Acevedo Gutiérrez, María del Carmen Acevedo de Botía, Manuel Acevedo Valcárcel, Anatolia Acevedo Valcárcel y Carlos Acevedo Valcárcel, al primero en su condición de cónyuge supérstite y a los demás como hijos legítimos de la señora Valcárcel de Acevedo.

Sostiene el Juez de Bogotá que a él le corresponde conocer de la sucesión en referencia por haber tenido la causante su último domicilio en dicha ciudad, donde murió el 13 de febrero de 1949, mientras que el Juez de El Cocuy alega que es a él a quien le toca la competencia del asunto, ya porque dentro de su jurisdicción estaba el asiento principal de los negocios de la señora Valcárcel de Acevedo, ya porque ésta "se hallaba en Bogotá accidentalmente, por achaques de salud y de vejez, mas no con ánimo de permanecer allí, desde luego que en El Cocuy, lugar donde había estado de asiento, dejó su hogar doméstico que no quiso arrendar".

Planteada así la cuestión por uno y otro Juez, con motivo de la competencia positiva suscitada por el de Bogotá, procede ahora esta Sala de la Corte a definir el conflicto o diferendo, de acuerdo con lo que resulta de las correspondientes actuaciones y después de oír el concepto del Ministerio Público.

El concepto de la Procuraduría

Considera el señor Procurador Delegado en lo Civil que el planteamiento hecho por los Juzgados en colisión es totalmente equivocado, ya que estando casada la señora Cecilia Valcárcel de Acevedo con el señor Ariosto Acevedo Gutiérrez, como aparece de autos, lo que importa para el caso es determinar cuál era el último domicilio de éste al tiempo de la muerte de su cónyuge, o si tenía varios en cuál de ellos estaba el asiento principal de sus negocios, siendo así que de acuerdo con el artículo 87 del Código Civil "la mujer casada sigue el domicilio del marido".

A este respecto dice el señor Agente del Ministerio Público:

"La Procuraduría considera, en primer lugar,

que el estudio de la controversia suscitada en este negocio no debe plantearse desde el punto de vista en que lo han tomado los Juzgados en colisión. En efecto, el Juzgado de Bogotá considera que a él corresponde la competencia, porque se ha demostrado que la señora Valcárcel de Acevedo tuvo en esta ciudad su última residencia, y porque con esta misma prueba aparece acreditado el ánimo de dicha señora de permanecer en Bogotá. Por su parte, el Juzgado de El Cocuy cree ser él competente por dos razones principalmente: porque el domicilio de origen de la señora Valcárcel de Acevedo correspondía a El Cocuy, y porque allí tenía ella el asiento principal de sus negocios, por estar demostrado que la mayor parte de sus bienes están ubicados en territorio de ése Circuito.

"De las anteriores apreciaciones se deduce que tanto el Juzgado de Bogotá como el de El Cocuy pretenden establecer el último domicilio de la causante pero determinándolo directa y exclusivamente con relación a dicha señora, teniendo en cuenta para tal fin, los elementos constitutivos de domicilio de que trata el artículo 76 del Código Civil: residencia y ánimo real o presunto de permanecer en ella. Vale decir, como si se tratara del domicilio voluntario o de adquisición, que es únicamente al que se refiere la disposición citada, o sea 'aquel que una persona escoge libremente cuando es apta para tener un domicilio propio, es decir, cuando no está en alguno de los casos que impone un domicilio de dependencia'.

"De acuerdo con la prueba correspondiente traída a los autos, la señora Cecilia Valcárcel de Acevedo era esposa legítima de Ariosto Acevedo. Por consiguiente, en opinión de este despacho, la manera como los Juzgados en colisión enfocaron el problema del domicilio es equivocada, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del C. C. "la mujer casada sigue el domicilio del marido", es decir, que se trata de un domicilio de dependencia impuesto por la ley. En consecuencia, en el caso de autos no es posible entrar a establecer cuál fue el último domicilio de la señora Valcárcel de Acevedo considerada aisladamente, como si se tratara de una persona de aquellas que pueden darse libremente su domicilio, sino, teniendo en cuenta que su domicilio es de dependencia, establecer cuál era el domicilio del señor Ariosto Acevedo a tiempo de la muerte de su esposa, y entonces sí a ese lugar corresponderá el último domicilio de la causante señora Cecilia Valcárcel de Acevedo".

Dentro de estas ideas el señor Procurador Delegado en lo Civil entra luégo a estudiar las distintas pruebas que figuran en los expedientes remitidos por los Juzgados en conflicto, para llegar a la conclusión de que el único domicilio del señor Ariosto Acevedo Gutiérrez al tiempo de la muerte de su esposa era la ciudad de Bogotá, y por ende que éste fue el último domicilio de la señora Cecilia Valcárcel de Acevedo; o sea que el Juez del Circuito de Bogotá es el que debe conocer del correspondiente juicio de sucesión.

Consideraciones de la Sala

De acuerdo con el artículo 152, ordinal 5º, del Código Judicial, del juicio de sucesión de una persona conoce privativamente el Juez de su último domicilio en el territorio nacional, y si lo ha tenido en distintos municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios.

Desde luego es exacto, como lo anota la Procuraduría, que si se trata de una mujer casada, como acontece en el presente caso, su domicilio debe determinarse por el de su esposo, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 87 del Código Civil, disposición que se funda en el derecho del marido "para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a dondequiera que traslade su residencia".

¿Cuál era, entonces, el último domicilio del señor Ariosto Acevedo Gutiérrez al tiempo de la muerte de su esposa Cecilia Valcárcel de Acevedo? O si tenía varios domicilios, ¿cuál era el del asiento principal de sus negocios?

Consta en estos autos que hasta principios del año de 1948 el señor Ariosto Acevedo Gutiérrez estuvo radicado permanentemente en El Cocuy, viviendo allí con su familia y atendiendo en persona sus intereses económicos y los de su esposa, situados en su mayor parte en dicho Municipio. Así que, siendo todas estas circunstancias constitutivas de domicilio, es incuestionable que el señor Acevedo Gutiérrez tuvo el suyo en El Cocuy hasta aquella época, sobre lo cual no ha habido disputa entre los Jueces en colisión.

Por lo tanto, partiendo de esta realidad habrá de verse si el señor Ariosto Acevedo Gutiérrez cambió luégo su domicilio de El Cocuy por el de Bogotá, o si sólo adquirió en esta ciudad un nuevo domicilio dejando subsistente el que tenía desde un principio.

Dicen los testigos Carlos Corredor y Milton Veras (expediente del Juez de Bogotá) que el señor

Acevedo Gutiérrez se vino a residir a Bogotá desde los primeros meses de 1948; que consigo se trajo para esta ciudad a su esposa e hijos; que trasladó su nueva residencia, sus muebles y enseres de El Cocuy, y que para la fecha de sus declaraciones (5 de agosto de 1949) no había vuelto a esta última población ni siquiera temporalmente.

Por su parte los testigos Juan Romero Murillo, Guillermo Monroy M., Enrique Quintero, Carlos Suárez B. y otros (expediente del Juez de El Cocuy), si bien corroboran algunos de los hechos expuestos por los declarantes Corredor y Veras, consideran que el traslado de la señora Valcárcel de Acevedo a Bogotá fue de carácter transitorio, motivado por sus achaques de salud y por la situación política. Agregan los testigos que la señora Valcárcel de Acevedo no dispuso de sus bienes de El Cocuy, pues apenas se limitó a entregar algunos de ellos en arrendamiento; que no arrendó su casa de habitación de El Cocuy, y algunas otras circunstancias por el estilo.

Así las cosas, ¿qué se deduce de las aludidas declaraciones, en relación con la permanencia del señor Ariosto Acevedo Gutiérrez en la ciudad de Bogotá?

Dice el artículo 79 del Código Civil que "no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico..."; por lo cual, a **contrario sensu,** si a la nueva residencia se traslada la familia y se organiza allí el hogar doméstico, estas circunstancias son indicativas del ánimo de permanecer, de la adquisición de domicilio.

Según esto —y dada la exposición de los testigos Carlos Corredor y Milton Veras— para la Corte es indudable que el señor Ariosto Acevedo Gutiérrez, al establecerse en Bogotá desde los primeros meses de 1948, lo hizo con intenciones de estabilidad o permanencia. El hecho de haberse radicado en Bogotá con su mujer e hijos, trasladando de El Cocuy aún sus muebles y enseres domésticos, está indicando su propósito de fijar en aquella ciudad su domicilio.

Ni desvirtúan lo dicho las circunstancias relatadas por los demás testigos (los del expediente de El Cocuy), ya porque esas circunstancias no se refieren al señor Ariosto Acevedo Gutiérrez sino a su esposa, ya porque algunas de ellas son simples inferencias de los declarantes, y, en fin, porque, como lo observa la Procuraduría, "el hecho de que los esposos Acevedo-Valcárcel hubieran dado en arrendamiento dos de sus fincas ubicadas en El Cocuy, como aparece demostrado con los testimonios citados, viene a constituir un indicio bastante atendible del ánimo de ellos de desvincularse de esa región".

De otra parte, como la sola ubicación de los bienes no determina el domicilio de una persona, hay que convenir en que el señor Ariosto Acevedo Gutiérrez perdió el que había tenido en El Cocuy hasta principios de 1948, ya que desde que se radicó en Bogotá con la familia no regresó ni temporalmente a su lugar de origen, donde antes había estado ejerciendo sus actividades económicas.

Por consiguiente, como para el 13 de febrero de 1949 el señor Ariosto Acevedo Gutiérrez sólo estaba domiciliado en Bogotá, ese fue también el domicilio de su esposa, la señora Cecilia Valcárcel de Acevedo.

En tal virtud, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, acorde con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil, DECIDE que es al Juez del Circuito de Bogotá a quien corresponde conocer del juicio de sucesión de la señora Cecilia Valcárcel de Acevedo.

Comuníquese a los Jueces de El Cocuy y de Bogotá y remítase el expediente a éste último (artículo 423 del C. J.).

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Gerardo Arias Mejía. Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Acta de posesión del Excelentísimo señor Presidente de la República, doctor Laureano Gómez, ante la Corte Suprema de Justicia en el salón central del Capitolio Nacional, el día 7 de agosto de 1950 745

Proposición aprobada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en su sesión del día 15 de junio de 1950, con ocasión de la muerte del Honorable Magistrado del Tribunal Superior de San Gil, doctor Raimundo Rueda 752

Proposición aprobada por la Corte Suprema de Justicia en la sesión de la Sala Plena verificada el día 6 de julio de 1950, y por la cual se lamenta el fallecimiento del Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, doctor Euclides Argüello R. 752

Proposición aprobada por la Corte Suprema de Justicia en su sesión de la Sala Plena del día 17 de agosto de 1950, con ocasión del fallecimiento del doctor Máximo H. Martínez, Magistrado del Tribunal Superior de Cali 752

Proposición aprobada por la Corte Suprema de Justicia en sesión del día 17 de agosto de 1950. (Se deplora la separación del Dr. Sarasty del seno de la Corporación) 752

Proposición aprobada por la Corte Suprema de Justicia en sesión del día 17 de agosto de 1950. (Se lamenta el retiro del doctor Hinestrosa Daza) 752

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de nulidad de un juicio ordinario de simulación.—El Ministerio Público que actuó como demandante en el juicio de simulación, no es parte en el ordiario de nulidad de aquél.—La falta de legitimación en causa es excepción perentoria que debe decidirse en la sentencia.—El contrato oculto no produce efectos respecto de terceros adquirentes de buena fe:—En el juicio ordinario sobre nulidad de otro de simulación, seguido por Josué Olaya contra Crescencio Acevedo Quirós y otros, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 753

Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato—Cuando se extingue un contrato por revocarse el mandato conferido de conformidad con lo convenido en el contrato, nace para el mandatario el derecho a la indemnización.—Las acciones de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual no son susceptibles de acumulación si los daños provienen de una misma relación jurídica. Error de derecho en la apreciación de dictámenes periciales.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado por el doctor Próspero del Río contra el Municipio de Cunday. Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 760

Causal segunda de casación.—Cuando la sentencia es absolutoria, de hecho queda descartada la posibilidad de esta causal. — En el juicio ordinario sobre entrega de un predio, seguido por Ignacio Flórez L. y otros contra José Gabriel Romero, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 769

Recurso de hecho. — Cuantía para el recurso de casación. — Se estima bien denegado el

Págs.

recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Quibdó en el juicio ordinario seguido por Mario y Próspero Ferrer contra Juan J. Vásquez, y se declara que no se admite el de hecho interpuesto por la misma parte. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 772

SALA DE CASACION PENAL

Se declara desierto un recurso de casación, por no haber sido formulada la demanda ni por el Fiscal que lo interpuso ni por el Procurador. — Se declara desierto el recurso de casación que interpuso el Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali contra la sentencia del mismo Tribunal proferida en el juicio contra Lucila Robledo (a. La Cómoda), por el delito de lesiones personales en Omar Arango. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 773

La amistad y la enemistad como causales de impedimento y recusación.—Se declara no probada la causal de impedimento manifestada por el Conjuez del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Rafael Angel Donado, para conocer de un proceso contra el doctor Octavio Espitia y Pardo por el delito de concusión. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 774

Delito de prevaricato.—Cesación del procedimiento. — En el proceso reconstruído adelantado contra el doctor Carlos Vila Escobar por cargos de prevaricato y abusos de autoridad denunciados por el doctor Tomás García Cuéllar, se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá declaró cesado el procedimiento, pero con la modificación de que esa cesación se ordena porque la acción penal no puede proseguirse. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 776

La parte civil no puede ser considerada como parte no recurrente, para los efectos del artículo 564 del C. de P. P., en el recurso de casación interpuesto por el procesado, su defensor o el Ministerio Público.—Se niega la reposición solicitada por el apoderado de la parte civil, del auto por medio del cual se ordenó prescindir de la notificación personal al dicho apoderado de la providencia por medio de la cual se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por la procesada en el juicio contra Manuel Dolores Constaín por los delitos de robo y hurto, juicio fallado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Popayán..... 777

Competencia para el juzgamiento de los delitos de hurto y de robo de conformidad con las normas de los Decretos 3981 de 1949 y 1426 de 1950.—Se decide la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá y el Juzgado Superior Militar de la misma ciudad, para conocer de un proceso por los delitos dichos, seguido contra Liborio Ramírez, en el sentido de declarar que su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 780

Recurso de hecho.—Cuándo es procedente el recurso de casación en procesos fallados en primera instancia por Jueces del Circuito. Se concede al procesado Hernando Rojas Porras el recurso de casación interpuesto de hecho contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en juicio contra aquél por el delito de robo. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 782

La amistad íntima como causal de impedimento y de recusación. — Se acepta el impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala, doctor Agustín Gómez Prada, para conocer de un proceso contra el doctor Alfonso García Rangel. Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 784

Nulidades.—Error en cuanto a la denominación jurídica del delito.—Prueba del delito de robo.—En el proceso seguido contra Lisímaco Arismendi por el delito de robo, se

Págs.

invalida la sentencia del Tribunal Superior de Buga y se declara nulo lo actuado a partir del auto de proceder de primera instancia, inclusive. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 786

Para que pueda deducirse responsabilidad a un funcionario por la comisión del delito de abuso de autoridad consistente en demoras, es necesario que se compruebe que hubo descuido o negligencia por parte de él.—Incompetencia de la Corte para conocer de causas de responsabilidad contra Jueces Municipales—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Rodrigo Peña Baena por cargos de abuso de autoridad (demoras) en el proceso contra Héctor Julio Parra, y se revoca el sobreseimiento proferido en favor de los señores doctor Juan F. Pérez, Juez 13 de Instrucción Criminal; doctor Víctor Velásquez Castro, Juez 1º Municipal Penal de Barranquilla, y Dr. Eduardo Natera Pertuz, Juez 5º Municipal Penal de la misma ciudad, por cuanto el conocimiento de las diligencias contra estos funcionarios corresponde al Juez del Circuito Penal de Barranquilla, a quien se ordena sean remitidas. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 791

Impedimentos y recusaciones. — El hecho de haber dictado auto de detención, no constituye causal de impedimento para que el mismo funcionario, en segunda instancia, tome parte en las demás actuaciones del proceso, por haber emitido opinión. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Tunja por medio del cual se declaró, por los restantes Magistrados de la Sala de Decisión, infundado el impedimento que el doctor Aníbal Ojeda Vargas, Magistrado del dicho Tribunal manifestó para conocer de un proceso contra Luis Avila Coy y Segundo Matéus por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 795

La opinión como causal de impedimento y de recusación.—Se declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, doctor Aníbal Ojeda Vargas, para conocer de un proceso contra Luis Eduardo Pesca por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 797

El procurador no está facultado por la Ley 82 de 1948 para ampliar la demanda de casación presentada por la parte recurrente contra las sentencias proferidas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares.—No se casa la sentencia proferida por la dicha Jefatura en el proceso contra Julio César García, Arnoraldo Olarte y Alfonso Dusán por los delitos de asonada y robo. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 799

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada 802

Interpretación del veredicto del jurado.—Exceso en la legítima defensa—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio contra Marco Aurelio Alvarez (a. Penco), por el delito de homicidio en la persona de Antonio Alvarez Uribe (a. Mocho). Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Parra 804

Delitos de abuso de autoridad, prevaricato y usurpación de funciones.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Sergio Abadía Arango, ex-Gobernador del Chocó, por los cargos que le formuló el señor Próspero Ferrer Ibáñez. Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 809

La causal segunda de casación es improcedente en los juicios por jurado.—La agravante del numeral 6º del artículo 37 requiere una mayor insensibilidad moral. — Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio contra Antonio José y Carlos Arturo Arias Arango por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 818

Págs.

Delitos de prevaricato y de abuso de autoridad (intervención en política)—Se confirma el sobresimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Tunja en favor del doctor José Antonio Jiménez, Juez 2º Penal del Circuito de Chiquinquirá, por los cargos que le formuló Salomón Rodríguez. Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 823

Delito de abuso de autoridad (demoras).— Se confirma el el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena en favor del doctor Roberto Malo Pupo, Juez Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, por los cargos que le formuló el doctor Pedro Yancés Salcedo. Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez... 825

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Nulidades. — Después de concluído el juicio, no se puede declarar su nulidad por incompetencia de jurisdicción. — Se declara improcedente la demanda de nulidad del juicio de rendición de cuentas seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Extension Railway Limited, demanda presentada por el apoderado de la dicha compañía, durante el período de rendición de cuentas 828

La contrademanda sólo puede dirigirse contra el actor o actores de la demanda.—En el juicio seguido por Gabriel Carreño Mallarino contra los Ferrocarriles Nacionales, no se admite la demanda de reconvención que a nombre de la parte demandada presentó el señor Procurador Delegado en lo Civil 831

Oposición a un contrato de exploración y explotación de metales preciosos en el lecho de un río. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, proferida en el juicio originado en la oposición que Alberto Garcés Navas formuló a la propuesta sobre exploración y explotación de metales preciosos que en un trayecto del río Patía hizo Genaro Payán Castro. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 833

Incompetencia de la Corte para conocer de juicios de oposición al registro de una marca de fábrica y de juicios sobre cancelación de marcas y patentes, aunque en ellos sea parte la Nación.—Se declara que la Corte no es competente para conocer del juicio sobre cancelación de la marca "Jabón Royal", seguido por Santiago Rodríguez Alarcón contra Graciliano Jiménez y, por denuncia del pleito hecha por éste a la Nación, también contra esta entidad. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 838

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos—Requisitos para que unas tierras que formaron parte de un resguardo de indígenas pertenezcan al respectivo municipio. — Se declara infundada la oposición formulada por el Municipio de Pueblo viejo a la propuesta hecha por la Tolima Land Company, sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, propuesta distinguida con el número 117. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 840

Incidente de liquidación de perjuicios.—Valor probatorio del peritazgo uniforme.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Medellín por medio del cual se reguló la cuantía de los perjuicios que el Departamento de Antioquia debe pagar a Federico Vásquez Toro en cumplimiento de sentencias judiciales, perjuicios ocasionados por el Ferrocarril de Antioquia. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 844

Acción ordinaria sobre derecho de un avisante y denunciante de una mina, para que por la Nación se admita el correspondiente denuncio.—Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de esta clase de controversias y, en general, de todas las relacionadas con actos del Estado en que éste obra como persona de derecho público.— Se declara nulo, por incompetencia de jurisdicción, el juicio ordinario seguido sobre los objetos expresados por Germán Molina Callejas contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 847

Págs.

Acción de indemnización de perjuicios causados por un acto judicial.—Si las indemnizaciones que se reclaman se fundan, no en un acto administrativo propiamente dicho, sino en un acto de jurisdicción que se considera ilegítimo, la competencia para conocer del respectivo juicio no puede atribuírse al fuero contencioso-administrativo, sino al de la justicia ordinaria.—En el juicio ordinario sobre el objeto expresado, seguido contra el Departamento de Santander por el señor José Antonio Fuentes Gómez, se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga..... 851

Se mantiene el auto recurrido.—En el juicio seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited, la Sala suplicada mantiene el auto proferido por el Magistrado sustanciador por medio del cual se declaró improcedente la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de la parte demandada, auto que se publica a página 828 de este mismo número. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 862

Caducidad de la instancia—Cuándo puede declararse. — Se declara la caducidad de la instancia en el juicio de única instancia seguido por el doctor Gabriel Carreño Mallarino contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 863

Se declaran infundadas unas oposiciones a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional. La Corte declara que no son fundadas las oposiciones que los señores Alberto y Fernando Reyes, Alberto Plata, Gerardo Zambrano, Héctor Moreno Díaz, Fernando y Alberto Arenas, Julio F. Argüelles, Manuel Sarmiento Chaparro, Juan Medina Díaz, Armando, Alfonso, Octavio, Guillermo, Flor Angela y Rafael Moreno Díaz; Antonio Lara, Manuel José Avella, Julio Chaparro, Manuel Sarmiento, Aura Alicia Chaparro, Héctor Alfonso Celi, Juan Nepomuceno Niño, Miguel A. Melgarejo, Marco Tulio Cañón, Armando Chaparro y otros formularon a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en jurisdicción de los municipios del Departamento de Boyacá, Moreno, Pore, Nunchía, Marroquín y Trinidad, propuesta distinguida con el número 193 y formulada por el señor Ernesto Saldarriaga. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 864

La acción de suspensión no tiene hoy cabida ni siquiera en los juicios ordinarios sobre petróleos seguidos por el Estado. — Interpretación del artículo 7º de la Ley 160 de 1936.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por el Municipio del Carmen de Bolívar contra la Nación, para que se declare que no es baldío, sino de propiedad privada un globo de terreno ubicado en jurisdicción de ese Municipio y que es de propiedad privada del mismo Municipio el petróleo que se encuentre en dicho terreno, auto por medio del cual se negó la solicitud de la parte demandante para que se ordene a la Nación, como demandada en el juicio, que suspenda cualquier transacción u operación industrial que pueda perjudicar los derechos del Municipio demandante. Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 869

Acción de responsabilidad civil extracontractual. — La presunción de culpabilidad no obra en favor del empleado u obrero que al manejar o conducir la cosa peligrosa que le ha sido encomendada para ello, se causa un daño.—En el juicio ordinario seguido por la señora Gabriela Escobar de Almeida contra la Nación, se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que absolvió a la entidad demandada. Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña... 871

Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Competencia privativa de la Corte para conocer en única instancia de controversias provenientes de contratos celebrados con la Nación.—Se declara nulo todo lo actuado en el juicio ordinario seguido por la señora Josefina Rodríguez de Hanaberg, como causahabiente en la sucesión de la

Págs.

señora Josefa María Vengoechea de González, contra la Nación y otros, sobre nulidad de una hipoteca constituída a favor del Gobierno Nacional y sobre otros objetos. Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña.. 877

Acción de indemnización de perjuicios.—Perjuicio futuro.—Fundamento de la indemnización por perjuicio moral subjetivo y manera como debe hacerse la regulación de su monto.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario sobre el objeto expresado, seguido por Luis Eduardo Ruiz y su esposa contra el Departamento de Caldas, y en su lugar se condena a la parte demandada a pagar a los demandantes la cantidad de $ 2.000 a cada uno, por concepto de perjuicio moral subjetivo. Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 879

Se dirime una colisión positiva de competencias para conocer del juicio de sucesión de una mujer casada.—Dirime la Corte la colisión surgida entre el Juez del Circuito de Bogotá y el Juez del Circuito de El Cocuy para conocer del juicio de sucesión de la señora Cecilia Valcárcel de Acevedo, en el sentido de atribuir su conocimiento al Juez de Bogotá. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 885



NOTA — Con el presente número termina el Tomo LXVII de la GACETA JUDIAL. El número 2086 estará dedicado al Indice y Jurisprudencia del Tomo.

El Relator.



GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXVII BOGOTA — 1951 NUMERO 2086

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXVII (NUMEROS 2080 A 2085 DE LA "GACETA JUDICIAL")

— A —

— 1 —

ABANDONO DE NIÑOS (Derecho del tercero que ha cuidado de ellos, para que se le reembolse por los padres lo gastado en la crianza y educación).

De acuerdo con los principios fundamentales que rigen el derecho de familia y determinan los efectos principales nacidos en el parentesco de consanguinidad, el Código Civil, en el Título 12 del Libro 1, señala, como originados en la ley, los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos establecidos en interés de éstos y en interés público. El cumplimiento de la obligación general de cuidado personal de los hijos, su crianza y educación, comprendidas en realidad en la legal alimenticia (artículo 413 C. C.), impone gastos que dentro del estado normal del matrimonio y cuando el hijo no tiene bienes propios, corren por cuenta de la sociedad conyugal formada por sus padres. El padre no solamente tiene el derecho sino la obligación de ejercer su guarda sobre el hijo; de ahí por qué el abandono que de él haga no sólo es productor de efectos civiles sino constitutivo de un delito definido y sancionado en la ley penal. Los derechos que la ley concede a los padres para corregir, dirigir la educación y escoger profesión a sus hijos son una consecuencia directa del adecuado cumplimiento de su educación de cuidado personal sobre ellos; por eso no podrán ejercerlos aquellos padres que hayan abandonado al hijo física o moralmente (artículo 266), como tampoco cuando por su mala conducta hayan dado motivo a la providencia de separar los hijos de su lado (artículo 267 del C. C.).

El artículo 268 del título precitado del C. C. dice, finalmente: "Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarlo del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez".

En esta disposición legal, según la teoría de los dos elementos de la norma jurídica, acogida y explicada por la Corte, el elemento material, o sea la hipótesis que se hace sobre una situación de hecho determinada, consiste en que haya un hijo que por haber sido abandonado por sus padres ha sido alimentado y criado por otra persona; y el elemento formal, esto es, la consecuencia que el legislador asigna a ese estado de hecho, y

que aquí es el derecho del tercero para ser reembolsado de las costas de crianza y educación, judicialmente tasadas. La fuente de esta obligación paternal se vincula, pues, esencialmente al hecho de que el hijo haya sido abandonado y que este desamparo sea la causa determinante para que el protector hubiera echado sobre sí la carga de atender con su propio patrimonio las obligaciones que legalmente corresponden a los padres, con ánimo de crear respecto de éstos una relación jurídica que le dé base para demandar su reembolso, y no simplemente con un propósito caritativo o de mera liberalidad.

La acepción de abandono, que aquí procede, es el físico, que consiste en la dejación o desamparo que uno hace de una persona a quien debía cuidar, constitutivo, como ya se dijo, de una infracción penal definida y castigada como uno de los delitos contra la vida y la integridad personal. (Título XV, Cap. 6° del C. P. Del abandono y exposición de niños). Aunque el artículo 268 del C. C. contempla solamente la oportunidad de reembolso con la ocasión de que los padres quieran sacar su hijo del poder de la persona que lo ha criado y alimentado, no hay en realidad ningún inconveniente de doctrina para aceptar la posibilidad de que el tercero pueda demandar judicialmente a los padres para obligarlos a que le paguen los referidos gastos de crianza y educación teniendo en cuenta que tales expensas son una deuda impuesta por la ley a los padres y que no sería justo eximirlos de pagarla, pudiendo hacerlo, por el hecho de haber mediado abandono. A tal solución conduce la razón de que tratándose de una deuda ajena, como es la paternal alimentaria, es claro que el tercero que la paga tiene acción contra el padre para que le reembolse lo pagado, de acuerdo con los principios generales de la agencia oficiosa; pero, como la ley ha sido expresa en la exigencia de condiciones especiales, no hay duda de que la demanda del tercero tiene que sujetarse, no a las reglas generales del cuasicontrato, sino a las precisas y terminantes del artículo 268, que exige como elemento primordial que la deuda ajena se haya pagado por consecuencia del abandono físico del hijo. (Casación Civil. Abril 13 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2031-2082) . . 158, 1ª y 2ª

— 2 —

ABOGADOS (Faltas profesionales)

La aspereza de tratamiento o la destemplanza verbal empleada por un abogado en sus memoriales, si evidentemente censurable, no llega a configurar ninguna de las faltas de que tratan los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, entre otras cosas porque en los casos de memoriales irrespetuosos para las autoridades o los particulares, los secretarios de las oficinas judiciales tienen el deber de rechazarlos consultando previamente con sus superiores, como lo preceptúa el artículo 121, ordinal 17, del Código Judicial, y porque en determinadas circunstancias los Jueces y Magistrados pueden imponer sanciones correccionales a quienes les falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. (Negocios Generales. Junio 14 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 662, 2ª

— 3 —

ABUSO DE AUTORIDAD

La mera invocación de su calidad de funcionario público que haga uno de éstos para obtener el encierro carcelario de una persona, no tiene la virtualidad de constituir el ejercicio de una función pública, con exceso de ésta, si por lo demás ese funcionario no estaba en ese momento ejerciendo sus funciones públicas. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) 73, 2ª

— 4 —

ABUSO DE AUTORIDAD Y DETENCION ARBITRARIA (No se configuran por intervenir un Gobernador para hacer cumplir órdenes de captura dictadas por funcionarios competentes).

Es verdad que el Gobernador puso en veces medios adecuados para que dichas órdenes de detención se cumplieran a cabalidad, pero en esto no obraba directamente, sino como auxiliar del funcionario investigador que lo comisionaba al efecto. Y en esto no existe nada de censurable. (Casación Penal. Diciembre 2 de 1949. T. LXVII. Nº 2080).

6, 2ª

— 5 —

ABUSO DE AUTORIDAD

Como lo ha dicho la Corte, "no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana. Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse, por razón de su oficio, en los encargados de administrar justicia, y ni la disparidad de apreciación, ni el error demuestran por sí solos, el propósito doloso de obrar contra derecho". (Casación Penal. Mayo 9 de 1950. T. LXVII. números 2081-2082).....277, 1ª y 2ª

— 6—

ABUSO DE AUTORIDAD (Cuándo las demoras configuran este delito)

Según el precepto del artículo 172 del Código Penal, comete abuso de autoridad el funcionario o empleado público "que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado". Es decir, que tánto abusa de su autoridad el que simplemente no cumple con sus deberes, el que por desidia no los lleva a término (omite), como el que se niega a realizarlos (rehusa), y también el que difiere o se demora en su ejecución (retarda).

En relación con la prueba, fácil resulta allegar la de omisión o del rechazo, porque tanto la una como el otro traducen actitudes del funcionario o empleado francamente opuestas a un precepto legal que le imponía el deber de actuar en determinado sentido, no susceptible de interpretación o duda. No así el retardar, porque el diferir o aplazar el acto puede obedecer a múltiples causas que descartan el dolo, la desidia o negligencia del funcionario. (Sala Penal. Julio 14 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084).

598, 1ª

— 7 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Cuando en su comisión han intervenido funcionarios sometidos a fuero especial y otro que no lo está, debe procederse de conformidad con lo ordenado por el artículo 51 del C. de P. P.)

Cuando en un mismo delito de abuso de autoridad han intervenido en su comisión varios funcionarios, uno o varios de los cuales gozan de fuero ante la Corte para que ésta los juzgue en segunda instancia, como ocurre con los Jueces Superiores y de Circuito, y otros no, como por ejemplo ocurre con los Jueces Municipales, la norma aplicable no es entonces el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal, pues ésta se refiere al caso de varios delitos, caso en el cual existe la absorción por el competente para conocer del delito más grave.

Tampoco es entonces el artículo 52 del

mismo Código la norma pertinente, pues la circunstancia de que conforme a este artículo "para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes", bien puede permitir que fenecido el negocio contra el sindicado que goza de fuero especial, el mismo proceso pase a los funcionarios competentes por razón de la naturaleza del hecho para la calificación de los cargos que quedan pendientes contra los demás sindicados, cuyo grado de jerarquía judicial no les otorga preeminencia en el conocimiento por entidades de superior categoría en la rama jurisdiccional.

En estos casos la norma aplicable no es otra que el artículo 51 del mencionado Código, que determina la manera de proceder contra los sindicados sometidos a fuero especial. (Casación Penal. Auto. Agosto 18 de 1950. T. LXVII. N° 2085) 793, 1ª

— 8 —

ABUSO DE AUTORIDAD

Según la interpretación de la Corte, el acto arbitrario e injusto debe estar condicionado a que cause daño a una persona o propiedad para que sea delictuoso, de conformidad con el texto del artículo 171 del Código Penal. Cuando no ocurre así, el hecho pierde aquel carácter y se convierte en indiferente para la ley. (Casación Penal. Auto. Agosto 25 de 1950. T. LXVII. N° 2085) 816, 2ª

— 9 —

ACCION EJECUTIVA **(No es procedente el ejercicio de esta acción ante la justicia ordinaria, para el cobro de sueldos)**

Respecto de las deudas de la administración por concepto de sueldos no es procedente la acción ejecutiva ante la justicia ordinaria, porque, al tenor de los artículos 7° de la ley 24 de 1947 y 2° y 100 del Decreto-ley número 2158, corresponde a la Jurisdicción del Trabajo conocer de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo. (Negocios Generales. Junio 26 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 678, 2ª

— 10 —

ACLARACION DE SENTENCIAS

Ha dicho la Corte: "Aunque el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal no autoriza sino para corregir los yerros aritméticos o numéricos en que el Juez haya incurrido, no hay por qué desechar la tesis de que también puede aclararse la sentencia cuando en ella haya frases o conceptos oscuros, según lo dispone el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por virtud del 7° del Código de Procedimiento Penal". (Fallo de 6 de mayo de 1946, G. J. Tomo LX, números 2032-2033, pág. 517). (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 556, 2ª

NOTA—Dos Magistrados salvaron el voto.

El Relator

— 11 —

ACTO ADMINISTRATIVO **(Oposición a que se realice un acto administrativo)**

Como lo ha dicho la Corte en más de una oportunidad, 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. (Negocios Generales. Mayo 19 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082).

334, 2ª

— 12 —

AMISTAD Y ENEMISTAD (**Requisitos para que constituyan causal de impedimento o recusación**)

Ya ha dicho la Corte que, tanto la amistad, como la enemistad, son, de ordinario, sentimientos recíprocos; que la amistad ha de ser **íntima** y la enemistad **grave** para que constituyan causales de impedimento o recusación, porque sólo en esas condiciones es de presumir que el funcionario se deje guiar más bien por los llamados del sentimiento que por las voces de la justicia; y, por último, que para que constituyan base para poder separar del conocimiento a un juez o magistrado, tienen que aparecer esos motivos demostrados satisfactoriamente, como todo lo que ha de servir de premisa para los fallos judiciales.

Sin embargo, la enemistad y la amistad pueden no ser sentimientos recíprocos, al menos aquélla y en la calidad de grave que la ley requiere. Y, así, puede suceder que un funcionario mantenga grave rencor o resentimiento contra alguna persona, o esta persona contra el funcionario, sin que haya correspondencia en el deseo de hacer daño, en que se traduce la enemistad.

Lo que sí no puede acontecer es que tales sentimientos no aparezcan acreditados, aunque se trate de hechos de conciencia, porque los fenómenos subjetivos se revelan al exterior, ya por manifestaciones de palabra, ya por actitudes, gestos o actividades. (Casación Penal. Auto. Agosto 1º de 1950. Tomo LXVII. Número 2085).....774, 2ª, 775, 1ª

— 13 —

ANOMALIA PSIQUICA (**Las partes pueden pedir en la audiencia la inclusión de la pregunta relativa a grave anomalía psíquica**)

La facultad que otorga la ley a las partes, para pedir la inclusión en el cuestionario de la pregunta relativa a la grave anomalía psíquica, puede ejercitarse aún en el acto de la celebración de la audiencia, siempre y cuando las pruebas del proceso den lugar a la invocación de ese derecho. Porque esa atribución no se deduce de la simple afirmación que haga el defensor, sino de las pruebas en que ella se respalda. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084). 583, 1ª y 2ª

— 14 —

APELACION (**Cualquier persona, aunque no sea abogado, puede interponer, cuando es demandada en juicio, por sí misma este recurso contra la primera providencia que se le notifique**)

Es evidente que la apelación de una providencia constituye un verdadero acto de litigación procesal, ya que con esa manifestación se pretende que el superior rectifique lo resuelto por el inferior. Y no es menos cierto igualmente que la ley 69 de 1945, al determinar las excepciones al precepto de que "nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito", no incluye los recurso que puede interponer el demandado contra la providencia inicial del juicio, a pesar de que no había por qué suponer que éste tuviera desde entonces un abogado listo para su defensa.

Sin embargo, no puede desconocerse la exacta posición del demandado respecto de la primera providencia que se le notifica. En efecto, si es a partir de ese momento cuando él debe buscar el abogado que lo asista en el pleito, por fuerza necesitará algún término prudencial para conseguirlo, dentro de tres días de que dispone para formular sus reclamos. Y si entre tanto esta oportunidad puede menoscabársele o extinguírsele, ¿no pecaría una aplicación estricta del precepto en referencia contra el principio de la igualdad de las partes en el proceso, de inspiración marcadamente constitucional?

De otra parte, tratándose de una norma expedida con un sentido de protección o beneficio, tendiente a que las partes defiendan mejor sus intereses, es lo lógico darle una interpretación restringida en un caso como el actual, para que no redunde su aplicación en perjuicio de aquellos mismos a quienes se pretendía favorecer.

Por esto, para la Sala el precepto general en cuestión, respecto del demandado, no puede aplicarse a los recursos que éste tiene derecho a interponer contra la providencia inicial del proceso, pero siendo entendido que una vez vencido el término para esos reclamos, cualquier gestión posterior suya debe hacerla por conducto de abogado inscrito. (Negocios Generales. Julio 18 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084).....715, 1ª

— 15 —

AUTO DE DETENCION (La proximidad de las vacaciones judiciales no es óbice para su inmediato cumplimiento)

El auto de detención es de cumplimiento inmediato, y no puede el Juez aplazar su cumplimiento, so pretexto de que durante las vacaciones judiciales no hay quien resuelva las solicitudes de libertad que formule el detenido, ya que, en previsión de tal evento, puede comisionar al alcalde del lugar o a un Juez de Instrucción, para que durante ese tiempo siga adelantando la investigación y decida todas las peticiones que eleven los interesados. (Casación Penal. Auto. Diciembre 2 de 1949. Tomo LXVII. Nº 2080).3, 2ª

— 16 —

AUTOPSIA (No es la única prueba conducente para comprobar el cuerpo del delito de homicidio)

Indudablemente el reconocimiento médico legal es de suma importancia para la determinación del cuerpo del delito en el homicidio, pero esta prueba no es la única, ni supone la exclusión de otros elementos probatorios para la demostración del factor material del delito, pues dentro del Código de Procedimiento Penal existen disposiciones especiales que permiten acreditar el cuerpo del delito en el homicidio, por pruebas que no son precisamente las que invoca el recurrente con el carácter de únicas y excluyentes. (Se refiere la Corte a la necropsia practicada por expertos médicos, la que —según afirmación del recurrente—"debe ser la base fundamental para determinar científicamente la muerte de una persona, y en consecuencia, para la estructuración del elemento objetivo y material del delito de homicidio").

Los artículos 305, 306 y 308 del Código de Procedimiento Penal disponen que debe practicarse la autopsia del cadáver para determinar la causa de la muerte, pero cuando esa prueba, por omisión, por negligencia u olvido involuntario, no se ha practicado, no es necesario allegarla cuando por otros medios probatorios puede llegarse al mismo resultado, o sea a la demostración de las causas que produjeron la muerte. Si en virtud de conceptos periciales, o por medio de declaraciones de personas hábiles, se llega a determinar las verdaderas causas de la muerte, la diligencia de autopsia no tiene en esos casos el carácter de prueba esencial para determinar el elemento material en el homicidio, porque la misma ley autoriza al juzgador para aceptar otros medios de comprobación para acreditar el elemento material del delito.

Se dice que la diligencia de autopsia no es la única prueba que establece la ley para comprobar el cuerpo del delito, en el homicidio, porque los artículos 317 y 318 de la ley procedimental facultan al juzgador para comprobar el cuerpo del delito por medio de declaraciones, y a la vez establecen la forma en la cual debe proceder cuando a ello hubiere lugar. Si no existieran en nuestra legislación esos preceptos terminantes, la te-

sis invocada por el recurrente sería exacta; pero, frente a estos textos legales hay que admitir que el cuerpo del delito puede acreditarse por medio de declaraciones. La tesis opuesta llevaría a la conclusión absurda de que el cuerpo del delito en el homicidio no podría demostrarse cuando el cadáver hubiera desaparecido por cualquier circunstancia.

. . . . . .

El objeto fundamental de toda investigación es el esclarecimiento de la verdad en orden a la comprobación de sus factores objetivos y subjetivos: los primeros, en cuanto determinan la materialidad del hecho y sus causas generadoras, y los segundos, en cuanto hacen relación a la imputabilidad y responsabilidad de sus autores o copartícipes, y para llegar a esta conclusión, es indudable que todos los elementos probatorios determinados por el legislador son aptos para conseguir las finalidades de la ley. Sólo en los casos en que la ley dé primacía absoluta a una prueba con exclusión de otra, el juzgador no podrá tenerla en cuenta, bien sea como elemento de convicción, para dictar el correspondiente fallo, o bien como medio para comprobar el cuerpo del delito. (Casación Penal. Abril 11 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) . . . . . 252, 1ª y 2ª

— B —

— 17 —

BUENA CONDUCTA (La buena conducta anterior no es prueba suficiente de inocencia)

Que alguien hubiera atestiguado el buen proceder del sindicado en otra oportunidad, no indica que ahora no pueda aparecer como responsable de un hecho delictuoso, por la sencilla razón de que el hombre, si bien sigue una línea más o menos uniforme de conducta, buena o mala, en un momento dado puede incurrir en un delito, por condiciones biológicas y por circunstancias ambientales y del momento. Esa razón tiene su valor, indudablemente, pero es genérica y vaga y no acredita con mucha fuerza que el acusado no sea el autor del ilícito que se le imputó, en presencia de las pruebas que como tal lo señalan. (Casación Penal. Febrero 21 de 1950. T. LXVII. Nº 2080) 88, 1ª

— C —

— 18 —

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

De acuerdo con el artículo 364 del C. J., para que haya lugar a declarar la caducidad de la instancia, si el demandado lo pide, se requiere que el demandante haya abandonado el juicio, o sea que no haya hecho gestión alguna por escrito durante un año, que se cuenta desde la notificación del último auto, o desde el día de la práctica de la última diligencia. La caducidad de la instancia se prevé, así, como una sanción para el demandante por su inactividad o negligencia, reveladora de su falta de interés para la continuación del juicio; de modo que en esa sanción se incurre siempre que el demandante haya podido instar el curso del negocio, como acontece cuando éste ha estado a disposición de las partes en la Secretaría. (Negocios Generales. Agosto 18 de 1950. T. LXVII. Nº 2085) 863, 2ª

— 19 —

CALUMNIA (Es un delito típicamente doloso)

El elemento material u objetivo del delito de calumnia, conforme al precepto del artículo 333 del Código Penal y al del artículo 23 de la Ley 29 de 1944, que sólo reformó al del Código en cuanto a la calidad de la pena privativa de la libertad y en cuanto concedió al procesado el derecho para solicitar que

se le conmute el arresto o parte de él por una sanción pecuniaria a favor del calumniado, consiste en la imputación de un hecho falso concreto, categórico, francamente afirmativo, que no suscite dudas acerca del propósito de atribuírlo a la persona que se siente ofendida en su integridad moral. Las simples suposiciones o hipótesis, las sospechas y cualquier estado de incertidumbre, son penalmente indiferentes a este respecto. El que atribuye el hecho falso debe asegurar que existió realmente y que un sujeto determinado fue autor o partícipe de él.

Esta es la llamada **calumnia manifiesta,** que es la única prevista por el Código Penal colombiano, el cual excluyó la calumnia denominada encubierta o equívoca, que consiste en formular la imputación de modo velado, indirecto, con rodeos o disfraces, como eludiendo la responsabilidad del acto.

La exclusión se debe seguramente a que tal especie de calumnia encubierta se presta a muchas dificultades en la práctica, ya porque no hay certeza en cuanto a la cualidad del hecho imputado, por su vaguedad y carácter equívoco, o ya porque no se determina el sujeto pasivo objeto de la ofensa. Sólo una ulterior aclaración del responsable puede definir la cuestión, para establecer si hay o no calumnia. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 112 del Código Penal argentino en los siguientes términos:

"El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá el mínimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta".

Con todo, nuestro legislador instituyó la calumnia encubierta únicamente cuando ella se hace por medio de la prensa, pues el artículo 27, inciso 2°, de la Ley 29 de 1944, que reglamenta esta materia, dispone:

"Tampoco exime de responsabilidad el que la calumnia o la injuria se produzcan empleando expresiones o medios indirectos, siempre que aparezcan los elementos constitutivos del delito y que la publicación se refiera de manera inequívoca al ofendido".

Respecto al elemento subjetivo o doloso de la calumnia, radica simplemente en el conocimiento positivo de la falsedad que envuelve el hecho atribuído, y en la voluntad de imputarlo a una persona. Más claro: el dolo está en querer predicar del ofendido lo que se sabe es falso, de tal suerte que hay una discrepancia entre lo que el agente afirma y lo que él sabe sobre el hecho concreto materia del ilícito. Por eso, la calumnia, a semejanza de la falsedad (que de ella tiene bastante), es un delito típico doloso, no susceptible de culpa ni de error.

En consecuencia, si el presunto responsable, al afirmar el hecho falso, tiene la creencia real y fundada de que se refiere a algo verdadero, no comete calumnia. (Casación Penal. Julio 7 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) .....589, 2ª y 590, 1ª

— 20 —

CALUMNIA (Competencia de la Corte para conocer en ciertos casos de procesos por este delito)

La Corte es competente para conocer de la imputación por calumnia, pues aunque este delito es común, en el caso a estudio está íntimamente ligado con las funciones propias del Magistrado acusado, como era la de revisar, en segunda instancia, un auto de proceder dictado por el Juez Superior del respectivo Distrito Judicial.

La Corte, sobre el particular ha sentado la siguiente doctrina:

"La falsedad, la calumnia y la injuria pueden realizarlas los particulares o los funcionarios.

"Pero si éstos las ejecutan en una función propia de su oficio, si alteran la verdad material o intelectualmente, o si emiten conceptos mendaces y lesivos de la honra ajena que van a desembocar o influir en la resolu-

ción de un negocio judicial, es claro que no se les puede quitar el carácter de cargos de responsabilidad a la falsedad o a las afirmaciones injuriosas o calumniosas, aunque el código las tipifique como delitos independientes". (Casación Penal. Julio 7 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....589, 1ª

— 21 —

CAMBIO DE RADICACION

La Corte ha tenido cierta amplitud en la apreciación de las causales que pueden dar oportunidad al cambio de radicación de un proceso penal, sobre todo cuando son los factores políticos los que intervienen en la presumible falta de independencia de los funcionarios, porque indiscutiblemente estos factores resultan gravemente perturbadores para la rectitud de la justicia. Pero de aquí a considerar que cualquier fenómeno político o la sola calidad del ofendido o del ofensor, por pertenecer éstos a distintos partidos políticos, o por ser uno de ellos miembro de una institución o cuerpo, v. gr., de la Policía, cuyas actuaciones hayan sido apreciadas de manera opuesta por los que pertenecen a cada uno de los partidos en el lugar donde deba adelantarse el proceso, sean motivo bastante para conceptuar en estos casos de manera favorable al cambio de radicación del proceso, existe notoria diferencia, porque no se ve entonces el elemento que regula y gobierna esta atribución excepcional: la conveniencia para la administración de justicia de que se cambie la radicación del mismo. (Casación Penal. Marzo 14 de 1950. T. LXVII. Nos. 2081-2082).....213, 1ª y 2ª

— 22 —

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

Aunque el homicidio no tuvo móviles esencialmente políticos, sí se ejecutó cuando se realizaban manifestaciones de ese carácter y eso hace que el ambiente donde debe realizarse el juzgamiento pueda ser perturbado por motivos de esa clase.

Cuando en la realización de un delito intervinieron factores de este género, es natural que esas circunstancias sugieran la posibilidad o el temor de que la justicia sea intervenida por esos factores perjudiciales para la recta administración de justicia. Dentro de un ambiente de exaltación causado por móviles políticos bien posible es que las personas que en determinado momento deben intervenir en el proceso para pronunciar un veredicto sobre la responsabilidad del acusado no pueden sustraerse a esas causas ambientales y sus determinaciones puedan ser interferidas por causas extrañas a aquellas que deben ser el reflejo exacto de los hechos investigados.

En estos casos, la independencia de los jueces de conciencia puede ser supeditada por sentimientos de marcado sabor político, circunstancias que deben ser ajenas a los fines de la justicia, porque la política como expresión o manifestación de ideas de un partido se convierte en determinados casos en la pasión dominante que pueda animar las determinaciones de los jueces de conciencia.

Por regla general, la pasión política genera odios, venganzas y resentimientos imposibles de prever, y cuando el delito tiene ciertos matices políticos es natural que dentro de ese ambiente la justicia no se desarrolle dentro de su órbita normal, en forma que garantice la expresión exacta de los hechos investigados. En tales condiciones, para garantizar la independencia de la justicia y abundar en garantías, no sólo para la sociedad, sino también para el procesado, debe sustraerse el juzgamiento del proceso del Distrito Judicial donde ocurrieron los hechos, lo que fortalece la confianza que todos los asociados deben tener en la imparcialidad y rectitud de las decisiones de la justi-

cia. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1949. T. LXVII. Nº 2080).....24, 1ª y 2ª

— 23 —

CAMBIO DE RADICACION (Puede ser pedido por el Agente del Ministerio Público)

En el proceso penal, en sus diversas fases de sumario y causa, la ley tutela no sólo los derechos del sindicado o procesado, sino también los intereses sociales, cuando unos y otros se hallan amenazados porque la justicia no sea la manifestación permanente de la verdad procesal.

Una de las conclusiones fundamentales del proceso es la expresión de la verdad, sintetizada en un fallo absolutorio o condenatorio, y cuando ese resultado se consigue, la justicia es recta en su administración. De allí que, cuando por una u otra circunstancia puede ser obstaculizada por el juego de diversos factores que pueden interferirla, la ley faculta al Gobierno para cambiar de radicación un proceso, previo concepto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Si el Agente del Ministerio Público es la entidad que representa los intereses de la sociedad, es lógico que la defensa de los intereses de la justicia debe tener las mismas garantías de las cuales disfrutan los procesados, y cuando por cualquier motivo surge el temor fundado de que la justicia no será rectamente administrada, también se le otorga la facultad para pedir el cambio de radicación.

Si por conocimiento personal y por el dominio que se tiene del ambiente social en el cual se desarrollan los hechos, el Agente del Ministerio Público llega al convencimiento de que no hay tribunal popular que "quiera u ose aceptar la responsabilidad de los sindicados", es indudable que de antemano se está planteando el tema relativo a la impunidad. En estas condiciones, es obvio que la justicia no se administre rectamente.

Para subsanar estas dificultades la ley permite el cambio de radicación. (Casación Penal. Abril 10 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082).....247, 1ª y 2ª

— 24 —

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

El cambio de radicación de un proceso criminal es una medida de excepcional importancia, y ella no puede tomarse sino a solicitud de parte o del Gobierno representado por alguno de los funcionarios de la rama jurisdiccional o de sus inmediatos colaboradores, como lo es el Ministerio de Justicia.

Esta medida entraña —por una parte— el concepto de que las personas que han de intervenir en el juzgamiento de los hechos no han de administrar rectamente justicia, y por otra, implica la sustracción del proceso a la autoridad que por imperio de la ley debe decidir del negocio. Pero a esta conclusión de orden lógico y de carácter extraordinario debe llegarse cuando es necesario buscar un equilibrio exacto para una recta administración de justicia, y en estos casos prima el interés del Estado y la sociedad sobre todo otro interés común y pasajero.

La facultad que la ley otorga a la Corte para conceptuar sobre un cambio de radicación de un proceso criminal tiene especial aplicación cuando se trata de hechos de excepcional gravedad que han conmovido la opinión pública y que, por otra parte, en forma directa o indirecta, han sido consumados bajo el influjo de las pasiones políticas. Frente a estos hechos, es necesario, indispensable y conveniente abundar en garantías y sustraer su juzgamiento del distrito judicial donde ocurrieron los hechos, lo cual es un factor que fortalece la confianza que todos los ciudadanos deben tener en la rec-

titud e imparcialidad de las decisiones de la justicia. (Casación Penal. Enero 25 de 1950. T. LXVII. Nº 2080) 26, 2ª

— 25 —

CAMBIO DE RADICACION

Como ha dicho la Corte, "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 para que se opere el cambio de radicación". (Casación Penal. Mayo 17 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .....306, 2ª, 307, 1ª y 2ª

— 26 —

CAMBIO DE RADICACION (Requisitos para el)

La facultad otorgada por el artículo 58 del Código Procesal Penal no precisa más requisitos que la comprobación de que en determinado proceso han de influir factores que no se compadezcan con una justicia imparcial y absolutamente desprovista de todo sentimiento que pueda perturbar su sereno juicio. (Casación Penal. Mayo 5 de 1950. T. LXVII. Nos. 2081-2082) 273, 2ª

— 27 —

CAMBIO DE RADICACION

Acceder al cambio de radicación de un proceso únicamente porque los Jueces y Magistrados a quienes corresponde o pueda corresponder su juzgamiento profesan ideas políticas contrarias a las del procesado, sería sencillamente aceptar la falta absoluta de dignidad en los encargados de administrar justicia. Y es forzoso presumir que los ciudadanos que ejercen la judicatura son personas de la más recta honorabilidad en quienes la sociedad tiene plena confianza. (Casación Penal. Julio 14 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084) 596, 2ª

— 28 —

CAMBIO DE RADICACION (No pueden confundirse los motivos que pueden dar lugar al cambio de radicación con las causales de recusación del artículo 73 del C. de P. P.)

Las causales de recusación de que trata el artículo 73 del C. de P. P. no pueden confundirse con los requisitos expresamente establecidos por el artículo 58 del mismo estatuto procedimental para ser operante el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan causales de recusación contra un funcionario para conocer de determinado negocio penal, no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso. (Casación Penal. Julio 14 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 596, 2ª

— 29 —

CASACION (Técnica de)

El recurrente en casación, para lograr que el fallo se invalide por haber sido erróneamente aplicada la sanción a un delito de lesiones personales, porque las consecuencias sufridas por el sujeto pasivo representan sólo una deformidad física, y no una perturbación funcional transitoria, como lo admitió la sentencia recurrida, debe hacer un análisis jurídico del caso, para demostrar a la Corte la verdad de su aserto, y debe además

hacer un estudio pormenorizado de los dictámenes periciales sobre los cuales apoyó el Tribunal la penalidad impuesta, estudio que es propio de la causal 2ª de casación, pero no de la 1ª, la que prospera, en general, cuando se ha violado la ley penal material, sea porque se interpretó erróneamente, ora porque se aplicó indebidamente, al fijar la pena que debe corresponder al delito, de conformidad con el artículo 36 del Código Penal. (Casación Penal. Marzo 28 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....241, 2ª, 242, 1ª

— 30 —

CASACION (Error de derecho en la apreciación de pruebas)

El error de derecho, en técnica de casación, resulta del contraste entre la estimación judicial de una prueba y el valor que a ésta le asigna la ley. De aquí la imposibilidad de estructurarlo sin la cita concreta de la prueba que se pretenda malamente apreciada con exceso o con defecto, y la necesidad de demostrar la equivocación, que exige el artículo 520 del C. J. cuando la acusación se hace provenir de errada estimación probatoria. Este motivo de casación por quebranto indirecto de la ley sustantiva implica una operación compleja, comprensiva de condiciones parciales necesarias y articuladas: un error de hecho o de derecho cometido en el justiprecio de una prueba determinada, su demostración y la cita de la disposición sustantiva cuya violación sea el efecto del error probatorio, con incidencia, naturalmente, en la resolución del negocio. En este caso, á pesar de la caudalosa y puntualizada enumeración de pruebas que trae la sentencia como base de su resolución, la demanda de casación no contiene cita ni alusión concreta ninguna de prueba, ni referencia precisa a mérito deducido con desobediencia a la tarifa legal. Sólo existe la afirmación indeterminada de que "hubo error de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas", cosa insuficiente para dar base y temario de estudio, porque, como nadie lo ignora, la casación es inconfundible con una tercera instancia en que sería dable revisar el pleito y examinar y sopesar sin limitaciones jurisdiccionales el material probatorio de los procesos.

"Cuando la pretendida violación de la ley sustantiva —ha dicho y repetido innúmeras veces esta Sala— se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente, como en este caso sucedió, para que la Sala avoque el análisis de las cuestiones de hecho del juicio con una nueva apreciación de las pruebas, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia debatida en las dos únicas instancias que concede la ley, sino a examinar si dados los hechos tales como los consideró establecidos o demostrados el Tribunal, ha habido en la aplicación del derecho violación de alguna disposición legal sustantiva. Es indispensable para la procedencia de la demanda en estos casos, como lo ordena la técnica del recurso y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponda, o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidente del proceso". (Casación Civil. Abril 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....165, 2ª, 166, 1ª y 2ª

— 31 —

CASACION (Lo relativo a la prueba del cuerpo del delito es objeto de la causal 2ª)

La nulidad se predica de actos del proceso realizados sin la observancia de las formas

que la ley señala para que tengan validez. Y como lo que aquí alega la demanda es que no está comprobado el cuerpo del delito, está erróneamente invocada la causal de nulidad. Lo relativo al cuerpo del delito tiene cabida dentro de la causal segunda, en la cual se puede invocar la indebida o equivocada apreciación de las circunstancias o "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o copartícipes". Casación Penal. Mayo 26 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 321, 2ª

— 32 —

CASACION (Contra la sentencia aprobatoria de una partición sólo puede interponer casación quien la objetó)

El recurso de casación procede contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, que aprueban particiones hechas en juicios de liquidación de comunidades, según el artículo 519 del C. J. Si se atendiera exclusivamente a la letra de tal precepto, parecería indiscutible la admisibilidad del recurso; pero esa disposición no mira exclusivamente a la clase de sentencia, ni dentro de ella a su simple forma; es necesario considerar su fondo y en relación con él, si por quien interpuso el recurso se agotaron los medios que da la ley para el ejercicio del respectivo derecho.

No habiendo el recurrente presentado en la oportunidad debida objeciones a la partición, no agotó los recursos legales que concede la ley para la guarda de su derecho y, por consiguiente, no puede hacer uso del recurso extraordinario, que compete exclusivamente a quienes se hallan en tal posición.

En la misma situación se encontraría el litigante que no apeló de la sentencia desfavorable de primera instancia y luégo quisiera recurrir en casación de la decisión del Tribunal, confirmadora de aquélla, que se dictara a virtud de apelación interpuesta por otro de los interesados en el juicio. (Casación Civil. Mayo 12 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) 190, 2ª

— 33 —

CASACION (No puede interponerla el mandatario al cual se dio poder únicamente para las instancias)

Como el poder que fue conferido a quien interpuso el recurso de casación, sólo expresa que es para que "me represente ante ese honorable Tribunal y ejerza mi personería en el recurso de apelación que he interpuesto contra la sentencia de ocho de noviembre del corriente año, pronunciada por el Juez Primero Civil del Circuito de Palmira" y en ese poder, además, el mandante facultó a quien interpuso la casación "para sostener el expresado recurso y ejercer mi personería en todas las incidencias de la segunda instancia", síguese de todo esto que el dicho recurso de casación no fue interpuesto por persona hábil, pues las facultades del apoderado que así lo hizo se extinguieron por el primero de los modos de terminar el mandato según la ley civil, que es el "desempeño del negocio para que fue constituído" (artículo 2189 del C. C.), porque la interposición del medio extraordinario de que se trata excede los límites fijados por la ley al segundo grado del procedimiento y, como es obvio a los del recurso de apelación en que halla origen dicha instancia, y no puede reputarse como persona hábil para los efectos indicados, es decir para la admisibilidad de la casación, al apoderado cuyas facultades se extinguieron por el motivo expresado. (Casación Civil. Marzo 29 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 150, 2ª

— 34 —

CASACION (Cuantía para el recurso de)

La razón de la negativa del Tribunal a conceder el recurso oportunamente interpuesto y procedente por la naturaleza del juicio, no es otra que la circunstancia de haberse estimado la cuantía por el demandante, sin objeción del demandado, en cifra inferior a $ 3.000.00, por lo cual es preciso, según antigua jurisprudencia de esta Sala, citada por el Tribunal, tener esta cuantía como irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, entre ellos para decidir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación. Esta doctrina, como lo ha advertido ya varias veces esta Sala, ha sido objeto de una rectificación fundamental, aunque no unánime, a partir del 14 de diciembre de 1945 (G. J. T. LXII, página 85), en que se aceptó la posibilidad de la existencia del verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J. sobre el real valor del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación aún en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance el mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario.

La competencia judicial que se fija por razón de la naturaleza del asunto, o por la calidad de las partes, o del lugar donde debe ventilarse, con subordinación a la competencia por razón de la cuantía (artículos 150, 154, C. J.), se vincula a las instancias del juicio y sirve para determinar la competencia necesaria, principal u originaria del primer grado. La competencia de la Corte Suprema como Tribunal de Casación, colocada en el vértice de la organización judicial con su finalidad primordial de adoctrinar sobre la aplicación de la ley para uniformar la jurisprudencia nacional, no corresponde a esa clasificación legal fundada en el objeto, el sujeto, el territorio y la cuantía. Pertenece a la que todos los tratadistas de derecho procesal denominan competencia funcional, que, aunque no está catalogada en el código, opera dentro de nuestra organización judicial. Las cuantías señaladas en el artículo 519 del C. J. ninguna relación tienen con las que exige la ley para fijar la competencia, ni con la manera legal de su determinación (artículos 205 y 206 ibidem). Esas cifras se refieren propiamente a la pretensión del demandante, a "lo que se demanda" —relación sustancial— y no a lo que para efectos de competencia llama el código cuantía, que es relación simplemente procesal. Como bien se sabe, el recurso de casación, instituído en interés de la ley, por su propia índole y las finalidades que persigue, debería proceder contra toda sentencia de última instancia, como algunas veces lo ha explicado esta Sala, y sólo por consideraciones de orden práctico, para evitar la congestión de la Corte, ha establecido el legislador restricciones para su concesión. Este es el alcance y sentido de las cuantías del artículo 519, que así resultan completamente desconectadas de las que establece el código "para fijar la competencia", que es manera de atribuir los negocios judiciales en su inicio, y no, como allí sucede, para servir simplemente de cedazo legal. Esta diferencia de fines y de categorías entre la cuantía "para fijar la competencia" y la que abre la puerta a la casación, es visible en la prohibición que la ley hace a la Corte para declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía de la demanda (artículo 529 **in fine**, C. J.), y estaba inequívocamente establecida en el artículo 4º de la ley 90 de 1920, cuya doctrina sigue siendo la que jurídicamente se aviene más con el carácter funcional de la competencia que compete a la Corte en Casación, y que no hay por qué subordinar al concepto y reglas de competencia original por razón de la cuantía. "El Tribunal antes de decidir sobre la concesión del recurso —decía la citada

disposición —cuando la demanda no tenga por objeto una cantidad determinada o cuando de las pruebas del proceso no aparezca el valor de las cosas que son materia del pleito, ordenará que por medio de peritos se fije la cuantía de la acción, aunque en la demanda se determinen dichas cuantías..." (Casación Civil. Marzo 28 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082)..141, 1ª y 2ª

NOTA—Uno de los Magistrados salvó el voto. (Véase T. LXVII, pág. 144).

El Relator

— 35 —

CASACION (Por error de hecho en la apreciación de pruebas)

Para que prospere el recurso de casación por error de hecho y consecuencial error de derecho en la apreciación de pruebas, no basta proponer conclusiones probatorias distintas de las adoptadas por el Tribunal como base de su decisión; es indispensable demostrar los errores de hecho o de derecho que se le imputen, con el sentido y alcance que a estas figuras corresponde dentro de la técnica de casación, demostrando que con la prueba mal estimada u omitida, o apreciada sin sujeción a su mérito legal, resulta la certidumbre total y manifiestamente contraria a la verdad aceptada por el Tribunal, con incidencia, naturalmente, sobre la resolución de la controversia, como ha sido explicado en numerosas sentencias por la Corte. (Casación Civil. Marzo 24 de 1950. T. LXVII. Números 2081-2082).....121, 1ª

— 36 —

CASACION (El Procurador no puede ampliar las demandas en los recursos interpuestos con base en las disposiciones de la Ley 82 de 1948)

La Ley 82 de 1948 confiere al Procurador General de la Nación el derecho para interponer y sostener, dentro de los términos señalados en la misma ley, el recurso de casación respecto de los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, pero no le otorga la facultad para ampliar el recurso, en orden a alegar y sustentar causales de casación que no fueron invocadas por la parte recurrente.

El derecho de interponer un recurso se refiere al acto inicial de formalizar por medio de petición —ante la autoridad competente— alguno de los recursos legales que las leyes conceden para determinadas providencias emanadas de los funcionarios que administran justicia, y la sustentación del recurso no significa otra cosa que el derecho para formular la respectiva demanda en la cual se alegan las causales que sirven de motivo para impugnar la sentencia.

En otros términos: sólo la persona que interpone el recurso tiene facultad para sustentarlo formulando la respectiva demanda de casación. Esto es lo que se deduce de los términos expresos de la disposición comentada. De tal suerte que si el recurso no fuere interpuesto por el Procurador General de la Nación, este funcionario al contestar el traslado de la respectiva demanda como parte no recurrente, no tiene facultad alguna para ampliar la demanda de casación. Cuando el Procurador es parte recurrente, tiene amplias facultades; cuando no lo es, su intervención se limita a las normas del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Mayo 16 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....287, 2ª y 288, 1ª

— 37 —

CESACION DEL PROCEDIMIENTO (Requisitos formales de la providencia que da aplicación al artículo 153 del C. de P. P.)

La aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal requiere una fórmula con dos partes, ninguna de las cuales de por sí llena el contenido de la decisión subordinada a sus términos. Estas dos partes son:

una declaración y una orden. Aquélla da por inexistente el hecho, o por cumplido el fenómeno que impide la marcha del proceso, etc., y ésta dispone, consecuencialmente, la suspensión o cesación del procedimiento. Si simplemente se declara que el hecho no ha existido, la decisión queda trunca; como queda en el segundo caso, en que se ignora a qué obedece la orden. (Casación Penal. Enero 27 de 1950. T. LXVII. N° 2080).....29, 2ª

— 38 —

CASACION

Si el recurrente no adujo expresamente una causal, ésta no podrá tenerse en cuenta (artículo 568 del C. de P. P.). (Casación Penal. Marzo 28 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 42, 1ª

— 39 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte que la índole y fin propios de la casación, la despojan radicalmente de todo carácter de instancia, ya que este recurso constituye apenas un procedimiento legal extraordinario, mediante el cual se confronta la sentencia recurrida con la ley, para considerar no la totalidad de las cuestiones debatidas en el pleito y decididas en aquéllas, sino las que contienen las acusaciones y cargos que con arreglo o sometimiento a las normas que gobiernan la técnica del recurso, plantea concretamente contra la sentencia el actor en su demanda.

Y también según doctrina constante de la Corte, no basta alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas, sin especificar cuáles, pues, como el recurso de casación no es una tercera instancia, no puede la Corte entrar a estudiar todo el proceso para efectuar una nueva valoración probatoria. Es necesario que el recurrente precise las pruebas en cuya estimación juzgue que el Tribunal incurrió en error de derecho o en error evidente al apreciarlas. (Casación Civil. Mayo 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .195, 1ª

— 40 —

CASACION (Para decidir de la procedencia del recurso en juicios de que conocieron los jueces de circuito, debe tomarse en cuenta la pena imponible y no la pena impuesta)

El señor Procurador sostiene en relación con la procedencia del recurso de casación en procesos de los cuales hayan conocido en primera instancia los Jueces de Circuito, que: "para conceder o admitir el recurso de casación es necesario apreciar el delito **sub judice** con todas las modalidades específicas tenidas en cuenta en la sentencia demandada, trayendo a colación los preceptos sustantivos que caracterizan o modifican sustancialmente el hecho punible, ya estén ellos colocados en la parte especial del Código, o ya en la parte general del mismo, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 27, 28 y 385, cuando se trata de los delitos de homicidio y lesiones personales.

Y concluye: "La tesis expuesta es la más razonable e impide que la H. Corte conozca de procesos por delitos leves, que sólo deben culminar con la segunda instancia, y no con el recurso de casación".

La tesis del señor Procurador es lógica, y debería acogerse si ese hubiera sido el pensamiento definitivo de la Comisión que redactó el proyecto del Código de Procedimiento Penal; mas la transcripción de la parte conducente del acta de la sesión en que se debatió tal tema —acta aún no publicada— comprueba, en efecto, que la tesis de la Corte coincide con la de la Comisión.

El proyecto primitivo del artículo 557 de-

cía así: "Igualmente habrá recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito por el delito mencionado en el artículo . . ."

"Mejor que hablar en concreto de un artículo del Código Penal —objetó el vocal doctor Gaitán— en este caso me parece que debemos **determinar las sentencias por la sanción que hayan impuesto.** Es cierto que el procedimiento es empírico—añadió—pero no hay más remedio en este caso".

Esto fue, en principio, aceptado y, por lo tanto, el artículo se aprobó así: "Igualmente habrá lugar a recurso de casación, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales de Distrito Judicial, en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito y **en que se haya impuesto una sanción** privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años".

Mas, posteriormente, en una de las sesiones subsiguientes, se reconsideró este proyecto de artículo así aprobado y se volvió al primitivo.

"Finalmente — dice el acta — el artículo fue adoptado suprimiéndole las palabras "por delito mencionado en el artículo. . ." y cambiándolas por éstas: "por delito que tenga señalada una sanción cuyo máximo sea o exceda de cinco años". En consecuencia el artículo queda así: "Igualmente habrá lugar a recurso de casación, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años".

Si, pues, la Comisión aprobó en un principio la fórmula de la pena impuesta en la sentencia, es decir, la infracción individualizada en aquéllas con sus elementos constitutivos y sus circunstancias modificadoras — según el Procurador — o mejor, la sanción adaptada a la infracción y al infractor (añade la Corte), y si después, como sustitutiva de ésta, aprobó la de los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años, es lógico concluir que el criterio que debe regir la admisibilidad de la casación en los procesos de competencia de los Jueces de Circuito, es el máximo de la pena que al delito se haya fijado en la ley penal, sin consideración a las circunstancias modificadoras o de peligrosidad, cuya calificación se hace, precisamente, en la sentencia. (Casación Penal. Marzo 14 de 1950. T. LXVII. Nos. 2081-2082) . .207, 1ª y 2ª y 208, 1ª y 2ª

— 41 —

CASACION (Por veredicto contraevidente, en los casos de la Ley 82 de 1948)

El haberse dictado sentencia sobre un veredicto contradictorio radica exclusivamente entre el veredicto y la sentencia, y el examen —en casación— se hace sobre el contenido de las preguntas del cuestionario; en cambio, el haberse dictado sentencia sobre un veredicto contrario a la evidencia de los hechos, modalidad de la Ley 82 de 1948, artículo 5º, versa sobre el estudio de los hechos y de las pruebas que tuvo en cuenta el Jurado (aquí Consejo de Guerra Verbal), para dictar el veredicto. (Casación Penal. Junio 16 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084).

521, 2ª

— 42 —

CASACION (Cuándo puede prosperar por errónea apreciación de indicios)

En la valuación de la prueba indiciaria, el juzgador de instancia tiene libertad suficiente para apreciarla "porque siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador, en la cual juega papel preponderante el criterio subje-

tivo de éste, la Corte no puede desestimar la valoración de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestre que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos o que por habérseles atribuído un valor probatorio que no tenían o negado el que sí tenían, se hubiera dado por establecido uno de los elementos del delito o alguna circunstancia eximente o modificadora de la responsabilidad en perjuicio evidente del acusado o de la administración de justicia". (Casación de 10 de marzo de 1948). Casación Penal. Junio 16 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084).....521, 1ª y 2ª

— 43 —

CASACION (En los juicios por Consejos de Guerra Verbales, se presume que la sentencia es fiel interpretación del veredicto emitido por el mismo Consejo)

En los juicios por jurado, éste califica los hechos y resuelve sobre el tema de la responsabilidad. El veredicto es, por consiguiente, el fundamento inmediato de la sentencia. El Juez de derecho, en estos juicios, no define ni se pronuncia sobre ninguno de los factores que tipifican el hecho como entidad delictual. Su función es la de interpretar el veredicto y acomodarlo a las normas penales para imponer la respectiva sanción. Recobra la plenitud de sus atribuciones como juez de derecho al apreciar y calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, siempre y cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito.

Dentro de esa función de intérprete del veredicto para imponer sanciones, puede incurrir en errores que tengan por consecuencia la impugnación de la sentencia por cualesquiera de las causales previstas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues la interpretación y desarrollo del veredicto no pueden en algunos casos tener unidad de pensamiento entre los jueces populares que lo pronuncian y el juez que lo interpreta, por la diversidad de conceptos o apreciaciones jurídicas frente a los hechos investigados y a los términos del fallo de los jueces populares.

Pero en tratándose de sentencias dictadas por Consejos de Guerra Verbales, las causales de impugnación se simplifican por la dualidad de funciones que desempeñan, porque son unos mismos los que pronuncian el veredicto y dictan el fallo correspondiente; es decir, en estos casos la sentencia es una interpretación exacta y fiel del pensamiento, de la voluntad y del querer del jurado, expresados en las respuestas que constituyen su veredicto, y esa interpretación, ese desarrollo y esa aplicación de la ley al hecho juzgado por ellos mismos, no puede al menos en principio, estar en contradicción con la premisa fundamental de la sentencia que es el veredicto. La aplicación de la ley traducida en una sanción, corresponde a la interpretación que dieron a los hechos que sirvieron de fundamento para pronunciar el veredicto. (Casación Penal. Junio 16 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 526, 2ª

— 44 —

CASACION (El error en la apreciación de pruebas no es por sí solo motivo de casación)

Muchas veces ha repetido la Corte 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

disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz si 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 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 1ª 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 de acceso a la casación". (Casación Civil. Abril 17 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .....378, 2ª y 379, 1ª

— 45 —

CASACION (Cuándo puede la Corte variar la apreciación de un peritazgo hecha por el Tribunal)

Como ya lo dijo la Corte en sentencia que corre publicada a páginas 474 del Tomo LX de la GACETA JUDICIAL, "Lo fundado del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador y que la Corte no puede variar sino en tanto que se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o manifiesto en los autos". (Casación Civil. Junio 19 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2083-2084).

398, 2ª

—46 —

CASACION (Por error en la interpretación de un contrato o convención)

Ha sostenido invariablemente la Corte que los errores en que incurra un Tribunal al interpretar un contrato o convención entre las partes, de acuerdo con su contexto y con la materia sobre la cual se ha contratado, y en la apreciación relativa a la intención de las partes en las cláusulas de un contrato, son errores de hecho que no dan cabida al recurso de casación sino cuando se alegan y constan de modo evidente en el proceso. (Casación Civil. Junio 13 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 382, 2ª

— 47 —

CASACION (Cuándo el error de hecho en la apreciación de indicios da lugar a casación)

El error de hecho procede cuando el recurrente puede presentar ante la Sala de Casación Civil la contraevidencia de los hechos tenidos como ciertos en la sentencia acusada, y esto no se realiza en caso de que el Tribunal no le otorgó o dejó de otorgarle la categoría de indicio a un elemento probatorio allegado al proceso, dentro de la autonomía de apreciación que la ley, la doctrina y la jurisprudencia le tienen otorgada.

En los casos de indicios necesarios, cuando sucesos cuyo acaecimiento implica obligadamente el de otro determinado, entonces puede prosperar una acusación fundada en la falta de apreciación de aquéllos, pero esto no es posible cuando, como en el caso de autos, el recurrente apenas establece como

punto de reparo, la conexidad que de acuerdo con su criterio tienen ciertas manifestaciones con el hecho que él mismo afirma, a la ninguna o inferior que el Tribunal halló en su libre y autónoma apreciación.

Los artículos 663, 664 y 665 del C. J., que tutelan el mérito probatorio de los hechos indiciarios, le confieren al Juez la facultad para determinar de acuerdo con su criterio, en cada caso concreto, el alcance de los elementos probatorios incompletos, según la certidumbre o duda que produzcan en su ánimo. Cuando aquél no los aprecia o los desecha, no vulnera las disposiciones citadas, porque los efectos jurídicos que puedan producir esas normas están condicionados a su criterio y sólo puede "lesionarlos cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dado por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos y por establecida su gravedad, precisión, conexidad e indudabitable incidencia sobre los hechos controvertidos, se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el artículo 665 del C. J. para ellos prevé". (Casación Civil. Junio 13 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) .....387, 1ª y 2ª

— 48 —

CASACION (El error de hecho debe aparecer manifiesto)

El error de hecho en que puede incurrir el juzgador de segunda instancia al apreciar las pruebas del proceso, y que da lugar a la prosperidad del recurso de casación cuando a consecuencia de él se incurre en violación de la ley sustantiva, tiene que aparecer "de modo manifiesto en los autos" como así lo requiere y prescribe el inciso 2º del artículo 520 del Código Judicial, y para que se produzca esa clase de error es necesario —como lo ha pregonado la Corte en constante jurisprudencia— que la equivocación del sentenciador haya sido de tal magnitud que sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas se vea que la apreciación probatoria pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso. La duda que genera el punto de hecho o la pluralidad de las interpretaciones que sugiera, excluye, en consecuencia, la existencia de un error de la naturaleza indicada. (Casación Civil. Junio 13 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084). 382, 1ª

— 49 —

CASACION (No pueden proponerse en casación nuevas objeciones a la partición)

La Corte ha resuelto en repetidos fallos que en la demanda de casación no pueden proponerse, ni en la sentencia estudiarse, objeciones que no fueron presentadas oportunamente cuando se corrió el traslado del trabajo de partición. La materia de casación no es entonces sino el estudio del fallo de segunda instancia, pero en cuanto éste aprueba la partición por haber encontrado infundadas alguna o algunas de las objeciones propuestas. (Casación Civil. Julio 14 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .444, 2ª

— 50 —

CASACION (Por error en la apreciación o en la interpretación de la demanda)

El error en la apreciación e interpretación de la demanda, cuando ocurre, es claro que será de hecho, y éste, en su caso, ha de ser manifiesto, al tenor del artículo 520, inciso 2º del numeral 1º. Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo. (Casación Civil. Julio 10 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 434, 1ª

— 51 —

CASACION (Técnica de)

El Tribunal dedujo la calidad de madre natural y, de consiguiente, de heredera, que la demandada tiene con respecto a Manuel Antonio Agudelo, quien pide se declare es el padre natural de los demandantes, de las partidas de origen eclesiástico y notorial que en el fallo se mencionan, y siendo esto así, el recurrente ha debido acusar, si es que estima que con ello se violó la ley sustantiva, por error de hecho o de derecho en la apreciación de esas pruebas, y no alegando simplemente, como lo hace, que no presentó prueba alguna para demostrar aquella calidad. (Casación Civil. Junio 20 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) ....413, 1ª y 2ª

— 52 —

CASACION (Lo relativo a la legítima defensa es materia de la causal 2ª en los juicios en que no intervino el Jurado)

Los elementos constitutivos de la legítima defensa son circunstancias de hecho. Por eso su alegación propia en el recurso de casación en los negocios en que no interviene el Jurado, tiene que hacerse con base en la causal segunda, porque es dentro de esta causal como es fácil interpretar si fueron apreciados erradamente esos mismos hechos, negándoles el verdadero valor que tienen para demostrar que el procesado se encuentra protegido legalmente porque actuó en condiciones que de su acción no se desprenden consecuencias penales, ya que lo ampara una eximente de responsabilidad, como es el ejercicio de la legítima defensa. (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) .....568, 1ª y 2ª

— 53 —

CASACION (Límites de la competencia de la Corte cuando actúa como tribunal de casación)

El límite de la competencia otorgada a la Corte por el mandato legal del artículo 568 del C. de P. P. implica que existe la imposibilidad de invalidar un fallo recurrido en casación, cuando la causal que podría tener alguna viabilidad para prosperar no fue contemplada. Dicho de otra manera, el recurso de casación está circunscrito a las peticiones del recurrente, y únicamente las causales alegadas en el libelo son las que puede considerar la Corte. (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) ... 568, 2ª y 569, 1ª

— 54 —

CASACION (La interposición de este recurso no es óbice para que se cumpla la providencia del Tribunal que revocó la concesión de la libertad provisional otorgada por pena cumplida)

Al reformar el Tribunal la sentencia del Juez de primer grado en el sentido de aumentar la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, habría podido revocar la providencia de libertad provisional que el Juez había proferido con fundamento en que el tiempo de pena impuesto ya había sido cumplido con detención provisional, y no sería óbice para el cumplimiento de esta providencia que revocaba la libertad provisional, el hecho de que la sentencia de segunda instancia no estuviera todavía ejecutoriada porque contra ella se había interpuesto un recurso de casación todavía no decidido por la Corte. (Casación Penal. Julio 18 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 605, 1ª

— 55 —

CASACION (No procede contra la providencia que ordena la cesación del procedimiento)

La Corte, en sentencia de 15 de marzo de 1948 (G. J., Tomo LXV, números 2066-2067, página 161) estudió ya a espacio lo tocante con la casación para fallos dictados en obedecimiento al artículo 153 del C. de P. P., y concluyó que contra esos fallos no es procedente dicho recurso.

Es verdad que el código llama sentencias a esas providencias, pero no lo son propiamente, porque no constituyen una decisión de fondo sobre el contenido probatorio del proceso en orden a la responsabilidad del acusado. Resulta impropio llamar sentencia a una decisión que se puede tomar en la etapa sumarial muchas veces sin haberse agotado la investigación y aún sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador dio a esta providencia dictada en virtud del artículo 153 del código de procedimiento penal, se haya convenido en llamarla "sentencia **sui generis**". Y la casación es un recurso extraordinario que presupone la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están destinadas a ser objeto de la crítica. (Casación Penal. Junio 2 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .... 478, 2ª, 479, 1ª y 2ª

— 56 —

CASACION (Es procedente este recurso en juicios seguidos conforme a las normas de la Ley 48 de 1936)

El hecho de que al procesado se le haya juzgado mediante el procedimiento de la Ley 48 de 1936, no es motivo para que contra la sentencia del Tribunal Superior no tenga operancia el recurso extraordinario de casación, ya que dicha ley no lo ha exceptuado dentro de su procedimiento. Por lo tanto, por lo que a dicho recurso extraordinario se refiere, rigen las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Auto. Agosto 16 de 1950. Tomo LXVII. No. 2085) 783, 2ª

— 57 —

CASACION (Pena que debe tenerse en cuenta para decidir de su procedencia)

El máximo de pena que debe tomarse en cuenta para decidir de la procedencia del recurso de casación es el máximo de la pena imponible y no la cantidad de pena impuesta en realidad. (Casación Penal. Auto. Agosto 16 de 1950. Tomo LXVII. No. 2085) .... 783, 1ª y 2ª

— 58 —

CASACION (Requisitos de la demanda)

Repetidas veces ha dicho la Corte que cuando en casación se alega una causal, el deber del recurrente no se reduce a enunciarla simplemente, sino que se extiende a demostrarla, es decir, a determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones legales que se consideren violadas por el fallador de instancia. (Casación Penal. Agosto 25 de 1950. T. LXVII. Nº 2085) 799, 2ª

— 59 —

CASACION (Cuantía para el recurso de)

En el caso de autos el actor fijó la cuantía del juicio en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) y del proceso no resulta ningún motivo de duda (artículo 524 del C. J.) acerca de que la real cuantía del pleito pueda ser superior a la que en cantidad determinada

le fijó el demandante, por lo cual es forzoso concluir que el recurso de casación interpuesto estuvo legalmente denegado.

El recurrente sostiene que después de haber señalado la expresada cuantía formuló en el libelo otra súplica sobre indemnización de perjuicios, que no concretó en suma precisa y que no quedaron comprendidos en aquélla, por lo cual dice que era del caso avaluar parcialmente la acción para ver si procedía o no la concesión del recurso; pero en una simple falta de método o de orden en la formulación de la demanda, como es lo que en realidad ocurre en la circunstancia que se alega, no puede sustentarse la pretendida interpretación del libelo en el punto en referéncia. (Casación Penal. Agosto 20 de 1950. Tomo LXVII. No. 2085) 772, 2ª

— 60 —

CASACION (Causal 2ª)

La primera parte del ordinal 2º del art. 567 del C. de P. P. hace relación a cuestiones que se rozan directamente con los hechos sobre que versa el proceso, en lo tocante con su interpretación y apreciación. Por lo tanto, dicha causal no implica otra cosa que una confrontación de los elementos de juicio que fueron discriminados en la sentencia que se impugna, con las constancias procesales, a fin de determinar si el Tribunal sentenciador fue errado intérprete de esos hechos o los apreció en forma equivocada, casos ambos en que tendría que prosperar la crítica contra la sentencia, que es, por cierto, el propósito perseguido con el recurso. (Casación Penal. Febrero 21 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080).....93, 1ª

— 61 —

CASACION (Cuantía para su procedencia)

Si se observa que la providencia de segunda instancia se limita a condenar a los demandados, por toda monta, al pago de la cantidad de un mil quinientos pesos, y si dada la circunstancia de ser los perdidosos los únicos recurrentes y que según lo preceptuado en el artículo 494 del C. J., que según la jurisprudencia es aplicable en casación, no le sería posible a la Corte, si llegare el caso, al sustituir al Tribunal en instancia, deducir aunque en el proceso haya factores para ello, una condenación más onerosa que la hecha por el Tribunal, lógico es concluir que el interés de los recurrentes al llegar a la Corte su litigio, no alcanza a la cuantía mínima que requiere la ley para disfrutar del beneficio de la casación.

Se explica, pues, la duda del juzgador de segundo grado y la adopción del medio de estimar la cuantía por peritos, cuyo dictamen justifica la negativa del Tribunal para conceder el recurso de casación interpuesto. (Casación Civil. Junio 19 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084).....401, 1ª y 2ª

— 62 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

El recurso de casación por la causal primera, es siempre por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene concetpos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella, o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea, o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso, por perentorio mandato de la respectiva norma, 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. (Casación Civil. Marzo 28 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....148, 2ª

— 63 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Diferencias entre esta causal y la 2ª)

Dentro de la causal primera el examen de la sentencia recurrida se margina propiamente de los hechos y se fija en consideraciones jurídicas que indican por qué fue erróneamente interpretada o indebidamente aplicada la ley penal. La crítica contra la sentencia se funda en la discrepancia entre esta ley penal y la manera como fue aplicada o interpretada en el proceso, para imponer la sanción. Es, pues, una controversia de índole esencialmente jurídica, en la que los elementos de juicio contenidos en el proceso no intervienen sino para presentar los fenómenos que pueden dar margen a la discrepancia en cuanto a las consideraciones legales que sirven para elevar o disminuir una sanción dentro de la técnica de su imposición prevista en el Código.

Es más conforme con la técnica de la casación incluir o alegar dentro de la causal primera todo lo que se refiera a la aplicación de las sanciones, y dentro de la segunda, que reza con todo lo atañedero a los elementos constitutivos del delito, que determinan o eximen o modifican la responsabilidad de los autores o copartícipes, y, en consecuencia, hacen referencia a las circunstancias modificadoras del mismo. (Casación Penal. Junio 3 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 568, 2ª

— 64 —

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA CIVIL (No se refiere al hecho de que sean resueltas desfavorablemente las súplicas del actor. Cuando la sentencia es absolutoria, queda descartada la posibilidad de esta causal)

Hasta la saciedad ha dicho la Corte que el segundo motivo de casación del artículo 520 del C. J. no se refiere, ni puede referirse, al hecho de que las súplicas del actor sean resueltas en forma desfavorable a sus pretensiones. Para que prospere dicha causal es indispensable que la sentencia decida cuestiones no controvertidas u omita decidir acerca de las que han sido materia de la litis; condene a más de lo pedido; o deje de fallar alguna excepción perentoria, siendo el caso de hacerlo. Sólo en tales casos podrá resultar incongruencia entre el fallo y lo deducido oportunamente por las partes.

Y cuando la sentencia es absolutoria, de hecho queda descartada la posibilidad de la causal segunda de casación, desde luego que la absolución abarca o comprende todo lo que ha sido materia del pleito. (Casación Civil. Agosto 24 de 1950. Tomo LXVII. Número 2085) 771, 2ª

— 65 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Las alegaciones sobre violaciones de la ley son improcedentes dentro del motivo segundo de casación, que es enteramente formal, como que apenas da ocasión para esclarecer si la sentencia está o no en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. (Casación Civil. Abril 17 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084). 378, 1ª

— 66 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (No es procedente en juicios en que intervino el Jurado)

En los juicios que se realizan con intervención del jurado, es impertinente alegar

la causal segunda de casación: primero, porque el jurado es libre en la apreciación de las pruebas relativas a la demostración de un hecho y de la responsabilidad; y segundo, porque el examen de esas pruebas —en el recurso de casación— conduciría a la declaración de contraevidencia del veredicto con los hechos, y esta modalidad no fue consagrada expresamente por el nuevo Código de Procedimiento Penal como causal de casación.

El examen de los hechos y de las pruebas del proceso corresponde a los falladores de instancia, funcionarios que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, tienen facultad para declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales y para ordenar la convocatoria del nuevo jurado.

Como lo ha dicho la Corte, es cierto que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Sala, guiada por un criterio de amplitud, dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de noviembre 3 de 1944, la Corte recogió sus conceptos y, en sentencias posteriores, unificó su doctrina afirmando que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios de derecho. (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) . . 564, 1ª y 2ª

— 67 —

CAUSALES 2ª Y 4ª DE CASACION (Diferencias existentes entre una y otra)

Los hechos se analizan en la causal segunda en cuanto son la base inmediata para deducir la responsabilidad y para aplicar las sanciones, mientras que en la cuarta se miran como actuaciones llevadas a término en forma irregular, u omitidas cuando eran obligatorias, o apreciadas en forma equivocada.

Así, pues, si se ha llamado a juicio por un delito cuya existencia, **a través de los episodios de su realización externa**, no se comprobó plenamente, el proceso debe invalidarse, porque el cuerpo del delito con los elementos que lo tipifican dentro de una categoría específica, es la base del juicio criminal (artículos 203, 271, 272, 294, 426, 431, etc., del C. de P. P.), pues mientras no conste que ha habido un delito determinado, no se puede proceder contra persona alguna. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) . . . . . 573, 1ª y 2ª

— 68 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

La labor del recurrente para fundar la causal 2ª alegada, se concreta a insistir en la afirmación de que los hechos que sirven de base al establecimiento de la responsabilidad del reo no tienen fuerza bastante para la incriminación. Mas ocurre que el método escogido es inaceptable, porque proviene de un concepto equivocado sobre la manera como debe apreciarse la prueba circunstancial. Esta prueba no puede desconceptuarse o desvalorizarse, como lo pretende el recurrente, separando cada uno de los hechos que comportan indicios de responsabilidad, para atacarlos aisladamente. Tal procedimiento resulta impropio, porque una de las características de esa prueba es que exista una relación o concatenación de los hechos sobre que se basa, a fin de que la conjugación de todos ellos conduzca a la conclusión que se pretende demostrar, o sea, a la realidad procesal que se trata de averiguar por ese medio lógico de descubrir un hecho desconocido, por los hechos conocidos que surgen de la investigación. (Casación Penal. Febrero 21 de 1950. Tomo LXVII. No. 2080) 93, 1ª

— 69 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Interpretación del veredicto del Jurado)

Como los jueces de conciencia afirmaron la responsabilidad de los acusados por el delito de robo, la impugnación de la sentencia por este motivo no tiene razón de ser, porque, de aceptar esta causal, prácticamente la Corte tendría que decidir sobre la injusticia del veredicto, y ésta no es atribución propia de ella, sino de los Tribunales de instancia. Por otra parte, el Jurado en la apreciación de la prueba no tiene otro criterio que el de su personal conciencia, basada en la íntima convicción de los hechos respecto de los cuales se le interroga, y como el Juri aceptó dicha prueba, la Corte no puede revisar esos elementos de convicción, porque la ley, dentro del recurso extraordinario de casación, no le otorga dicha facultad. (Casación Penal. Enero 28 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) 39, 2ª

— 70 —

CAUSAL 3ª DE CASACION (Caso de los juicios por Jurado)

Cuando se alega la causal tercera como motivo de casación, se puede impugnar la sentencia por dos razones: por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado. Lo primero tiene aplicación explícita en los juicios de puro derecho, donde el juez es autónomo para calificar los hechos, estimar las pruebas, resolver sobre temas de responsabilidad y dictar la sentencia; pero, por regla general, en los juicios en que el jurado interviene, no es procedente alegar este motivo como causal de casación. En estos juicios, quien califica los hechos y la responsabilidad son los jueces de conciencia, y la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto del jurado. Si el fallo se invalidara por este primer aspecto, el juzgador se convertiría en juez de hecho y de derecho, porque al prescindir del veredicto, fundamento inmediato de la sentencia en el hecho, se suprimiría la institución del jurado. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .. 584, 1ª

— 71 —

CERTIFICACIONES (Las de las compañías de seguros sobre vida probable tienen valor de plena prueba)

La Procuraduría impugna el cálculo de probabilidades de la vida de las personas certificado por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, por no estar precisamente catalogada esta certificación en la tarifa de pruebas señalada por la ley, pero esa certificación hace plena fe, como lo ha sostenido la Corte en repetidas ocasiones, por cuanto descansa en estudios técnicos hechos precisamente para la fijación de las primas de seguros de vida, y que por lo mismo convencen mucho más que lo que podría hacer un dictamen pericial ordinario. (Negocios Generales. Mayo 29 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 349, 1ª

— 72 —

CESACION DEL PROCEDIMIENTO

Si hoy se desconoce totalmente el contenido de los hechos formulados antes como punibles por el denunciante y la razón o sin razón de ellos y no es posible allegar datos sobre los mismos, la causa para ordenar la cesación del procedimiento no puede ser la de que "el hecho imputado no ha existido" porque el artículo 153 del C. de P. P. requiere para poder hacer tal afirmación que tal cosa esté plenamente probada, sino que será

la de que la acción penal no puede proseguirse. (Casación Penal. Auto. Agosto 11 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085).....776, 2ª

— 73 —

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

(Graduación de la sanción de acuerdo con el anterior Código Penal)

La jurisprudencia de la Corte sostuvo, después de algunas vacilaciones, que la delincuencia no podía calificarse en segundo grado sino cuando concurrían varias circunstancias agravantes (artículo 123 del C. P. derogado). Y como en el caso que se estudia no hay sino una sola circunstancia agravante, que es el sexo femenino de la víctima (artículo 117, ordinal 10), debía colocarse el delito en tercer grado para la aplicación de las sanciones, al tenor de los artículos 600, 123 y 124 del antiguo código penal. (Casación Penal. Enero 27 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080).....32, 2ª

— 74 —

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

No es posible pretender que por la circunstancia de crear el Código Penal una figura legal condicionada a determinados requisitos, se requiere extenderla a todos los fenómenos que resulten de las múltiples maneras que el delito tiene para su ejecución y que se derivan de su realización. Estos fenómenos sí deben ser tenidos en cuenta y todos ellos resueltos al tiempo de situar en el plano legal que le corresponde la responsabilidad de sus autores. Pero, porque ello sea así, no puede derivarse una corrupción del derecho penal que sólo vea en todo homicidio apenas una forma de delinquir en circunstancias propias para ser favorablemente sancionado el agente. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. Número 2080).....78, 2ª

— 75 —

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES (A quién corresponde declarar su existencia en los juicios por Jurado)

Es bien sabido que es al Jurado a quien corresponde decidir las cuestiones de hecho que se le planteen al rededor de un delito cuyo juzgamiento tenga que hacerse bajo su intervención. Ordena la ley en estos casos que la sentencia será de acuerdo con la calificación que dé el Jurado a los hechos sobre que ha versado el debate (artículo 480 del C. de P. P.). De ello resulta que es a los jueces populares a quienes corresponde determinar los elementos sustanciales que implican o puedan implicar la existencia de una determinada atenuante, a fin de que sea ésta considerada por el Juez de derecho en la sentencia. Si ello no ocurre así, le está vedado a éstos hacer aplicación de normas penales contentivas de circunstancias eximentes o atenuantes no comprendidas dentro del veredicto. (Casación Penal. Febrero 7 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080)..50, 2ª y 51, 1ª

— 76 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (El tiempo, el lugar, los instrumentos con que se cometió el delito)

Cuando el agente ejecuta el acto en circunstancias de provocación reconocidas expresamente por el Jurado, es difícil encontrar en la actividad criminal elementos que permitan elevar la sanción por el concepto de que obró en condiciones que pregonan la peligrosidad al tenor del ordinal sexto del artículo 37, porque éstas indican una situación objetiva vinculada a los momentos de la realización del delito, y cuando tales fe-

nómenos no aparecen comprobados dentro del proceso, se permitiría un arbitrio judicial excesivo, si el Juez, apreciándolas de manera objetiva, se sirviera de ellas para aplicar una pena que no corresponda a la mecánica individualizadora de la ley.

Dentro de este criterio, que es el del Código, por la forma de su estructuración doctrinaria y jurídica, es necesaria la demostración de esas características del hecho doloso. Si ellas no existen, es preciso discriminarlas de modo diferente, para evitar la arbitrariedad. (Casación Penal. Mayo 16 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....
301, 1ª y 2ª

— 77 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Los motivos innobles o fútiles)

Los motivos innobles o fútiles con que obra un delincuente son una de las circunstancias de peligrosidad que más concretamente relacionan al mismo agente del delito con la conducta humana que constituye su acción antisocial.

Por eso el establecimiento de los motivos determinantes del acto, y entre éstos los móviles de la acción predicada a sus condiciones de innobleza y futilidad, es de importancia fundamental para penetrar en la esfera psíquica del propio delincuente y comprender cómo él está presente en la sanción antes por la calidad de los motivos que lo determinan a obrar, que por el acto mismo realizado. Así se explica la diferencia entre circunstancias que surgen del mismo delincuente y las que son apenas modalidades materiales del delito inherentes a su comisión.

Los móviles del delito manifestados en los motivos innobles o fútiles con que se ejecuta, pueden surgir de una indagación previa psicológica que conduce a consecuencias jurídicas de suma utilidad para concretar en el delincuente la sanción que le corresponde por su delito, con el máximo de probabilidades en el acierto de la cantidad que es menester, a fin de conseguir su readaptabilidad social.

En virtud de la indagación psicológica de los móviles, es fácil descubrir lo oculto de las tendencias íntimas del individuo, a fin de encontrar, de esta manera, la clave de su personalidad, y poder así juzgarlo, tanto moral como socialmente.

Por el aspecto jurídico, el móvil es un elemento básico de eficaz virtud para deducir con la mayor certeza el grado de responsabilidad del sujeto delincuente. Ello porque, unido el móvil a la voluntad o intención, puede decirse que forma el contenido del acto humano constitutivo del delito y determina los componentes que dan estructura al hecho. Una vez demostrado que el agente obró con voluntad, que su intención fue producir el acto, el móvil suministra la razón de aquél, el por qué de su comisión, y explica la índole de las causas que lo produjeron. Y es tan importante su comprobación, que muchas veces su ausencia hace pensar o es por lo menos indicio de que falta en el agente la capacidad psíquica con que todo ser consciente procede, y hace prever que exista una especie de perturbación mental como causa productora del acto.

Si fútil es todo aquello que carece de aprecio, de importancia, que es nimio y sin valor, obrar con móviles fútiles no puede ser otra cosa que realizar el hecho delictuoso de manera que indique o establezca la gran desproporción entre el acto cometido y el motivo que lo produjo, de tal suerte que el delito se realiza por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho, lo que constituye indudablemente un índice revelador del valor sintomático que revela la peligrosidad del

agente, porque implica que el delincuente pertenece a una categoría antropológica de muy acusada peligrosidad.

Por lo que toca a la innobleza del motivo determinante, como ello se predica de lo que es vil y abyecto, menester es que resulten establecidos hechos que revelen la abyección del delincuente y la vileza con que obra, abyección y vileza que son inherentes a determinados tipos de delincuencia, pero que no concuerdan con actos llevados a cabo en circunstancias en donde el agente obra provocado y, sin emplear ninguna maniobra qué señale dentro de los actos externos ejecutados aquellos fenómenos psíquicos que integran la circunstancia de peligrosidad que se analiza. (Casación Penal. Mayo 16 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) . .300, 1ª y 2ª

— 78 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Los antecedentes de depravación y libertinaje)

La Corte ha señalado que para computar la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en los antecedentes de libertinaje y depravación del agente, es preciso que de las constancias del proceso resulte que está establecido que el sujeto delincuente presenta "la negación de los instintos éticos fundamentales e ineptitud para la convivencia social", o, como lo afirma la Procuraduría, demuestra "una atrofia profunda de la moralidad que se traduce en un comportamiento relajado y de ocio. El hombre depravado y libertino es un sér corrompido que anda por los caminos del mal y de él se alimenta; su conducta es moralmente desenfrenada y sirve de piedra de escándalo para la sociedad".

Además, dentro del concepto que es el más eficaz y seguro para apreciar esta circunstancia de mayor peligrosidad, es decir el de que "la vida depravada constituye un agravante, porque revela mayor peligrosidad en el delincuente. Esa vida interior, socialmente perniciosa acentúa el carácter antisocial que el delito por sí mismo revela en ese agente"; de que "el ordinal 1° expresa la conducta moralmente desenfrenada que por sí sola no alcanza a constituir delito, pero que sin duda representa en el delincuente un elemento de que no puede prescindirse para apreciar su personalidad", dentro de este concepto, es menester que la depravación y el libertinaje del agente constituyan los verdaderos estímulos psicológicos que lo determinan a obrar con las manifestaciones antisociales que se traducen en delito, porque, de ser de otro modo, la apreciación de esta circunstancia podría conducir a la arbitrariedad, señalando como existente lo que en realidad no tiene la virtud de manifestar peligrosidad.

De manera que si en un determinado caso los antecedentes todos del sujeto criminal revelan que su vida disoluta y libertina propiciaron el nacimiento de un estado antisocial como producto de aquella forma de hacer parte de la sociedad humana, reveladora de un estado permanente de discordia e indisciplina dentro del grupo social a que pertenece y tales factores fueron los determinantes propios del hecho delictuoso, no es posible prescindir de la valoración de esos hechos para configurar la circunstancia de peligrosidad que se estudia.

Aceptar otra interpretación podría conducir a catalogar —en forma ligera y sin ahondar demasiado— como circunstancias de peligrosidad hechos y ocurrencias que por ser apenas manifestaciones de la personalidad, no siempre revelan en ésta el verdadero sentido de la peligrosidad como elemento de relevancia jurídica. Así la embriaguez o la tendencia a las bebidas alcohólicas y las mismas manifestaciones de belicosidad producidas por esa tendencia, podrían ser consideradas como adscritas a dicha circunstancia, lo que no es verdadero en todos los casos, porque de ser de otra manera, no podría

entenderse cómo la embriaguez está considerada en el mismo Código como circunstancia de menor peligrosidad cuando el delito se comete siendo el sujeto víctima de ingestión alcohólica voluntaria. (Casación Penal. Mayo 16 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) ..... 298, 1ª y 2ª

— 79 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Los deberes impuestos por el parentesco)

No pocos autores abundan en conceptos críticos sobre el sistema casuístico y exhaustivo que el Código señala, a ejemplo del proyecto de Ferri, en relación con las circunstancias de mayor peligrosidad, considerando dicho sistema como no siempre adecuado para que el Juez pueda, dentro del limitado campo de sus apreciaciones, en la valuación probatoria de los elementos de juicio que le sirven para sustentar la individualización de la pena al delincuente, teniendo en cuenta su personalidad y peligrosidad, estructurar el verdadero valor sintomático que ofrecen esas circunstancias, a fin de determinar mediante ellas el **quantum** de la sanción que corresponde al reo.

Con todo, dentro del sistema del Código las circunstancias de mayor peligrosidad unas corresponden a factores subjetivos que están presentes en el delincuente mismo, y por lo tanto, su valoración tiene que hacerse de conformidad con el significado sintomático que tengan para discriminar mediante ellas el sentido de peligrosidad que el estatuto les asigna. Por eso puede acontecer que no se encuentre en una circunstancia señalada en la ley una relevancia jurídica verdadera para considerar al agente como sujeto con mayor peligrosidad aunque el Código en forma casuística fije ese mismo elemento como factor determinante del fenómeno de la peligrosidad.

Así ocurre, v. gr., con los vínculos de parentesco. El Código asigna a esta circunstancia categoría de mayor peligrosidad cuando el parentesco imponga al delincuente deberes especiales respecto del ofendido o perjudicado. Desde el punto de vista puramente objetivo puede decirse que la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 4º del artículo 37, para poder figurar como tal en la individualización de la pena no necesita nada distinto de que al proceso se allegue la prueba de esos vínculos de parentesco, bien por consanguinidad o por afinidad. Esta sola demostración ya impondría al Juez la necesidad de considerar tal vínculo como circunstancia de mayor peligrosidad, y, en consecuencia, atender a este factor para imponer la pena dentro de los límites señalados por la ley.

Mas este aspecto únicamente objetivo de la cuestión no es precisamente el que el Código señala como circunstancia de peligrosidad, porque no siempre las relaciones de parentesco imponen al delincuente respeto y deberes especiales, ya que a menudo se observa que los vínculos surgidos de la sangre o de la afinidad, no todas las veces mantienen entre las personas así unidas sentimientos de recíproca amistad y sociabilidad. Muy por el contrario, esos vínculos se relajan con frecuencia, porque los sentimientos efectivos entre las personas se hacen más sensibles a los menores estímulos, y las más leves ofensas entre personas ligadas por parentesco se traducen en resentimientos mayores que los que causas más graves podrían producir a personas extrañas, no unidas por vínculo alguno de aquella naturaleza.

De aquí por qué razona la Procuraduría que si esos vínculos se debilitan o extinguen ante los propios consanguíneos o afines y ante la conciencia colectiva, el delito cometido por el consanguíneo o el afín contra persona ligada por tales vínculos no siem-

pre implica perversidad de su parte, ni produce tampoco aquella manifiesta repugnancia en el ánimo de las gentes, desapareciendo así el fundamento de la mayor severidad de la pena. (Casación Penal. Mayo 16 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .295, 2ª, 296, 1ª y 2ª

— 80 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Las condenaciones anteriores)

Cuando se trata de probar la circunstancia de mayor peligrosidad, representada en una condena judicial o de policía, anterior al delito que se juzga, es inadmisible la prueba testimonial, porque la sentencia que decreta la condena es un acto procesal de contenido y forma especiales, cuya existencia sólo está garantizada por su incorporación en el proceso en que ella es el último y definitivo episodio y también por su incorporación en los libros copiadores que la ley ordena llevar en los Juzgados, precisamente para que, en caso necesario, sirvan de prueba de su expedición. Los informes oficiales —sean de detectives, secretarios judiciales o de otros funcionarios como los del Gabinete de Identificación— tampoco pueden sustituir a las copias auténticas de los fallos para probar que un procesado ha sido anteriormente condenado. (Casación Penal. Marzo 21 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 217, 1ª

— 81 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Los motivos innobles o fútiles)

No es admisible aquí la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en la futilidad del móvil del homicidio, porque éste fue ocasionado por la riña que momentos antes de su consumación tuvo la víctima con el sindicado. "Ese cruce de golpes, que después armó el brazo del homicida — dice el Procurador — tiene cierta entidad y fuerza impelente en la psiquis humana como para descartar lo fútil, que es lo baladí o desproporcionado en relación con el efecto delictuoso. Hay, pues, alguna explicación razonable, un vínculo causal, entre los antecedentes inmediatos y la producción del homicidio".

Pero si por este aspecto no puede ser aceptada esta circunstancia, sí debe serlo por el de lo innoble de la misma, pues que el sindicado atacó a la víctima en "impulso de cruda venganza", como dice la Procuraduría, a causa de la riña sostenida antes del homicidio, pero no durante ella. Y como la circunstancia es la misma, la tercera del artículo 37 del Código Penal, no puede desecharse. (Casación Penal. Junio 23 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....537, 1ª

— 82 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Cuándo una circunstancia prevista como elemento del delito puede ser computada también como de mayor peligrosidad)

Una circunstancia que ha sido prevista como elemento del delito o como modificadora del mismo puede ser tenida como de mayor o menor peligrosidad si en este segundo sentido no coincide exactamente con la considerada en el otro. Si hay pues, matices o modalidades que diferencian las circunstancias, pueden ser tenidas en cuenta en ambos aspectos, pues lo que el principio de contradicción, la equidad y la ley prohiben, es que **el mismo hecho** se cargue doblemente a la misma persona. (Casación Penal. Junio 23 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 537, 2ª

— 83 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (La posición distinguida del delincuente)

El artículo 37 del C. P., en su ordinal 15, considera como circunstancia de mayor peligrosidad "la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio".

Y es que en la sociedad, la preeminencia debida a cualquier circunstancia, aunque sea fruto del esfuerzo personal, crea obligaciones, de las cuales la principal es la de guardar la jerarquía observando la práctica de las virtudes adecuadas y evitando la comisión de hechos ilícitos. Obvio es que las faltas de los sujetos sobresalientes son más graves, porque producen mayor escándalo, y porque la formación moral que en ellos ha de suponerse, permite también presumir un mejor control de su voluntad.

Sin embargo, la posición sobresaliente no puede valorarse en forma abstracta, sino en cada caso concreto, pues así como ella puede ser índice de mayor peligrosidad, puede también no serlo y aún acreditar una menor, en las peculiares condiciones del hecho.

Por eso estima la Sala muy atinado el concepto del señor Procurador al decir que si el infractor actúa, no para borrar los méritos adquiridos, sino, al contrario, para mantenerlos en alto defendiendo su vida, su honor o sus intereses de cualquier género, debe favorecer el hecho a su autor, porque ha obrado de acuerdo "con las conveniencias sociales, con la dignidad humana y con la especial preeminencia que el individuo ocupa en el conglomerado por su ilustración, riqueza, profesión u oficio. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .... 578, 1ª y 2ª

— 84 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (El tiempo, el lugar, etc.)

El artículo 37 del estatuto respectivo consagra en su numeral 6º, como elemento genérico de peligrosidad, para efectos de aumentar la sanción, "el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente.

"La agravante requiere — dice el señor Procurador Delegado en lo Penal — no una simple insensibilidad, sino 'una mayor insensibilidad moral', porque la falla del sentido moral es necesaria, en todo caso, para que el hombre se convierta en delincuente. Sólo cuando esa moralidad media está ausente o atrofiada y se relaciona con el delito, ya dificultando la defensa de la víctima, o ya mostrando en el agresor un alma dura e insensible, antes del hecho, durante él o después de consumado, puede tenerse ese factor como índice de peligrosidad para aumentar el mínimo de la sanción.

"La insensibilidad moral no es un fugaz episodio en la dinámica antisocial del delincuente, sino que constituye todo un atributo característico y permanente de su individualidad, a tal punto que esa persistencia en la falta o atrofia del sentido moral, sirvió a Ferri para clasificarlo en la casilla de los natos instintivos, que es la más grave y temible. Y lo es, en vista de que tales sujetos carecen de la menor repugnancia —ética y física— ante la idea y la acción delictuosas, que los lleva a ser nocivos con extraordinaria facilidad, aún tratándose de infracciones de excepcional gravedad". (Casación Penal. Agosto 29 de 1950. Tomo LXVII. No. 2085) 821, 1ª

— 85 —

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD (No pueden confundirse con las circunstancias atenuantes)

No puede confundirse la circunstancia atenuante con la de menor peligrosidad. Cuando el Código las consagra de manera distinta y exige procedimientos diferentes para valorarlas y apreciarlas, señalando al mismo tiempo competencias diversas a los funcionarios a quienes corresponde cumplirlas, es porque ellas obedecen a condiciones contrapuestas que exigen también orientación diferente en el juzgamiento de los actos humanos susceptibles de sanción penal. (Casación Penal. Marzo 24 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 235, 2ª

— 86 —

COACCION (Cuándo la coacción moral hace irresponsable al autor del hecho)

El Consejo de Guerra Verbal y la Jefatura del Estado Mayor de las fuerzas militares estimaron que cuando ese mismo Consejo expresó que el sindicado había realizado los hechos punibles **"presionado gravemente** por las multitudes que participaban en **actitud violenta** en los sucesos desencadenados momentos antes de su actuación", no se trataba de la "insuperable coacción ajena" de que habla el código, pues apenas fue "grave", ya que "quienes así lo presionaron no le indicaron o prescribieron los términos en que al ejército y al pueblo debía dirigirse, y menos aún, que a tal lo obligaron con absoluta coacción para él insuperable". De lo cual resulta que los juzgadores confundieron la coacción física o material con la psicológica o moral.

La coacción física o material ocurre en muy raras ocasiones; no así la psicológica o moral, que consiste en excitar o invitar a cometer un delito por la amenaza de un mal. Casi todos los autores sostienen que el mal que amenaza debe ser grave, y así será en la mayoría de los casos, pues que el delito de ordinario constituye un mal grave también. Mas, parece preferible, por más comprensiva, la opinión de Pessina, quien afirma que ese criterio sólo puede aceptarse en tratándose de la vida, pero no en tratándose de otros bienes. El verdadero criterio, concluye, está en la urgencia de obrar para evitar "un mal mayor".

Es preciso, pues, para que pueda hablarse de irresponsabilidad por coacción moral:

1º Que haya un peligro inminente, esto es, que no sea futuro o incierto, poco serio o evitable por otro medio;

2º De un mal que aparezca al sujeto como más grave que el que puede ocasionar el hecho ilícito propuesto; y

3º Que no puede ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley y, por tanto, que no haya sido previsto o que no sea resultado de un hecho voluntario del agente; en una palabra, que no haya sido consentido previamente.

Se repite que los juzgadores en este proceso confundieron la coacción moral con la física, pues en la primera no se constriñe en forma absoluta o material a ejecutar un acto ilícito, como lo requirieron para admitir la excusa, sino que se obliga a realizarlo por amenazas, esto es, por el miedo de que se realice un daño para sí mismo. Si lo insuperable de la coacción moral fuera en esa forma absoluta exigible, nunca existiría, porque el amenazado tendría que optar entre la muerte y el hecho vedado, y los muertos no necesitan que se les excuse de la responsabilidad para evitar un daño propio. La coacción moral, advierte Ferri, se parece mucho al estado de necesidad, en que puede ejecutarse un acto dañoso contra otro para salvarse de un peligro que amenaza. (Casación Penal. Abril 25 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) .....548, 2ª y 549, 1ª

— 87 —

COADYUVANCIA (El término señalado por el art. 26 de la Ley 37 de 1931 no es aplicable al caso de un coadyuvante)

La ley no dice dentro de cuánto tiempo se debe solicitar por un extraño la intervención en el juicio, de acuerdo con el artículo 233 del C. Judicial. Y entonces este derecho no puede colocarse dentro del plazo a que se refiere el artículo 26 de la Ley 37 de 1931, porque él puede ejercitarse en cualquier tiempo antes de la sentencia. El artículo 26 citado somete a un plazo al opositor, es verdad, pero como el presunto perjudicado o favorecido no es opositor, sino defensor o ayuda de éste, ese plazo no se refiere al coadyuvante.

Como dijo la Corte, el coadyuvante o defensor no es parte en el juicio, sino ayuda en el pleito. (Negocios Generales. Junio 6 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 652, 1ª

— 88 —

COMPETENCIA (Para el juzgamiento de delitos contra la propiedad, conforme a Decretos vigentes)

Como ya lo ha dicho la Corte, "quiso el Gobierno, indudablemente, con el Decreto 3562 de 1949, proveer a la rápida represión de los delitos contra la propiedad, que han estado causando alarma justificada en la ciudadanía, por su frecuente ocurrencia. Pero talvez se consideró que no era la justicia militar la más indicada al efecto, no tanto por la falta de versación jurídica, sino más bien porque las milicias han de estar dedicadas a lo que es su destino propio y natural, que es la guarda del orden externo e interno por medio de las armas, que no a la tutela de los intereses civiles por medio de la aplicación de la ley en los estrados judiciales. Y por ello apenas les ha dejado unos cuantos delitos, taxativamente determinados, principalmente de los que afectan la seguridad interior del Estado". (Casación Penal. Julio 8 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 594, 2ª

— 89 —

COMPETENCIA (La Corte carece de competencia para revisar en segunda instancia la sentencia proferida por un Tribunal en un juicio cuyo conocimiento corresponde en única instancia a la Corte)

Como, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 40 del Código Judicial, corresponde a la Corte por medio de su Sala Civil de Unica Instancia (hoy por medio de la Sala de Negocios Generales), conocer "privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que se celebren por la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos", un Tribunal Superior no tiene jurisdicción para conocer, en primera instancia, de un negocio de esa naturaleza, ni la Corte la tiene para revisar en segunda instancia la sentencia por medio de la cual el Tribunal lo haya decidido. (Negocios Generales. Agosto 24 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085).....878, 2ª

— 90 —

COMPETENCIA (No la tiene la justicia ordinaria cuando el asunto controvertido versa sobre una cuestión netamente de derecho público)

Ya en sentencia de 7 de julio de 1944 (Gaceta Judicial, número 2016, página 387), dijo: "Estima la Corte que cuando el asunto controvertido versa, bien sea exclusivamente, o al menos de manera fundamental, y de

necesaria decisión previa sobre una cuestión netamente de derecho público, y en forma especial cuando en ese caso el Estado ha obrado por ministerio de la ley misma en su calidad de persona de derecho público (**jure publico**) y no en calidad de persona de derecho privado (**jure privato**), y aparece aquí desde luego la importancia de esta distinción sobre la doble personalidad del Estado —que haya quienes, infundadamente, pretenden hacer desaparecer— se presenta así, con características de incontrovertible el que el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial no le da jurisdicción para esos asuntos a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial si ocurren controversias con el Estado en relación con tales actos y ya que en tal evento mal puede decirse que se trata de asuntos en los cuales contenciosamente se ventilan cuestiones de derecho privado.

"Cuando la Gobernación de un Departamento, en cumplimiento de sus funciones legales, y en nombre del Estado, desecha una denuncia de minas por no considerarla jurídicamente aceptable, obra en ejercicio de funciones administrativas de derecho público, y el Estado así representado actúa como persona de derecho público. Sabido es que la admisión de la denuncia puede conducir normalmente a la adjudicación, y es obvio que no le es posible a personas de derecho privado ejecutar el acto jurídico administrativo **sui generis** de adjudicar minas; por donde se echa de ver que en tal caso el Estado, que lo ejecuta, obra como persona de derecho público y no en manera alguna como persona de derecho privado. Por consiguiente, si al Estado se le increpa el haber perjudicado los intereses del avisante de una mina por no haber admitido un denuncio y por cuanto el denunciante estima conculcado el derecho que le confirió el acto inicial y jurídicamente previo del aviso de ella dado ante autoridad competente, los Tribunales Superiores de Distrito no tienen, a la luz del ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, competencia para conocer de las demandas que se le ocurra entablar contra la Nación al que se siente perjudicado con tal acto". (Negocios Generales. Agosto 17 de 1950. T. LXVII. Nº 2085).....848, 2ª y 849, 1ª

— 91 —

COMPETENCIA (La competencia para conocer de la controversia en que se reclama indemnización por los perjuicios ocasionados por un acto de jurisdicción que se considera ilegal, es del fuero de la justicia ordinaria y no de la del contencioso-administrativo)

Aun cuando en un sentido lato el concepto de **administración** comprende en general el ejercicio de todas las funciones atinentes al servicio público, estrictamente hablando, el derecho reserva esta denominación para aquellos actos que directamente emanan de los órganos o agentes de la rama ejecutiva del poder público, o de las entidades seccionales y municipales que por medio de Ordenanzas y de Acuerdos administran su propio patrimonio; bien distintos por cierto de los llamados actos de jurisdicción, cuyo control y consecuencias son ajenos a la organización de la competencia administrativa. Se comprende así por qué el Capítulo VII del Código de lo Contencioso que trata "De la jurisdicción contra los actos de la Administración", concreta expresamente esa jurisdicción al conocimiento de demandas de decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros, Gobernadores, Intendentes y demás empleados o personas **administrativas**, o de Ordenanzas de las Asambleas y Acuerdos de los Concejos, a fin de que se anulen por ser opuestos a una norma superior, o expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los dictó, y para que, como consecuencia, se restablezca el derecho particular menoscabado;

y contra los simples hechos u operaciones administrativas, para que se restablezca asimismo el derecho o se paguen al agraviado las prestaciones o indemnizaciones a que haya lugar. Y por qué también, y de manera expresa, excluyó de dicha jurisdicción "Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales", lo mismo que "las atribuídas por la ley a otra jurisdicción" (artículo 73). Porque en todas ellas se ejecutan actos de jurisdicción que por su naturaleza son extraños a la organización contencioso-administrativa.

Luego si las indemnizaciones que se reclaman, v. gr., de un Departamento, se fundan no en un acto administrativo propiamente dicho, sino en un acto de jurisdicción que el demandante considera ilegítimo, la competencia para conocer del correspondiente juicio no puede atribuírse al fuero contencioso-administrativo, sino al de la justicia ordinaria. (Negocios Generales. Agosto 17 de 1950. Tomo LXVII. No. 2085) ...855, 2ª y 856, 1ª

— 92 —

COMPETENCIA

El demandante no puede darse una jurisdicción determinada por el conocimiento de su reclamación cuando ella — como en el caso de autos — está expresamente señalada en las disposiciones de derecho público reglamentarias del servicio. (Negocios Generales. Mayo 25 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 709, 2ª

— 93 —

COMPETENCIA (Nunca puede retenerse en contra de lo ordenado por el Legislador)

Si a la justicia contencioso-administrativa quedaron adscritas las reparaciones por actos o hechos administrativos que lesionen derechos de los particulares, como lo disponen los artículos 67, 68 y 69 de la Ley 167 de 1941, mal pudieron quedar subsistentes para estos casos las atribuciones de que antes gozaba la justicia ordinaria.

De otra parte, que el derecho a la reparación del demandante naciera antes de la nueva competencia, no implica que éste pueda acogerse a la antigua. Los particulares no pueden invocar derecho a determinada competencia, ya que en este campo sólo se trata de deberes funcionales, de situaciones objetivas que derivan exclusivamente de la ley. Por esto la competencia puede cambiarse o modificarse en cualquier tiempo, con incidencia sobre los actos jurídicos realizados con anterioridad, y aún respecto de las acciones ya intentadas y todavía no decididas. La competencia nunca puede retenerse en contra de lo ordenado por el Legislador. (Negocios Generales. Junio 2 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) ....629, 1ª y 2ª

— 94 —

COMPETENCIA (La competencia para conocer de lo relacionado con la cancelación del registro de una marca de fábrica es privativa de los Jueces del Circuito de Bogotá)

Si las leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, por lo que hace a marcas, organizan el derecho marcario y en ellas se dispone que lo relacionado con la cancelación del registro de una marca corresponde a los Jueces del Circuito en lo Civil de Bogotá, se trata de una zona de privilegio procedimental que el mismo Código Judicial ordenó respetar, cuando dijo en su artículo 204: "Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia...".

La Corte Suprema, tratando de este tópico, dijo hablando del artículo 9º de la ley 94 de 1931: "Esta disposición de la ley de or-

ganización judicial sobre cuyo fundamento y conveniencia nada es oportuno conceptuar ahora, pertenece a la legislación de orden público y no es susceptible, por tanto, de variaciones ni acomodaciones a casos particulares. En ella se establece una competencia privativa que no es posible eludir sin caer en sanción de nulidad, porque es improrrogable según el artículo 151 del C. de O. J., que establece que 'por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa' ". (GACETA JUDICIAL, Tomo LII, página 771). (Negocios Generales. Julio 26 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....727, 2ª

— 95 —

COMPLICIDAD

Para el recurrente sólo puede darse el fenómeno de la codelincuencia en la ejecución de un delito cuando los sujetos activos que participan en él, cualquiera que sean su número, cumplen su cometido cada uno obteniendo el resultado que su propósito buscó. Es decir, cuando cada uno de los copartícipes realiza por separado e individualmente la finalidad perseguida por su delito, si así no ocurre, en tratándose de un delito de homicidio, si unas heridas resultan mortales y otras no, únicamente los que causan las primeras pueden considerarse como coautores del homicidio, mientras que los segundos no lo serían sino de lesiones personales.

Esta tesis no resiste el menor análisis en el campo de la doctrina penal, porque olvida fundamentalmente que cuando varias personas participan en la ejecución de un delito con la actividad adecuada al propósito perseguido, todas ellas son solidariamente responsables, cualquiera que sea el resultado de su actividad, pues este resultado ya fue previsto, y la voluntad y la acción fueron determinadas a buscarlo, no empece a la circunstancia de que unas actividades pudieron ser más eficaces que las otras, porque como todas estuvieron dirigidas a un mismo fin con actos materiales que manifiestan el propósito, todos los que en ellos intervinieron participan de igual calidad en la responsabilidad del acto delictuoso, con prescindencia de la efectividad de la acción, ya que únicamente el elemento subjetivo determinante del dolo es el que en estos casos se toma en cuenta.

El Código Penal en esta forma de coparticipación sólo exige que el agente tome parte en la ejecución del hecho, pues distingue esta actividad de la que surge de prestar al autor o autores un auxilio o cooperación, sin el cual no habría podido cometerse el delito.

.....

La coparticipación criminal en la ejecución de un delito es un fenómeno que no puede desintegrarse de los sujetos que con su actividad colaboran en su realización. Cuando esta actividad es necesaria, se denomina principal; cuando de cualquier otra manera se vincula el agente en el delito, puede decirse que sólo de manera subsidiaria ha tomado parte en él, y su responsabilidad resulta accesoria. Para determinar la primera forma de participación, menester es un concurso de acción y de voluntad determinado a la realización de un delito, sin que importe que la voluntad resulte coetánea al momento mismo de la ejecución, porque el elemento que distingue este fenómeno está sólo condicionado a que la voluntad consciente del agente se dirija a ejecutar, en concurso con otro u otros movidos por el mismo propósito, una acción encaminada a un fin delictuoso. (Casación Penal. Marzo 24 de 1950. T. LXVII. Nos. 2081-2082)....237, 2ª, 238, 1ª

— 96 —

COMPLICIDAD CORRELATIVA

Para la existencia de la complicidad correlativa son necesarios estos factores: que

varias personas tomen parte en la comisión del hecho y que no sea posible determinar su autor. (Casación Penal. Junio 16 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....527, 1ª

— 97 —

COMPLICIDAD CORRELATIVA (No impide que se tomen en cuenta al individualizar la sanción las circunstancias que agraven el homicidio conforme al artículo 363 del Código Penal)

La complicidad correlativa fue establecida por el legislador para los delitos de homicidio y lesiones personales. Esta modalidad no cambia la figura específica del homicidio para tipificarlo como entidad delictual distinta del mismo. Lo único que prevé la disposición del artículo 385 del Código Penal es la fijación de la responsabilidad y la graduación de las penas dentro de la cooperación en él prevista, para los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor. Si no cambia la figura típica del homicidio, si sus elementos integrantes son los mismos, si la única dificultad radica en la individualización de su autor, natural es que todas las condiciones que pueden presentarse en la realización del hecho para agravarlo (artículo 363 del C. P.) son aplicables al caso del homicidio cometido en las circunstancias del artículo 385. (Casación Penal. Junio 16 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 525, 2ª

— 98 —

CONCURSO DE DELITOS

Dice el recurrente que para el concurso delictual era necesario "que los autores se hubieran reunido para pactar o convenir la muerte, pero que ese acuerdo en acción y voluntad está lejos en el proceso". Pero el recurrente olvida que el concurso no implica necesariamente la existencia previa de un acuerdo anterior, de un plan previo, de una convención o de un pacto. (Casación Penal. Febrero 10 de 1950. Tomo LXVII. Número 2080) 57, 1ª

— 99 —

CONCURSO DE DELITOS (Cuál es el significado de la expresión "otro tanto" contenida en el artículo 33 del C. P.)

El artículo 33 del Código Penal se refiere a cualquier clase de infracciones, así sean atenuadas, o de excepcional gravedad, o mixtas, pues la figura allí consagrada—acumulación jurídica—obedece al principio de la responsabilidad **única** y de la pena progresiva única, para evitar los rigores del cúmulo material de delitos y conseguir la individualización de la medida represiva en forma que consulte la capacidad criminosa (peligrosidad) del delincuente y la defensa social contra sus tendencias dañinas.

Por eso, como anotan los autores, el concurso de delitos no es una causa de disminución de la cantidad de pena que corresponde a cada hecho punible, sino que es la causa de la unificación de los distintos delitos en una responsabilidad única y progresiva, como lo es el daño social que se deriva de varias infracciones, según el número y la gravedad de ellas, sin que nunca la pena resultante pueda llegar a ser igual a la suma de las penas establecidas por la ley para cada ilícito.

Con esto se quiere rectificar el error del demandante, de que la acumulación jurídica sólo es pertinente en tratándose de delitos atroces, y que el **otro tanto** que permite el artículo 33 debe guardar cierta equivalencia o proporción en cuanto a la cuantía merecida por el delito más grave. No. En este fenómeno de la acumulación se adapta la pena en orden a una sola peligrosidad, derivada de las distintas infracciones, teniéndose, sí, el cuidado, como lo ha dicho la Cor-

te, de que el aumento no exceda el límite máximo señalado por la respectiva disposición penal, para no ir más allá del aberrante sistema del cúmulo material.

Cree la Corte que para ese aumento, en el cual puede llegarse hasta "otro tanto" de la pena que merezca el delito más grave, deben tenerse en cuenta las mismas condiciones que como norma general para el señalamiento de las sanciones indica el artículo 36, esto es, la gravedad y modalidades de los hechos, los motivos determinantes y la personalidad del agente. (Casación Penal. Junio 23 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084). 538, 1ª y 2ª

— 100 —

CONCUSION

El fallo del Tribunal merece un reparo, consistente en haber considerado que la apropiación de la suma que el Juez acusado recibió de la sindicada Heliodora Ramírez de Ramírez (resultando 2º, letra d) de la sentencia), constituya un delito de peculado, cuando es lo cierto que ese hecho entraña una concusión, por cuanto el Juez empleó para obtener esa dádiva una constricción psíquica contra la Ramírez, como fue la de amenazarla con llevarla a la cárcel si no le daba ese dinero. Así lo expresa claramente la Ramírez. De tal suerte que la amenaza de privarla de su libertad, la obligó a entregar los $ 138.00, lo cual tipifica la concusión, al tenor del artículo 156 del Código Penal. (Casación Penal. Mayo 23 de 1950. T. LXVII Nos. 2081-2082)....317, 2ª, 318, 1ª

— 101 —

CONCUSION

La concusión — que en un principio se confundió con el cohecho — es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público; consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o a prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: el abuso del poder —que es el medio— y la entrega o simple promesa de dineros o de cualquier otra utilidad, que es el fin. La cosa prometida o entregada puede ser para el concusionario o para un tercero.

Pero el abuso de autoridad constituído por la exigencia arbitraria no sólo es aquel que entraña la concreta ejecución de una amenaza injusta, sino toda otra manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o a entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión **explícita,** constituída por el empleo de medios claramente coercitivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión **implícita,** que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso se amenaza abiertamente con un acto de poder; en el segundo se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debido al habilidoso abuso de funciones que se pone en juego. (Casación Penal. Junio 6 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084).....484, 1ª

— 102 —

CONCUSION (Comete este delito el funcionario que con cualquier fin recorta los sueldos de sus subalternos)

En la lista de las asignaciones civiles que rigen para la rama jurisdiccional del Poder Público como emanación de los gastos del Estado, se fijan los sueldos para cada uno de los empleados al servicio de la Nación. Y

esa y no otra es la retribución que se les paga por su trabajo. Recortarla con cualquier pretexto, así sea éste el más altruísta y generoso, expone al que tal cosa hace a incurrir en delincuencia cuando se llenan los presupuestos legales que configuran alguna de las infracciones previstas en la ley penal. Concusionario es el empleado que así actúa, porque con abuso de su cargo, usa procedimientos ilícitos para producirse un beneficio pecuniario en contra de los derechos de los otros. (Casación Penal. Junio 6 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) . . 486, 1ª y 2ª

— 103 —

CONFESION

Si una persona, citada personalmente a absolver unas posiciones, deja de comparecer, dando así lugar a la declaración consecuencial, la que implica la presunción establecida por el artículo 618 del C. J. de ser ciertos los hechos preguntados y admisibles, nada importa que después comparezca a absolver otras posiciones que más tarde se pidan y entonces conteste sobre los mismos hechos y lo haga negativamente, porque esto no puede entenderse como una infirmación de esa presunción legal, puesto que es simplemente su declaración en su propio favor encaminada a destruir lo que legalmente está creado ya en su contra, y el artículo 606 del C. J. exige plena prueba que desvirtúe la confesión presunta, excepción hecha de los casos previstos por el artículo 619 ibidem. (Casación Civil. Julio 10 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 434, 2ª

— 104 —

CONFESION EXTRAJUDICIAL

La confesión extrajudicial la estima el artículo 608 del C. J. como prueba deficiente e incompleta y su fuerza probatoria depende exclusivamente de la que le confiera el Juez, y no puede invocarse y radicarse el error de hecho, cuando se quiere hacer depender su existencia, del uso de una facultad legal y amplia por parte del Juzgador de instancia, cuya finalidad objetiva, ha dicho la Corte, no puede ser rectificada por persona distinta al mismo juzgador. (Casación Civil, Junio 13 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 388, 1ª

— 105 —

CONDENA CONDICIONAL

La ley exige, para poder otorgar el beneficio de la condena condicional, que la conducta anterior del procesado "haya sido siempre buena" y que el hecho y los motivos determinantes le den al Juez "la convicción" de que el individuo no es peligroso y de que no volverá a delinquir. Obvio es que tal convicción es eminentemente subjetiva y lógico es que tal gracia, de carácter excepcional, no puede otorgarse sino cuando haya una gran probabilidad de que no ha de ser perjudicial para la sociedad y sí beneficiosa para el procesado. (Casación Penal. Mayo 9 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) 280, 2ª

— 106 —

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (Para que proceda esta jurisdicción, es necesario que el acto de la Administración sea violatorio de la ley, por infracción directa, y no como resultado de situaciones jurídicas producidas por la acción privada o con el necesario concurso particular)

En conformidad con los principios que rigen la jurisdicción contencioso-administrativa, y que concreta la ley 167 de 1941, la extensión de sus atribuciones se limita al juzgamiento de aquellos actos, hechos u opera-

ciones de la Administración violatorios de la ley propiamente dicha, de la Ordenanza o del Acuerdo Municipal y de decretos que los reglamentan, o de los que se han producido con abuso o desviación de las facultades propias del funcionario o corporación que los profiere; ya sea sólo para anularlos, o para restablecer, directamente o como consecuencia de la anulación, los derechos particulares quebrantados por ellos. En consecuencia, para que proceda esta especie de función jurisdiccional, se requieren dos condiciones: que el acto, hecho u operación contra el cual se dirige, sea un acto de la Administración, esto es, ejecutado por un agente del servicio y en razón de actividades inherentes a la función administrativa que le encomienda la ley; y que dicho acto sea violatorio de la ley, por infracción directa, y no como resultado de situaciones jurídicas producidas por la acción privada o con el necesario concurso particular, las cuales, por su naturaleza, caen bajo la jurisdicción de la Justicia Ordinaria.

Así las cosas, no puede entonces válidamente sostenerse que el acto por medio del cual el Gerente o Administrador de la Lotería del Departamento de Bolívar estableció el orden como debía hacerse el sorteo extra celebrado en noviembre de 1945, esté sujeto por su naturaleza al control administrativo antes que al de la justicia ordinaria, porque la supuesta obligación que tuviera el Gerente de verificarlo en determinado orden, no tiene su fuente en ley, Ordenanza o Acuerdo Municipal ni en decreto reglamentario de ninguna de tales disposiciones; se deriva de las disposiciones reglamentarias de la empresa, y hasta de la costumbre misma, que al ser conocidas y aceptadas por el público adquirente de los billetes en juego, formalizó con éste un contrato de adhesión cuyas estipulaciones obligan por igual a las dos partes contratantes. Luego al desconocerse por una de ellas alguna o algunas de tales estipulaciones, lo que en realidad se presenta es una infracción del contrato, cuyas consecuencias no pueden ventilarse y decidirse sino por la Justicia Ordinaria. (Negocios Generales. Junio 3 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) . . . . . 636, 1ª y 2ª

— 107 —

CONTRADEMANDA (Sólo puede dirigirse contra el actor o actores de la demanda principal)

La contrademanda sólo puede dirigirse contra el actor o actores de la demanda principal, y por ello el artículo 743 del C. J. dispone que se dé traslado de ella por cinco días al reconvenido, lo que indica claramente que no puede extenderse a personas distintas de los demandantes. En este sentido Manresa y Navarro en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, trae la siguiente doctrina:

"La reconvención que se dirija contra persona diferente de la que demanda no merece el concepto jurídico de mutua petición o nueva demanda congruente con la tramitación, requisito indispensable para que pueda ser resuelta al propio tiempo con ésta". (Tomo III, pág. 226). (Negocios Generales. Auto. Agosto 1° de 1950. Tomo LXVII. Número 2085) . . . . . 832, 1ª y 2ª

— 108 —

CONTRATO (La acción de cumplimiento no puede ejercerla la parte que está en mora de cumplir sus obligaciones)

La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del C. C. y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 ibidem; pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente,

lo niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe, que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento (artículo 1546, inciso 2º), corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de ese cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en el estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que esté pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso, en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del C. C., que traduce en fórmula positiva el aforismo de que la "mora purga la mora". En el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del C. C., situación ésta de involuntaria y estéril anormalidad contractual, que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las indicadas acciones. (Casación Civil. Marzo 25 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) .....127, 1ª y 2ª

— 109 —

CONTRATO (Cuando se requiere un determinado procedimiento exigido por la ley para su perfeccionamiento, no es causa de nulidad del contrato el que no se haya aún cumplido uno de los requisitos)

Cuando para el perfeccionamiento de un contrato exige la ley un proceso de integración de voluntades, como ocurre con los que celebran las entidades de derecho público, no puede decirse que haya motivo de nulidad por falta de culminación de ese proceso, máxime si la misma ley ni siquiera ha establecido términos perentorios para que esta culminación se lleve a cabo.

Consecuencialmente, en el caso de no remitirse un contrato a la aprobación de la justicia contencioso-administrativa, para que decida si está o no ajustado a las correspondientes autorizaciones, cuando este requisito es necesario, habrá derecho para que se exija el cumplimiento de tal formalidad esencial, mas en ningún caso para que se declare la nulidad del contrato por esa omisión. Estando todavía el contrato en vía de perfeccionamiento, no puede en rigor hablarse de nulidad de ninguna especie. El contrato no ha nacido a la vida jurídica, y eso es todo. (Negocios Generales. Junio 7 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 656, 2ª

— 110 —

CONTRATOS (Caso de la ruptura unilateral por parte del Estado de los válidamente celebrados por él)

Como ya lo dijo la Corte en sentencia de 5 de agosto de 1946, el Estado, por conducto de sus órganos regulares, fundado en razones suficientes de interés general o público, puede llegar hasta el desconocimiento o rup-

tura de los contratos por él celebrados, quedando eso sí a su cargo, y a pesar de que pueda admitirse la legitimidad de su actividad, la correspondiente indemnización de perjuicios a favor de la parte contratante perjudicada, doctrina ésta fundada, por lo demás, en la aplicación de los artículos 30 de la Constitución y 18 de la Ley 153 de 1887. (Negocios Generales. Junio 5 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....647, 1ª

— 111 —

CONTRATO NO CUMPLIDO (Excepción de)

Cuando la Corte ha dicho que las excepciones de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente son distintas del derecho legal de resolver un contrato, no ha querido significar en manera alguna que tales medios defensivos no operen o procedan ante la demanda de resolución, sino meramente ante la de cumplimiento. Tal idea se expresó para hacer referencia a la naturaleza simplemente transitoria que corresponde a las aludidas excepciones; por eso se dijo en sentencia de la Sala de Casación Civil de 23 de septiembre de 1938 (G. J. Tomo XLVII, pág. 243): "Ambas excepciones se encaminan a suspender o retardar temporalmente la pretensión del adversario. Así, la parte demandada no quiere con ellas la resolución del contrato, sino, al contrario, su mantenimiento, para su ejecución recíproca y completa...", y en sentencia del año de 1943 que corre publicada a págs. 70 del Tomo LV de la GACETA JUDICIAL, se dijo: "La defensa fundada en contrato no cumplido pertenece indudablemente a la categoría de las excepciones dilatorias, puesto que con ella no se persigue la exoneración de la deuda, sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales, como lo anotan Enneccerus y Von Tuhr. Equivale, por su estructuración y funcionamiento, a la excepción de petición antes de tiempo". (Casación Civil. Marzo 25 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....127, 2ª

— 112 —

COPROPIEDAD

La declaración del comprador a favor de unos terceros en el sentido de adquirir también para éstos, establece una comunidad o condominio en su derecho, por su sola voluntad, pero si ella no es acogida por los interesados, si éstos, de una manera expresa, hacen constar su no aceptación, aquélla deja de tener efectividad. (Casación Civil. Marzo 28 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082). 148, 2ª

— 113 —

CORTE (Alcance de la competencia de la Sala de Negocios para conocer de controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación)

Conforme a los términos literales de que se vale el artículo 40 del C. J., que consagra la competencia privativa de la Corte para conocer de los juicios provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, su derecho, esa competencia no se encuentra limitada a aquellas controversias que **tengan por objeto el contrato mismo**, a efecto de establecer la nulidad e invalidez de sus estipulaciones, interpretar el sentido exacto de alguna o algunas de sus cláusulas, etc., sino que comprende en general "todas las controversias **provenientes**" de él; es decir, que se originen o produzcan por razón de la estipulación misma, aun cuando el pleito pueda no versar sobre el contrato mismo.

Una cosa proviene de otra, cuando la segunda se deriva o es consecuencia de la primera, no cuando las dos se confunden, hasta el punto de tener ambas un mismo e idéntico objeto. Y como es una norma de elemental interpretación la de que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu" (artículo 27 del C. C.), síguese entonces que siendo clarísima la ordenación legal que refiere la competencia privativa de la Corte para decidir determinadas controversias, al hecho perentorio de que ellas se originen o provengan de determinada causa, no es procedente ni admisible buscar en el pretendido espíritu de la disposición una interpretación restrictiva del alcance que le señala el contenido literal de las palabras, para limitar su aplicación a sólo aquellas controversias que tengan por objeto o versen sobre un contrato celebrado por la Nación.

Ahora bien, el litigio presente no tiene por objeto el contrato que el demandante sostiene se formalizó entre la Nación y un tercero; pero indudablemente, y según los términos precisos de la demanda, **proviene** o se deriva del hecho —afirmado por el actor— de haber ella recibido de ese tercero, a título traslaticio contractual, la cilindradora de que el demandante continúa considerándose dueño o cuyo dominio reputado limitado a su favor, por la prenda que anteriormente constituyera el mismo tercero, como su causahabiente y a la vez causante de la entidad demandada. Si el contrato de venta que, en concepto del actor, se acordó entre la Nación y el dicho tercero no se hubiera efectuado, y si como consecuencia de ese supuesto acuerdo, la segunda no hubiera recibido la cilindradora cuya restitución se reclama, el demandante nada hubiera tenido que pretender contra la Nación, ni por lo tanto, la controversia de que aquí se trata hubiera podido promoverse.

Ni cabe objetar siquiera, que siendo la acción reivindicatoria independiente del título a virtud del cual se halle poseyendo el demandado, el hecho que esa posesión se funde en un contrato con la Nación, no es bastante a determinar la competencia privativa de la Corte para conocer de ella. Porque al reconocer y darse por establecido en la demanda el hecho del contrato a virtud del cual explica esa posesión y el consiguiente derecho para demandar a quien la ejerce, implícitamente se somete al juicio del sentenciador la calificación de los efectos producidos por ese contrato de donde la posesión se deriva; y entonces, aun cuando el objeto primordial de la controversia no sea el contrato mismo, virtualmente implica la calificación sobre el contenido de sus estipulaciones, y determina, en consecuencia, la competencia privativa de la Corte para conocer, conforme a la doctrina contenida en el citado artículo 40 del C. J. (Negocios Generales. Julio 12 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084).....703, 1ª y 2ª

— 114 —

CORTE (No tiene competencia para conocer de juicios sobre cancelación de marcas de fábrica)

Conforme al artículo 38 de la Ley 31 de 1925 "sobre protección a la propiedad industrial", las oposiciones formuladas contra el registro de una marca se resuelven por los Jueces de Circuito de Bogotá, mediante el trámite de un juicio sumario. Y en forma análoga a la de los juicios de oposición, y ante los mismos Jueces de Circuito de Bogotá, se tramitan las solicitudes de cancelación de marcas y patentes, según lo preceptuado por el artículo 9º de la Ley 94 de 1931. Estas disposiciones constituyen una reglamentación especial que no puede entenderse derogada por las previsiones generales del C. Judicial sobre competencia.

Se trata en estos casos de disposiciones

especiales, de normas que regulan completamente la materia, sin hacer reserva alguna en relación a la cuantía o a la calidad de las partes o a cualquiera otra consideración. Disposiciones especiales que en ningún caso están supeditadas a las generales del Código Judicial, ya que esta misma obra en su artículo 204 dice: "Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia...".

La Sala de Negocios Generales de la Corte no tiene, pues, competencia para conocer de juicios sobre cancelación de una marca de fábrica, aunque en ellos sea parte la Nación. (Negocios Generales. Auto. Agosto 16 de 1950. Tomo LXVII. No. 2085).....838, 2ª, 839, 1ª

— 115 —

CUANTIA (Cuál es la que debe tenerse en cuenta para decidir de la procedencia del recurso de casación)

La verdadera cuantía de la demanda, en cuanto representa o debe representar el valor efectivo de lo demandado, estimado en dinero, es una noción abstracta en muchos casos, que en algunos llegará a concretarse mediante las pruebas del juicio, pero que en otros no se concretará nunca, como cuando se trata, por ejemplo, de acciones reivindicatorias, en que al actor no le interesa estimar el precio de la finca, sino que ésta se le restituya, o en las que versan sobre imposición o extinción de servidumbres, en que la estimación puede también ser innecesaria.

La ley deja la estimación de la cuantía al arbitrio del demandante, sin perjuicio de que sea determinada por el juez, previo dictamen de un perito, cuando el demandado la objeta (artículos 205 y 206 del C. J.).

Pero el procedimiento señala ciertos límites para determinados efectos, y así establece, para fijar la competencia, que son acciones de mayor cuantía las que versan sobre un valor que excede de trescientos pesos, y de cuantía menor las que no pasan de esa suma (artículo 196 del C. J.), y para la casación los mínimos de tres mil y cinco mil pesos, según que se trate de juicios ordinarios o de los demás mencionados en el artículo 519.

La verdadera noción de la cuantía, es decir, el valor de lo demandado, puede no estar determinado en el juicio, por innecesario en muchos casos, desde luego que para los efectos del procedimiento es suficiente que la estimación permita aplicar los límites legales, en relación con la competencia y la casación, por ejemplo, sin que esto signifique que esa estimación, precisa o indeterminada, represente el verdadero valor de lo que se demanda, que no siempre será necesario conocer.

Según esto, el demandante cumple la exigencia del artículo 205 del C. J., señalando un valor que permita fijar la competencia, cuando ello es necesario, y no importa que esa estimación pueda estar en desacuerdo con la cuantía verdadera. Del mismo modo, cuando es el caso de que el Juez determine la cuantía, previo dictamen de un perito, a éste le basta también hacer una estimación que haga posible aplicar el límite legal para efecto de la competencia. De lo contrario, no se explicaría que esa función se confiara a perito único nombrado por el Juez, y mucho menos que la regulación que éste haga se imponga a los demás demandados, lo que está demostrando que la cuantía a que se refieren los artículos 205 y 206 del C. J., puede ser sólo la suficiente para fijar la competencia, y las que señala el artículo 519 las suficientes para admitir o no el recurso extraordinario.

Avanzando en estas ideas, que para la Sala son lógicas y fundadas en la letra y el espíritu de nuestro procedimiento, se llega fácilmente a la conclusión de que el "verdadero motivo de duda" de que habla el artículo 524 del C. J. tanto puede surgir

cuando la cuantía de la demanda se señala en suma indeterminada, es decir, con indicación solamente del límite de la competencia, como cuando se fija en cantidad precisa.

Si así no fuera, si la cuantía que ha de fijar el demandante debiera representar forzosamente el verdadero valor de lo demandado, ella sería intocable y operaría para todos los efectos procesales, una vez que no fuera objetada por el opositor, o una vez regulada por el Juez, y entonces no se presentaría nunca "verdadero motivo de duda" acerca de ese punto.

Para la Sala es claro que la duda acerca de la cuantía se origina precisamente en el hecho de que tanto el actor, como el perito único, están obligados a fijar solamente el límite de la competencia, no el valor real de las prestaciones demandadas, y — cuando así proceden — y se conoce después, por las probanzas, que el verdadero valor del pleito es mayor o menor que aquel límite, la duda acerca de la cuantía verdadera es racional y surge la necesidad de eliminarla para los efectos de la casación. (Casación Civil. Mayo 8 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .. 185, 1ª y 2ª, 186, 1ª

— 116 —

CUANTIA PARA LA CASACION

A partir de la providencia de 14 de diciembre de 1945 (G. J. T. LXII, pág. 85), aceptó la Corte, aunque no de manera unánime, la posibilidad de la existencia del verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J. sobre el valor real del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación aún en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance al mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario. (Casación Civil. Junio 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 393, 2ª

— 117 —

CULPA

Los caracteres de la culpa —en la ley y la doctrina actual— se concretan a la imprevisión de los efectos nocivos del acto cuando son de por sí previsibles, y a la confianza imprudente en evitarlos si fueron previstos. (Casación Penal. Mayo 23 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) 313, 1ª

— 118 —

CULPA (Presunción por actividades peligrosas)

En el caso de la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas, presunción fundada en el artículo 2356 del C. C., se trata de una presunción legal, y toca al demandado presentar la prueba de la irresponsabilidad, que puede versar sobre un caso fortuito, sobre una fuerza irresistible o sobre la intervención de un elemento extraño, no imputable al demandado, que haya dado lugar al accidente, elemento que puede ser un descuido o una imprudencia de la víctima, es decir, la culpa de ésta. (Negocios Generales. Julio 1° de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 621, 1ª

— 119 —

CULPA (La presunción de culpa por actividades peligrosas no obra en favor del dependiente a quien se ha encomendado la dirección de la actividad peligrosa y quien interviene con tal carácter en el manejo de la cosa dañosa)

En repetidas ocasiones la Corte ha sostenido la doctrina de que el artículo 2356 del Código Civil "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 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, y 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 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 él 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, por lo que, se repite, el accidente se considera como hecho propio del cual tiene que sufrir sus propias 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. Agosto 24 de 1950. Tomo LXVII. N° 2085).....873, 2ª, 874, 1ª

— 120 —

CULPA CONTRACTUAL Y CULPA EXTRACONTRACTUAL (No es posible acumular estas dos especies de responsabilidad)

Como lo ha dicho la Corte, ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de una acción híbrida, según la expresión de los expositores, en que se involucran de manera inaceptable la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica, 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 asimismo 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.

Doctrina que autoriza la posibilidad de acumular las acciones provenientes de la indemnización de daños materiales y morales causados, pero siempre y cuando que ellos no provengan de una misma relación jurídica, esto es, perjuicios materiales y morales originados en el incumplimiento de obligaciones contractuales y daños morales y materiales que se deriven en las fuentes de las obligaciones extracontractuales. (Casación Civil. Agosto 4 de 1950. Tomo LXVII. Número 2085).....764, 2ª, 765, 1ª

— D —

— 121 —

DECLARACIONES DE EDIFICACION
(Valor de éstas como prueba de propiedad)

Las declaraciones recibidas extrajuicio son la forma acostumbrada para demostrar la propiedad de una edificación levantada sobre un lote que se poseía con anterioridad, mas tal justificativo no puede tener otro valor que el que corresponde a una prueba sumaria. (Casación Civil. Mayo 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....196, 1ª

— 122 —

DELITO

Para que un acto humano se pueda configurar como delito, es necesario que ese hecho conlleve la violación de una norma positiva de la ley penal, presupuesto que entraña la estructuración de los diversos elementos del delito en sus dos aspectos material y subjetivo. En ausencia de cualesquiera de los factores que integran el delito en sus aspectos material, subjetivo y jurídico, el hecho, aunque intrínsecamente sea reprobable, no constituye delito, pues falta uno de los elementos indispensables para que se tipifique como infracción de la ley penal.

La sola estructuración del hecho material no entraña violación de la norma positiva, cuando el elemento subjetivo o intencional en orden a la violación de una norma jurírica tutelada por el Estado no se halla demostrado. Dentro de los elementos subjetivos que informan el contenido espiritual del delito, necesariamente debe determinarse el dolo con la concurrencia de sus componentes "voluntad, intención y fin", como lo quiere Ferri. Voluntad en el sentido de que el acto sea aceptado por el agente activo del delito, intención en relación con la ejecución del mismo con el propósito de lesionar un bien protegido por el Estado dentro de las normas positivas; y el fin, en cuanto con él se causa un quebrantamiento del orden jurídico-social existente.

Es evidente que el factor intencional que concurre a la configuración del delito no puede ser conocido —salvo casos excepcionales— mientras no se traduzca en actos externos, pues sólo mediante esas manifestaciones se puede desentrañar el propósito o intención que anima al agente activo del delito, ya que los actos del hombre, en sus diversos aspectos tienen una relación directa con su modo de pensar y de obrar en la ejecución de un hecho determinado.

La intención —se puede decir— es el camino que la voluntad puede seguir hacia la realización de un fin determinado, que en la esfera del derecho penal puede constituir un daño para la sociedad. En estos casos existe una correspondencia absoluta entre el propósito o intención criminal — elemento subjetivo del delito — y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de la norma penal, constituye el delito en su acepción general. (Casación Penal. Marzo 23 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082)... 221, 2ª, 222, 1ª y 2ª

NOTA—Dos Magistrados salvaron el voto. Véase Tomo LXVII, pág. 225.

— 123 —

DELITO

Para que determinado hecho del hombre sea delito, debe llevar en sí mismo la capacidad intrínseca de violar la ley penal, esto es, que se configure como delito. Si el acto del hombre no tiene esa capacidad, el hecho no puede ser delictuoso, aunque se produzca en circunstancias de **conmoción política.** Las condiciones en que se comete la infracción servirían para determinar la pena según la gravedad y modalidades del hecho delictuo-

so, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, pero en ningún caso sirven para tipificar el hecho como violación de la ley penal. Porque esos motivos, esas circunstancias y demás modalidades presuponen un hecho inicial, un hecho base, cual es el delito. Si éste no existe, los factores que lo rodean no tienen valor suficiente para configurarlo como delito.

En todo delito —como antes se expresó— debe existir el elemento intencional o doloso, y, en ausencia de éste, el hecho tampoco es constitutivo de infracción penal.

Es claro que el proceso volitivo de la intención criminal no puede ser conocido sino por la manifestación de actos externos del agente activo del delito, o bien, por el reconocimiento expreso que el mismo acusado haga de sus propias actuaciones; y cuando no hay declaración expresa del autor o autores, ese elemento subjetivo debe demostrarse por las constancias procesales que lleven al juzgador a hacer una afirmación de esa naturaleza. (Casación Penal. Marzo 23 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .... .222, 2ª, 223, 1ª

NOTA—Dos Magistrados salvaron su voto a la sentencia donde se sentó la anterior doctrina. (Véase Tomo LXVII, pág. 225).

El Relator

— 124 —

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD (Su momento consumativo)

En los delitos contra la propiedad el hecho atinente al **provecho ilícito** se vincula directamente con el móvil o fin que tuvo en cuenta el agente activo del delito al recibir y obtener el bien perseguido, y es precisamente en ese momento cuando se produce el **perjuicio** de orden patrimonial, elementos integrantes del delito. Mientras estos dos elementos no tengan concreción material, el delito no se consuma, ora por no existir el provecho ilícito, ya también por no existir perjuicio de orden patrimonial. (Casación Penal. Junio 10 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 515, 2ª

— 125 —

DELITO MILITAR

El que los militares, como cuerpo o entidad armada, o mejor, el ejército, no fuera el autor de la rebelión, no impide que el militar o los militares que hubieran tomado parte en ella puedan considerarse como partícipes de un delito militar, de una rebelión militar, porque el lugar, el hecho, y sobre todo la calidad del agente le imprimen ese carácter (artículo 7º del código de justicia militar). (Casación Penal. Abril 25 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 546, 2ª

— 126 —

DELITOS POLITICOS

La Procuraduría hace un detenido análisis de lo que son los delitos políticos, y hace notar que al presente se adopta un doble criterio para señalarlos: que el bien atacado sea la organización constitucional y el funcionamiento de los órganos del Estado, y que los móviles que guían al delincuente sean altruístas, vale decir, el pretender el mejoramiento de la colectividad por el cambio de gobierno.

Comparte la Sala el criterio de su colaborador fiscal sobre que el delito político tiene que serlo objetiva y subjetivamente: la expresión así lo indica, esto es, que el bien, interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias en que acontece es lo **político**, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y, además, los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecuencialmente, los de buscar el mejoramiento en la direc-

ción de los intereses públicos. Tal es el sentido natural y obvio del vocablo.

Mas, también ese es el sentido obvio y natural de las expresiones que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigente, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales. Y eso es lo que en forma patente acredita también la circunstancia de que las infracciones comunes que se realicen durante un movimiento subversivo, tales como incendio, homicidio y lesiones causadas fuéra de un combate y, en general, los actos de ferocidad y barbarie, se sancionan por separado, acumulando, por excepción, las penas (artículos 188 del código de justicia militar y 141 y 143 del Código Penal). (Casación Penal. Abril 25 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 543, 2ª

— 127 —

DEMANDA (Requisitos de forma de las de inexequibilidad de leyes)

No por ser una acción pública, ésta de inexequibilidad, puesta por la ley a disposición de cualquier ciudadano y fuéra de la reglamentación profesional de la abogacía, deja de estar sujeta a una preceptiva técnica legal en su planteamiento y en la formulación de la demanda, cuya omisión la afecta de ineptitud sustancial. En la ley 96 de 1936 se hallan establecidas estas normas de excepcional amplitud y sencillez, que, como todos los procedimientos, representan el aspecto práctico de orden jurídico. Todas las condiciones formales a que es preciso sujetarse en el ejercicio de esta acción se refieren a la demanda, que es la pieza que estructura y compendia todo procedimiento en acciones de esta naturaleza, de modo que se justifica el puntual y riguroso cumplimiento de los requisitos de forma que representan el mínimum de técnica exigida necesariamente para el adecuado ejercicio de la acción pública de inexequibilidad.

La exigencia formal de expresar en la demanda razonadamente la incongruencia de las disposiciones acusadas con la Constitución y el concepto jurídico de la violación de ésta en que se apoya la acción, como ocurre dentro de la preceptiva técnica del recurso extraordinario de casación, obedece a la necesidad de dar base al estudio de la sentencia. Tales razones, ordenadamente expuestas, forman el temario indispensable, los puntos de referencia doctrinal en el examen que ha de hacer la Corte sobre constitucionalidad de la norma acusada y en cuya presentación debe ser exigente, porque sólo de esta manera, contando con esta base conceptual mínima, se puede explicar la amplitud que la parte final del artículo 2º de la citada ley 96 da a las decisiones sobre inexequibilidad cuando establece que "si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

La amplitud en la calificación y exigencias de estas calidades de forma y sustancia que debe tener una demanda de inexequibilidad para que sea capaz de mover la jurisdicción constitucional de la Corte, podría conducir a la proliferación inconveniente, por irresponsabilidad jurídica de estas acciones a que ya es notoria la abusiva tendencia a ocurrir al primer choque de la norma con el interés particular, todo aconseja la conveniencia de mantener el ambiente de alta doctrina constitucional en que debe moverse la tesis de la llamada casación constitucional, sin estorbar el democrático ejercicio que corresponde a las acciones públicas,

pero sin dejar de lado la rigurosa calificación de las fórmulas para que no sea cualquier demanda la que obligue a la Corte a entrar en el estudio sin límites de la constitucionalidad de cualquier precepto que ante ella se acuse. (Sala Plena. Junio 22 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) ....370, 2ª y 371, 1ª y 2ª

— 128 —

DEMANDA (Requisitos de la de casación)

Como lo dijo la Corte en sentencia de casación de 10 de octubre de 1944, la que está publicada en el Tomo LVIII, número 2016 de la GACETA JUDICIAL, 'Es bien sabido 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 o 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 de 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".

Sobra insistir en que las normas que el recurrente señala como violadas deben serlo con la precisa indicación del número que les corresponde en la ley o en el código, y no de manera vaga como en el presente caso se ha hecho respecto de las que podrían interesar al recurso. Contrario a la rigurosa técnica de la casación sería el aceptar que, por ejemplo, se indicara como violado el artículo 1895 del C. C. cuando en la demanda se dicen infringidos "los artículos 1849 y siguientes". Ello equivaldría a aceptar que la Corte debe estudiar la sentencia acusada a la luz de todos y cada uno de los artículos posteriores al expresamente citado, hasta agotar el resto del articulado del código, lo que relajaría la naturaleza de este recurso de carácter extraordinario.

Sobra, igualmente, repetir en esta oportunidad la doctrina constante y uniforme de la Sala, indiscutiblemente basada en la ley, conforme a la cual no debe limitarse el recurrente a la cita de los textos legales que considere infringidos, sin explicar la manera como lo hayan sido; y que si se trata de quebrantamiento de la ley sustantiva como consecuencia de errada apreciación o de falta de apreciación de una prueba, es de rigor que el demandante señale, además, y de manera clara y precisa, dicha prueba, e indique en qué consiste el error y cuál es su naturaleza. Todo esto porque la ley así lo exige en razón del carácter especialísimo de este recurso, dentro del cual la Corte no debe ni puede actuar oficiosamente al comparar el fallo acusado con el texto legal que reputa violado el actor. (Casación Civil. Junio 22 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .....409, 2ª y 410, 1ª y 2ª

— 129 —

DEMANDA DE CASACION

La demanda contiene una franca crítica a las conclusiones de la sentencia, en cuanto ésta debió considerar, frente a las pruebas del proceso, las peculiaridades propias del fenómeno jurídico de la legítima defensa. Mas carece de todo análisis probatorio en orden a demostrar que el error del Tribunal fue apreciar determinados hechos probados con un criterio diferente al que llegó para las conclusiones del fallo, de conformidad con las cuales debió ser absolutorio y no condenatorio, como se dedujo de esa valoración de los hechos contrapuestos a los elementos que legalmente tienen que producir aquella circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

El examen de la demanda en relación con la única causal alegada, la primera del artículo 567 del Código Procesal Penal, está

tan circunscrito y ceñido al estudio de dicha causal que sus fundamentos no son otra cosa que críticas a las apreciaciones del fallo, por no aceptar los hechos como demostrativos del estado de legítima defensa en que actuó el procesado. Mas en tal procedimiento antitécnico en esta clase de recursos, resulta imposible desembocar en una causal distinta a la alegada expresamente, que no es viable para sustentar la invalidación del fallo, precisamente por la circunstancia de no ceñirse el libelo al procedimiento legal de la casación.

Por ser ello así, es menester insistir en la doctrina sustentada por esta Sala, consistente en declarar que no está de acuerdo con la naturaleza del recurso de casación, pretender que prospere fundándolo únicamente en afirmaciones abstractas o genéricas, sin esfuerzo alguno para demostrarlas con la confrontación misma de las piezas del proceso, único medio de atacar técnicamente las conclusiones del fallo, aunque no se precise dentro de un formulismo rígido la causal o causales alegadas. Pero eso sí, siempre que la demanda deje algún margen para entender que los cargos formulados contra la sentencia son fundados en las pruebas del proceso. De otra suerte, la Corte tendría que tomar el lugar del demandante, suplir los vacíos de su ataque al fallo, lo cual convertiría el recurso de casación en una tercera instancia y conduciría al extremo de reemplazar al recurrente en la indicación y el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida resulten como perjudiciales para el procesado.

Dicho de otro modo, aunque se interpretara la demanda diciendo que en el fondo las causales alegadas eran dos, la segunda que estudia los hechos, y la primera, consecuencial de aquélla, no encuentra la Sala fundamento suficiente para poder declarar la invalidez del fallo, porque el recurrente se contentó con señalar los pasajes que consideró inaceptables en el fallo recurrido, pero sin indicar qué pruebas del proceso acreditan la errada interpretación de los hechos y, por tanto, la indebida aplicación de la ley, que es la primera de las causales señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .....567, 2ª y 568, 1ª

— 130 —

DEMANDA DE CASACION (El Procurador no puede ampliar las presentadas en los casos de la Ley 82 de 1948)

No es aceptable la tesis de que, de conformidad con la ley 82 de 1948, el Procurador puede ampliar la demanda, por cuanto ello vendría en la práctica a confundir o fusionar las calidades de parte recurrente y parte no recurrente en una sola persona. Es decir, ante la Corte y en estos procesos no habría ningún debate, desnaturalizándose así el contenido jurídico del recurso de casación, que fue precisamente una de las deficiencias de técnica que se anotó a la ley 118 de 1931.

Por otra parte, si la tramitación de estos procesos se halla sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, es indudable que si esos preceptos no están derogados, deben cumplirse en su integridad. Ni la Ley 82 de 1948 ni el Código de Procedimiento Penal autorizan o dan facultad al Procurador para ampliar la demanda o para invocar nuevas causales de casación cuando no es parte recurrente. No existiendo disposiciones legales, la Corte, por un criterio de interpretación benigna no puede suplir una deficiencia que el legislador omitió suplir o para establecer algo que deliberadamente no quiso consagrar como norma legal. (Casación Penal. Junio 16 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) .....528, 1 y 2ª

NOTA—Uno de los Magistrados salvó su voto y sostuvo la tesis contraria.

El Relator

— 131 —

DEMENTE (Valor de los actos ejecutados antes de la interdicción)

Considera el recurrente que la sentencia violó el artículo 553 del C. C., pues para los casos del artículo 1061 ibidem y otras disposiciones, la falta de interdicción no hace presumir la capacidad.

A este respecto cabe observar que el artículo 1061 del C. C., en sus ordinales 2º y 3º, no hace otra cosa que aplicar el principio contenido en el 553 ibidem, pues éste consagra respecto del demente, la presunción de nulidad de sus actos y contratos posteriores al decreto de interdicción, y su validez cuando se han ejecutado sin interdicción previa, sin que en el primer caso se admita la alegación de haberse actuado en un intervalo lúcido, al paso que en el segundo puede probarse la demencia para destruir la presunción de validez. Y en los casos de aquellos ordinales rige el mismo principio, pues se presume la nulidad del acto ejecutado durante la existencia de tales motivos de inhabilidad, y la validez en el caso contrario (artículo 1602 del C. C.). (Casación Civil. Julio 28 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 475, 1ª

— 132 —

DEMORAS (Requisitos para que configuren el delito de abuso de autoridad)

La responsabilidad de los jueces por el delito de abuso de autoridad consistente en demorar, omitir o rehusar el cumplimiento de las funciones que les corresponden, implica que no basta solamente la comprobación de esa demora como elemento simplemente cronológico, sino que también es menester acreditar que existieron factores de descuido o negligencia por parte del empleado en el cumplimiento de sus deberes oficiales. (Casación Penal. Auto. Agosto 18 de 1950. Tomo LXVII. No. 2085) 793, 2ª

— 133 —

DEMORAS

Como ya lo ha dicho la Corte, "Cuando las demoras en proferir las providencias judiciales o en llevar a cabo una comisión, dependen de factores extraños a la voluntad del funcionario o empleado público, como puede ser —entre otros— el exceso de trabajo por el innúmero de negocios que se ventilan en la oficina a su cargo, o enfermedad debidamente justificada, esas circunstancias — se puede decir — son equivalentes a hechos imprevistos, ajenos al control de la ley penal, y son extraños, por lo mismo, al ministerio represivo del poder público.

"Si el funcionario o empleado público cumplió con las obligaciones impuestas por la ley en relación con el despacho y sustanciación de los negocios confiados a su dirección, no puede imputársele morosidad porque no se despacharon dentro de los términos que fija la ley, cuando a ello se opone un obstáculo material o un imposible físico, proveniente del recargo de negocios, porque en este caso faltaría uno de los elementos del delito —negligencia culpable— y el hecho no es imputable a su autor". (Casación Penal. Auto. Agosto 29 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085) 827, 2ª

— 134 —

DEMORAS (El Juez no es responsable de las demoras de la Secretaría del Juzgado)

Las demoras en la tramitación del negocio ocurrieron en la secretaría del Juzgado y no en el despacho del Juez. Por consiguiente, la orden de cesar el procedimiento ha debido basarse, no en el fenómeno de la prescripción de la acción penal, sino en la inexisten-

cia del hecho delictuoso por parte de los jueces que ocuparon el cargo mentado.

Cuando la acción penal no puede proseguirse por inexistencia del hecho delictuoso o por la comprobación de la inocencia del sindicado, la equidad exige que el proceso penal termine, no por la ocurrencia de cualquier circunstancia distinta que extinga la acción penal, sino por uno de aquellos fenómenos. Así lo ha declarado la Corte en varias oportunidades. (Casación Penal. Junio 13 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084). 500, 2ª, 501, 1ª

— 135 —

DEMORAS

Para que exista el delito a que hace referencia el artículo 172 del Código Penal, es necesario que dentro de la investigación se demuestre que el funcionario o empleado público, en el ejercicio de sus funciones, no realizó, o rehusó o retardó el cumplimiento de un acto al que legalmente estaba obligado por mandato de la ley; sin esta demostración, el delito no existe.

Pero bien puede suceder que dentro de la investigación existan demoras, y que ellas no le sean imputables, por no haberse cumplido cuando el funcionario acusado desempeñaba el cargo. En tales condiciones no se puede hablar de negligencia o demoras en la tramitación del negocio, porque el funcionario cumplió con sus deberes, y ningún acto que implique la comisión de una infracción de la ley penal le es imputable. (Casación Penal. Mayo 26 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 325, 2ª, 326, 1ª

— 136 —

DEMORAS (No son imputables al Juez las en que incurran los empleados de la Secretaría)

La demora en la compulsa de las copias necesarias para que se surta un recurso de apelación, no es imputable al Juez, si éste dictó oportunamente las providencias concediendo los recursos y ordenando que se compulsaran las copias, porque esto último es tarea de los empleados de la Secretaría. (Casación Penal. Diciembre 2 de 1949. Tomo LXVII. Nº 2080) ..... 2, 1ª y 2ª

— 137 —

DEMORAS (No es responsable el Juez por las que se deban a omisiones del Secretario)

Para dictar el auto de proceder no es necesaria petición de parte, porque ésta es una actuación que, de oficio y por mandato de la ley, debe cumplir el Juez, pero, naturalmente, la oportunidad en que debe dictarse ese auto, se halla en cierto modo condicionada en el proceso penal al informe que de la actuación realizada debe dar el respectivo secretario.

Sin informe previo, sin noticia alguna, sin el cumplimiento de una función impuesta por la ley al secretario en relación con la actuación procesal, el Juez, prácticamente, no puede impulsar la marcha del proceso penal en orden a su actuación previa o culminación definitiva, por la dificultad de orden material para informarse de si los términos están o no vencidos y de si las respectivas notificaciones se han o no cumplido.

La falta de ese informe y la paralización de los trámites procesales por omisiones causadas por la Secretaría, no acarrean, en sentir de la Corte, responsabilidad al Juez por demoras. (Casación Penal. Marzo 3 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) .. 205, 1ª y 2ª

— 138 —

DEMORAS (Para que configuren delito se requiere dolo)

El delito previsto por el artículo 172 del

Código Penal implica su realización intencional o dolosa. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. N° 2080).....67, 2ª

— 139 —

DEMORAS

No es suficiente que se demuestre demora en el despacho de un negocio judicial sino que es necesario que se acredite negligencia por parte del procesado en el cumplimiento del deber, para que el hecho de la demora configure infracción penal. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. T. LXVII. N° 2080)... 64, 1ª

— 140 —

DESFIGURACION FACIAL (Diferencia entre la transitoria y la reparable)

No son lo mismo la desfiguración facial transitoria y la desfiguración facial reparable, pues aquello es lo pasajero o temporal, y para las heridas, lo que evoluciona y se subsana por sí solo, mientras que lo reparable es lo que implica intervención del médico o cirujano para que no queden huellas desfiguradoras o deformantes. (Casación Penal. Mayo 9 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082).....281, 1ª

— 141 —

DESPOJO

No es despojo el hecho realizado por autoridades competentes con base en una ley que vela por intereses de orden público y en que no están de por medio intereses patrimoniales del Estado.

Ni puede haber despojo por parte del Estado cuando no se trata sino de salvaguardar sus propios bienes en beneficio público. Dice la Constitución Nacional que el territorio con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen únicamente a la Nación. En armonía con este principio dice el artículo 677 del C. Civil que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión. Expresa el artículo 9° de la Ley 113 de 1928, que versa sobre aguas, que el Gobierno Nacional es el supremo administrador de los bienes de uso público. Dice el Decreto ley 1381 de 1940 que son bienes de uso público de propiedad del Estado los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, y que sobre ellos tiene control el Gobierno.

Y si esos bienes pertenecen al Estado para prestar un servicio público, no puede haber despojo cuando se trata de la defensa de ellos en servicio de la comunidad, ni puede haber acción posesoria contra la Nación que así defiende los intereses de los asociados y no intereses patrimoniales del Estado.

De acuerdo con nuestras leyes, una vía pública, que es un bien público de la Nación, no puede ser obstruída, y si lo fuere, las autoridades pueden regularizarla. (Artículos 208 del Código Político y Municipal, 674 del C. Civil, y Decreto reglamentario 640 de 1937). Y no se puede sostener que esto constituya un despojo, y que haya acción contra la Nación por esa regularización que busca el bien público. Lo que quiere decir que tratándose de bienes públicos, y no de bienes fiscales del Estado, bienes aquéllos cuya defensa corresponde a la Nación para beneficio de los asociados, no puede constituir despojo esa defensa, ni puede haber acción posesoria contra el Estado, que así se empeña en tener libres esos bienes para que sirvan a todos los asociados dentro de la reglamentación que para ello ha sido dictada, ya que "su uso pertenece a todos los habitantes", como dice el artículo 674 arriba citado. (Negocios Generales. Junio 20 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .672, 2ª y 673, 1ª

— 142 —

DETENCION (De miembros de la Policía Nacional)

Para que un miembro de la Policía Nacional goce de las prerrogativas que en relación con detención preventiva establecen para ellos algunas disposiciones legales, es siempre condición indispensable que el delito que se les imputa haya sido cometido en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ese ejercicio y que además no hayan procedido con exceso, motivo por el cual en cada caso es indispensable averiguar si se han llenado o no esas condiciones. (Casación Penal. Abril 21 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082). 266, 2ª

— 143 —

DETENCION ARBITRARIA (No se configura cuando el funcionario que decretó de buena fe la detención, la revoca posteriormente)

No estando —como no lo estaba— legalmente producida la prueba relacionada con la materialidad del delito de lesiones personales, materia de la investigación, no era legal decretar detención preventiva contra el sindicado; y si aquélla fue decretada en forma equivocada, bien podía el Juez revocarla cuando se convenciera del error en que había incurrido.

En verdad, el Juez pudo equivocarse al dictar el auto de detención, pero tal equivocación no se debió a mala fe, como lo está demostrando el hecho de haber sido subsanada oportunamente con fundamentos que merecieron la aceptación del superior, todo lo cual indica que aquél no cometió delito alguno. (Casación Penal. Enero 27 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) 28, 1ª

— 144 —

DETENCION ARBITRARIA

El Código Penal estructura el delito de detención arbitraria sobre los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo del delito sea un funcionario o empleado público;

b) Que obre abusando de sus funciones; y

c) Que a consecuencia de ello prive a alguno de su libertad.

El primero, porque, de no tener la calidad de funcionario o empleado público quien es sujeto activo del delito, éste se convertirá en otra infracción distinta, que bien podría ser alguno de los delitos contemplados en el Título XI, "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" o el secuestro.

Existe siempre en la detención arbitraria un clásico abuso de autoridad. Mas la mayor gravedad de este hecho no implica que no sean las disposiciones que gobiernan los delitos de esa categoría, las que se apliquen para el caso, sino reglas específicamente determinadas a sancionar la arbitrariedad en todos aquellos actos de los funcionarios públicos que se dirijan contra la libertad individual y otras garantías consagradas en la Constitución y en la ley.

El segundo elemento, es decir, que el empleado obre abusando de sus funciones, significa que la libertad humana no puede quedar al arbitrio de los funcionarios abusivos. El empleado debe llenar ciertos requisitos y fórmulas preestablecidos, para privar a un ciudadano de su libertad individual. Cuando estos requisitos y fórmulas dejan de cumplirse, lo arbitrario de la detención es lo que da al hecho su categoría delictuosa, siempre que concurran los demás elementos.

El tercero de éstos, esto es, privar de la libertad a otra persona, no significa nada distinto que el desarrollo del principio constitucional consagrado en el artículo 23 de la Carta, según el cual nadie puede ser redu-

cido a prisión o arresto ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Al tutelar el Código Penal la libertad individual, castigando el abuso en que puede incurrir el funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones, deteniendo arbitrariamente a alguna persona, no circunscribe que tal hecho se realice en determinadas condiciones de forma, tiempo o lugar. Ello porque no predetermina la ley el lugar en donde se cumple la detención preventiva, ni tampoco señala que deba ser en un establecimiento previamente designado al efecto; ni regula el tiempo en que tal detención arbitraria se produzca, porque cualquiera que sea el tiempo en que una persona se encuentre detenida, por el capricho del funcionario antes que por los motivos definidos en las leyes que tal cosa autorizan, el delito existe. La forma en la ejecución de la arbitrariedad nada tiene que ver con el hecho ni con el procedimiento que se haya adoptado para consumarlo. La ley quiere proteger la libertad del individuo, para que éste no sea privado de ella sino con los requisitos que la misma indica, que cuandoquiera que son violados, desconocidos o vulnerados, producen una perturbación jurídica que se traduce en una infracción penal. (Casación Penal. Abril 21 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) ..... 265, 2ª y 266, 1ª

— 145 —

DETENCION ARBITRARIA Y SECUESTRO

No comete delito de detención arbitraria el funcionario que detiene u ordena detener una persona que lo ha injuriado, si esa detención la lleva a cabo u ordena en momentos en que actúa como simple particular y el motivo de los ultrajes no ha sido su investidura oficial, pues para que haya detención arbitraria es menester que el funcionario o empleado público prive de la libertad personal a una persona, "abusando de sus funciones"; y no abusa de éstas quien no las está ejerciendo cuando comete el delito (artículo 295, C. P.). El hecho supone que el funcionario o empleado público esté obrando dentro del radio de su legítima competencia, pero que la extralimita en perjuicio de la libertad individual.

En estos casos sólo podrá haber lugar al delito de secuestro, que es la detención injusta de una persona cometida por un particular (artículo 294). (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) .. 73, 1ª

— 146 —

DOCUMENTOS (Requisitos para que sean tenidos como prueba en juicio)

Como lo dijo la Sala de Casación Civil en sentencia de 7 de julio de 1943 (G. J. Tomo LV, pág. 570): "Las pruebas escritas a que alude el artículo 636 del C. J., y que son no solamente los documentos que se custodian por funcionarios públicos y de que se solicita copia, sino todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, deben llegar a los procesos judiciales, para poder ser estimados como pruebas, con el mérito que les corresponde, en la forma y condiciones que determina el artículo 636 del Código Judicial. Estos requisitos, como lo ha dicho la Corte, no deben considerarse como inútiles trabas de derecho probatorio, sino como garantía de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley". (Casación Civil. Julio 20 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 451, 2ª

— 147 —

DOCUMENTO PUBLICO (Qué es lo que da este carácter a una nómina o a una cuenta de cobro)

Dentro de nuestra organización administrativa existen normas que consagran un eficaz régimen de control en el manejo e inversión de los fondos públicos y que son de rigurosa observancia así para la administración, como para los particulares que con ella contratan o que a ella le prestan sus servicios.

Así, cuando un particular o un empleado pretende obtener el pago de un crédito a su favor y a cargo del Tesoro Público, ya sea por concepto de contratos celebrados con la administración, o a título de simple remuneración de servicios prestados a ella, lo primero que debe hacer es formular la cuenta de cobro o la nómina correspondiente, con la imputación presupuestal respectiva y expresando el origen y cuantía de la deuda, así como las demás circunstancias que demuestren su exigibilidad.

Cumplidos tales requisitos, el agente de la administración legalmente facultado para obligarla examina la exactitud de las declaraciones contenidas en la cuenta o nómina, y si las halla verdaderas suscribe el visto bueno sobre el documento, fórmula ésta que no es en el fondo sino la autorización del pago, la cual desde luego implica el reconocimiento expreso de la existencia de la deuda y de su exigibilidad.

Pues bien, es esa autorización dada por el competente funcionario lo que imprime a un documento de tal naturaleza el carácter de público, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1758 del C. Civil. (Negocios Generales. Junio 26 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) .....678, 1ª y 2ª

— 148 —

DOMICILIO

Dice el artículo 79 del Código Civil que "no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico..."; por lo cual, **a contrario sensu**, si a la nueva residencia se traslada la familia y se organiza allí el hogar doméstico, estas circunstancias son indicativas del ánimo de permanecer, de la adquisición del domicilio. (Negocios Generales. Agosto 30 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085) 887, 1ª

— 149 —

DOMINIO (El dominio de un bien raíz puede acreditarse por medios distintos de la escritura pública registrada cuando el objeto del juicio no es el dominio mismo del bien, sino una obligación personal derivada del hecho de ser dueño de la cosa)

No se adujo al informativo el medio específico probatorio como judicialmente corresponde acreditar el dominio de los bienes raíces, o sea el respectivo instrumento público debidamente registrado, en que conste el derecho de dominio del Departamento de Caldas sobre la Planta Hidroeléctrica del Guacaica en la fecha del accidente, a pésar de que la demanda subordinó expresamente a esta calidad la culpa de donde se hace provenir la obligación indemnizatoria que se demanda. Con todo, tampoco ha negado el Departamento la exactitud de este hecho, que corrobora, además, el texto del Acuerdo Municipal número 17 de 20 de noviembre de 1941 del Concejo de Manizales, por medio del cual se aprueba el contrato de compraventa de la Planta Hidroeléctrica del Guacaica, acordado entre el Departamento como vendedor, y las Empresas Municipales Dele-

gadas de Manizales como entidad compradora, y en cuya cláusula tercera se relacionan las distintas escrituras por medio de las cuales declara el Departamento de Caldas haber adquirido el dominio de los bienes que enajena, todas de fecha anterior a la en que se dice tuvo lugar el accidente. Y como en el presente caso no se ventila una cuestión de dominio para fijar en cabeza de quién se encuentre radicado, sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho, estima la Sala que las declaraciones auténticas que al respecto hace el Departamento a través de dichas estipulaciones, son bastante a establecer la verdad de este primer extremo de su responsabilidad. (Negocios Generales. Agosto 28 de 1950. Tomo LXVII. N° 2085).....882, 2ª

— E —

— 150 —

EJECUCION (Caso de las obligaciones de no hacer)

A las obligaciones de no hacer no se les puede aplicar lisa y llanamente el artículo 549 del Código Judicial, conforme a cuyo texto se puede exigir la ejecución de las resoluciones judiciales desde su ejecutoria, si en ellas mismas no se señala plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaran.

Y esto es así porque las obligaciones de no hacer, consideradas en sí mismas, no son susceptibles de ejecución forzosa, como se desprende de su propia naturaleza y lo reconoce el artículo 982 del Código Judicial, cuando establece que del documento o la decisión judicial debe resultar a cargo del demandado "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", con lo cual implícitamente quedaron excluídas del procedimiento de apremio las prestaciones específicas de no hacer.

No puede ignorarse que estas obligaciones de no hacer sólo se infringen cuando el deudor ejecuta el hecho o hechos de que ha debido abstenerse, y que es entonces cuando se resuelven en la obligación de indemnizar perjuicios, los cuales no se deben sino "desde el momento de la contravención", como lo dispone el artículo 1615 del Código Civil. (Negocios Generales. Julio 18 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084)..715, 2ª y 716, 1ª

— 151 —

EMBRIAGUEZ

La expresión "Sí, pero perturbado por el alcohol", sólo implica la afirmación de la responsabilidad, con el reconocimiento de una circunstancia de menor peligrosidad. La adición no presupone el reconocimiento de una enfermedad de la mente dentro de las modalidades comprendidas en el artículo 29 del Código Penal, sino —se repite— una circunstancia de menor peligrosidad dentro de la norma del artículo 36 de la ley sustantiva, numeral 5°. La respuesta "Sí, pero perturbado por el alcohol" puede traducirse en estas otras: "Sí, pero en estado de embriaguez"; "Sí, pero bajo los efectos del alcohol", adición que sirve como atenuante para la imposición de la pena, pero en ningún caso como circunstancia modificadora de la responsabilidad.

La afirmación de la responsabilidad y el estado de embriaguez no son incompatibles entre sí, puesto que la ley tiene como sujeto de derecho penal a todo el que delinque hallándose embriagado. Sólo que, en el caso de intoxicación crónica producida por el licor, deben imponerse al delincuente medidas de seguridad, en vez de las penas propiamente dichas. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....586, 2ª

— 152 —

EMBRIAGUEZ (La culposa no quita toda imputación de dolo)

Considerada la embriaguez en su forma de intoxicación alcohólica y desde el punto de vista legal, ella influye en la responsabilidad en dos direcciones: o es culposa, y entonces apenas es una manifestación de menor peligrosidad, o es crónica, y entonces es una circunstancia modificadora de la sanción y no excusa de la responsabilidad. La tesis de Carrara, pues, de que la embriaguez culposa quita toda imputación de dolo y la sustituye por la de culpa, no tiene cabida en la ley penal colombiana vigente, inspirada ésta en el principio de la responsabilidad legal, como tampoco la tiene la de que la embriaguez aguda, por sus repercusiones transitorias en la inteligencia y en la voluntad, sea fundamento de inimputabilidad. (Casación Penal. Mayo 23 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) .....313, 1ª y 2ª

— 153 —

ENCUBRIMIENTO (Para que sea punible, no es necesario que se haya investigado y establecido el delito encubierto)

El delito de encubrimiento, tal como lo consagra el Código Penal de 1936, en cualquiera de sus modalidades que se determinan en los artículos 199 al 202, está estructurado como entidad jurídica independiente, o mejor, como delito autónomo, en forma distinta a como lo hacía el Código derogado de 1890, en el cual había encubridores, pero no existía delito propiamente dicho de encubrimiento. De aquello se ocupaba el viejo estatuto en la Parte General, cuando, después de definir en el título segundo, "De los delincuentes", las personas punibles, determinaba en el artículo 22 los autores del delito; en el 23, los cómplices: en el 24, los auxiliadores y fautores; y en el 25, los encubridores.

Por consiguiente, esta modalidad hacía parte del concepto general de la complicidad dentro de aquel estatuto. En cambio, en el Código Penal vigente, el delito se estructura como hecho autónomo, con independencia de la infracción principal de la cual pueden derivarse las consecuencias punibles que resultan de la receptación o favorecimiento, modalidades que están implícitas en las normas que sancionan el encubrimiento en el Capítulo IV, Título IV, del Código Penal, bajo el rubro de "Delitos contra la administración de justicia".

Por ello, aunque no puede perderse de vista el carácter secundario del delito de encubrimiento, con respecto a un hecho principal, al cual va unido por una relación de dependencia, la verdad es que en el Código Penal vigente, aunque se presume la existencia de un delito anterior, el hecho en que el encubrimiento consiste es un delito per se y, por lo tanto, resulta imposible aceptar que dentro de la estructura del Código Penal en vigencia, un acto así, autónomo, en aquel sentido, de la infracción principal, pueda quedar supeditado a las contingencias que aquélla corra, bien sea en orden a la investigación del hecho o al castigo de los presuntos autores o partícipes del mismo.

El delito de encubrimiento, como lo definen los doctrinantes, es aquel que se consuma después de un delito principal, y sin que el agente hubiera comprometido su actuación con anterioridad o simultaneidad al mismo, oculta, favorece o facilita la fuga del delincuente, borra los rastros o huellas, esconde los objetos sustraídos o instrumentos con que se perpetró el delito o realiza otros actos análogos destinados a favorecer a los delincuentes o a entorpecer la acción de la justicia.

Por eso dice algún autor que "en este delito se perfila con claridad su independencia, que ataca al principio de autoridad, en

la vida social. El encubridor no es el autor del delito principal y no puede ser cómplice porque no conocía la existencia de tal delito, no había concertado nada antes de su realización". Afirmación ésta que encuadra admirablemente dentro de la forma como el Código Penal estructura el delito, ya que si la presunta infracción porque se responsabiliza a los procesados es la configurada en el artículo 200, se trata de un caso típico de favorecimiento real si el hecho constituye la circunstancia de ocultar o ayudar a ocultar el producto o fruto del delito, o sería un caso de receptación, simplemente, si el hecho lo constituyera comprar o expender, a sabiendas de su procedencia, el producto o fruto de la infracción pero en ambas ocurrencias es menester que esté presente el elemento sin el cual no sería delito de encubrimiento el cometido por los procesados, es decir, que la acción de éstos no esté comprendida entre los casos de concurso en el delito, porque de no ser ello así, sería inaplicable el artículo 200, cuya norma comienza con esta cláusula: "El que fuéra de los casos de concurso en el delito". De manera que si hay concurso, no hay encubrimiento. Este existe independientemente de aquella forma de participación delictual.

No existiendo hasta ahora otro cargo contra los procesados sino el de encubrimiento y siendo éste, como se ha demostrado, una infracción autónoma —en cuanto al castigo— del hecho principal, no es menester que tal hecho esté investigado ni establecido para que el delito de encubrimiento pueda ser punible. (Casación Penal. Julio 21 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) . . . . 609, 2ª y 610, 1ª y 2ª

— 154 —

ENSEÑANZA PRIMARIA

No puede sostenerse que la obligación impuesta a determinadas empresas de dar enseñanza primaria a los hijos de los trabajadores, sea violatoria del principio de la Constitución conforme al cual "la enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado", porque ni ese deber es privativo del Estado, ni el que se impone al particular puede reputarse como suministrado a simple título gratuito, sino más exactamente, como una contraprestación de índole social para el esfuerzo que el empleado incorpora al servicio de la empresa, y que desde luego encuentra un límite natural en las propias capacidades económicas del empleador y en las necesidades que la propiedad como función social está llamada a satisfacerle al empleado. (Sala Plena. Junio 27 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 375, 2ª

— 155 —

ERROR (De derecho en la apreciación de pruebas)

El sentenciador incurre en error de derecho cuando aprecia una prueba que no está legalmente producida. (Casación Civil. Julio 20 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084). 451, 2ª

— 156 —

ERROR (Qué se requiere para que el error en la apreciación de pruebas dé lugar a casación)

De manera reiterada ha sostenido la Corte que el error en que puede incurrir el sentenciador de segunda instancia cuando aprecia las pruebas del proceso o cuando cumple la función que privativamente le corresponde de interpretar y calificar jurídicamente la acción deducida en la demanda, y que da lugar a la prosperidad del recurso de casación cuando a consecuencia de él se quebranta la ley sustantiva, tiene que aparecer "de modo manifiesto" en los autos, como así

lo requiere y prescribe el inciso 2° del numeral 1° del artículo 520 del Código Judicial, y para que se produzca esa clase de error es indispensable que la equivocación del sentenciador sea de tal magnitud que sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas o de la demanda se vea que su apreciación pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad procesal. Se ha llegado a concluir también que la duda que pueda generar el punto de hecho y la pluralidad de interpretaciones que sugiera excluyen, en consecuencia, la existencia de un error de la naturaleza indicada.

Igualmente ha dicho la Corte que "Cuando se trata de mala apreciación de determinadas pruebas, como causal de casación y quedan, además, otras cuya mala apreciación no se incluye en el motivo alegado para demostrar el error de hecho, no puede variarse la apreciación del conjunto de las pruebas hecha por el Tribunal, porque debe suponerse que éste ha tenido presentes esas otras al proferir el fallo". (Casación de septiembre 14 de 1898, GACETA JUDICIAL, T. XIV, pág. 40). (Casación Civil. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .....
421, 2ª y 422, 1ª

— 157 —

ERROR DE DERECHO (Cuándo puede producirse en la estimación de dictámenes sobre avalúos)

En materia de estimación de dictámenes sobre avalúos, el error de derecho en la apreciación de la prueba puede producirse cuando, entre otras cosas, se les otorga el valor de plena prueba a pesar de que carezcan de toda explicación o fundamentación, desde luego que la ley requiere para tal efecto que ellos sean explicados y debidamente fundamentados; pero no se da ese error cuando el experticio tiene explicación y fundamentación, aunque ellas puedan ser deficientes o erróneas, y el sentenciador de instancia le confiere o le niega el valor de plena prueba, pues la debida fundamentación del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador, para reconocer o negar, según que encuentre en ella, existe o no fuerza probatoria en el dictamen de los peritos. Cuando ese último caso se contempla, es preciso que el recurrente alegue y demuestre en casación que en la apreciación probatoria se incurrió en un verdadero error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos con incidencia en violación de la ley sustantiva, para que la Corte pueda variar la apreciación del sentenciador. (Casación Civil. Agosto 4 de 1950. T. LXVII. Número 2085) 767, 1ª

— 158 —

ESTADO DE NECESIDAD (Sus diferencias con la legítima defensa)

El motivo de justificación del hecho consistente en el estado de necesidad, tiene estrecha semejanza con la legítima defensa, por cuanto en ambas figuras se requiere la existencia de un grave peligro, inminente e inevitable de otro modo; ambas circunstancias entrañan situaciones de necesidad y angustia basadas en el instinto de conservación, que obra como fuerza impulsora de la acción o reacción que surge de dichos fenómenos jurídicos.

Lo que en realidad de verdad diferencia la legítima defensa del estado de necesidad, es que en la primera se reacciona contra un agresor injusto, mientras que en la segunda no existe ese agresor, pues tal estado de necesidad no es "sino una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, también jurídicamente protegidos". De ahí que el agente activo del delito obre bajo este estado, contra un inocente.

Pero esta diferencia marca un principio orientador muy notable en materia probatoria, a saber: que la aceptación del estado de necesidad es mucho más rígida y exigente que en la legítima defensa, precisamente porque en aquél la víctima es inocente y está amparada en el bien jurídico que sufre la lesión.

Por eso nuestro Código Penal requiere expresamente (lo que no exige para la legítima defensa), que el peligro no sea evitable de otra manera y que no deba afrontarse por obligación profesional (artículo 25, numeral 3º).

Y en tratándose del estado de necesidad en delitos contra el patrimonio, es mucho más severo y restringido, ya que sólo limita la justificación del hecho a la subsistencia o vestido de la propia persona, o a la de su familia (se excluye el tercero o particular), siempre que "se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas" (art. 430). (Casación Penal. Abril 21 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....360, 1ª y 2ª

860

— 159 —

ESTAFA (**Momento consumativo de este delito cuando se comete por medio de cheques**)

La estafa cometida por cheques no queda consumada sino en el lugar donde se hace efectivo su cobro y se percibe el correspondiente valor, porque sólo en ese instante y en ese lugar el proceso volitivo queda consumado por el acto externo y material, provecho ilícito y perjuicio material que unidos a la intención criminal, estructuran el delito y determinan la competencia para conocer de procesos por el mismo. (Casación Penal. Junio 10 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....515, 2ª y 516, 1ª

— 160 —

EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA (**En este evento son necesarios los mismos elementos constitutivos de la legítima defensa común**)

Según el texto del artículo 27 del Código Penal, en el exceso en la legítima defensa son indispensables los mismos elementos que en la defensa común para que sea legítima, con la única diferencia de que no hay proporcionalidad entre la violencia que amenaza y la reacción, esto es, de que no se guarda el **moderamen inculpatae tutelae**, de que hablan los clásicos. El exceso se refiere no a la situación objetiva de peligro, sino más bien a la elección de los medios, casi siempre determinada por el temor. La defensa no es legítima, por tanto, cuando falta alguno de los elementos que la constituyen; pero si uno de ellos concurre, pero en forma irregular o viciosa, surge entonces la figura del exceso en la legítima defensa.

Así, pues, la figura del exceso, como la naturaleza de las cosas lo indica, es accesoria de la defensa; y, además, y consecuencialmente, si la causal falla en alguno de sus elementos constitutivos, falla también la figura accesoria del exceso en el mismo elemento faltante. (Casación Penal. Agosto 25 de 1950. T. LXVII. No. 2085).....806, 1ª

— 161 —

EXCEPCIONES (**De contrato no cumplido**)

Para el uso eficaz y legítimo de la excepción de contrato no cumplido, no es necesario que el demandado aduzca ninguna prueba especial ni puede exigirse que el excepcionante haya cumplido o se allane a cumplir por su parte las obligaciones que le competen, pues tal cosa, como se explicó en sentencia que corre publicada a páginas 70 del Tomo LV de la GACETA JUDICIAL, equi-

valdría a la negación jurídica de la **exceptio non adimpleti contractus**, estructurada sobre la disposición del artículo 1609 del C. C., que busca precisamente que los contratantes se puedan negar a cumplir sus prestaciones mientras no reciban la respectiva contraprestación. La excepción emana del contrato mismo, y de acuerdo con los principios generales de derecho probatorio, es al demandante de uno de los dos derechos alternativos y optativos del artículo 1546 del C. C. (la resolución o el cumplimiento del contrato) a quien corresponde desvirtuar la excepción, demostrando el cumplimiento oportuno de su obligación. (Casación Civil. Marzo 25 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082).....127, 2ª y 128, 1ª

— 162 —

EXTRADICION (**Alcance de las facultades de la Corte en relación con una solicitud de extradición**)

La facultad que confiere a la Corte el art. 710 del Código Procesal Penal se limita a que esta Corporación analice si en realidad están cumplidas las condiciones que los acuerdos internacionales, y en defecto de éstos, las leyes del país, señalan para conceder la extradición, cuando un Estado la solicita, fundándose en un principio de solidaridad universal, en virtud del cual los Estados se prestan mutua y recíproca ayuda, a fin de que los postulados de la defensa social no queden incumplidos por la ausencia de represión de los delitos cuando el delincuente se refugia en Estado distinto de aquel en donde infringió la ley penal.

Como la extradición implica el cumplimiento de determinados requisitos, es indispensable para fundar el concepto de la Corte hacer referencia a ellos y comprobar su existencia para establecer si las condiciones en que la extradición debe concederse han quedado satisfechas. (Casación Penal. Mayo 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).... 309, 1ª

— 163 —

EXTRADICION

El artículo 9º del Código Penal colombiano dispone que la extradición se ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos y que a falta de éstos, el Gobierno puede ofrecer o conceder la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia en el segundo caso.

Entre Colombia y Ecuador existe un Acuerdo sobre extradición, suscrito por países bolivarianos el 18 de julio de 1911, y ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1913. De tal suerte que las disposiciones aplicadas al caso **sub judice** serán de preferencia las contenidas en dicho Acuerdo. (Casación Penal. Mayo 17 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....305, 1ª y 2ª

—F —

— 164 —

FALSEDAD

La falsedad, en términos generales, es la alteración de la verdad. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad. Pero, para que esa mutación de la verdad en escritos, pueda ser delictuosa, es necesario que recaiga, no en cualquier clase de documentos, sino en aquellos escritos que se han otorgado para establecer, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica; o más claro, que se trate de un documento destinado a dejar testimonio de un hecho de importancia en las relaciones sociales.

Y esta exigencia es fundamental, porque

el objeto jurídico que la falsedad ataca y que la ley penal protege, es la fe pública que los hombres depositan en los escritos o documentos que tienen alguna firmeza y seriedad en la vida civil y en el comercio humano.

La fe pública es, por lo tanto, un verdadero bien jurídico tutelado para asegurar la confianza colectiva recíproca que hace posible el desenvolvimiento de la vida en común. Esta es la objetividad jurídica violada directamente por el delito de falsedad. Consumada ésta, queda traicionada la confianza colectiva y el delito es perfecto, sin que, por lo mismo, sea de la esencia de la falsedad el perjuicio de tercero, especialmente cuando ella se realiza en documentos públicos, ya que éstos valen por sí mismos.

Naturalmente, la falsedad, aparte de vulnerar la fe pública, crea al mismo tiempo una situación de peligro contra los derechos ajenos, individualmente considerados, de tal suerte que si se hace uso del documento falso, a sabiendas de que lo es, se incurre en un concurso de delitos, o al menos se agrava la sanción. Por tanto, la falsedad y el uso del documento falsificado son hechos distintos, tan distintos que pueden ejecutarse por personas diversas que no han tomado parte en el delito principal, o sea en la falsedad.

Así se desprende claramente de nuestro estatuto penal, que sanciona independientemente la falsedad del documento, del uso del mismo. (Artículos 234, 241 y 242).

Además, la falsedad documentaria, dada su misma naturaleza, requiere la conciencia de la alteración de la verdad y la voluntad de ejecutarla, pues cuando la falta de verdad en un escrito proviene de un simple error, el hecho es penalmente indiferente. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso dice atinadamente el profesor Cuello Calón que "la mentira es el alma de la falsedad". Esta, por consiguiente, requiere el dolo genérico traducido en la representación del resultado y en la voluntad de producirlo contra derecho, sin consideración a determinados fines.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 231 del Código Penal colombiano, hay falsedad en documentos oficiales cuando el funcionario o empleado público, abusando de sus funciones, falta a la verdad en la narración de los hechos, etc.

En tal virtud, son presupuestos de este delito:

1° Que el agente activo de la infracción sea un funcionario o empleado público;

2° Que altere la verdad abusando de sus funciones; y

3° Que la falsedad recaiga en un documento público.

Una nómina para cobrar sueldos es un documento oficial, y si en ella se incurre en alguna falsedad, de ésta son responsables los empleados que intervienen en su formación.

Una nómina para cobrar sueldos, por servicios prestados al Gobierno, no puede considerarse como documento público en el momento mismo en que se presenta al respectivo superior para que le ponga el "visto bueno". Así lo ha dicho la Corte.

Una importante glosa merece esta última jurisprudencia. Y es que la Corte afirma allí que la nómina no es un documento público antes de que el respectivo superior le ponga el "visto bueno", afirmación ésta que no puede considerarse reñida con lo sustentado, en el sentido de que sí tiene carácter de documento público cuando ese "visto bueno" lo pone el jefe de la oficina, que como lo dice la misma Corte, "significa que es verdadero y corriente todo lo que esta exposición numérica y personal expresa". Es decir, "equivale nada menos que a la certificación del jefe de la oficina, en cuanto afirma que los empleados han prestado realmente sus servicios y se han ganado su sueldo".

Es evidente que la nómina constituye un

documento privado en cuanto por ella se establece una relación de cobro entre el empleado que trata de hacerla efectiva y el pagador que la cancela, pero esa circunstancia no le quita el carácter de documento público cuando esa relación no se vincula directamente con el empleado que devenga el sueldo y el pagador que lo hace efectivo, sino con el jefe de la oficina, que, por mandato de la ley, autoriza con el "visto bueno" la verdad de lo afirmado en dicho documento. En este evento, como lo ha dicho la Corte, el documento deja de ser privado, para convertirse en documento público.

Lo que, pues, en el caso de la nómina hace la fe pública, no es propiamente la cuenta de cobro contra el erario que el funcionario elabora para el pago de los sueldos. Es precisamente la afirmación que hace el jefe de la oficina respectiva, de que las personas en dicho documento señaladas y cuyos nombres se consignan en él autógrafos, ocupan cargos en la administración pública, los que han desempeñado efectivamente.

Puede, desde luego, discutirse la calidad de documento que constituya una nómina; pero es indudable que al poderse hacer afirmaciones en ese documento que ideológicamente indiquen que se ha faltado a la verdad, la cuestión cambia de aspecto, toda vez que el documento, como cuenta de cobro podría ser privado, pero adquiere inmediatamente el significado de público desde el momento mismo en que sea un funcionario público quien, al confeccionarlo o elaborarlo, haga afirmaciones que, por ser exigidas por la ley, cuando no se hacen o se hacen falsamente, producen distintas consecuencias: en el primer caso, que el documento no tiene valor para los fines para que fue creado; en el segundo, que dicho documento fue alterado con una falsedad ideológica.

No de otra manera puede enfocarse esta cuestión, ya que de no tener el carácter de falsedad que se le ha asignado a un hecho como el de hacer figurar en una nómina que determinada persona ha recibido todo el valor correspondiente al sueldo de un puesto público, cuando en realidad parte de ese sueldo, por orden del jefe de la oficina, ha debido entregarse a otra persona que no figura en la nómina, sería llegar al absurdo, porque sería pretender que el legislador, en la estructura de los delitos, no señalara ninguno que comprendiese los elementos que distinguen un acto de tal naturaleza. Si ello fuese así, nada resultaría más cómodo a los funcionarios públicos que hacer afirmaciones en las nóminas que elaboran, de que personas determinadas están desempeñando ciertos cargos públicos, aunque ello no sea cierto, para defraudar al tesoro público. Y esta defraudación tendría el carácter de estafa, como lo sostiene la jurisprudencia española en la interpretación de un texto similar al del Código colombiano, si se tratara de personas inexistentes, esto es, imaginarias, porque en este caso el engaño que tal delito exige como elemento esencial, quedaría claro al emplear dicho medio fraudulento. Mas cuando se trata de personas existentes, el hecho de hacerlas aparecer como realizando un acto al que en realidad de verdad no concurrieron, implica ya una mutación de la verdad que rebasa los límites de la infracción contra la propiedad, para adquirir relieves que la sitúan entre los delitos que tutelan la fe pública, cuando de dicha fe están encargados los funcionarios públicos. (Casación Penal. Junio 6 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) . . 487, 1ª y 2ª y 488, 1ª y 2ª

— 165 —

FIRMA

Si la ley no ha definido —en materia judicial— lo que deba entenderse por firma entera, es lógico suponer que esa firma se entiende representada por la expresión gráfica que los Magistrados acostumbran poner

en sus actos públicos y privados, y esa atestación debe ser considerada por el juzgador como la firma del funcionario, mientras a ello no se oponga ningún precepto legal, ni sea tachada de falsa.

Lo deseable sería que las firmas fueran legibles, pero como en el Código de Organización Judicial no existe disposición expresa sobre el particular, esas firmas hay que presumirlas completas y auténticas mientras no sean impugnadas por los medios legales. (Casación Penal. Febrero 3 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080).....96, 2ª

— 166 —

FUERZAS MILITARES (No se desnaturalizan su origen, organización y funciones cuando prestan servicio de policía)

El Ejército Nacional o las Fuerzas Militares y la Policía Nacional no son dos instituciones idénticas, sino diferentes, en su sistema de origen, organización y funciones; ambas sí al servicio de los intereses permanentes de la Nación.

Su delimitación está señalada en la Constitución Nacional en sus artículos 166 y 167. El primero determina que "La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones militares"; y el segundo dice que "La ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el cuerpo de **Policía Nacional**".

Las Fuerzas Militares, constitucionalmente están destinadas a la defensa de la soberanía nacional y al mantenimiento del orden legal, son organizaciones armadas permanentes y disciplinadas conforme a la técnica militar (artículo 1º de la Ley 102 de 1944). Esta disposición señala las funciones que el Ejército debe cumplir en relación con los deberes que tiene para con la Nación, y como normas fundamentales se le asignan la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden legal. Pero esta regulación de las funciones del Ejército para con la Nación no son las únicas ni se opone a otras que expresamente determina la Constitución.

"La Constitución — ha dicho la Corte — después de establecer que al Ejército le corresponde propiamente la guarda exterior de la Nación (artículos 66 y 120, ordinales 8 y 9), le asigna también como función suya la de guardar el orden interno, las instituciones patrias (artículo 118, numeral 6; 120, ordinales 6 y 7; artículos 165 y 195, etc.), y la Ley 3ª de 1945 considera como delito de negación de auxilios el dejar de prestarlos o simplemente retardarlos sin causa justificada a la autoridad competente, cuando solicite apoyo "para un asunto relacionado con el orden público social" (artículo 241), y como insubordinación o desobediencia, el hecho de que los inferiores desobedezcan a sus superiores militares, aunque no causen perjuicios a las personas o a las cosas (artículo 190 y siguientes).

Con base en estas normas constitucionales, el legislador bien puede atribuir a las Fuerzas Militares la prestación de un servicio similar al de la Policía Nacional, sin que por ese aspecto se desnaturalicen el origen, organización y funciones del Ejército; ello sólo implica la prestación de un servicio más, que en defensa del orden público, cuando la Policía es incapaz de prestarlo por insuficiencia de personal o por supresión de la misma, se le atribuye al Ejército Nacional. (Casación Penal. Mayo 23 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....507, 1ª y 2ª

— 167 —

FUGA (Elementos de este delito. Cuál es el Juez competente para conocer de él por razón del lugar)

La sede, organización, régimen, funciona-

miento y clasificación de las instituciones de detención, como la cárcel, las colonias movibles (trabajo al aire libre), se condicionan, de acuerdo con la ley (Decreto 1405 de 1934) a la división territorial judicial; así, en toda capital de Distrito, Circuito y Municipio deben funcionar, respectivamente, Cárceles de Distrito, Cárceles de Circuito, Cárceles Municipales, destinadas a la detención de los procesados dependientes de las autoridades judiciales del Distrito, del Circuito y del Municipio.

El delito de fuga, según lo expuesto, es la violación de un mandato judicial de detención o condena de un procesado y de las normas del régimen disciplinario de la institución en que se cumple tal mandato; la que puede realizarse no sólo mediante violencia en las personas y edificios, sino también mediante fraude, engaño y abuso de la confianza dada al evadido, casos todos estos en los cuales aquél se substrae o evade del régimen de una cárcel determinada, al que está sometido por orden emanada del Juez de su proceso.

Si aquel delito, pues, requiere el funcionamiento de una cárcel y el internamiento del procesado en ella, se concluye que se comete en el territorio en donde aquélla existe, y que el Juez competente para juzgarlo es el de ese territorio, aunque —como en el caso presente— la fuga se haya ejecutado mediante aprovechamiento indebido de la confianza que el Director, al darle licencia de salir fuéra de la cárcel, y el guardián al permitirle retirarse a un lugar que se encontraba ya más allá del límite de la jurisdicción territorial del juez por cuenta del cual se hallaba detenido, depositaron en el evadido.

Se deriva de lo anterior que el delito de fuga, por causa de su esencia de ruptura del régimen carcelario, se comete, sea en la realidad o sea en virtud de una ficción de prolongamiento de régimen que acompaña al detenido dondequiera se halle, en el territorio en que funciona la cárcel en que el responsable se halle detenido, y que, por lo tanto, el Juez competente para juzgar al evadido es el de ese territorio. (Casación Penal. Julio 27 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .....614, 1ª y 2ª

— 168 —

FUNCIONARIOS (Sólo pueden exigir acatamiento y respeto e imponer sanciones a quien les falte a éste cuando ejercen sus funciones)

Verdad es que entre las funciones propias de los jueces y magistrados están las genéricas de hacerse obedecer, de obligar al cumplimiento de sus órdenes, pues, de no ser así, su labor sería totalmente írrita, y, además, la de hacerse respetar, no por aparato de vanidad, sino porque la jerarquía y la misión propias de los empleados y funcionarios hacen necesario que se les preste el obsequio o miramiento que ellas requieren.

Mas, tal consideración hace pensar también, como fácil es deducirlo, que esa obediencia y el dicho respeto no lo pueden exigir sino en el ejercicio de sus funciones, esto es, cuando estén obrando oficialmente, ya que las mentadas facultades son inherentes al cargo público, y no propiamente a la persona del funcionario. O mejor, las ejercita la persona, pero por razón del cargo que ocupa. Luego, si el empleado o funcionario no está cumpliendo ninguna actividad propia de su calidad oficial o si no es ella (la calidad oficial) la razón para que proceda, o de que contra él se proceda, se tratará de una actividad particular, que no es una actividad oficial.

.....

No siendo su investidura el motivo de los ultrajes o no estando en la práctica de ninguno de los menesteres del cargo, no pueden los funcionarios invocar su condición de tales para exigir acatamiento, ni mucho menos, para imponer sanciones de ninguna especie, pues si algún irrespeto se les irroga,

el agravio recae sobre la persona particular, pero no sobre el agente de la República. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1949. Tomo LXVII. Nº 2080) .....71, 1ª y 2ª

— 169 —

GRADUACION DE LA SANCION DE ACUERDO CON EL ANTERIOR CODIGO PENAL

(Véase el título "Circunstancias agravantes" en este mismo Indice).

— 170 —

GRAVE ANOMALIA PSIQUICA (Lo establecido por el artículo 374 del C. de P. P. es obligación facultativa para el funcionario)

El artículo 374 del Código de Procedimiento Penal contiene una obligación facultativa para el funcionario de instrucción, condicionada al hecho de que si en la persona del procesado se descubrieren u observaren indicios de que padece de una grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa, puede ordenar la práctica de la prueba tendiente a determinar ese hecho. Establecida en principio la grave anomalía psíquica, es indudable que surge la obligación respecto del funcionario para ordenar la práctica de la prueba; pero la circunstancia de que el procesado, al rendir la indagatoria, manifieste que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga, no constituye indicio alguno para que, perentoriamente, se averigüe un dato que en la mayoría de los casos está ausente de la realidad procesal. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .583, 1ª

— H —

— 171 —

HERENCIA (Su representación)

Los herederos representan al difunto en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Es la herencia una comunidad **sui generis** sobre la universalidad de los bienes del causante, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa. (Casación Civil. Junio 19 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084) 399, 2ª

— 172 —

HEREDERO (Prueba de este carácter respecto de determinada persona)

Si la liquidación de una herencia se hizo por la vía judicial, no es la adjudicación de bienes hecha en favor de una persona determinada dentro del juicio de sucesión la prueba eficaz y adecuada para acreditar el carácter de heredera que la dicha persona pueda tener respecto del **de cujus**, sino que ese carácter debe ser establecido directa y plenamente con la copia auténtica del auto en que el Juzgado del conocimiento así lo reconociera. (Casación Civil. Marzo 27 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) ..131, 1ª y 2ª

— 173 —

HOMICIDIO (La autopsia no es prueba única del cuerpo del delito de homicidio)

Como ya lo ha dicho la Corte, es indudable que la diligencia de autopsia tiene gran importancia para establecer el cuerpo del delito de homicidio, y así lo disponen los artículos 305, 306 y 308 del código de proce-

dimiento penal. Pero, como en las diligencias investigativas penales se busca, ante todo, la verdad histórica o material de los sucesos, es claro que todas las pruebas preestablecidas por el legislador, a menos de precepto en contrario, son medios suficientes para alcanzar ese fin, si ellas (las pruebas) permiten reconstruir los hechos averiguados y forman la completa certidumbre del Juez sobre los objetivos del proceso. (Casación Penal. Mayo 19 de 1950. T. LXVII. Números 2081-2082).....334, 2ª

— 174 —

HOMICIDIO CONCAUSAL (Debe ser reconocido por el Jurado)

El homicidio concausal y el ultraintencional son figuras específicas cuyo reconocimiento debe hacerse por el Jurado en su veredicto, pues la sentencia, en los juicios en que interviene, debe hacerse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos. (Casación Penal. Julio 24 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084).....578, 1ª

— 175 —

HONORARIOS DE PERITOS

No existiendo el juicio en el cual se produjo la intervención y el dictamen del perito, por cuanto quedó destruído ese juicio, no es legal, para obtener el reconocimiento del derecho a los honorarios que corresponden al perito, seguir el procedimiento de un incidente, por cuanto, al tenor del artículo 391 del C. J., esos incidentes únicamente pueden ventilarse en el curso del juicio. (Negocios Generales. Julio 24 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....724, 2ª

— 176 —

HURTO (Competencia para su juzgamiento de conformidad con el Decreto 1426 de 1950)

De conformidad con los preceptos del Decreto número 1426 de 1950, los procesos por los delitos de hurto y robo cuyo conocimiento había sido atribuído a la justicia militar por Decreto número 3562 de 1949 serán del conocimiento de los jueces ordinarios, a partir de la vigencia del Decreto 1426. (Sala Penal. Julio 4 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084).....580, 2ª

— 177 —

HURTO Y ROBO (Prueba de la propiedad, preexistencia, etc., de los objetos materia del delito)

El artículo 313 del Código de Procedimiento determina que en la investigación de los delitos de hurto y robo no es preciso probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos, y que la apreciación de estas circunstancias queda al prudente arbitrio del funcionario o del juez respectivo.

Pero cuando en el proceso es necesario acreditar la preexistencia de los objetos hurtados o robados, la ley faculta al respectivo funcionario para recibir la declaración al interesado, a su consorte, a los hijos y domésticos en defecto de otros extraños, prueba ésta que debe ser apreciada por el juzgador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 de la misma ley. (Casación Penal. Enero 28 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080). 39, 1ª y 2ª

— 178 —

HURTO Y ROBO (Competencia para conocer de procesos por estos delitos)

La Corte se reafirma en su doctrina de que el conocimiento de los delitos de hurto

y robo, en la cuantía señalada en el Decreto 3891 de 1949, cometidos, ya después de la vigencia del Decreto 1426 de 1950, ya antes de la vigencia del mismo, corresponde a la justicia ordinaria y no a la militar. (Casación Penal. Agosto 14 de 1950. T. LXVII. Nº 2085).....781, 1ª y 2ª

— I —

— 179 —

IGUALDAD ANTE LA LEY (Alcance de este principio)

El principio de la igualdad ante la ley no es una norma rígida y absoluta que indiscriminadamente pueda aplicarse a todas y cada una de las personas o entidades a las cuales se dirige, sino muy por el contrario, de naturaleza relativa a las múltiples aptitudes de quienes deben contribuir al bienestar común, y a las necesidades que está llamada a satisfacer, para que —como dice un conocido tratadista— "quien tiene mucho pague mucho, el que posee poco pague poco y el indigente no pague nada". Dentro de ese concepto de la relatividad en la aplicación del principio, la ley inferior no puede reputarse incompatible con el contenido de aquél, sino cuando los términos concretos y específicos de que se valga, consagren la desigualdad, pues la que se funda en la naturaleza misma de las cosas y no en los términos mismos de la ley, no es susceptible de violar el principio constitucional, como ocurre, por ejemplo, con la norma civil que, traduciendo elementales obligaciones de derecho natural, impone al padre el deber de criar y educar a sus hijos sin consideración alguna al número de éstos o a las aptitudes económicas de aquél, norma que no es susceptible de violar el principio constitucional. (Sala Plena. Junio 27 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084).....374, 2ª y 375, 1ª

— 180 —

IMPEDIMENTO (Cuándo la amistad es causal de impedimento)

Tratándose de la amistad íntima como causal de impedimento, siempre se ha considerado muy difícil el señalamiento de sus elementos constitutivos, por envolver el concepto de ella un sentimiento de carácter subjetivo. Por eso se ha sostenido en relación con esa causal que, a falta de la prueba que debe suministrar quien se manifieste impedido, debe darse un valor probatorio especial a la manifestación de éste sobre el género de amistad que lo vincula con alguna de las partes o con sus representantes.

La amistad íntima —ha dicho la Corte— no es otra cosa que la compenetración espiritual que surge entre dos personas, como resultado del trato continuo y constante a través del tiempo y de la comunicación, durante éste, de estados sentimentales, de aspiraciones, de proyectos, tristezas y alegrías. (Casación Penal. Agosto 16 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085)....784, 2ª y 785, 1ª

— 181 —

IMPEDIMENTOS (La opinión expresada en el auto de detención, no es causal de impedimento)

Como dijo la Corte en un caso semejante (GACETA JUDICIAL, Tomo LXIII, págs. 801 y 802): "El impedimento se funda en el hecho de haber dictado el auto de detención, pero esa opinión que se expresa en esta decisión, no es definitiva ni vincula el resultado final del juicio a los puntos de vista expuestos en esa providencia; esa situación puede cambiar, y los motivos y razones que sirvieron de base al auto de detención pueden debilitarse o perder su valor inicial por los nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, en tal forma que el estudio

de ellos lleve a la conclusión de su revocatoria; entonces esa opinión —la del auto de detención— no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento". (Casación Penal. Auto. Agosto 18 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085).....796, 2ª

— 182 —

IMPEDIMENTOS (Cuándo conoce la Corte de los de Fiscales de los Tribunales)

En tratándose de impedimentos y recusaciones de los Fiscales de los Tribunales Superiores, la Corte sólo puede intervenir cuando surja conflicto entre la entidad calificadora y el Fiscal impedido o recusado, para decidir sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento o recusación. Mas, cuando, como en el presente caso, no hay discrepancias, vale decir, no ha surgido conflicto que resolver, la Corte carece de jurisdicción para conocer de un incidente ya fallado legalmente.

Cuando el conflicto surge entre el recusante y el propio funcionario recusado que rechaza los fundamentos legales de la recusación, la solución del Juez o Magistrado a quien por ministerio del artículo 79 del C. de P. P. toca decidir en estos casos, no admite intervención de entidad distinta, porque la ley considera el punto ya fallado y agotado el procedimineto. (Casación Penal. Junio 9 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 493, 1ª

— 183 —

IMPEDIMENTOS

Ya en otras ocasiones la Corte ha afirmado que no constituye impedimento el mero hecho de que el Juez o Magistrado haya suscrito una recomendación en favor del que, después de suscrita ésta, fue sindicado de un delito, y que tampoco está impedido el Juez o Magistrado que ha "declarado en favor del sindicado dentro del mismo proceso". G. J. Nos. 1998-99, pág. 633 y Nos. 1984-85, pág. 401). (Casación Penal. Febrero 21 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080).....85, 2ª

— 184 —

IMPEDIMENTOS (No está impedido para revisar el auto en que se declara la prescripción de la acción, el Juez o Magistrado que dictó el auto de proceder en el mismo negocio)

La ley consagra las causales de impedimentos y recusaciones para garantizar la mayor imparcialidad de los funcionarios que administran justicia; el objeto o razón de ser de esta determinación legal radica en la forma de hacer efectiva y eficaz esa **imparcialidad** en relación con la potestad para juzgar, a fin de que la justicia sea el reflejo exacto de la verdad de los hechos investigados.

El impedimento o recusación tienden a desplazar 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.

Así, pues, la justicia será imparcial cuando el Juez, el Magistrado o el funcionario que con él coopera sean moralmente aptos para el ejercicio de su función por ausencia de causas que legalmente los impiden para conocer de un determinado negocio. Con el impedimento o la recusación se aleja toda duda o sospecha que pueda recaer sobre la conducta de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia, evitan-

do así que un posible interés o una vinculación de éstos con las partes den cabida a la simple posibilidad de que la justicia pueda ser interferida por un conato o sugerencia de parcialidad.

En la interpretación del numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, la Corte acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez, el Fiscal o el Magistrado hayan manifestado su opinión en providencia de fondo, distinta de aquellas del numeral 7º, cuando, con posterioridad a dicha providencia, el mismo funcionario, revestido de una dignidad de superior jerarquía, tenga que conocer del negocio en segunda instancia.

"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 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 sus 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 Fiscal del Tribunal, porque la providencia que se trata de revisar no fue dictada por este funcionario, ni su examen puede versar sobre las apreciaciones jurídicas contenidas en el auto de proceder, para que, por este motivo, pudiera invocarse la doctrina de la Corte. El tema de obligado estudio será el de saber si en el presente caso se ha cumplido la figura jurídica de la prescripción de la acción penal, y si ella (la acción penal) fue o no interrumpida por el auto de proceder.

Si el auto de proceder se halla ejecutoriado, y si a partir de esa ejecutoria han transcurrido los términos señalados por la ley para que se cumpla el fenómeno de la prescripción de la acción penal, el Tribunal podrá confirmar o revocar la providencia consultada, pero en ese estudio —por regla general— no existe ni puede haber ninguna vinculación de conceptos u opiniones, porque las concepciones de los dos temas son diferentes, y siendo esto evidente, la circunstancia de que el Fiscal del Tribunal hubiera dictado el auto de proceder, no lo inhibe para actuar en dicho negocio. Solución que sería distinta si la providencia que se va a revisar fuera el auto de proceder. En ese evento, sí habría lugar a declarar separado del conocimiento al Fiscal impedido. (Casación Penal. Febrero 15 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080)

83, 2ª y 84, 1ª y 2ª

— 185 —

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES (Por haber emitido concepto sobre libertad provisional o haber dictado el auto de detención)

Repetidas veces ha sostenido la Corte 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 y del Ministerio Público que en providencias de fondo emitan su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y que — posterior-

mente — como funcionarios de superior jerarquía y en segunda instancia, tienen que revisar el negocio.

Pero esa opinión sobre el asunto materia del proceso, en tratándose de un acto jurisdiccional del funcionario, debe entenderse de aquellas providencias cuya validez presupone un análisis a fondo que abarque el contenido procesal para sacar deducciones jurídicas sobre los elementos estructurales del delito y la responsabilidad de sus autores. Ejemplo de estos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, o se da concepto de fondo sobre el mérito de las diligencias sumarias, por cuanto estos actos implican necesariamente un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito.

En el caso a estudio, tratándose de un concepto fiscal sobre el beneficio de libertad provisional solicitado por el procesado dentro de la instrucción del sumario, el hecho de haberse emitido tal concepto, no constituye el elemento "haber emitido opinión" de que habla la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, como no lo sería el haber dictado auto de detención o la providencia en la cual aquél se revoca o confirma. (Casación Penal. Enero 31 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) .43, 2ª y 44, 1ª

— 186 —

IMPEDIMENTOS (Por haber emitido opinión)

La manifestación hecha por el Fiscal del Tribunal en el sentido de que el apoderado de la parte civil debe o no posesionarse, no constituye —en concepto de la Sala— una causal o motivo de impedimento que pueda alegarse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 73, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, porque en dicho concepto no se emite opinión sobre temas de fondo relativos a la esencia misma del proceso penal. (Casación Penal. Mayo 2 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) . .271, 1ª y 2ª

— 187 —

IMPEDIMENTOS (La amistad y la enemistad)

La ley no incluyó entre las causales de impedimento las relaciones de amistad íntima o de grave enemistad entre el Juez o Magistrado y el denunciante, a menos que éste —si es el caso— se constituya en **parte procesal.** (Casación Penal. Marzo 21 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) . .214, 1ª y 2ª

— 188 —

IMPEDIMENTOS

El hecho de que en un Magistrado concurra o pueda concurrir una causal de impedimento para conocer de un proceso determinado, no es suficiente para que ese Magistrado, en un asunto que no corresponde conocer al Tribunal, se halle también impedido para firmar el auto por medio del cual dicha entidad ordene remitir el denuncio con los documentos del caso al Juez a quien corresponde su conocimiento. (Casación Penal. Marzo 21 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .....214, 1ª y 2ª

— 189 —

IMPEDIMENTOS (Quién debe resolver del impedimento o la recusación de un Magistrado)

La Corte ha dicho repetidas veces que el impedimento de un Magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlos los dos Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código

de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que del incidente de recusación —y lo mismo debe decirse del de impedimento— conozcan "los demás (Magistrados) que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le siguen en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código. (Casación Penal. Marzo 28 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082).....243, 1ª y 2ª

— 190 —

INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES (Cuándo constituye falta de ética profesional)

La incompatibilidad de funciones es ciertamente una falta contra la ética profesional. Falta de ética profesional de un abogado es exponerse, por imprudencia o por indiferencia, a que se le juzgue en situación de incompatibilidad porque las apariencias así lo indican. Falta de esa naturaleza es colocarse a sabiendas en el caso de incumplir los contratos celebrados por el abogado con distintas personas que tienen o pueden tener en un momento dado intereses antagónicos en materia relacionada con los servicios del abogado.

Pero para que las apariencias que desde el punto de vista del común de las gentes podrían ofrecer un caso de incompatibilidad, constituyan una falta de ética profesional, se necesita que el abogado se exponga a ellas "por imprudencia o indiferecia". (Negocios Generales. Junio 9 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084).....660, 1ª y 2ª

— 191 —

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION (Nunca puede determinar una excepción perentoria)

El concepto de excepción, como medio de defensa contra la acción, se funda en un defecto de ésta, y puede hallarse o en el **derecho mismo** que por medio de ella se quiere hacer efectivo, o en el **modo** como ese derecho se ejercita. De allí la primera gran clasificación que nos ofrece la doctrina, en **excepciones de fondo y excepciones de forma,** y sobre cuyo contenido se expresa así el conocido tratadista Fábrega y Cortés: "Las excepciones de fondo combaten el derecho mismo, las de forma combaten puramente el modo como el derecho ha sido deducido en el juicio, y aun cuando matan el juicio promovido, dejan subsistir el derecho para promover un nuevo juicio. Así las excepciones de fondo como las de forma se subdividen en **perentorias** y **dilatorias**: llámanse perentorias, de **perimere** (matar), las que matan el derecho o el juicio en el cual el derecho se ejercita; y dilatorias, de **differre** (diferir, alargar, prolongar), aquellas que no matan el derecho ni el juicio, sino que sólo se refieren al ejercicio del derecho o al curso del juicio, o a la contestación de la demanda". En ese orden de ideas podríanse ofrecer como ejemplos, los siguientes: Excepción **perentoria de fondo,** la de pago, porque mata o extingue definitivamente el derecho del acreedor. **Perentoria de forma**, la de prescripción de la acción ejecutiva, porque también mata o extingue el procedimiento especial del apremio que se ejercita, aun cuando no el derecho que el acreedor puede hacer efectivo por la vía ordinaria. **Excepción dilatoria de fondo,** la de petición antes de tiempo, porque aplaza la efectividad del derecho para cuando se haya cumplido el tiempo de la exigibilidad. Y **dilatoria de forma,** la de inepta demanda, porque difiere el curso de la acción para cuando aquélla se proponga en regular forma.

Pero esta clasificación de la doctrina no es, sin embargo, la seguida por nuestra legislación. Según ella "las excepciones que pueden proponerse en juicio se dividen en **dilatorias** que se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo; y en **perentorias**, que son las que se oponen a lo sus-

tancial de la acción" (artículo 328 del C. J.); las primeras se deciden en incidente de previo y especial pronunciamiento (artículo 335 ibid.), en tanto que las segundas lo son en la sentencia definitiva (artículo 324 ibid.).

Ahora bien: la incompetencia de jurisdicción no es un hecho que se dirija contra la existencia misma del derecho pretendido por la parte demandante, o sea, contra lo sustancial de la acción, sino que va simplemente contra el procedimiento; por lo cual nunca podría determinar, en el concepto legal, una excepción perentoria; apenas origina la dilatoria de declinatoria de jurisdicción, o, en caso de no haberse propuesto como tal, determina una causal de nulidad. (Negocios Generales. Junio 3 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....635, 2ª y 636, 1ª

— 192 —

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

(No constituye esta causal de nulidad el hecho de que el sumario lo adelantara un funcionario creado por una Asamblea Departamental)

No hay nulidad por incompetencia de jurisdicción, consistente en el hecho de que el sumario fue adelantado por un juez de instrucción criminal de los creados por una ordenanza de una asamblea departamental. Actualmente y dentro de las normas que rigen la investigación de los procesos penales, no existen, propiamente, los funcionarios de instrucción de que hablan los artículos 37 a 40 y 60, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal, porque el Decreto ley 1111 de junio 26 de 1938 suspendió la vigencia de las disposiciones citadas y determinó que mientras se apropian las partidas correspondientes "continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter" y esos funcionarios no son otros que los enumerados en las diversas leyes anteriores al código de procedimiento penal, o sean, entre otros, los corregidores, inspectores de policía nacional o departamental y todos aquellos funcionarios creados en virtud de ordenanzas departamentales. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).584, 2ª y 585, 1ª

— 193 —

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

Un sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria puede decidir de la acción civil. Y se dice que puede, porque la regla no es absoluta, y es preciso examinar hondamente los componentes de una decisión de aquella clase, para poder llegar a la conclusión de que ellos configuran sin lugar a la menor duda un motivo de exculpación de la responsabilidad penal; porque si se presentare la menor duda, entonces el Juez Civil tiene que avanzar el procedimiento hasta agotarlo y poder decidir con pleno conocimiento acerca de la responsabilidad del presunto demandado, para condenarlo o absolverlo. Mas, si del proceso penal resultare que el sobreseimiento o la absolución del reo se han basado en prueba plena que da lugar a una profunda convicción, entonces esto obra automáticamente contra la acción civil para enervarla, y la absolución se impone.

La acción civil es independiente de la penal; pero, al mismo tiempo, la justicia y el bien común exigen que haya armonía entre el fallo penal y el civil, porque disuena en grado sumo que puedan presentarse dos sentencias en choque, y que un fallo absuelva al reo y otro lo condene, cuando la materia es la misma.

Con mucha frecuencia la Corte Suprema ha expuesto estos principios. (Negocios Generales. Junio 1º de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084).....619, 1ª y 2ª

— 194 —

INDICIOS (Valor de esta prueba. Método para apreciar indicios)

En la valoración de la prueba indiciaria, el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar.

El hecho indiciario independiente de los demás es una prueba incompleta, pero de esto no se puede deducir que ellos carecen de valor, ya que la misma ley reconoce que de dos o más pruebas incompletas puede llegarse a la formación de una prueba completa. (Casación Penal. Junio 16 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084)...520, 2ª y 521, 1ª

— 195 —

INDICIOS (Su apreciación)

Afirma Dellepiane "que la verdad en cuanto a los hechos existe siempre que la idea que el Juez se forma respecto de ellos coincida exactamente con la realidad".

Es esta realidad la que está obligado a encontrar el Juez. Por lo mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que los juzgadores de instancia deben gozar de gran amplitud para deducir las consecuencias que han de inferirse de los indicios que en un determinado juicio puedan surgir, debido precisamente a la naturaleza del proceso lógico en su esencia en que se funda la prueba circunstancial.

"Se entiende por indicio un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro" (artículo 216).

El adverbio "lógicamente" que emplea el citado artículo 216 del Código de Procedimiento Penal fue objeto de alguna controversia en el seno de la Comisión redactora de ese estatuto. Su significación fue aclarada explicando que la inferencia o hilación que conlleva el indicio consiste en una operación de la mente, que puede conducir a la certeza o a la probabilidad. Si conduce a la primera, surge el indicio necesario; si a la segunda, el que no tiene tal categoría. Mas, en ambos casos ha habido inferencia lógica, por lo cual no es posible limitar el sentido genérico de aquella expresión a lo cierto únicamente, sino que debe extenderse también a lo probable, probabilidad ésta que, de no interferir el juicio con demostraciones en contrario que la destruyan, es bastante para establecer la responsabilidad en el proceso penal, según los principios en que se informa la teoría general de la prueba, que fue la acogida en la normación que el Código de Procedimiento Penal otorga a los medios probatorios por los cuales se establece la responsabilidad en los juicios criminales.

. . . . . .

La prueba en materia criminal es casi siempre compleja: no surge de una determinada categoría probatoria, sino del conjunto de todos los elementos que para la mente humana son susceptibles de producir la certeza. Por ello, en un determinado proceso puede ocurrir que no exista una sola prueba —tomada esta palabra en el sentido de medio probatorio— sino varias especies de la misma, cuyo conjunto produce la prueba legal suficiente para adquirir la certeza, aunque aquéllas, independientemente consideradas, no la produzcan.

En la apreciación de los indicios el Juez procede con el criterio de desentrañar de las constancias procesales los hechos conocidos que permitan, por medio de la inferencia indiciaria, conocer el hecho desconocido que se trata de comprobar. Esta operación de la mente, que recorre todas las etapas en virtud de las cuales la inteligencia se apropia de una verdad por la certeza de su con-

tenido, resulta del concurso que los hechos indicadores prestan a la conclusión que busca mediante la utilización o combinación de ellos, en virtud de la cual surja la certidumbre, en tanto mayor o menor grado, como ese balance de probabilidades sea capaz de provocar en el Juez la certeza, pues todas las hipótesis contrarias, y aún el azar o falsificación de la prueba (para usar la terminología de Dellepiane), quedan descartadas con el establecimiento de que la conclusión obtenida es la resultante de esa única explicación del hecho que se trata de averiguar.

Dentro de esas condiciones, es manifiesto que el Juez Penal debe gozar de amplitud en la apreciación de los indicios, por lo menos en la medida necesaria para llegar al convencimiento, tenida en cuenta la misma naturaleza de la prueba, que basada en operaciones mentales, en donde la lógica es esencial elemento de las verificaciones que del indicio emanan, no podrían quedar obstruídas por una limitación artificial, que haría innocua la prueba misma que trata de conseguirse.

El mismo Código, estructura esta amplitud del juicio penal, cuando en el capítulo de las pruebas, a pesar de que prescribe que "las pruebas se apreciarán en su estimación legal", lo que, según el espíritu del artículo y el pensamiento de los autores del estatuto, implica que no prescinde de la tarifa legal de pruebas, sin embargo introdujo una modificación importante al antiguo sistema jurídico contenido en el Código derogado, según el cual la tarifa legal era cuantitativa y no cualitativa.

En el sistema vigente esto último es lo predominante, lo que quiere decir que la prueba, para su apreciación o valoración, no se cuenta, sino que se pesa por su calidad, por su fuerza de convicción, por su capacidad real para producir la certeza. En consecuencia, no es el número de los hechos, cuantitativamente considerados, sino son los hechos mismos, en su intrínseca capacidad y vigor demostrativos los que producen esa certeza objetiva y racional que el juicio penal propugna para fundar un fallo condenatorio sobre la base de una responsabilidad adquirida mediante los elementos de juicio que se derivan del análisis crítico de los hechos probados durante la investigación. (Casación Penal. Febrero 21 de 1950. T. LXVII. Nº 2080).....93, 2ª y 94, 1ª y 2ª

— 196 —

INDICIOS

El indicio, según la ley penal, es un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho. La fuerza de convicción que produce se funda, pues, en la naturaleza de las cosas y de sus relaciones, esto es, en que, demostrada la existencia de algo, hay que suponer la de otros seres, o en que, acreditado el acaecimiento de un suceso, resulta forzoso admitir el de otro u otros. Se trata, pues, de un proceso lógico, o de análisis y síntesis, que permite, según el curso ordinario de la vida humana, deducir conclusiones firmes. Tal es el motivo para que a la prueba de indicios se la haya llamado "prueba de hombre", porque no consiste en la demostración directa de los hechos, sino en la deducción racional de que se han realizado, por haberse cumplido otro u otros.

Por eso —como ya lo dijo la Corte en sentencia que corre publicada a páginas 839 del Tomo LX de la GACETA JUDICIAL—"para que un hecho se tenga como indicio, se requieren dos condiciones esenciales: que esté plenamente probado, y que se relacione con el hecho que se pretende acreditar. Si falta una de esas condiciones, el hecho no es indicio, ya porque no consta su existencia, ya porque no señala el fenómeno que de él se pretende deducir. Por tanto, cuando las pruebas consisten en indicios, el trabajo del juez se reduce a buscar en el proceso la existencia de ciertos hechos para deducir de ellos otro u otros".

Por supuesto que, según doctrina acogida por la Sala, como los juzgadores de instancia gozan de gran amplitud en la apreciación de esta clase de pruebas, por el proceso esencialmente lógico que comporta, en casación no puede desconocerse el mérito que se le haya dado en las instancias, sino en tratándose de errores manifiestos y evidentes en la manera de apreciar los indicios. (Casación Penal. Febrero 21 de 1950. T. LXVII. Nº 2080) 87, 2ª

— 197 —

INDULTO

El presupuesto jurídico del indulto es una sentencia condenatoria con autoridad de cosa juzgada y, por ello, concedido el indulto, el proceso queda prácticamente terminado y no puede revivirse con actuaciones posteriores, porque sería tanto como usurpar jurisdicción, al tenor del artículo 148 del Código Judicial. (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 557, 1ª

— 198 —

INDULTO (No es de libre aceptación del favorecido)

Según los comentadores, el indulto no puede ser rehusado por el favorecido con él, en su aceptación no interviene la voluntad del particular, se le impone al condenado, porque todo lo que se refiere a la represión es de orden público. (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 557, 2ª

— 199 —

INTERESES

Como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades, en relación con el alcance del artículo 1617 del Código Civil, "la ley no reconoce intereses sobre los perjuicios sino en el caso de que por sentencia o contrato se fijen en cantidad determinada y haya mora para el pago". (Negocios Generales. Julio 31 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 732, 1ª

— 200 —

INTERVENCION EN POLITICA (Cuándo esta intervención por parte de empleados públicos constituye delito)

Cuando el artículo 180 del Código Penal reprime a los funcionarios o empleados públicos que formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de ese carácter, ha querido referirse a manifestaciones concretas y específicas de tales personas, en el sentido de que sus actos sean un brote sectario, una conducta saturada de pasión banderiza que los hace obrar teniendo en cuenta más los ideales del partido a que pertenecen, que la buena marcha de los deberes inherentes a la investidura que se les ha confiado. (Casación Penal. Junio 20 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 534, 1ª

— 201 —

IRA E INTENSO DOLOR (La provocación debe ser grave e injusta)

La violencia originada como reacción al motivo psicológico que se enuncia como determinante de la ira e intenso dolor tiene necesariamente que estar condicionada a los específicos elementos que señala el Código, so pena de no predicarse entonces esa especial causal de atenuación.

Si fuese de otra manera, cualquier estímulo, así sea el más insignificante, gozaría de igual beneficio, lo que no es en manera alguna ni el espíritu ni el querer del Código. Entonces toda clase de agresión, aunque

sea desproporcionada al motivo que la origina, tendría capacidad suficiente para situar la responsabilidad en un plano distinto, permitiendo de esa suerte que las personalidades susceptibles de reaccionar por cualquier clase de impulsos, tuviesen una especial protección legal, lo que no es, ni puede ser, el propósito del Código al instituir una modificación tan fundamental a la responsabilidad íntegra que se deriva de toda transgresión de la ley, y que sólo en casos de excepción y únicamente cuando los presupuestos que aquélla exige se hallan reunidos, tiene eficacia en orden a la aminoración de las sanciones penales. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. N° 2080) 78, 2ª

— 202 —

IRA E INTENSO DOLOR

Para que un determinado veredicto incluya los elementos del artículo 28 del Código Penal, es preciso que en él se contengan todos los requisitos que esta disposición establece en orden a aminorar la responsabilidad. Si apenas se acepta el móvil determinante de la ira o el intenso dolor, pero la causa de la provocación se calla o no es explícitamente aceptada por el tribunal de conciencia, no le es lícito al fallador en derecho llenar esos vacíos. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. T. LXVII. Nº 2080) . . 79, 1ª y 2ª

— 203 —

IRA E INTENSO DOLOR

La norma del artículo 28 del Código Penal señala los elementos que para su aplicación debe tener el delito que se comete dentro de las circunstancias que esa disposición precisa: debe haber, pues, en primer término una provocación; en segundo término, que esta provocación tenga los caracteres de injusticia y gravedad en que la ley fundamenta la razón psicológica de la atenuación; y en tercer lugar, que exista una relación de causalidad entre aquellos elementos de tal forma que el delito sea producto de la causa determinante surgida de la provocación y de la gravedad e injusticia de la misma. Una cualquiera de estas condiciones que falte, excluiría la aplicación de la circunstancia modificadora de que se trata. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) 77, 2ª

— 204 —

IRA E INTENSO DOLOR (Diferencia entre la circunstancia atenuante y la de menor peligrosidad)

Si al Jurado se le expusieron en forma concreta y en toda su amplitud y al alcance de sus miembros, la consecuencia jurídica de reconocer el simple estado de ira e intenso dolor sin referencia a la provocación, o subordinado a una provocación grave e injusta, como también las consecuencias jurídicas de rechazar expresamente o callar la circunstancia de asesinato, y a pesar de ello, el Jurado se limitó a reconocer y aceptar un simple estado emocional o pasional, no podía el Tribunal, ni aún aplicando un criterio de interpretación extensiva, escoger la decisión que, claramente planteada, el Jurado no acogió. Lo contrario habría sido darle a los estados emocionales o pasionales señalados en el artículo 38 (3º) el contenido de los determinados y condicionados en el artículo 28, y en los cuales la provocación, igual y conjuntamente grave e injusta, constituye el elemento de diferenciación jurídica. (Casación Penal. Marzo 1° de 1950. T. LXVII. Números 2081-2082) 202, 2ª

— 205 —

IRA E INTENSO DOLOR

El estatuto penal — según la doctrina —

considera los estados emocionales en dos contingencias: o subordinados a la existencia de una provocación grave e injusta, en cuyo caso tales estados constituyen circunstancias modificadoras de la responsabilidad, y cuya calificación compete exclusivamente al Jurado, o sin esa subordinación, y entonces, constituyen circunstancias de menor peligrosidad que compete calificar a los Jueces, y en ambas contingencias con determinada repercusión en la pena, aunque en grados diferentes. (Casación Penal. Marzo 1° de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 202, 1ª y 2ª

— 206 —

IRA E INTENSO DOLOR (Requisitos para que se configure la circunstancia atenuante prevista por el artículo 28 del Código Penal)

El Jurado en la respuesta al cuestionario propuesto admitió la responsabilidad de los procesados, agregando uno de los términos del artículo 28 del C. P. (la gravedad de la provocación). ¿El silencio respecto del otro término (la injusticia de la misma provocación) excluye la atenuante?

Se responde:

La injusticia en la provocación no es una modalidad extraña a los estados emocionales-pasionales de la ira o el intenso dolor, porque la existencia de aquella circunstancia es precisamente la que determina si la provocación en realidad tiene características de resultar contraria a todo derecho.

El término gravedad en la provocación se condiciona a la índole de la ofensa, para que sea capaz de producir la ira o el intenso dolor, que como reacciones psíquicas surgen de aquella determinante.

La injusticia dice relación no ya a la propia defensa, sino a la índole de los factores personales o afectivos que proceden del mismo agresor y que motivan su acción.

De modo que podría decirse, en este orden de ideas, que la gravedad es noción condicionada a la forma como el agredido responde al estímulo que lo determina a obrar, reaccionando contra la agresión. La injusticia proviene por lo general del mismo provocador, que sin derecho alguno, sin razón, estimula e impulsa con su acto la reacción que produce la ira o el dolor, en las dos circunstancias que implica la atenuante.

No es posible, en consecuencia, reconocer ésta si los dos conceptos no operan simultáneamente, y no en forma separada, esto es, cuando sólo se trata de la gravedad de la ofensa, pero no se reconoce su injusticia.

Pueden pretenderse distintas actuaciones, en las cuales la sola existencia de la gravedad de la ofensa incluya en su mismo concepto la injusticia, porque sugiera que donde hay aquélla, la última implícitamente resulta reconocida.

Mas no es esto lo que el texto legal consagra en la atenuante del artículo 28. Si así fuese, no habría empleado el Código locuciones conjuntivas, sino alternativas, diciendo, por ejemplo, gravedad o injusticia, es decir, aquella modalidad sola, y esta última en idéntica circunstancia, bastando en tal supuesto la existencia de cualquiera de ellas para la aplicabilidad del artículo citado.

Al emplear el estatuto una forma gramatical conjuntiva, indudablemente quiso exigir que las dos circunstancias condicionadas a esa atenuación resultaran conjunta y simultáneamente establecidas, so pena de no operar legalmente el precepto.

Ello debe ser así, porque la ofensa puede ser grave sin ser injusta, como también injusta sin ser grave. Los dos caracteres, pues, no están contenidos en idénticas circunstancias. La injusticia debe provenir de que quien causa la provocación no tiene motivo alguno para producir agravio y, a pesar de ello, lo produce, trayendo como consecuencia de su acto la reacción consiguiente del ofendido. La gravedad, en cambio, se contiene en el mismo significado intrínseco de la

ofensa y puede ser apreciada por quien la recibe. Este puede juzgar ese significado y reaccionar consecuencialmente; pero la ley penal no puede estar condicionada al propio imperio del delincuente, para excusar o aminorar todas sus reacciones con sentido exculpativo o atenuante. Si así fuera, la justicia penal estaría supeditada a declarar menos peligrosos y, por ende, menos responsables a los impulsivos y a los violentos, a quienes al menor estímulo reaccionan y causan grave daño, aunque tal estímulo sea grandemente desproporcionado a la causa o motivo que lo produjo.

Deben coordinarse los términos de la ley a fin de que las circunstancias o presupuestos que exige se cumplan, pues de otra manera el libre arbitrio del fallador para condicionar todos los estados pasionales y sujetarlos a un común denominador, dejaría la justicia penal a merced de la arbitrariedad.

Según lo dicho, constituye evidentemente una equivocada apreciación jurídica considerar que los dos términos de la ecuación a que condiciona el Código la atenuante prevista en el artículo 28, deben tomarse separadamente para efecto de encontrar en uno cualquiera de ellos, ora en la gravedad, ora en la injusticia, el pretexto para aplicar aquella norma, cuando el veredicto conjuga uno solo de los mismos términos y guarda silencio sobre el otro, dejando de esta suerte incompleta la explicación permitida en la ley, y trunco, por ende, el veredicto.

Precisamente para evitar el casuismo que resultaría de permitir esa interpretación del texto legal, no pueden separarse aquellos términos, sino que, por el contrario, deben ser considerados en su misma forma conjunta, como fueron previstos por el legislador al usar la forma gramatical que emplea en la redacción del artículo 28.

De ser de otra manera, querría decir que en todo caso de delito cometido en esa circunstancia, el fallador tendría que ponerse a hacer una perfecta dosimetría penal, para buscar en las frases o palabras pronunciadas por los protagonistas del hecho, cualquier indicio o sospecha de expresión con naturaleza de grave; luégo determinar hasta dónde esa misma frase o palabra contiene injusticia o si solamente tiene este último carácter, y continuar así indefinidamente una serie de consideraciones necesarias para determinar si uno de los dos términos está presente en el hecho, hasta dónde fue injusto, cuándo fue grave, y, en fin, si en realidad provocó esto la reacción determinante del delito.

Para evitar este casuismo inconveniente, contrario al espíritu del estatuto vigente, la norma del artículo 28 es general. Establece un presupuesto legal con sus características peculiares, y las locuciones que emplea indican el contenido preciso de los elementos indispensables para que opere en un caso dado como atenuante de la responsabilidad y consiguientemente de la pena. (Casación Penal. Marzo 24 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .....234, 1ª y 2ª y 235, 1ª y 2ª

— J —

— 207 —

JUEGO (Nulidad de un contrato de juego)

La circunstancia de estar amparado el juego que es objeto del contrato que se afirma es nulo por ilicitud de la causa y del objeto, con una patente extendida por el Gobierno Nacional, con el lleno, a no dudarlo, de las formalidades legales, es un antecedente que envuelve la presunción de no atentar contra las buenas costumbres, comoquiera que según el artículo 5º de la ley 31 de 1925 el Gobierno no puede conceder privilegios "en el caso de que la invención, mejora o nueva industria sea contraria.... a las buenas costumbres....." (Negocios Generales. Julio 22 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 721, 1ª

— 208 —

JURADO (En los juicios en que interviene, a él corresponde decidir lo atinente con el cuerpo del delito y con la responsabilidad)

Descartada por el auto de proceder y por el veredicto del Jurado la tesis de la complicidad secundaria prevista en el artículo 20 del Código Penal, la sentencia tenía que aplicar, como aplicó, el artículo 19 del mismo código, pues es sabido que en los juicios por jurados toca a éstos definir todo lo atinente al cuerpo del delito, a la responsabilidad del acusado y a las modalidades específicas que influyen en la adaptación de la pena, correspondiéndole al Juez de derecho apreciar libremente en su fallo las circunstancias accesorias de mayor o menor peligrosidad, al tenor del artículo 499 del Código de Procedimiento Penal. (GACETA JUDICIAL. Casación Penal. Febrero 10 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) 56ª 2ª

— 209 —

JUSTICIA MILITAR (Su competencia para el juzgamiento de particulares)

En términos generales se puede decir que la jurisdicción para administrar justicia la tienen no sólo los funcionarios de la rama jurisdiccional, sino también las autoridades militares, pero la esfera de acción en que cada una de estas autoridades actúa, depende de los factores que integran la competencia en relación con la persona, el hecho y el lugar en que se cometió. Esta diferencia sustancial marca los lindes de las diversas actividades de cada uno de estos funcionarios, y si bien es cierto que en el ramo penal conocen y juzgan de los delitos, también es evidente que la justicia penal común, como la justicia militar, no puede traspasar los límites señalados por la misma ley.

La justicia penal militar conoce de los delitos cometidos por los militares en actividad y los civiles al servicio de las Fuerzas Militares, cuando violan las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar. Jurisdicción que se amplía para el juzgamiento de particulares cuando en caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público, los particulares que no están al servicio de las Fuerzas Militares infringen disposiciones del Código de Justicia Penal Militar.

La Justicia Penal Militar por mandato expreso del artículo 122 de la Ley 3ª de 1945, atribuye competencia a los Consejos de Guerra Verbales para juzgar a los particulares por delitos cometidos con anterioridad al estado de guerra, conflicto armado, o turbación del orden público y que tengan relación con los hechos que dieron origen a esa situación.

Fuéra de estos casos, la Justicia Penal Militar, cuando se trata de un régimen de legalidad marcial, tiene las atribuciones—en orden a la competencia para juzgar— que le confieren los decretos-leyes expedidos por el Gobierno cuando se trata de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público. Pero la Justicia Penal Militar no puede, sin desnaturalizarse a sí misma, aun cuando se trate de situaciones de anormalidad, conocer de los delitos comunes que por disposiciones de ordenamientos jurídicos especiales no le han sido atribuídos para su juzgamiento.

.....

La circunstancia de que el delito se haya cometido dentro de un estado de legalidad marcial no le atribuye competencia a las autoridades militares para su juzgamiento, porque esta competencia la dan la ley o los decretos-leyes para casos especiales y para hechos que tienen algún nexo de conexidad con delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. Roto el vínculo de conexidad o inexistente aquél, el delito siempre será común, y la competencia

siempre será de la justicia ordinaria y no de la militar. (Casación Penal. Mayo 16 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) . . 287, 1ª y 2ª

— 210 —

JUSTICIA MILITAR (Su competencia en tiempos normales)

De acuerdo con el artículo 170 de la Constitución y los pertinentes del código de la materia, es evidente que la justicia castrense sólo conoce, en tiempos normales, de los delitos de los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, esto es, resulta necesario que la condición militar sea determinante, o siquiera pretexto, ocasión o motivo del hecho.

Para el caso en estudio no ofrece la menor duda de que aquella calidad tuvo su eficacia en el hecho que se le imputa, pues el carácter militar del sindicado se consideró por los oyentes como motivo especial de acatamiento a sus palabras, habló como militar que había pedido su baja o que iba a pedirla para ponerse al frente de los revoltosos con el fin de derrocar al gobierno nacional y, en fin, se dirigió a las tropas incitándolas a unirse al movimiento. Teniendo en cuenta estas circunstancias resultaría absurdo que al acusado lo hubiera juzgado la justicia común u ordinaria, prescindiendo de su investidura. (Casación Penal. Abril 25 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 547, 1ª

— L —

— 211 —

LANZAMIENTO (No es posible revisar en juicio ordinario la sentencia proferida en el especial de lanzamiento)

No es legalmente posible la revisión en juicio ordinario del procedimiento especial del juicio de lanzamiento, porque la sentencia de lanzamiento, una vez ejecutoriada, hace tránsito a cosa juzgada, ya que entre las disposiciones que reglamentan tal juicio, o sean las consignadas en el Título 37, Libro II del C. J., no existe precepto alguno que la autorice, a la manera que prevé el artículo 1030 del C. J. para la sentencia de excepciones y de pregón y remate en juicio ejecutivo, y los casos contemplados en los artículos 876, 1151 del C. J., y artículo 8º de la ley 28 de 1932, entre otros.

La fuerza de la cosa juzgada deja de surtir efectos mediante la prosperidad del recurso extraordinario de revisión ante la Corte (artículo 542 del C. J.), cuando se funda en alguna de las causales señaladas en tal artículo.

La sentencia en juicio especial produce los efectos de la cosa juzgada, una vez en firme, siempre que la ley no autorice que dicho juicio puede adelantarse de nuevo por la vía ordinaria. Cuando la ley guarda silencio, se entiende que no es posible discutir en juicio ordinario lo que ha recibido solución mediante un proceso especial. (Casación Civil. Abril 29 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) . . . . . 181, 1ª y 2ª

— 212 —

L E G A D O S

La prueba testimonial no la ha acogido el Tribunal para demostrar, contra lo que reza la hijuela de adjudicación, la cosa ojeto del legado, que de haber procedido así, habría incurrido en claro error de derecho; esa prueba fue utilizada para demostrar otra cosa bien distinta, como es la cantidad de luz con que se beneficiaba la casa al momento de la muerte del testador, pues como éste apenas hizo en su testamento, como lo permite el artículo 1124 del C. C., las indicaciones tendientes a determinarla, cuando habló del "servicio de alumbrado actualmente existente", cualquier medio probato-

rio era legalmente utilizable para justificar aquella circunstancia, pues la ley no ha hecho restricción alguna expresa para ello. (Casación Civil. Marzo 22 de 1950. T. LXVII. Nos. 2081-2082).....116, 1ª y 2ª

— 213 —

LEGITIMO CONTRADICTOR (Quién lo es en los casos de solicitud de cumplimiento de sentencia extranjera)

De conformidad con normas universales de Derecho Procesal que inspiran nuestro procedimiento civil, la acción —salvo escasas excepciones— no sólo debe ser entablada por quien demuestre legítimo interés en ejercerla, sino que ha de ser necesariamente dirigida contra quien ostente el carácter de contradictor legítimo, que en tratándose del cumplimiento de sentencia extranjera, no puede ser otro que el obligado a cumplir la sentencia. (C. J. artículo 559). (Casación Civil. Marzo 27 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082).....131, 2ª

— 214 —

LEGITIMA DEFENSA

Quien ha desencadenado el ataque, violencia o peligro, mal puede invocar, al menos por lo general, el motivo de justificación consistente en la legítima defensa. (Casación Penal. Mayo 9 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....279, 2ª y 280, 1ª

— 215 —

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA Y EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA (Diferencias existentes entre las dos figuras)

La legítima defensa subjetiva consiste, según los comentadores, en que el sujeto cree razonablemente hallarse en las condiciones de la ley cuando éstas no se hallan reunidas, sobre todo, la de actualidad o realidad de la violencia o peligro. Es, por ejemplo, el caso del individuo que cree que va a ser atacado por otro en su persona, su honor o sus bienes, por ser su enemigo y por tomar éste alguna actitud que infunda aquella creencia, pero sin ser ello verdadero. Obvio es que entonces la causal de justificación no existe, porque los actos humanos hay que apreciarlos, no en abstracto, sino en concreto; no como hubieran podido o debido ser, sino como los aprecian los protagonistas.

El exceso en la legítima defensa es distinto: no hay entonces error fundado sobre la actitud del presunto atacante, sino que existe un verdadero peligro inminente, una violencia que amenaza, y de ella se defiende la presunta víctima, pero excediendo los límites de lo necesario, esto es, sin guardar la proporcionalidad entre la violencia y la reacción, o, como dicen los clásicos, sin guardar el **moderamen inculpatae tutelae.** (Casación Penal. Julio 4 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084).....576, 2ª y 577, 1ª

— 216 —

LEGITIMACION EN CAUSA (Su falta implica una excepción perentoria que sólo puede decidirse en la sentencia)

La falta de legitimación en causa implica una excepción perentoria, y sobre ella debe decidirse precisamente en la sentencia, desde luego que las excepciones de esa clase, con la única salvedad de las de cosa juzgada y transacción, no son materia de incidentes de especial y previo pronunciamiento (artículos 341, 342 y 343 del C. J.).

Por manera que si el actor carece de la acción propuesta, o si, como ocurre en el caso que se estudia, equivocó él la denominación de la instaurada, la cual no le correspondía legalmente, es obvio que su demanda no debe prosperar, por faltarle la base

firme de la personería sustantiva. Y esa cuestión vital en el proceso sólo puede resolverse en la sentencia. Si así no fuera, cómo rechazar a quien demanda sin derecho para su parte procesal, cuando la deficiencia no estriba en simples razones adjetivas? (Casación Civil. Agosto 4 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085) .....757, 1ª y 2ª

— 217 —

LESIONES (Incapacidad y desfiguración)

No puede confundirse la incapacidad con la desfiguración, porque ésta es una consecuencia típica más grave que aquélla, que requiere mayor severidad en la pena. (Casación Penal. Mayo 9 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 281, 1ª

— 218 —

LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La libertad de enseñar, como facultad del individuo para llevar o no a otros determinados conocimientos, no es una potestad absoluta e ilimitada en el orden natural ni en el social. Dentro del primero, el padre tiene la obligación ineludible, definida en el Código Civil, de educar a sus hijos, sin que, por lo tanto, sea libre para no hacerlo; y dentro del orden social, la propia Constitución tiene establecido que "la propiedad es una función social que implica obligaciones"; luego, si una de las primordiales necesidades de la sociedad es precisamente la de darle instrucción al pueblo, a satisfacerla tiene que corresponder la consiguiente obligación del particular, en los términos y condiciones que señale la ley. Como sucede exactamente con la "asistencia pública", que no obstante hallarse definida como una clara función del Estado (artículo 19 de la Constitución), puede, en determinados casos previstos por el legislador, desplazarse a cargo de los particulares en cuyo servicio trabaja quien debe recibirla, o sus familiares, sin que por ello pueda deducirse razón alguna contra los deberes del Estado o contra el principio de libertad de industria que la Carta garantiza. (Sala Plena. Junio 27 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .....375, 1ª y 2ª

— 219 —

LIBERTAD PROVISIONAL (La providencia por medio de la cual un Tribunal decidió de la solicitud de libertad provisional, no puede ser revisada en casación por la Corte)

La Corte, cuando actúa como tribunal de casación, no puede revisar la providencia que el Tribunal profirió durante la segunda instancia del proceso para resolver lo relativo a la libertad provisional del procesado, porque la Corte sólo puede decidir recursos de apelación oportunamente interpuestos en asuntos fallados por los Tribunales en primer grado. (Casación Penal. Junio 10 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .602, 2ª

— 220 —

LIBERTAD PROVISIONAL

La libertad provisional que la ley concede a quienes han estado detenidos durante un tiempo igual al que se les haya fijado como pena en el fallo aún no ejecutoriado por causa de recurso, se funda en el factor "tiempo" más que en la entidad del delito y la peligrosidad del sentenciado, elementos éstos que sí son de obligada consideración cuando la concesión de esa libertad se apoya en motivos distintos. (Casación Penal. Julio 18 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .604, 2ª y 605, 1ª

— 221 —

LOTERIA

Al adquirir el particular uno o más billetes de una lotería, adhiere a las condiciones del sorteo, y formaliza con el acto de acep-

tación a la oferta de la empresa, un contrato de los que específicamente se denominan "contratos de adhesión", que le da derecho a participar en el juego en las mismas e idénticas condiciones de probabilidad en que participan los poseedores de otros títulos, y a que, si la cifra que identifica su billete resulta favorecida, se le entregue el premio de acuerdo con el plan preestablecido por la empresa.

No se trata, en consecuencia, del simple acto unilateral de una de las partes que fija e impone a su arbitrio los términos de la relación jurídica, como algunos lo pretenden para los contratos de adhesión porque lo cierto es que nunca los actos reglamentarios de quien hace la propuesta son susceptibles de producir consecuencias mientras no sobrevenga la aceptación del tercero, que desde luego es libre para darla o no; y porque aun cuando es verdad que la naturaleza de las cosas coloca al oferente en condiciones de privilegiada ventaja, no lo es menos que tanto la acción de la ley que interviene para impedir o restarle eficacia a las cláusulas abusivas, como la misma publicidad que protocoliza las condiciones de la oferta, son factores bastantes para restablecer el equilibrio jurídico entre las partes y garantizarles el límite de los derechos y obligaciones de cada una de ellas.

Pero si el conjunto de las declaraciones en que el oferente concreta los términos de la propuesta constituye de por sí el contenido de la estipulación contractual a que las partes vinculan su voluntad, la naturaleza misma de esta clase de actos impone la necesidad de distinguir en aquéllas, las llamadas **cláusulas esenciales,** que versan estrictamente sobre la materia contractual, de las puramente **accesorias** o **accidentales,** que constituyen más bien previsiones de simple reglamento institucional. Las primeras, como determinantes absolutos de la voluntad del oferente que las presenta y el tercero que las acepta, crean entre los dos un vínculo contractual ineludible, que los obliga ciertamente; las segundas sólo constituyen fuente de derechos contractuales, en cuanto respondan a la real intención que las partes tuvieron para contratar, a la buena fe con que procedieron y las finalidades esenciales del contrato. Por lo cual y para establecer la forma como contractualmente quedan obligadas las partes en la ejecución del contrato, no basta simplemente con acreditar la existencia de una determinada disposición reglamentaria, o la práctica inveterada como actos anteriores de la misma naturaleza se llevaron a cabo; se requiere, además, que ese hecho así consagrado por el reglamento o la costumbre, no sea puramente circunstancial, sino de entidad suficiente para estimarse como uno de los determinantes de la voluntad que acepta la propuesta, en forma que, suprimido o siquiera modificado, resulta incierta o improbable aquella aceptación, dentro de la buena fe que debe presidir los contratos y las finalidades que con ellos se proponen las partes.

. . . . . .

El señalamiento del orden como deben sortearse los premios separados de una lotería no es, desde luego, una previsión de carácter esencial en el perfeccionamiento del contrato. Quien pretende adquirir un billete para participar en el sorteo, no determina su voluntad en consideración del orden como los números de la suerte van a ser escogidos, porque ese orden no aumenta ni disminuye, dentro de la naturaleza aleatoria de la suerte, las probabilidades de obtener el premio. Es una cláusula circunstancial y accesoria, que si se especifica dentro de los planes de una rifa, es por la necesidad forzosa de ejecutarla de alguna manera, no porque la observancia de este o del otro orden estimule mejor la voluntad del que vacila en participar en ella, o de cualquier otro modo sea susceptible de incidir sobre la suerte. De ahí el que pueda omitirse esa determinación previa dentro de los planes generales del re-

glamento y los particulares del sorteo, reservándola para el acto mismo en que ha de iniciarse; o que, establecido con anticipación, pueda luégo modificarse en dicho acto, sin que por ello los jugadores que no alcanzaron el premio puedan válidamente deducir perjuicios jurídicos como consecuencia de tal determinación. (Negocios Generales. Junio 3 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084).....636, 2ª; 637, 1ª y 638, 2ª

— M —

— 222 —

MANDATO (Siempre puede revocarse, aunque exista un contrato legalmente celebrado)

En colisión el principio de la revocabilidad, inherente a todo mandato, con el del respeto a la autonomía de la voluntad consignada en los convenios, predomina la revocabilidad, a pesar del quebrantamiento de la regla de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contrantes. Cuando en uso de la facultad legal de revocabilidad se produce la del respectivo poder, y ésta extingue el contrato de que dependen, nacen para la parte lesionada un interés patrimonial y la correspondiente acción indemnizatoria. (Casación Civil. Agosto 4 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085).....765, 2ª

— 223 —

MANDATO OCULTO

La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferir el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al autorizar el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. (Véase sentencia de casación de 14 de julio de 1947. GACETA JUDICIAL, Tomo LXII, p. 619). (Casación Civil. Julio 4 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084).....423, 2ª

— 224 —

MILITARES (Competencia para el juzgamiento de delitos cometidos por militares con ocasión del ejercicio de funciones policivas atribuídas al Ejército)

Los delitos que se cometan por personas pertenecientes a las Fuerzas Militares, entre las cuales se encuentran las que pertenecen a la que el artículo 131 del Decreto extraordinario número 2136 de 1949 denomina expresamente Policía Militar, por razón del servicio de policía que el gobierno puede confiar a las mencionadas Fuerzas, o por funciones inherentes al mismo servicio, tienen que ser juzgadas por las autoridades militares, porque el fuero conferido por el artículo 170 de la Constitución Nacional y por la Ley 3ª de 1945 no se desvirtúa por la circunstancia de haberse atribuído a las Fuerzas Militares funciones policivas que antes no estaban contempladas en la ley ni en decretos que tienen el carácter de ley. (Casación Penal. Mayo 23 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....509, 1ª

— 225 —

MINISTERIO PUBLICO (No puede promover juicio de nulidad del proceso iniciado por él en ejercicio de la facultad que le confiere la Ley 50 de 1936)

Cuando el Ministerio Público ejercita la acción social que le atribuye la norma del

artículo 2° de la Ley 50 de 1936, su intervención queda agotada con la ejecutoria de la sentencia respectiva, en forma tal que si ese fallo niega la declaración de nulidad, ya aquél no podría promover la anulación del juicio de acuerdo con el artículo 457 del C. J., pues ésta sería una acción nueva y de índole distinta, para la cual no está autorizado. La sentencia, en tal caso, hace presumir que el interés de la moral y de la ley está a salvo, por haber declarado la justicia que el vicio demandado no existe. La intervención de aquel Ministerio queda, pues, clausurada definitivamente. Y si la acción de anulación del juicio se instaura por una parte o persona distinta del Ministerio Público, cualquiera que haya sido el resultado de aquél, tampoco tendrá el Ministerio por qué intervenir, pues ya no se trata de "pedir la declaración de nulidad" a lo cual estaba limitada su atorización legal, ni ya es necesaria su intervención, habiendo confiado los otros interesados a la justicia ordinaria la revisión del proceso.

Esa intervención abstracta del Ministerio Público nada tiene que ver con el interés jurídico-económico que determina las opuestas pretensiones de las partes en un debate judicial. (Casación Civil. Agosto 4 de 1950. T. LXVII. N° 2085).....756, 1ª y 2ª

— N —

— 226 —

NOTIFICACIONES (Autos de los comisionados)

Los autos que dictan los funcionarios comisionados en cumplimiento de una orden superior —en el ramo penal— tienen plena validez jurídica y no necesitan de notificación personal; esas providencias son de simple sustanciación, ya que únicamente se dictan para obedecer y cumplir la comisión e impulsar en esta forma la actuación. No resuelven ningún incidente fundamental del proceso. (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....563, 2ª

— 227 —

NULIDAD DE LA COMPRAVENTA Y REIVINDICACION

Entre las acciones de nulidad del contrato de compraventa y la de dominio o reivindicatoria hay una relación de causalidad o dependencia, porque, declarada aquélla, tienen derecho las partes a que sean restituídas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 del C. C.), estado que no puede obtenerse sino mediante sentencia que decrete la reversión del dominio y entrega del bien de que se trate. (Negocios Generales. Junio 7 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....655, 1ª

— 228 —

NULIDADES (En el incidente de cumplimiento, no puede declararse la nulidad de parte o todo el juicio)

La sentencia en el juicio a que se refiere la nulidad que se pide sea declarada, fue dictada desde hace largo tiempo y está ejecutoriada. Versa ella sobre la orden de rendir cuentas. Lo que ha seguido es el cumplimiento de esa sentencia, tal como cuando se hace una condena en abstracto, y se remite a las partes a otro procedimiento para decidir sobre las cosas o cantidades a que se refiere la condena (artículo 480 del C. J.).

Y como el artículo 456 del mismo Código dice: "En cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo", capítulo dentro del cual se encuentra la nulidad por incompetencia de jurisdicción, que es la invocada, síguese que es improcedente la solicitud. (Negocios Generales. Auto. Julio 3 de 1950. Tomo LXVII. N° 2085).....829, 2ª

— 229 —

NULIDADES (Por incompetencia de jurisdicción)

Es inadmisible la solicitud de declaración de nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción, propuesta después de que un juicio ya ha sido fallado y la providencia que lo decidió está ejecutoriada. (Negocios Generales. Agosto 18 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085) 862, 2ª

— 230 —

NULIDADES (Por ilegitimidad de la personería)

La causal de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial reza, como lo ha sostenido la Corte en numerosos fallos, con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada. (Casación Civil. Junio 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 399, 1ª

— 231 —

NULIDADES (La de incompetencia de jurisdicción no puede ser propuesta en juicio ordinario distinto de aquél en que se incurrió en esta causal)

La causal de incompetencia de jurisdicción del Juez para conocer de un juicio, no está señalada en la ley como motivo de nulidad susceptible de proponerse en juicio distinto, por la vía ordinaria.

En efecto, el artículo 448 del C. J. señala separadamente como causales de nulidad en todos los juicios, por una parte la incompetencia de jurisdicción, y por otra la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio, además de la de ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o en quien figura como su apoderado o representante. En nuestro derecho procesal civil, siguiendo el principio de que ninguna diligencia o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si el motivo de nulidad no está formalmente establecido en la ley, ésta somete la del juicio a determinadas causales, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva en el sentido de que sólo las enumeradas en el Código, la generan.

En la práctica, los motivos de nulidad en relación con el procedimiento han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican, o el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, a la incompetencia de jurisdicción, a la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y a la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas a juicio.

El espíritu que informa el Código al respecto es que la nulidad se pronuncia dentro del mismo proceso en que se produjo. Por excepción, la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o estuvo indebidamente representada en el juicio, puede pedir en otro separado, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de aquél, o puede proponer la causal como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia.

Así, pues, sólo es permitido discutir en otro juicio distinto, al tenor del artículo 457 del C. J., la nulidad de un proceso fenecido, cuando consiste la causal alegada en la ya mencionada falta de citación o emplazamiento, o en indebida representación de la persona que la alega, o cuando se trata de la

nulidad de un remate en juicio, a que alude el inciso 2º del citado precepto. (Casación Civil. Abril 29 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) ....181, 2ª y 182, 1ª y 2ª

— 232 —

NULIDAD (Cuándo puede declararse oficiosamente la de un acto o contrato)

Según la ley y la jurisprudencia, la declaración judicial oficiosa de nulidad absoluta de un acto o contrato no tiene cabida sino en los casos en que su causa legal aparezca de manifiesto en el acto o contrato, esto es, sin lugar a duda o de manera inconcusa. (Casación Civil. Marzo 24 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) 120, 2ª

— 233 —

NULIDADES

La validez o ineficacia de la prueba con que una de las partes busca acreditar los fundamentos de su demanda dentro del juicio no está definida por la ley como causal de nulidad, cuyos motivos taxativamente concreta a la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería y la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio (artículos 448 y ss. del C. J.). (Negocios Generales. Mayo 29 de 1950. T. LXVII. Números 2081-2082) .....347, 2ª y 348, 1ª

— 234 —

NULIDADES

La declaración de nulidad en el proceso penal no está, por disposición de la ley sometida a trámite alguno; siendo la acción penal de carácter esencialmente público, el reconocimiento y declaratoria de las nulidades, cuando ellas existen, se hace de oficio por el juzgador. Las nulidades en lo penal, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil, no se ponen en conocimiento de las partes, y se declaran de plano. Por consiguiente, no son aplicables las disposiciones de los artículos 456 y 395 del Código Judicial, que disponen que el incidente de nulidad se tramite como una articulación. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 584, 2ª

— 235 —

NULIDADES (No es causal de nulidad la falta de la citación a las partes ordenada por el artículo 209 del C. de P. P.)

El artículo 209 del Código de Procedimiento Penal dice que las partes pueden intervenir en la práctica de las pruebas, y que para ejercitar ese derecho, el funcionario o juez, previamente las citará, **si fuere posible.** La citación se cumple mediante el acto de la notificación del auto que ordena la recepción de las pruebas.

La expresión "si fuere posible", que emplea la ley, no implica necesariamente que la **citación** a las partes imperiosamente deba realizarse; **posible** es lo que puede realizarse cuando se dispone de los medios para cumplirlo o llevarlo a efecto. Pero cuando existen dificultades que no dan base para realizar la citación de que habla el artículo 209, la prueba debe practicarse en cumplimiento del acto que la ordena, pues no se puede sacrificar el contenido de la investigación y su resultado (verdad material de los hechos investigados) al contenido formal de una disposición, que condiciona la eficacia del precepto a la posibilidad de que se pueda realizar, pero no prohibe la práctica de la prueba cuando la **citación** previa a las partes no puede realizarse.

La falta de citación de las partes —para cumplir con el contenido del artículo 209 del C. de P. P.— no es causal de nulidad, ora porque la ley no la erigió como tal, ya tam-

bién, porque la citación no implica una orden imperativa de previo cumplimiento por el funcionario, sino que se subordina a la simple posibilidad de que pueda efectuarse. (Casación Penal. Junio 30 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....563, 2ª

— 236 —

NULIDADES (No se puede declarar la de un proceso penal o de parte de su actuación, después de que el proceso ha concluído)

Es extemporánea e improcedente la solicitud de que se declare la nulidad de un proceso penal o de parte de la actuación del mismo, después de que dicho proceso ha concluído, porque de conformidad con los artículos 200 a 202 del Código de Procedimiento Penal, las nulidades se alegan en cualquier estado del proceso, o en el recurso de casación, si ya se dictó sentencia de segundo grado; y porque, de acuerdo con el artículo 146. (3°) del C. J., "La jurisdicción se pierde en uno o más asuntos determinados: ...3° Por la terminación del juicio, diligencia, recurso o comisión". (Casación Penal. Junio 16 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....532, 1ª y 2ª

— 237 —

NULIDADES DEL PROCESO PENAL (Por falta de fijación de la cuantía del robo o del hurto)

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 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 1, 2, ley 4ª de 1943), o bien a la individualización de la pena, según la cuantía de lo hurtado o robado (artículos 392, numeral 2°; 399, 400 y 403 del C. P.).

Lo primero —inexistencia del delito por falta de objeto material y daño inmediato— habrá que alegarlo con base en la causal segunda, si se trata de procesos ventilados ante los Jueces de Circuito; y lo segundo —aplicación de la pena— será propio de la causal primera. (Casación Penal. Enero 28 de 1950. Tomo LXVII. N° 2080).....40, 1ª

— 238 —

NULIDADES EN EL SUMARIO

Según el artículo 62 del C. de P. P., el funcionario de instrucción puede practicar averiguaciones sobre delitos cometidos, no sólo en el territorio de su jurisdicción, sino sobre los perpetrados en otro lugar distinto, pero dentro del circuito o distrito en que los delincuentes deban ser juzgados.

Y el artículo 69 del mismo Código procesal establece que las diligencias practicadas por un funcionario de instrucción, aunque no sea el competente, no son nulas, pues estatuye que la colisión de competencias durante la investigación sumaria ni suspende ésta ni hace que se anule lo actuado. Es más: el artículo 70 dice que si se suscita una colisión de competencias entre varios jueces, "todos ellos estarán obligados a practicar, dentro del territorio de su respectiva jurisdicción, las primeras diligencias de investigación". (Casación Penal. Enero 27 de 1950. Tomo LXVII. N° 2080).....31, 1ª y 2ª

— 239 —

NULIDAD DEL PROCESO PENAL (Por error en cuanto al lugar en que se cometió la infracción)

Refiriéndose al lugar donde se cometió la infracción, en el auto de proceder se habla de "Puchalito", "Guachalito" y "Guichalito", como punto de la sección de "Santana, de la comprensión municipal de El Espino",

en la parte motiva, y en la resolutiva, se denomina el paraje como "Cuchalito".

Pero esa divergencia no implica nulidad, porque no cabe duda alguna sobre el lugar en que la infracción se realizó. La ley de procedimiento penal y la jurisprudencia exigen que en el pliego de cargos que se le formulen al acusado, se especifique el delito con todas sus circunstancias de sujeto activo, sujeto pasivo, lugar y tiempo del delito", para que de esa manera no haya confusión posible acerca del ilícito realizado por el delincuente y éste pueda ser reprimido a base de lo que hizo y de su peligrosidad.

En el presente negocio, indudablemente hubo una equivocación en el nombre del sitio donde se realizó el delito, que en vez de ser "Guichalito", se denominó "Cuchalito" en la parte resolutiva del auto de proceder. Pero ese error fue simplemente formal, no de sustancia, porque los demás factores territoriales, como la vereda (Santana) y el municipio (El Espino), donde tuvieron ocurrencia los hechos, están correctamente especificados, y eso basta para despejar toda duda al respecto. (Casación Penal. Enero 27 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) 31, 2ª

— 240 —

NULIDADES (Por haber sido reemplazado ilegalmente un miembro del Jurado)

La anulación del proceso por haber sido reemplazado ilegalmente alguno de los miembros del Jurado que había sido designado en legal forma, y por no haber sido reemplazado el designado ilegalmente, está subordinada a la condición de que el que solicite la nulidad haya hecho el respectivo reclamo, en el acto del sorteo, o dentro de los cinco días posteriores a esa diligencia. (Casación Penal. Diciembre 9 de 1949. T. LXVII. Número 2080) 11, 2ª

— 241 —

NULIDADES

No invalida la actuación por motivo de una nulidad constitucional el hecho de que el defensor abandone por un tiempo la defensa porque en él concurra un impedimento para seguir ejerciéndola, como es el de haber sido designado funcionario público, pues es a él a quien corresponde poner en conocimiento del Tribunal este hecho, con el fin de que se lo haga saber al procesado para que éste designe un nuevo defensor o, caso de que no lo haga, el Tribunal le nombre uno de oficio.

Como lo dice la Procuraduría: "Una cosa es que al acusado se le venza sin estar asistido de un defensor, como lo requieren nuestras instituciones republicanas, por culpa del Poder Público, en virtud de que éste no se lo designó, o de que no le dio todos los medios adecuados para que pudiera ejercer su cargo; y otra cosa muy distinta es que el defensor nombrado por el procesado o por el Juez no desempeñe debidamente su cometido. Lo primero es un juzgamiento arbitrario, por cuanto desconoce el derecho de la defensa, y entonces la ley garantiza este derecho con la sanción de nulidad de lo actuado. Lo último es una culpa ajena al Poder Público y predicable únicamente del propio defensor, y entonces las consecuencias de su gestión incumplida, dentro del proceso, no son otras que las multas sucesivas que autoriza el artículo 107 del Código de Procedimiento, pero la actuación procesal es válida". (Casación Penal. Febrero 24 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) .....104, 1ª y 2ª

— 242 —

NULIDADES (Por error en cuanto a la época en que se cometió la infracción)

Para que haya nulidad del proceso, se requiere que la duda o el error sean en cuanto

a la época en que se cometió la infracción, y no sólo en cuanto a la fecha. (Casación Penal. Mayo 9 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 282, 2ª

— 243 —

NULIDADES (Por incompetencia de jurisdicción)

La nulidad por incompetencia de jurisdicción se determina por la falta de competencia del funcionario para administrar justicia en cada caso concreto. Los términos jurisdicción y competencia no son sinónimos: el primero tiene un carácter general e implica la potestad que el Estado confiere a sus funcionarios para administrar justicia, y el segundo circunscribe esa facultad general para juzgar los delitos, en relación con la naturaleza del hecho, el lugar y la persona. (Casación Penal. Mayo 16 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 287, 1ª

— O —

— 244 —

OPINION (Cuándo es causal de impedimento)

La opinión sobre el asunto materia del proceso —que la ley enuncia como materia de recusación o impedimento— no se limita a la surtida fuéra de la función jurisdiccional, sino que comprende —como ya lo ha dicho la Corte— los actos jurisdiccionales de fondo cuya validez presupone un razonamiento, una deducción, un juicio, es decir, una opinión o concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos que los integran y componen.

Para que exista, pues, legalmente este impedimento, se requiere que el Juez o Magistrado haya dictado el auto de proceder contra el procesado o una providencia de fondo en la que hubiere dado su opinión o concepto sobre lo sustancial del negocio, y luégo, como funcionario de superior jerarquía tuviera que revisar una de esas providencias. Pero el impedimento no existe, por lo tanto, si las actuaciones del Juez o Magistrado, como funcionario de inferior jerarquía en la rama jurisdiccional, recayeron sobre problemas ajenos a lo esencial del asunto, como por ejemplo, sobre actuaciones referentes a la libertad del sindicado y a la acumulación de los negocios que contra éste se seguían, en las que no se contemplaron cuestiones de fondo relacionadas con la prueba ni podía haber deducciones de carácter jurídico sobre la responsabilidad ni sobre la naturaleza del hecho que originó el proceso. (Casación Penal. Auto. Agosto 22 de 1950. T. LXVII. Número 2085) 798, 2ª

— 245 —

OPINION (Cuándo es causal de impedimento)

La Corte en la interpretación del artículo 73, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal, acepta como causal de impedimento el hecho de que el Juez o Magistrado haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso. Pero esta opinión o concepto que el funcionario emite sobre el negocio debe vincularse a temas fundamentales del proceso, como son los relativos a la imputabilidad o responsabilidad. Lo esencial para la admisión del impedimento es que el pensamiento del funcionario se traduzca en una providencia de fondo, para luégo, con posterioridad a este auto, invocar la causal. (Casación Penal. Mayo 2 de 1950. T. LXVII. Nos. 2081-2082) .....270, 2ª y 271, 1ª y 2ª

— P —

— 246 —

PARENTESCO (Su prueba en un proceso penal)

La Corte, en algunas oportunidades, ha sostenido la tesis de que en el proceso penal, por causa del interés público que lo anima e

impulsa, bastan —como medios de prueba del vínculo de parentesco— el testimonio o la confesión, sin necesidad del que prescribe la ley civil; pero ella, al sostener tal tesis, sólo ha querido darle un carácter relativo y subsidiario, y como contra ella se continúan dirigiendo serias objeciones, cree oportuno explicarla en todo su alcance.

Doctrinariamente, en el proceso penal rige y domina el principio de la libertad de la prueba, principio que —a su vez— se funda en uno de los fines específicos del proceso, o sea, en el poder-deber de investigar la verdad efectiva, material e histórica de los hechos, lo que significa que todo objeto puede ser probado con cualquier medio probatorio, a menos que lo impida la ley o la ética social.

El principio de la libertad de la prueba —que no rige en el proceso civil— tiene limitaciones o prohibiciones (según Florián) las cuales son **absolutas** si afectan el objeto, como la inadmisibilidad de la prueba pericial para establecer la peligrosidad, la habitualidad y la tendencia al delito, y **relativa** si únicamente afecta al medio de prueba, como la prueba de las condenas o antecedentes penales mediante la testimonial, o el estado civil con medios distintos a la documental, ello en virtud de otro principio adoptado en el Derecho Procesal: el de que entre el medio y el objeto de prueba la relación es tan estrecha, que ellos son inseparables.

Rocco, autor del actual Código italiano, al explicar el artículo 308, según el cual "las limitacionse que las leyes civiles establecen en relación con la prueba no se observan en el procedimiento penal, excepto las que conciernen al estado de las personas", concluye afirmando que "no se puede admitir diversidad de juicio en esta delicadísima materia, en la cual es demasiado evidente, para que sea necesario demostrarlo, que debe prevalecer la prueba civil".

Análogo fue el criterio de la Comisión que elaboró el Código Colombiano, inequívocamente manifestado al discutir el proyecto del artículo 22, cuya fórmula primitiva fue la siguiente: "En todo caso la prueba y decisión de las cuestiones civiles o administrativas, que es llamado a juzgar el Juez que conoce de los procesos penales, se sujetarán a las disposiciones del Derecho Civil o Administrativo". La fórmula adoptada fue la consecuencia de la exposición del Vocal doctor Rueda Concha, quien — comentando la fórmula principal del Vocal doctor Escallón — dijo: "El artículo comprende dos cuestiones: una que se refiere a materias de Derecho Civil o Administrativo; otra, que se refiere a la materia de las pruebas. En cuanto al Derecho sustantivo Civil o Administrativo, el Juez Penal tiene que sujetarse a lo que aquél prescribe; en cuanto a la calificación de la prueba, debe prescribirse exactamente lo mismo, porque según muchísimos y autorizados expositores, las disposiciones sobre prueba son de derecho sustantivo. Por último, en cuanto al procedimiento o tramitación, el Juez Penal no queda sujeto a legislación civil".

Siendo aquéllos el propósito del legislador y la razón de los tratadistas, tampoco podría afirmarse categóricamente que el interés público del proceso penal se contraponga al interés público del estado civil, y así la prueba del matrimonio, como acto jurídico solemne que es, no obstante su carácter consensual, se subordina a las formas del Derecho Civil, trátese del elemento constitutivo de la especie "asesinato", o de otras infracciones que atacan la organización familiar, como el incesto y la bigamia, o sean materia de cuestión prejudicial ante el Juez Civil o de calificación del sumario en el proceso penal.

Del estudio de estos problemas, el Profesor Rocha deduce la tesis de que siendo el matrimonio un acto solemne, su prueba no puede ser otra sino el certificado del registro civil; a falta de éste, otros documentos auténticos, o declaraciones de testigos que

lo presenciaron, y, finalmente, si éstos también faltaren, la posesión notoria de aquel estado, descartando — finalmente — la confesión, prueba que no se adoptó, ni en la ley material ni en la ley procesal. (Casación Penal. Diciembre 9 de 1949. Tomo LXVII. Número 2080) ..... 12, 2ª y 13, 1ª y 2ª

NOTA — Uno de los Magistrados salvó el voto sosteniendo que la tesis de la Corte es "jurídica, en principio, pero exagerada en sus consecuencias y desde luego resulta inobjetable, en ciertos casos en que el estado civil hace parte del cuerpo del delito mismo, como en la bigamia y el incesto". (Véase T. LXVII. Nº 2080, pág. 15).

El Relator

— 247 —

PARTE CIVIL (No puede ser considerada como parte no recurrente en el recurso de casación que fue interpuesto por el procesado, por su defensor o por el Ministerio Público)

Como ya lo dijo la Corte en auto de agosto veintiséis de mil novecientos cuartenta y siete: "La Corte ha entendido, y así ha venido practicándolo, que la parte no recurrente de que habla el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal, es aquella que dejó de recurrir teniendo derecho de hacerlo. Y estando delimitada la actividad de la parte civil exclusivamente a lo relativo de la indemnización de los perjuicios, no debe considerarse como parte no recurrente cuando se ha interpuesto la casación en lo atañadero a la pena o la responsabilidad o a cualquier motivo distinto del resarcimiento de los daños causados por el hecho delictuoso.

Cierto es que a la parte civil no se le puede desconocer su condición de parte en el proceso y que en su ejercicio puede en las instancias pedir pruebas para demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad (artículo 123 del Código de Procedimiento Penal); pero, se repite, toda su actividad debe ir enderezada a demostrar los daños sufridos y si el recurso no se refiere a ellos, mal puede dársele cabida para los efectos de la casación".

La fuerza de la anterior doctrina está precisamente en circunscribir el alcance único que tiene la intervención de la parte civil dentro del proceso penal, limitándola a los solos efectos que la ley le otorga, o sea a la indemnización de los perjuicios derivados del delito. Considerar como parte no recurrente a la civil que no ha interpuesto el recurso de casación para efectos del artículo 564 del Código Procesal Penal, no es otra cosa que determinar que esa parte, cuando no ha hecho uso del derecho de recurrir en casación contra la sentencia del Tribunal, no puede intervenir en un recurso extraordinario, que interpuesto por el procesado o su defensor, queda circunscrito al examen de los fundamentos legales del fallo de instancia en cuanto dice relación a la responsabilidad.

De otra suerte, se facultaría a la parte civil para intervenir en un debate ya cancelado en cuanto a su objetivo procesal referente a los daños civiles, interfiriendo la materia propia de la casación que está apenas limitada al examen de las causales alegadas que digan relación a la responsabilidad penal, con prescindencia de toda otra cuestión que no haya sido objeto del recurso, esto por la separación que existe en la ley para las dos clases de recursos. (Casación Penal. Auto. Agosto 11 de 1950. T. LXVII. Nº 2085) ... 778, 2ª y 779, 1ª

— 248 —

PARTICIÓN (La cartilla de adjudicación no es por sí sola prueba de dominio frente a terceros)

Bien sabido es que la partición herencial tiene un efecto meramente declarativo de propiedad, como se desprende del artículo 1401 del C. C. Esta condición legal fija la fuerza que tiene la hijuela del adjudicatario como título destinado a probar su dominio. Aisladamente considerada la cartilla de ad-

judicación no forma prueba de dominio cuando se hace valer contra terceros; la prueba debe completarse agregando los títulos que el difunto poseía sobre la cosa; pero entre coherederos, la sola cartilla demuestra su derecho exclusivo. (Casación Civil. Julio 24 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) . . . . . 418, 1ª y 2ª

— 249 —

PARTICION (Las reglas generales contenidas en el artículo 1394 del C. C. no son susceptibles de quebranto directo)

La Sala de Casación Civil de la Corte, en antigua y reiterada doctrina ha explicado que si lo que constituye el elemento formal en el artículo 1394 del C. C., lejos de ser invariable, está dotado de cierta elasticidad para su manejo circunstancial por los partidores, carece de la firmeza y rigidez necesarias para poder ser objeto adecuado de quebranto directo, y por tanto no son esas reglas generales preceptos que puedan dar base a la acusación por quebranto directo, pues en tales condiciones es claro que sobre su móvil aplicación no se puede estructurar la uniformación que constituye el objetivo primordial del recurso de casación. "Hecha la liquidación de la herencia —dijo la Corte en sentencia que corre publicada en el T. LV, página 26 de la Gaceta Judicial— procede su distribución entre los asignatarios señalando a cada uno de los asignatarios los bienes singulares que le correspondan según su llamamiento, para lo cual la ley señala al partidor reglas que debe acatar en la realización de esas operaciones. Pero estas reglas, las contenidas en los numerales 3º, 4º, 7º y 8º del artículo 1394 del C. C., a que se refiere la acusación que se estudia, como se desprende de su propio tenor literal en que se usan expresiones como "si fuere posible", "se procurará", "posible igualdad", etc., no tienen el carácter de normas o disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente las relativas a los predios sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición".

Y en sentencia publicada a páginas 159 del T. XLV de la GACETA JUDICIAL, había dicho la Corte: "Las reglas 3ª y 4ª del artículo 1394 del C. Civil, sobre partición de bienes hereditarios, no son absolutas, sino relativas, y por lo mismo no puede decirse en manera alguna que se trata de principios concretos de derecho positivo, y que su infracción constituya la causal de casación consistente en violación de la ley sustantiva". (Casación Civil. Abril 12 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) . . 153, 1ª y 2ª

— 250 —

PARTICION (Cuándo puede ser estudiada por la Corte en casación)

Dentro del juicio de sucesión o división de bienes comunes —ha dicho la Sala— la Corte no tiene más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes partibles, que la articulación de las objeciones oportunamente propuestas ante el Juez. (Casación Civil. Mayo 12 de 1950. T. LXVII. Nos. 2081-2082) . . . 190, 2ª

— 251 —

PARTICION (Cuándo puede ser improbada de oficio por el Juez)

La facultad oficiosa judicial, para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, sólo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero, en manera alguna, cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar unánime y legítimamente lo que quieran al margen de las reglas legales sobre partición de la herencia. (Casación Civil. Mayo 12 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 190, 2ª

— 252 —

PENSIONES DE JUBILACION (La Sala de Negocios no puede revisar las sentencias en que las reconoció)

La Sala de Negocios Generales de la Corte carece de competencia para revisar sus propias sentencias por medio de las cuales reconoció pensiones vitalicias de jubilación apoyada en lo dispuesto en el artículo 7º de la ley 114 de 1913, porque de conformidad con el artículo 164 de la ley 167 de 1941 la revisión de reconocimientos que al Tesoro Público impongan obligación de cubrir una suma periódica de dinero, es de competencia de las autoridades de lo Contencioso Administrativo. (Negocios Generales. Junio 26 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084) ... 674, 1ª y 2ª

— 253 —

PERITAZGO (No es la única prueba conducente para comprobar la violencia en los delitos en que ésta es uno de los elementos del delito)

La ley procesal (artículo 311) establece la prueba pericial para comprobar la violencia cuando ella constituye elemento del delito (el robo y la extorsión, por ejemplo), mas ello no significa que esa prueba sea la única eficaz, ya que tratándose de huellas o señales accesibles a los sentidos, la prueba testimonial puede sustituir a la pericial, lo mismo que a la inspección ocular o al reconocimiento judicial, sin mengua alguna de los intereses del procesado y del proceso. (Casación Penal. Marzo 21 de 1950. T. LXVII. Nos. 2081-2082) .....216, 2ª y 217, 1ª

— 254 —

PERITAZGO (Su valor probatorio)

El dictamen pericial es un medio probatorio; pero el perito no es juez. Lo ayuda e ilustra, no lo sustituye. (Casación Civil. Abril 17 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) .....161, 2ª y 162, 1ª

— 255 —

PERITOS (Honorarios de)

En el presente negocio se busca la revisión de la sentencia de excepciones en que se declara que no es suficiente motivo legal para ordenar la terminación de un juicio en que se cobran unos honorarios de unos peritos, señalándolos a éstos en el acta de una diligencia de deslinde, el hecho de que tal diligencia fuera declarada nula por el Tribunal, y que la fijación de los emolumentos la hiciera el Juez comisionado que practicó con los peritos la demarcación de la línea divisoria, sin facultad para ello.

La circunstancia de que el acto en cuestión fuera incapaz de producir efecto, en orden al propósito de la parte que lo solicitó, es decir, en cuanto a la determinación de la línea divisoria, no es razón para que el trabajo ejecutado, la misión cumplida, encomendada a los peritos, quede sin remuneración.

Pero si esto es así y la providencia recurrida no tiene reparo por tal aspecto, sí lo tiene en cuanto a la fijación de los honorarios de los peritos por el Juez comisionado, quien no tenía autorización legal para ello, pues no se la otorgó el comitente. Por tal aspecto, la sentencia de excepciones en juicio ejecutivo que se revisa, le dio validez como título ejecutivo a un instrumento que carecía de mérito legal, por provenir de un funcionario sin facultad necesaria al efecto. Y no interesa el que la respectiva demanda ejecutiva no se hubiera excepcionado sobre el particular, porque se trata de jurisdicción improrrogable. (Casación Civil. Julio 8 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) ...429, 1ª

— 256 —

PERJUICIOS (Requisitos para que prospere la acción indemnizatoria)

Como es sabido, una demanda de indemnización ha de basarse en actos u omisiones culposos, en un daño y en la relación de causalidad entre aquéllos y éste. Aunque haya daño, no hay lugar a indemnización a cargo de quien no es culpable, y aunque haya culpa no prospera la acción civil indemnizatoria si no hay daño. Ambos extremos son indispensables, como también su conexión antedicha de causalidad. La falta de uno cualquiera que sea de estos elementos hace fracasar las pretensiones del actor. Y tanto es esto así que, en tal evento, hasta innecesario o inoficioso es estudiar lo atañedero a los elementos restantes. - (Casación Civil. Abril 17 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 161, 2ª

— 257 —

PERJUICIOS (Su liquidación)

Aunque el peritazgo era uniforme y como tal hacía plena prueba, si en él se tomó en cuenta para hacer el avalúo de la indemnización debida por perjuicios un renglón que fue excluído de las bases que para la liquidación se dieron en el fallo condenatorio de cuyo cumplimiento se trata, no cabe duda que al hacer la fijación del monto debido debe deducirse del total señalado por los peritos una cantidad igual a la en que se ha estimado por éstos la indemnización debida por ese concepto o renglón. (Negocios Generales. Auto. Agosto 17 de 1950. T. LXVII. Nº 2085) 845, 2ª

— 258 —

PERJUICIOS (En caso de incumplimiento de un contrato, no hay obligación de indemnizar los mediatos)

Limitándose el daño indemnizable en casos de incumplimiento de obligaciones contractuales, a resarcir los de carácter emergente y lucro cesante, que no vayan más allá de lo que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, quedan excluídos los daños mediatos e indirectos, esto es, los que son consecuencia remota de ese incumplimiento y sin necesaria relación con aquéllos. (Casación Civil. Agosto 4 de 1950. T. LXVII. Nº 2085) 764, 1ª

— 259 —

PERJUICIOS FUTUROS

El menor estaba en incapacidad de enriquecer su propio patrimonio económico o el de sus padres con ninguna clase de actividades, ya que las que a su edad podía cumplir en servicio de éstos, no comportaban una retribución siquiera equiparable a la cuantía que necesariamente debían representar los gastos de su congrua subsistencia a que estaban obligados los padres. Y respecto del futuro, no hay base ninguna que permita aceptar como cierto el menoscabo que en su patrimonio físico hubieran podido sufrir los

demandantes, para hacerlo objeto de reparación; las naturales esperanzas que los padres pudieran alimentar sobre el porvenir del hijo, o sobre el modo como éste pudiera auxiliar más tarde sus necesidades, al fin y al cabo, no tenían para la fecha del accidente otra significación que la de simples espectativas, pero no la de derechos patrimoniales ciertos aunque futuros, arrebatados o siquiera lastimados por la muerte del menor. (Negocios Generales. Agosto 28 de 1950. T. LXVII. N° 2085).....883, 1ª y 2ª

— 260 —

PERJUICIO MORAL SUBJETIVO

La regulación del monto de la reparación debida por el perjuicio moral subjetivo no puede hacerse mediante razonamientos capaces de fijar precisamente sus proyecciones en lo económico, como acontece con la del perjuicio puramente material o con el moral objetivado. De ahí el por qué, siendo la aflicción un hecho que se impone a la conciencia del sentenciador como consecuencia natural del evento que la origina, su regulación en dinero deba hacerse con el simple criterio de satisfacción o afirmación del derecho sobre la injusticia, más bien que como reparación suficiente a restablecer el equilibrio moral roto por el daño, insusceptible, por su naturaleza, de toda cuenta o medida. (Negocios Generales. Agosto 28 de 1950. Tomo LXVII. N° 2085).....883, 2ª

— 261 —

PERSONAS MORALES (Su responsabilidad civil)

Enseña el artículo 2341 del C. C. que "El que ha cometido un delito o culpa, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

En la doctrina de esta disposición se halla comprendida, en principio, la responsabilidad de las personas morales por razón de los actos culposos de sus agentes, ejecutados en ejercicio de sus funciones. Porque, como lo enseñan los hermanos Mazeaud, "El agente de la administración es el órgano de la persona moral pública. Y toda persona moral debe responder de los actos de sus órganos, porque son sus propios actos, como toda persona física responde del movimiento de sus manos. Cuando el órgano obra como órgano es la misma persona moral quien obra. Cuando el agente de la administración obra en su condición de agente, es la persona moral pública quien obra. Esta norma resulta de la concepción misma de la personalidad moral: la persona moral obra por medio de sus órganos; los actos de éstos son sus propios actos, y a este título debe responder". (Traité Theorique et Practique de la Responsabilité Civil, Tomo 3º, página 39, número 2008-4). (Negocios Generales. Agosto 17 de 1950. Tomo LXVII. N° 2085)..858, 2ª

— 262 —

PERSONERIA (Al demandante corresponde la prueba de su personería y de la del demandado)

Dentro del conocidísimo principio de derecho conforme al cual corresponde al demandante la carga de la prueba, el actor está obligado a acreditar no sólo su propia personería, sino también la de la persona o entidad contra quien dirige la acción, por cuanto una y otra constituyen presupuestos procesales necesarios para la viabilidad jurídica de la controversia. Con la sola diferencia de que, tratándose de la primera, esa prueba debe producirse forzosamente con la demanda, en tanto que la correspondiente a la segunda puede ser reservada para el respectivo término probatorio, como así se deduce del contenido del artículo 231 del C. J., cuando dice: "El demandante no está obligado a

presentar con la demanda la prueba de que la persona a quien designa como representante del demandado, lo es en realidad; si el designado se da por tal, sin serlo y sin hacer objeción alguna, se hace responsable de los perjuicios que por el engaño se ocasionen a las partes".

Y es porque, dentro de la suerte misma de los derechos controvertidos en el juicio, la legitimación de la personería de las partes que en él intervienen, es cuestión que sólo interesa al demandante. Porque si la representación del demandado es defectuosa, el resultado final será el de una actuación tocada de nulidad, que sólo al demandante puede perjudicar; para el demandado, en cambio, la actuación que así se adelantara, si susceptible de ocasionarle perjuicios de que el presunto representante debe responderle, no puede comprometer, sin embargo, la eficacia misma de los derechos que pretendieron discutírsele, porque jurídicamente será siempre **res inter alios.** Luego, siendo el interés la causa de la acción, al demandante en quien radica ese interés, corresponde el deber de comprobarla. (Negocios Generales. Mayo 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) 335, 2ª

— 263 —

PETROLEOS (Acción accesoria de suspensión)

El artículo 28 de la ley 37 de 1931 fue sustituído por el artículo 7° de la ley 160 de 1936, que suprimió las referencias expresas que aquella disposición hacía a los artículos 407 y siguientes del anterior Código Judicial. De donde se sigue que la acción accesoria llamada "de suspensión", que solamente se dejó vigente en el actual Código Judicial "para los efectos del artículo 28 de la ley 37 de 1931" — según reza el artículo 1229 de dicha obra — ni siquiera tiene hoy cabida en los juicios ordinarios sobre petróleo seguidos por el Estado, como ocurría en los casos previstos por la disposición que fue sustituída.

Por esto cuando el artículo 7° de la ley 160 de 1936 habla de la caución que puede dar el demandado para **hacer cesar la suspensión,** tales expresiones no pueden tener otro sentido que el siguiente: si el demandado por la Nación no presta caución suficiente de conservación y restitución del inmueble y por eso el demandante pide el secuestro, se le suspende al demandado el goce de la cosa: no desde que se profiera contra él sentencia desfavorable y definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada (artículo 959, inciso 1°, del C. C.), ni desde que la Nación obtenga sentencia favorable de primera instancia (artículo 275 del C. J.), sino desde la presentación de la demanda (artículo 7°, inciso 5° de la ley 160 de 1936).

Es claro que en estos juicios sobre dominio en materia de petróleos el demandante puede impetrar las medidas preservativas de la cosa demandada de que trata el artículo 959 del Código Civil, pero siendo entendido que esas medidas no pueden ser hoy otras que el secuestro previsto expresamente en el artículo 275 del C. J. en vigencia, única disposición procedimental que reglamenta la facultad concedida en aquella norma. Sin embargo, la oportunidad para el secuestro es distinta según los casos: si el demandante es la Nación, el secuestro podrá solicitarse desde la presentación de la demanda, de acuerdo con el artículo 7° de la ley 160 de 1936; mientras que si se trata de un demandante particular, tal secuestro sólo podrá pedirse desde que se obtenga sentencia favorable de primera instancia, de conformidad con la norma general del precitado artículo 275 del C. J. (Negocios Generales. Mayo 23 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) .....346, 1ª y 2ª

— 264 —

PETROLEOS

A no dudarlo, bien se puede afirmar que tanto el Tribunal como el señor Procurador Delegado en lo Civil han informado su criterio, para llegar a la conclusión en que están acordes, de que el Tribunal no tiene competencia y la demanda es inepta, en considerar que las peticiones que se formulan en la demanda sobre exclusión de los terrenos o haciendas de que ella trata, de la superficie del globo general a que se contraen las propuestas hechas, una vez que se declare que el subsuelo es de propiedad particular, tienen el carácter de oposición a dichas propuestas, sin considerar asimismo que una petición de tal naturaleza es apenas la consecuencia jurídica obligada de la declaración de dominio, porque es lógico suponer que, aún sin que lo pidiera el demandante al hacer la declaración de dominio particular, implícitamente se dispondría que el terreno sobre el cual versa quedara excluído de las propuestas o del contrato ya celebrado, por cuanto precisamente esa es la finalidad práctica que se persigue con esta clase de litigios, y no una mera declaración platónica de dominio, como lo dijera esta Sala al conocer de un caso semejante al que hoy ocupa su atención. (Negocios Generales. Mayo 23 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082).....343, 2ª

— 265 —

PETROLEOS (Los opositores deben demostrar el hecho de la superposición de los terrenos)

Los opositores afirman que dentro del lote de la propuesta se encuentra comprendido un terreno —el descrito en el hecho 3º de la demanda— cuyo subsuelo es de propiedad particular. De consiguiente a ellos les correspondía, tanto por esta circunstancia, cuanto por la índole de sus pretensiones, demostrar el hecho de la superposición alegada.

Ocurre, sin embargo, que esta prueba no se ha aportado al proceso. Los opositores se han limitado a anotar la circunstancia de que el río San Alberto del Espíritu Santo figura como lindero del terreno de la oposición. Pero es claro que esto solo no es suficiente para demostrar la superposición alegada, ya que puede suceder que únicamente se trate de terrenos limítrofes, o que el río San Alberto del Espíritu Santo le sirva de lindero a uno y otro terreno en distinto sector de su curso. (Negocios Generales. Mayo 20 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082). 340, 2ª y 341, 1ª

— 266 —

PETROLEOS (Caso de la acción de suspensión)

Como ya lo dijo la Corte en reciente providencia de 23 de mayo de 1950, "El artículo 28 de la ley 37 de 1931 fue sustituído por el artículo 7º de la ley 160 de 1936, que suprimió las referencias expresas que aquella disposición hacía a los artículos 407 y siguientes del anterior Código Judicial. De donde se sigue que la acción accesoria llamada "de suspensión", que solamente se dejó vigente en el actual Código Judicial "para los efectos del artículo 28 de la ley 37 de 1931" —según reza el artículo 1229 de dicha obra— ni siquiera tiene hoy cabida en los juicios ordinarios sobre petróleo seguidos por el Estado, como ocurría en los casos previstos por la disposición que fue sustituída". (Negocios Generales. Agosto 24 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085).....869, 2ª

— 267 —

PETROLEOS

Sin duda el precepto del artículo 24 de la ley 37 de 1931 no indica por qué medios habrá de comprobar el contratista que no ha encontrado petróleo en cantidad comercial, si pretende que anticipadamente se ponga fin a ese contrato; mas, si se tiene en cuenta que el objeto sustancial de la exploración contractual son las perforaciones con taladro, lógicamente hay que concluir que sólo por este medio puede efectuarse dicha demostración. Por lo tanto, no basta a este propósito el simple resultado desfavorable de los estudios geológicos, ya que éstos no son sino como un paso dentro del objeto primordial de la exploración, cuyo proceso sólo culmina mediante las perforaciones con taladro. (Negocios Generales. - Junio 27 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .688, 2ª

— 268 —

PETROLEOS (La obligación del contratista de perforar se hace imperiosa desde el momento en que concluye la etapa de estudios geológicos inherentes a la exploración con taladro)

La legislación colombiana sobre petróleos regula por separado la exploración superficial y la exploración con taladro, pues al paso que la primera se declara libre en todo el territorio de la República, la segunda sólo puede llevarse a cabo mediante la celebración de contratos con el Gobierno, cuando se trata de petróleos de propiedad nacional.

Según el sentido de esta distinción, la exploración superficial tiende a averiguar las **posibilidades petrolíferas** de un terreno basándose en los estudios geológicos y geofísicos, cuyos distintos procedimientos hacen parte de esta estapa preliminar de la industria, en tanto que la exploración con taladro tiene por objeto verificar, por medio de sondeos o perforaciones, si evidentemente existe en el terreno el petróleo presupuesto, en cantidades comercialmente explotables.

No obstante lo dicho, se ha suscitado la creencia de que la exploración contractual abarca dos géneros de trabajos distintos: los de exploración geológica superficial y los de perforación con taladro. Se argumenta que según el artículo 4º de la ley 160 de 1936, que hoy sustituye al 18 de la ley 37 de 1931, "por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleo en cantidades comercialmente explotables". Y se agrega que si en los contratos de petróleos se estipula, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo 4º de la ley 160 de 1936, que dentro de la concesión debe instalarse un equipo completo de perforación por lo menos seis meses antes de vencerse el período inicial de exploración, es porque se ha querido que en esta etapa inicial se ejecuten por el contratista dos clases de trabajos perfectamente diferenciados: en los últimos seis meses los de perforación con taladro, y en el lapso anterior los geológicos superficiales.

Pero si esta deducción, aparentemente de tanto peso, tuviera el alcance dicho, ¿cómo podría armonizar con el artículo 16 de la ley 37 de 1931, que inequívocamente establece que el objeto de las propuestas es el de contratar la **exploración con taladro** y la explotación de petróleos?

Para la Corte, no existe ciertamente contradicción o incongruencia entre las disposiciones de que se viene hablando, entendidas como deben serlo dentro de las modalidades especiales de la industria del petróleo. Si dentro de la exploración con taladro, considerada por su aspecto técnico, caben los estudios geológicos y geofísicos, como partes integrantes de ella, o mejor como medios con frecuencia indispensables para proceder adecuadamente a las perforaciones, no pue-

de hallarse discordancia alguna entre unos y otros preceptos de la legislación de petróleos. El objeto sustancial del período contractual de exploración continúan siendo las perforaciones con taladro, mas como al desarrollo y cumplimiento de esta obligación no son ajenos los estudios geológicos y geofísicos, ya para alcanzar un conocimiento más completo de la región, ya para precisar con exactitud el sitio o sitios más aconsejables para los sondeos, por eso quedaron comprendidos tales estudios dentro de la etapa de exploración. No se trata, pues, de dos géneros de trabajos distintos y autónomos, sino de un todo o unidad que se desarrolla por etapas, hasta llegar al objeto propio del período de exploración: las perforaciones con taladro.

Ni siquiera vale alegar contra esta argumentación que el contratista sólo está obligado a perforar durante los últimos seis meses del período inicial de exploración, o de ahí en adelante si hay lugar a las prórrogas previstas por la ley. No dice ésta, en efecto, que el equipo o los equipos de perforación deben instalarse seis meses antes de terminar dicha etapa inicial, sino "seis meses antes, **por lo menos,** de vencerse el período inicial de exploración", cuyo alcance es diferente. Según esto, y aunque pudiera parecer lo contrario, la oportunidad para perforar no queda a la sola voluntad del contratista en el lapso anterior a los últimos seis meses de aquel período inicial. Esta obligación de perforar se hace imperiosa desde el momento en que se ha cubierto la etapa de los estudios geológicos inherentes al proceso de la exploración con taladro. De otra suerte se llegaría al resultado inaceptable, como incompatible con claras normas de la legislación de petróleos, de que el contratista se reservaría la concesión sin trabajarla fuéra de toda causa justificativa. Precisamente para evitar esto, y como garantía de la normal regularidad de los trabajos del concesionario, se ha establecido por la ley 37 de 1931, en el inciso 3° de su artículo 21, que éste debe presentar al Ministerio, al final de cada año, un mapa geológico y un perfil transversal de parte explorada o explotada, acompañándolos con una memoria explicativa en que dé clara cuenta "de los trabajos ejecutados en el mismo tiempo". Por lo demás, como los contratos deben cumplirse de buena fe, según lo enseña el artículo 1603 del Código Civil, la exploración en éstos de petróleos no puede interrumpirse sin razón y prolongadamente, porque si así no fuera, se contrariarían los fines que con ella se persiguen: averiguar si en los terrenos del contrato existe o no petróleo en cantidad comercial. (Negocios Generales. Junio 27 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) . . 687, 1ª y 2ª y 688, 1ª

— 269 —

PETROLEOS (Necesidad de que estén identificados los terrenos a que se refieren los documentos aducidos como prueba de propiedad del subsuelo y la superposición de los dichos terrenos y de aquellos a los que se refiere la propuesta a la cual se hace oposición)

No estando demostrada la identidad de los terrenos a que se refieren los documentos de los cuales dicen derivar sus títulos los opositores con los terrenos donde se halla ubicado el subsuelo petrolífero materia de la propuesta a la cual aquéllos se oponen, o también la superposición de unos y otros terrenos, no hay razón para entrar en el estudio de fondo de los títulos de propiedad de los opositores. - (Negocios Generales. Agosto 24 de 1950. Tomo LXVII. Número 2085) 868, 2ª

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

— 270 —

POLICIA NACIONAL (El juzgamiento de los delitos cometidos por sus miembros corresponde a la justicia ordinaria)

La Policía Nacional tiene un régimen y disciplina semejantes en sus manifestaciones externas a los que rigen las Fuerzas Militares, pero acordes con su **carácter eminentemente civil**. Es un cuerpo armado, pero no es una Fuerza Militar con carácter de Ejército permanente para mantener y asegurar la soberanía nacional, sino para conservar el orden público y proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia.

Si la Policía, por su origen, organización y finalidades para las cuales se halla instituída, es una entidad esencialmente distinta del Ejército, es lógico concluir que los actos de las personas que la integran, cuando ellos son violatorios de una norma penal, quedan sujetos al juzgamiento de las autoridades ordinarias o comunes, porque los miembros de la Policía Nacional no gozan de ningún fuero o privilegio establecido por la Constitución o por la ley, en relación con las autoridades de la rama penal que deben juzgarlos.

Tan cierta es esta tesis, que el mismo Decreto número 2136 de julio 18 de 1949, que es el estatuto orgánico de la Policía Nacional, en su Título VII al hablar de las **faltas**, dice que si el hecho no es constitutivo de una falta, sino de un delito, se deberá poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente, de acuerdo con el artículo 10º del Código de Procedimiento Penal, con la finalidad exclusiva de que adelante la investigación y se imponga la correspondiente sanción a los responsables. (Casación Penal. Mayo 23 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) .....509, 1ª y 2ª

— 271 —

PORCION CONYUGAL

La porción conyugal es una de las asignaciones forzosas que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas (artículo 1226 del C. C.).

Por consiguiente, al disponer el Tribunal la reducción de los legados, en la proporción necesaria para cubrir la porción conyugal, obró dentro de claros preceptos legales, como son los artículos 1375, 1016, 1226, y los artículos 1230 a 1235 del C. C. (Casación Civil. Julio 14 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) .....444, 2ª y 445, 1ª

— 272 —

POSESION (Presunción de la voluntad de poseer)

El **ánimus sibi habendi** se halla establecido cuando está comprobada la voluntad aparente de poseer, sin perjuicio, claro está, de que para destruir la existencia de este elemento esencial de la posesión, pueda contraprobarse acreditando que el pretendido o aparente poseedor reconoció efectivamente el derecho ajeno en la misma cosa. Pero, si la contraprueba eficaz no ha sido creada, forzoso es admitir el hecho de la posesión y reconocerle sin vacilar sus consecuencias legales. (Casación Civil. Julio 26 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084) 472, 1ª

— 273 —

PRESCRIPCION (Prueba de la posesión)

En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2521 del Código Civil; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir,

debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esa suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años.

Con prueba testimonial es dable establecer el hecho material de la posesión, con sus elementos de duración e intensidad; pero hay que acudir a las pruebas propias del estado civil cuando sea indispensable acreditar que la posesión ha pasado de padres a hijos.

Y generalizando, se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de los antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos traspasos, pues de lo contrario, quedarían sueltos o desvinculados los varios lapsos de posesión material. (Negocios Generales. Julio 6 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 695, 1ª

— 274 —

PRESCRIPCION DEL COMUNERO (Puede usucapir la cosa común)

La usucapión.—Nuestro Código Civil define la prescripción como "un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales" (artículo 2512). Esta definición encierra los dos conceptos, el de prescripción adquisitiva o usucapión, y el de prescripción extintiva o liberatoria. La primera constituye un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, y la segunda un modo de perder los derechos reales o los créditos personales. Son antitéticos estos dos conceptos y distintas cosas, por tanto, la usucapión y la prescripción liberatoria.

Con el lenguaje de nuestro código podemos definir la usucapión como un modo de adquirir las cosas ajenas, por haberlas poseído durante cierto lapso con los requisitos legales.

Equivale esta definición, en el fondo, a la de los principales tratadistas franceses. Para Planiol y Ripert "es un modo de adquirir la propiedad de una cosa mediante la posesión prolongada durante un período de tiempo determinado". (Tomo 3,º número 688). En su concepto, "de todas las instituciones de Derecho Civil es la más necesaria al orden social", como se dice en la exposición de motivos del Código Francés, como que sin ella sería imposible la prueba de la propiedad en la generalidad de los casos y en consecuencia los pleitos serían innumerables. De allí el sentido de la antigua calificación de "patrona del género humano".

Según los citados tratadistas, "tiene por finalidad poner fin al divorcio entre la posesión y la propiedad, transformando al poseedor en propietario, y conformar así los hechos al derecho, impidiendo de este modo la destrucción de situaciones respetables por su duración".

En el derecho colombiano, como en el francés, son susceptibles de ella, en general, todas las cosas que pueden ser poseídas legítimamente. Se exceptúan, por tanto las que no están en el comercio, como las de dominio público o aquellas cuyo uso corresponde de ordinario a todo el mundo. Y se admite que cualquier persona física o jurídica puede usucapir, y que corre la prescripción adquisitiva "en contra de cualquier persona, salvo causa de suspensión" (Véase Vélez, IX, número 436, comentario al artículo 2517 del C. C.).

El prescribiente requiere ante todo efectiva posesión, constituída por la tenencia de la cosa determinada con ánimo de señor o dueño. (C. C. 772).

La posesión.—Para los alemanes, la posesión es "el señorío de hecho de una persona sobre una cosa". (Enneccerus). Para los franceses es "un estado de hecho, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo,

realizando en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute que realizaría el propietario de ella". (Planiol y Ripert). Los chilenos consideran la posesión como un conjunto de actos que suponen o representan el ejercicio de un derecho. (Alessandri Rodríguez).

En derecho moderno, armonizando los viejos conceptos con el moderno criterio sobre la propiedad, puede decirse que "son poseedores todas las personas que según los usos sociales explotan económicamente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios". (Valencia Zea).

Objetos prescriptibles. — Recapitulando y compaginando los conceptos anteriores, puede sentarse la regla general de que pueden ser adquiridos a título de prescripción todos los bienes que son comerciables, o sea los que son susceptibles de válida posesión. Así lo reconocen los doctrinantes franceses: "La usucapión permite adquirir todas las cosas susceptibles de posesión" (Planiol y Ripert), y lo consagra expresamente el artículo 2518 del código colombiano cuando dice que se ganan de este modo "los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano..." y "los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados". Ni siquiera se excluyen los bienes y créditos fiscales (C. C. 2517). De donde, generalizando, puede concluírse que prescriben todos los derechos o cosas no exceptuadas especialmente.

Prescripción del comunero. — Se discute como capital dentro del presente recurso si puede ganar el comunero el dominio de la cosa común por el modo de la prescripción extraordinaria que establece el Código Civil, para resolver lo cual se hace preciso considerar previamente las distintas circunstancias que pueden rodear esa su posesión.

En tratándose de predios indivisos, es lo natural que la posesión se ejerza bien por todos los comuneros, bien por un administrador designado legalmente, que lo haga a nombre de todos. Existe entonces la correspondencia debida entre la copropiedad y la coposesión que es la manifestación real, en este caso, de aquélla.

Pero puede ocurrir que uno de los condómines, sin haber nombrado administrador de la propiedad, entre a ejercer la posesión del inmueble con el asentimiento expreso o tácito de sus copartícipes, quienes concurrirán al sufragio de los gastos y se beneficiarán, a prorrata de sus cuotas, de los frutos naturales o civiles del mismo; caso en el cual tendrá aquel condómine el objeto común, no sólo en su nombre exclusivo, sino en representación de los interesados todos.

En las circunstancias que se acaban de contemplar, es incuestionable que no puede haber usucapión, por no existir la posesión exclusiva de la cosa ajena, base esencial del fenómeno jurídico.

Mas puede ocurrir también que algunos condueños negligentes abandonen la finca que les pertenece; no entren a poseerla o no perseveren en su posesión; no soliciten el nombramiento de administrador; no pidan su división o su venta, o no activen el juicio correspondiente; no contribuyan a los gastos comunes ni reclamen su parte en los frutos; y en fin, no ejerciten ningún acto real y efectivo de dominio en ella; al paso que uno o más comuneros diligentes toman por su sola cuenta la posesión de ella y la explotan en su propio beneficio, olvidando o desconociendo en el hecho las cuotas de los demás interesados, quienes no formulan reclamación oportuna al respecto. Se plantea entonces esta cuestión: ¿prescribe el dominio de la cosa común en favor del comunero o comuneros que la poseyeron exclusivamente durante el lapso requerido por la ley y en las condiciones exigidas en ella?

Los jurisconsultos no están de acuerdo en la solución del problema.

Los romanos reconocieron al menos la llamada "acción de mantenimiento" en favor del comunero y en contra de sus copartí-

cipes. En la misma favorable solución fueron más categóricos los germanos, quienes, aún después de recibir la influencia de Roma, insistieron en la prevalencia del elemento material o corporal sobre el inmaterial o subjetivo en materia de posesión, y basados talvez en ese criterio objetivo, se mostraron generosos en esta materia.

El Derecho Español antiguo se apartó, en cambio, de estas tesis.

El estatuto legal que hoy se conoce con el nombre de "Fuero Real", y en su tiempo con los de Fuero "de las leyes", "del Libro", "de la Corte", "de Castilla" y con los de "Libro de los Consejos de Castilla" y "Flores de las leyes", apareció en España, según la autoridad de Martínez Marina, a fines de 1254 o a principios de 1255, dividido en cuatro libros que constan de setenta y dos títulos y quinientas cuarenta y cinco leyes. Tuvo su remoto origen en la determinación de Fernando III de reformar y codificar la dispersa legislación, que acogió su hijo y sucesor Don Alfonso el Sabio, quien sucesivamente ordenó las célebres colecciones que se denominan "Fuero Real", "Espéculo" y "Partidas".

En su parte **especial**, destinada a los **derechos reales**, el "Fuero Real" admitió la **prescripción** con las condiciones de posesión continuada, tiempo legal y prescriptibilidad de la cosa; pero prohibió por vez primera en el Reino la prescripción del comunero. En orden a la posesión —dijo— la del comunero no aprovecha para prescribir en perjuicio del condueño.

El 14 de marzo de 1567 —trescientos doce años después— se expidió "La Nueva Recopilación de las Leyes de España", especie de Digesto integrado por las leyes del Fuero Real, del Ordenamiento de Alcalá, de las comprendidas en el de Montalvo, de las de Toro y de otras luégo publicadas. La Nueva Recopilación, como es bien sabido, fue encomendada por Carlos I de España y V de Alemania al doctor Pedro López de Alcocer, quien por causa de muerte no pudo llevarla a término, siendo entonces reemplazado sucesivamente por los doctores Gevara, Escudero y López Arrieta y últimamente por el licenciado Atienza, quien la concluyó por el año de 1562.

Como en la Nueva Recopilación quedaron incorporadas las leyes del Fuero Real, continuó rigiendo la prohibición de prescribir entre comuneros.

Con la mira de obtener una codificación más técnica y comprensiva, el monarca Carlos IV de Borbón ordenó a don Juan de la Reguera Valdomar, relator de la Cancillería de Granada, la formación de una nueva copilación legislativa. Esta obra recibió la real aprobación en 1805 y fue publicada con el título de Novísima Recopilación de las Leyes de España.

Como este cuerpo de leyes fue en el fondo una simple reproducción de las leyes anteriores, bajo distinto método, quedó vigente el Ordenamiento Real de Don Alfonso el Sabio y siguió en vigencia por tanto la mencionada prohibición.

"La Novísima Recopilación no alcanzó a regir entre nosotros, pero sí la **Nueva**, por que la constitución colombiana de 1821 dispuso que siguiera rigiendo la Legislación Española, y porque nuestra ley de procedimiento civil de 13 de marzo de 1825 aún fijó el orden en que debían aplicarse esas leyes por los Tribunales de la República así: primero las leyes del congreso nacional, y en seguida las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y decretos del gobierno español anteriores al 18 de marzo de 1808; las leyes especiales denominadas Recopilación de Indias; **la Nueva Recopilación**; y las siete Partidas".

"A través de la Nueva Recopilación nosotros tuvimos el Fuero Real, con su prohibición expresa de prescribir entre condueños, hasta que entró a regir el código civil de Don Andrés Bello, hecho éste que no fue uniforme en todo el país: el Estado Sobe-

rano de Cundinamarca lo adoptó el 8 de enero de 1859, y en seguida lo adoptaron los demás Estados: en el Cauca y por lo mismo en el actual departamento de Nariño entró a regir como ley en el año de 1871". (Chaves Chaves).

Como lo observa el recurrente, "quiere esto decir que de 1225 —año en que apareció el Fuero Real— a 1859 —año en que fue adoptado por primera vez en el país el código civil chileno— transcurrieron seiscientos cuatro años. Seiscientos cuatro años de continuo creer y saber los de nuestra raza que un comunero no puede adquirir por prescripción la cuota de otro".

"Esto tenía que influir e influyó profundamente en nuestras concepciones jurídicas sobre la materia... Como decía Savigny en todas las naciones a las que alcanza la historia vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar a aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Mas el derecho progresa con el progreso del pueblo y se fortalece con él".

.....

El Código Civil Francés de 1804 admitió expresamente la prescripción entre comuneros; el artículo 816 de dicho código es claro al respecto. De acuerdo con su tenor, el comunero puede adquirir por prescripción la propiedad exclusiva de la cosa común, siéndole necesario para eso, desde luego, el haber estado en posesión exclusiva, tranquila y no interrumpida durante el lapso requerido por la legislación. La mencionada disposición, según la doctrina y la jurisprudencia francesas, es aplicable a toda clase de comuneros. (Planiol, T. II, números 2340-2344; Aubry et Rau, Quinta Edición, Tomo X, número 622, página 156, nota 8ª; Jurisprudencia en materia de derecho civil; Henry Solus, Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tomo 25, 1926, pág. 1067).

La prohibición del viejo derecho español "no se conservó expresamente en el código chileno (y no pasó por tanto al colombiano —agrega la Sala—) porque el señor Bello no creyó del caso reproducirla en el articulado de aquella obra".

Contra esta teoría, que acoge sin reservas la Sala, se aducen razones de valor más aparente que real. Como principal, la de "cierta solidaridad" que entraña la comunidad, que basan en los artículos 943 y 2525, los cuales establecen que si uno de los comuneros ejerce la servidumbre constituída en beneficio del predio común, no hay lugar a la prescripción, y que todo lo que interrumpe la prescripción respecto de un comunero, la interrumpe también en favor de los demás. Tal solidaridad existe efectivamente, pero se reconoce solamente sobre la base de la coposesión directa o indirecta del proindiviso, que, como antes se vio, es natural de ordinario a la comunidad. Alcance mayor no puede dársele a los artículos citados que, como excepcionales, son sólo —según la hermenéutica— susceptibles de interpretación rigurosa. Su exégesis tan amplia que permitiera ver en ellos una excepción general al principio de que todos pueden ganar una cosa por usucapión, llevaría, además, a la absurda conclusión de que al paso que la persona que sin derecho alguno se apodera de un bien puede prescribirlo en su favor, el que tiene un derecho real en todas y cada una de sus partes, no podría legalmente lograrlo, no obstante su larga posesión exclusiva y el abandono del derecho por parte de sus condueños.

Además, esas normas —como se colige de su simple lectura— regulan relaciones de los comuneros con terceros, y no las que existen o puedan existir entre los propios condueños.

Se alega también que como el derecho del comunero radica en todas y cada una de las partes de la cosa común ("tota in toto, tota in qualibet parte"), de prescribir el comunero, lo haría contra sí mismo, lo que constituiría un absurdo. Este alegato se destru-

ye con la simple consideración de que el comunero poseedor, que ha ejercitado con la posesión de su dominio, lo que adquiere por usucapión no es la cuota que le corresponde, sino las cuotas de sus copropietarios que abandonaron sus derechos.

En fin, se observa en favor de esta misma tesis, que el que ha principiado a poseer con un título (en este caso el de comunero) no podría cambiar ese título inicial. Este argumento puede ser esgrimido, al menos en principio, contra quien comenzó su posesión por encargo expreso o tácito de los demás condómines, o que a nombre de ellos poseyó; pero carece de valor contra quien se presente como poseedor exclusivo desde que tomó la cosa en su poder. El hecho de que se descubra en el prescribiente un título de dominio, no lo coloca ni puede colocarlo jurídicamente en situación inferior a la que ocuparía al carecer de todo título justificativo de su posesión. Sería aberrante una distinta solución.

En tratándose de prescripción extraordinaria, se hace más clara y nítida la cuestión ya que para ella "no es necesario título alguno", presumiéndose de derecho la buena fe; y puesto que el título que acredita un derecho de dominio no puede estimarse como inferior al de "mera tenencia" de que habla la regla 3ª del artículo 2513 del C. C.

Se observa, por último, que aún el "mero tenedor" de la cosa (aún el ladrón o hurtador de ella —"magüer la cosa sea jurtada o forcada", decía la Partida)— se halla en capacidad de usucapir, según el artículo que se acaba de citar, cuando el pretendido dueño no puede probar que en los treinta años se haya reconocido su dominio por el prescribiente, y que éste puede haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo lapso. En estas condiciones, aún el tercero nombrado administrador de la comunidad podría prescribir contra quienes le dieron el encargo. Y repugna manifiestamente, como ya se dijo, situar al condueño poseedor en peores condiciones que a un simple tercero, "mero tenedor", que para iniciar su posesión hubo de usurparla.

Del detenido análisis del artículo 2531 del C. C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es plenamente suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido de treinta o de veinte años, según la legislación aplicable, sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia ni clandestinidad durante el mismo lapso. No es el título entonces "conditio usucapiendi": permítese que antes de comenzar el período haya existido uno de mera tenencia; no importa la mala fe (que no puede probarse por presumirse de derecho la buena fe), ni tienen interés alguno en ella los vicios de clandestinidad o de violencia anteriores al tiempo requerido.

Es suficiente lo anterior para concluir que el comunero que haya poseído el bien común en su propio nombre o beneficio por el tiempo y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, gana como cualquiera otro en su caso, el dominio del bien por el modo constitutivo de la usucapión.

Además, la Ley 51 de 1943, sobre comunidades, cuyas "disposiciones son interpretativas de las normas del código civil" (como lo declaró con autoridad la Corte en pleno, al decidir sobre la exequibilidad de este estatuto legal), expresa con toda nitidez que el comunero en su carácter de tal y aunque haya reconocido la existencia de la comunidad, puede usucapir el todo o parte de la cosa común que ha poseído y posee en las condiciones legales. Y esta ley se debe, en lo pertinente, considerar incorporada en el cuerpo del Código Civil (C. C., artículo 14 y Ley 153 de 1887, artículo 58). (Casación Civil. Julio 26 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084). . . . . 462 2ª a 466, 2ª

— 275 —

PRESCRIPCION (De las acciones originadas en letras de cambio o en pagarés a la orden)

Conforme lo dispone el artículo 902 del Código de Comercio, todas las disposiciones relativas, entre otras cosas, a la prescripción de las letras de cambio son aplicables a los pagarés a la orden, y según el principio general que sienta el artículo 894 del mismo Código, las referidas acciones, ejercitadas contra los deudores principales o contra los deudores por garantía, prescriben en cuatro años desde el día del vencimiento de la letra; pero esa regla tiene las excepciones previstas en el artículo 897 ibidem, entre las cuales está comprendido el caso de las acciones del librador contra el aceptante que tuviere provisión de fondos, las cuales prescriben en el lapso señalado en el artículo 2536 del Código Civil, o sea en el término de diez años, para la acción ejecutiva, y en el de veinte, para la ordinaria. (Casación Civil. Julio 12 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 437, 2ª

— 276 —

PREVARICATO

La Corte estima que el Juez no cometió delito alguno al aplicar unas disposiciones que creyó aplicables al caso, pues con ello no hizo sino emplear su criterio en el proceso que estudiaba. (Casación Penal. Junio 13 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 498, 2ª

— 277 —

PREVARICATO

Si las actividades de un funcionario consideradas como dolosas no tuvieron por causa la animadversión o el afecto hacia alguna de las partes en un litigio, y si su actuación no tuvo el sello de una rotunda arbitrariedad al margen totalmente de la ley, la tipicidad del cargo de prevaricato desaparece porque faltan dichos elementos. (Casación Penal. Auto. Agosto 25 de 1950. Tomo LXVII. Número 2085) 817, 1ª

— 278 —

PREVARICATO

Un error de buena fe no puede ser imputado a dolo, pues, si así fuera, cualquiera equivocación por parte de los funcionarios podría conducirlos a responder penalmente. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) .....63, 2ª y 64, 1ª

— 279 —

PREVARICATO (La equivocación en la interpretación de la ley no configura delito)

Como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, la simple equivocación en que incurra un Juez al interpretar una norma legal, no puede considerarse como delictuosa, porque el Juez tiene libertad de apreciación de los hechos jurídicos, y no se puede elevar el error en la apreciación de tales fenómenos a la categoría de delito, porque sería atentar contra la libertad de interpretación de los funcionarios judiciales.

Tampoco implica delito para el inferior el que el superior revoque una providencia, en materias sujetas a la interpretación, como son todas las jurídicas. (Casación Penal. Enero 27 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080). 36, 1ª

— 280 —

PREVARICATO (No constituye este delito el error en la interpretación de la ley)

En varias oportunidades ha dicho la Corte que el error de apreciación o interpretación

de un texto legal no puede constituir abuso de funciones públicas, ya sea por estructurar un delito de abuso de autoridad, o el más grave aún, de prevaricato. "No basta tampoco — ha dicho la doctrina — el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse, por razón de su oficio, en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito de obrar contra derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales". (Casación Penal. Abril 11 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) . . . 257, 1ª y 2ª

— 281 —

PREVARICATO (No lo configura la errónea interpretación de la ley)

Aún suponiendo que el funcionario hubiera incurrido en error al interpretar la ley, tampoco hubiera incurrido en delito, porque para ello es necesaria la intención dolosa, que no se encuentra en sus procederes.

"La ley — ha dicho la Corte — no considera como infracción penal la interpretación más o menos errónea de la ley civil". (Casación Penal. Febrero 28 de 1950. T. LXVII. Nº 2080) 109, 2ª

— 282 —

PREVARICATO

Que el Magistrado hubiera usado distinto criterio en el estudio de los dos recursos en las dos oportunidades en que tuvo que hacerlo, se explica fácilmente, pues que el funcionario puede corregir su manera de pensar y de actuar en cualquier momento, siempre que en ello no haya favoritismo o intención torcida circunstancial. (Casación Penal. Febrero 28 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) . . 109, 1ª

— 283 —

PREVARICATO

Aunque el criterio seguido por el juzgador no sea el verdadero, si la actuación del funcionario aparece exenta de dolo, no se configura el prevaricato. (Casación Penal. Mayo 23 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 320, 2ª

— 284 —

PREVARICATO

El prevaricato consiste en administrar justicia parcialmente por sentimientos de simpatía a unos interesados y animadversión hacia otros, siempre que la sentencia, resolución o dictamen se dicten a sabiendas de que son contrarios a la ley.

Si en la estructuración de este delito concurren todos los elementos señalados en la disposición del artículo 168 del Código Penal, puede decirse que el funcionario ha incurrido en una violación de la ley penal. Si los empleados de la rama jurisdiccional, por móviles idénticos y en perjuicio de terceros, asesoran o patrocinan a las personas que ante ellos litigan o gestionan, también hay lugar a deducir responsabilidad (artículo 169). (Casación Penal. Mayo 26 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) . . 324, 1ª y 2ª

— 285 —

PROCESADO (No es necesaria su presencia en la sede de la Corte cuando ésta conoce de recurso de casación)

Dado el carácter del recurso de casación, de contenido eminentemente jurídico, la presencia del procesado en la sede de la Corte no es indispensable. (Casación Penal. Julio 18 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) . 605, 2ª

— 286 —

PROCESO PENAL (Su unidad)

La nueva legislación procesal penal se apartó del criterio de la anterior, que, en el artículo 314 de la Ley 57 de 1887, disponía que si en un proceso en el cual fueran dos o más las personas juzgadas, la declaratoria de injusticia del veredicto no comprendía a todas, la obligación del Juez era la de dictar la respectiva sentencia para los reos respecto de quienes no hubiera declaración de injusticia notoria, y esa sentencia, previa ejecutoria, debía cumplirse sin que para ello fuese necesario aguardar el resultado respecto de las personas a las cuales no las cobijaba la declaración de injusticia notoria del veredicto, y en el artículo 52 determina el Código de Procedimiento Penal que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, y que igual norma debe seguirse cuando se trate de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio.

Esta norma consagra la unidad del proceso penal por un doble aspecto: ora por lo que hace referencia al cumplimiento de un conjunto de normas procedimentales que deben observarse en la investigación de los delitos, ya, también, por lo que respecta a la unidad de la sentencia con la cual se finaliza el proceso. La sentencia, cuando se trata de varias personas que han tomado parte en la comisión de un delito, debe ser una e indivisible, no sólo en su contenido sustancial, sino también en su parte motiva. El fraccionamiento o la división del proceso y la sentencia puede conducir a errores lamentables en la administración de justicia y al quebrantamiento de la disposición comentada, que establece la unidad de investigación y la unidad del fallo o sentencia.

Si estos mandatos de indispensable cumplimiento no se observaran, lógicamente habría que concluir que en un proceso podrían dictarse tantas sentencias cuantas fueran las personas justiciables, lo cual podría dar lugar a que en un mismo proceso y por un mismo delito, se dictaran fallos contradictorios, o a que, por cualquier circunstancia, se presentara dentro del mismo proceso una causal de nulidad, nulidad que no aprovecharía a la persona cuya sentencia estuviere ejecutoriada; y, para evitar estos errores, el nuevo Código de Procedimiento Penal suprimió la disposición del artículo 314 de la Ley 57 de 1887 y consagró la unidad e indivisibilidad de la investigación y de la sentencia. (Casación Penal. Febrero 10 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080)...55, 1ª y 2ª

— 287 —

PROCURADOR (En tratándose del recurso de casación, concedido por la ley 82 de 1948, no puede ampliar la demanda presentada por el recurrente)

La Corte, al referirse al problema planteado por el señor Procurador Delegado en lo Penal en el sentido de que el Agente del Ministerio Público tiene facultad para ampliar la demanda de casación o presentar una nueva, al contestar el traslado, cuando se trata del recurso interpuesto contra sentencias proferidas por el Estado Mayor de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º de la Ley 82 de 1948, ha llegado a la conclusión de que dicho funcionario no está autorizado por la ley para actuar en tal sentido.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"La Ley 82 de 1948 confiere al Procurador General de la Nación el derecho para interponer y sostener dentro de los términos señalados en la misma ley, el recurso de casación respecto a los fallos pronunciados por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, pero no le otorga la facultad para ampliar el recurso, en orden a alegar y sustentar causales de casación que no fueron

invocadas por la parte recurrente". (Casación Penal. Agosto 24 de 1950. T. LXVII. Número 2085).....800, 1ª

NOTA — Uno de los Magistrados salvó el voto.

El Relator

— 288 —

PROMESA DE CONTRATO

La promesa de contratos, que no producía efecto alguno según el artículo 1611 del Código Civil, lo puede producir excepcionalmente desde que entró a regir la ley 153 de 1887, ya que su artículo 89, conservando en principio ese precepto, permite como excepción la validez de la promesa, en cuanto reúna todos los requisitos que taxativamente establece. Entre ellos figura el de que para que el contrato se perfeccione no falte sino la tradición de la cosa o el lleno de las formalidades legales, por estar plenamente determinado el contrato hasta tal punto.

De esto se sigue que, si sólo por excepción vale una promesa de contrato y si para entenderla colocada en la excepción es preciso el lleno de todos los requisitos establecidos por el artículo 89, en faltando uno cualquiera que sea de éstos, la promesa no tiene valor legal. (Casación Civil. Junio 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....391, 2ª

— 289 —

PROPIEDAD (Prueba de la propiedad y preexistencia de los objetos materia del delito, en los ilícitos contra la propiedad)

Como lo ha dicho la Corte, "la ley procedimental (artículo 312 del C. de P. P.) consagró para los juzgadores un sistema de libre persuasión, tratándose de establecer el cuerpo del delito de robo y hurto, a tal punto que releva al perdidoso de la obligación de probar la propiedad, preexistencia y falta consiguiente, de la cosa sustraída, 'cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos'. Disposición muy racional y conveniente, puesto que en esta clase de infracciones contra el patrimonio, los delincuentes proceden con el mayor sigilo y seguridad para burlar la vigilancia de la víctima y la defensa de sus bienes, los cuales, si son dineros o cosas de alto valor, se mantienen generalmente al abrigo de las miradas de los extraños y hasta de los mismos parientes. En estas consideraciones y como una tutela al derecho de propiedad y al de la defensa social, se inspira el citado artículo 312, lo mismo que el 313 ibidem.

Tratándose de establecer la cantidad y calidad de las mercancías robadas, nada más natural que el dueño de ellas presente la lista o factura de tales mercancías, sin que se vea la razón para desechar de plano —como lo pretendió el recurrente— ese natural medio probatorio que fue apreciado rectamente por los juzgadores de instancia, con la libertad de criterio que la ley les concede en tratándose de delito de la naturaleza del aquí contemplado. (Casación Penal. Diciembre 9 de 1949. T. LXVII. Nº 2080)..18, 2ª y 19, 2ª

— 290 —

PROVOCACION (Cuándo constituye circunstancia atenuante)

(Véase "Riña imprevista. — Requisitos para que la riña y la provocación constituyan circunstancias modificadoras", en este mismo Indice).

— 291 —

PRUEBAS (Cuándo puede variarse en casación la apreciación hecha en las instancias)

Como ya lo advirtió la Corte, ella, en su función de casación no puede, en presencia de las mismas pruebas, reemplazar la convicción que se haya formado el Juez de instancia, por la suya propia, a menos que la cuestión de hecho no ofrezca dudas en con-

trario. (Casación Civil. Marzo 24 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....121, 2ª

— 292 —

PRUEBAS (Cuándo en casación puede modificarse su estimación)

Según lo tienen resuelto reiteradamente la jurisprudencia y los expositores del recurso extraordinario, la apreciación del sentenciador de instancia, que es soberano en la estimación de las pruebas, no puede modificarse en casación, a menos que aquél haya incurrido en error de derecho o en error de hecho manifiesto, que implique una transgresión de la ley sustantiva y que incidan necesariamente en la parte resolutiva del fallo. (Casación Civil. Julio 28 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....475, 1ª

— 293 —

PRUEBA PLENA

Cabe no olvidar que la certeza humana no es casi nunca aboluta, pero el mínimo de probabilidad en contra de lo que se asegura con certeza, no impide que se ejerciten las humanas actividades, ni que se pueda decir que hay una prueba plena o completa de algo. (Casación Civil. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084).....574, 1ª

— 294 —

PRUEBAS (Su apreciación en el proceso penal)

Cuando se trata de un juicio de puro derecho, o sea, de aquellos de que conocen los jueces de circuito, la aplicación de los artículos 313 y 244 del C. de P. P. es de estricto cumplimiento, en cuanto a la apreciación de la prueba relativa a los elementos estructurales del delito. Pero cuando el proceso es de aquellos en que interviene el Jurado, la valoración de las pruebas y la determinación de la respectiva responsabilidad corresponden a los jueces de hecho; el juez de derecho en relación con el veredicto sólo tiene la facultad de declararlo contrario a la evidencia de los hechos procesales cuando para ello concurren los elementos indispensables para hacer esa afirmación, o bien, dictar la correspondiente sentencia teniendo como base inmediata de ella el veredicto del Jurado. (Casación Penal. Enero 28 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080).....39, 2ª

— 295 —

PRUEBAS (Práctica de pruebas en el proceso penal)

Si bien es cierto que el derecho del defensor a solicitar la comparecencia de un testigo lo respalda el texto del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, esta facultad de la defensa está condicionada a la apreciación del Juez, fundada en el principio general consagrado en el artículo 208 del mismo estatuto, en virtud del cual el Juez goza de libre arbitrio para determinar si las pruebas son conducentes y rechazarlas cuando encuentre que ellas no conducen a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso. (Casación Penal. Enero 27 de 1950. Tomo LXVII. Número 2080).....34, 2ª

— R —

— 296 —

REBELION (Elementos de este delito)

El artículo 180 de la ley 3ª de 1945 (código de justicia militar) define la rebelión como el acto de promover, encabezar o dirigir **"un alzamiento en armas, con el propósito de derrocar al gobierno legítimo**, o de

cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente".

De esta suerte, el delito tiene dos elementos: primero, el alzamiento en armas; y segundo, la intención o propósito de derrocar al gobierno o de cambiar el régimen constitucional existente.

Alzarse en armas es tomarlas, aparejarlas, disponerlas para el ataque contra quienes se opongan al movimiento, lo cual comprende todos los preparativos y los actos de violencia para llevar a término la subversión del orden establecido.

Obvio es que el alzamiento requiere, de ordinario, jefes y subalternos, y de ellos trata la ley al distinguir los promotores, cabecillas y directores, de los simples rebeldes (artículos 180 y 181).

Y natural es suponer también que una rebelión, organizada debidamente, necesita de un plan que debe desarrollarse para realizar el cambio total o parcial del gobierno o de sus sistemas, como todo propósito que no puede obtenerse con un simple acto, sino con todo un proceso de actividades; de lo contrario, podrá haber un bochinche, un alboroto, que técnicamente podrían llamarse sedición o asonada, pero no una rebelión, cuandoquiera que falte el propósito de derrocar o de cambiar al gobierno.

Pero eso es una rebelión en sentido estricto, pues que la ley penal contempla la rebelión que se frustra, que apenas constituye un simple conato o intento, y la instigación a la rebelión cuando ésta "no llega a efectuarse", casos que se prevén en los artículos 184 y 186 del código militar: el primero habla de los que se concierten para cometer los delitos de rebelión, sedición o asonada, "si los proyectos son descubiertos antes de realizarse los actos de ejecución", y el segundo, de los que inviten a los miembros de las fuerzas militares a la rebelión, sedición o asonada, les comuniquen instrucciones o les indiquen medios para consumarlas, "cuando el delito no llega a efectuarse".

En suma, la rebelión existe siempre que hay un alzamiento en armas para derrocar al gobierno o para cambiar el régimen funcional del poder público, aunque el resultado no se consiga, y en ella puede tomarse parte como jefe, o promotor o cabecilla, o como simple subordinado o copartícipe. La rebelión puede abortar también, sin llegar siquiera a la tentativa, así como se considera como rebelde al que invita o provoca a los miembros del ejército a llevarla a término. (Casación Penal. Abril 25 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 544, 2ª

— 297 —

RECUSACION (Procedimiento que debe seguirse cuando se trata de la de un Magistrado)

Para evitar dudas sobre la interpretación del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala, siguiendo la norma del artículo 7º ibidem, en la calificación de un impedimento o recusación siempre ha aplicado el artículo 442 del Código Judicial, pues, en lo relativo a impedimentos y recusaciones, la reglamentación de la ley adjetiva penal no excluye, de manera absoluta, la referencia al Código Procesal Civil, en cuanto existan vacíos que haya necesidad de colmar, según la norma del artículo 7º citado, vacíos que en este caso existen, porque lo referente a la organización de las Salas de los Tribunales no se halla reglamentado.

Por consiguiente, la recusación de un Magistrado de Tribunal se subordina, en cuanto al procedimiento para proponerla y para resolverla, a las siguientes normas:

a) La proposición, mediante memorial en que se expongan los motivos que la funden, acompañada de las pruebas, se dirige al Magistrado que está conociendo del negocio, quien, si es el recusado, se pronuncia sobre la legalidad del motivo, o contrariamente lo pasa, para el mismo objeto, al recusado;

b) Si éste acepta los fundamentos de la recusación, pasa el negocio al Magistrado que lo sigue en turno, quien —en auto firmado por los Magistrados restantes de la Sala— califica la recusación, y si está conforme con sus motivos, declara separado al recusado y provée a su reemplazo mediante sorteo y designación de conjuez;

c) Si el recusado no acepta, pasa igualmente el negocio al que le sigue en turno, quien, en auto también suscrito por los miembros restantes de la Sala, califica la recusación, y si la calificación discrepa de las razones del recusado o recusante, se enviará el negocio al Superior que —de acuerdo con el Código de Organización Judicial— es la Corte. (Casación Penal. Julio 5 de 1949. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .....198, 2ª, 199, 1ª y 2ª

— 298 —

REFORMATIO IN PEJUS (La violación de la norma que prohibe agravar la situación del único apelante no constituye causal de nulidad)

La **reformatio in pejus,** consagrada en nuestro derecho procesal, significa que en virtud de la impugnación propuesta por el vencido parcial, éste puede, desde luego, obtener una decisión mejor o más ventajosa, pero no una peor, esto es, una resolución que elimine o atenúe el vencimiento de la contraparte. "La figura procesal de la **reformatio in pejus** —ha dicho la Corte— se halla expresamente reconocida por el artículo 494 del C. J. El superior que conoce por apelación de un auto, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar el auto objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante, con la sentencia o el auto recurridos. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como en todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y, por lo tanto, el asunto es visto sólo en la extensión en que ellas lo soliciten. Por lo demás, este criterio se aplica también al recurso de casación, en lo pertinente. (G. J. XLVII, pág. 418).

A pesar de todo lo cual no es posible dar acogida a la acusación de la sentencia por la causal sexta, porque en concepto de la Sala lo ocurrido no da base para el planteamiento de un problema sobre nulidad por incompetencia de jurisdicción. La reforma del fallo en perjuicio del único apelante no es cosa que afecte la validez ni estabilidad de la actuación judicial, no es irregularidad que caiga dentro de ninguno de los casos previstos por la ley como determinantes de nulidad adjetiva por el vicio anotado. Es una cuestión vinculada directamente con la aplicación de la ley, con el quebranto de un precepto sustantivo que consagra el derecho a que no se reformen las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, en perjuicio de quien apela de ellas para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercitado el derecho de impugnación procesal usando de los recursos que autoriza la ley. Este aspecto de ilegalidad no es tratable por la vía de la causal sexta. (Casación Civil. Abril 20 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .....174, 1ª y 2ª

— 299 —

REINCIDENCIA

No se puede, de conformidad con la norma del artículo 35 del C. P., tomar como base de reincidencia la condena por homicidio o heridas cuando su ejecución fue provocada; pero ello no excluye —como la jurisprudencia lo ha aceptado — el que esa

condena sea imputable con el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad. (Casación Penal. Marzo 24 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....228, 2ª y 229, 1ª

— 300 —

REIVINDICACION (De un lote perteneciente a finca de mayor extensión)

Cuando se reivindica como cosa singular un lote que pertenece a una hacienda o finca de mayor extensión, y se encuentra suficientemente identificado en el juicio el lote objeto de la acción reivindicatoria, no es óbice para la prosperidad de esta acción el hecho de que no se haya procedido en inspección ocular a recorrer y medir los linderos de toda la finca o hacienda de la cual se dice forma parte el terreno reivindicado. (Casación Civil. Marzo 28 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....135, 1ª

— 301 —

REIVINDICACION

Que el demandante, al instaurar la acción reivindicatoria de un inmueble que ha adquirido en un remate, pida ante todo que se declare en la sentencia que él es dueño del inmueble por ser válido el remate, para que en seguida se decrete la entrega de lo que él remató, no quiere decir que sea esa declaración la que le confiere el dominio, pues ese dominio lo tiene el demandante como rematador que exhibe en legal forma su título, y por lo tanto, dejar de reconocerle la acción reivindicatoria que de conformidad con el artículo 946 del C. C. le corresponde como a persona que demuestra ser dueño de una cosa singular en cuya posesión no está, es quebrantar la mencionada disposición legal. (Casación Civil. Abril 20 de 1950. T. LXVII. Números 2081-2082).....168, 1ª y 2ª

— 302 —

REIVINDICACION (En la sentencia que la decide favorablemente, debe siempre estatuirse sobre prestaciones mutuas de las partes)

La sentencia que decide favorablemente una reivindicación debe estatuir sobre lo que legalmente constituye materia de prestaciones mutuas entre las partes, aunque tal cosa no haya sido objeto de pedimento especial del demandado, pues los derechos que al poseedor de buena fe vencido otorga el C. Civil en el capítulo 4º, título 12, libro 2º, deben considerarse comprendidos dentro de los límites de la controversia, por emanación de la ley. (Casación Civil. Abril 20 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....177, 1ª y 2ª

— 303 —

REIVINDICACION

Si el actor considera que unas cosas le pertenecían, pero que no estaban en su poder sino que las posee el Departamento, por cualquier motivo, y pide que éste se las restituya, ese actor ha debido invocar los artículos 946 y siguientes del Código Civil, pues se trata de una acción reivindicatoria, y no de otra cosa.

Y es elemento esencial de esta acción la determinación de la cosa de que el actor se dice dueño. El artículo 946 del Código Civil, que es eje de esa acción, habla de "cosa singular", y es preciso examinar primeramente si de los autos aparece determinado ese elemento, pues que de no, en balde se entra al estudio de los otros componentes de la acción. (Negocios Generales. Junio 2 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....624, 1ª

— 304 —

REIVINDICACION (Derechos del poseedor de buena fe)

El inciso 3º del artículo 946 del C. C. dispone expresamente que el poseedor de buena fe vencido en juicio reivindicatorio no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; pero en cuanto a los percibidos después de esa fecha, sí está en la obligación de restituírlos, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

Las obligaciones que nacen a cargo del poseedor de buena fe como consecuencia de la acción reivindicatoria, pueden ser reconocidas oficiosamente por el juzgador, más, cuando han sido motivo de peticiones en la demanda. Lo mismo puede afirmarse del derecho del poseedor de buena fe, tutelado por los artículos 965 y 966 del C. C. en relación con las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda y el de retención de la misma cosa hasta que el pago se verifique, o se le asegure a su satisfacción. Así lo ha admitido la jurisprudencia. (Casación Civil. Junio 13 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 389, 1ª

— 305 —

REIVINDICACION (La existencia del derecho del demandante se prueba sólo frente al poseedor demandado y se refiere sólo a éste)

Como ha dicho la Corte, "La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que pretende ser propietaria. Se funda sobre la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin la obtención de la posesión. En virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del Código Civil, mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretenda derecho que ampare tal posesión debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. No le bastaría probar simplemente que carece de derecho el demandado. La existencia del derecho que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste. Al dueño que quiere demostrar su propiedad, le toca acreditar su derecho en presencia del demandado, y si ha presentado su título de propiedad y el de su causante, no hay porqué exigirle una serie de títulos anteriores al de éste, lo que conduciría a la **probatio diabolica**, que el buen sentido rechaza como innecesaria para decidir conflictos sobre propiedad". (Casación de 26 de marzo de 1946. G. J. T. LX, números 2029 a 2031).

Así, pues, ventilándose una clara acción de dominio, la obligación del demandante es la de comprobar su condicion de dueño de la cosa que se trata de reivindicar. Si el demandado opone títulos de propiedad inferiores a los del demandante, aunque sean válidos, prevalece el derecho de éste y prospera su acción, sin que sea preciso anular los que exhibe el poseedor, si no son suficientes a contrarrestar el mejor derecho que asiste al demandante. (Casación Civil. Junio 24 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 417, 2ª

— 306 —

REIVINDICACION (Cuando la acción versa sobre inmuebles, no basta para probar dominio el certificado del Registrador)

Verdad es que el demandante presentó como prueba de su propiedad sobre el inmueble objeto de la acción revindicatoria un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, en el cual se detalla la tradición

del inmueble, pero tal certificado no es la prueba suficiente al caso.

Si la ley obliga al demandante —ha dicho la Corte— a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción versa sobre inmuebles, ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente, que es la escritura pública registrada (artículo 630 del C. J.), ya que con ello comprueba que por el medio legal de la TRADICION radica en él la condición de dueño que ha alegado en su demanda. (G. J. T. L. pág. 730). (Casación Civil. Junio 24 de 1950. T. LXVII. Nos. 2083-2084) 418, 1ª

— 307 —

REPOSICION (No procede este recurso contra la providencia que dirime una colisión)

Porque la providencia por medio de la cual se decide una colisión de competencias sea un auto interlocutorio y porque contra los autos de esa calidad concede el Código de Procedimiento Penal el recurso de reposición, recurso que se sustancia y se decide como se establece en el Código de Procedimiento Civil (artículos 487 a 489), no se puede concluir que todo lo preceptuado en este último estatuto se haya 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 (art. 7º del Código de Procedimiento Penal).

Y que se oponen, es forzoso deducirlo de uno y otro estatuto: en el de procedimiento civil se ordena al Superior que ha de decidir la colisión, oír previamente el concepto del 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 60 del Código de Procedimiento Penal), o sea. en vista de lo alegado y probado, sin tramitación anterior ninguna, 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 la norma 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 gravedad, 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 sola providencia, pues cualquiera otra le está vedada.

Pero se dirá que cuando la competencia la suscita parte legítima, sí puede ésta interponer el recurso de reposición. Sin embargo, que no lo puede se infiere lógicamente del hecho de que, en lo penal, decidir qué autoridad deba conocer de un proceso, no es cuestión en que sus protagonistas tengan interés que alegar, ya que el único que pueden y deben tener es el de que la verdad aparezca en toda su plenitud, y no puede presumirse que se pierda porque del proceso conozca un juez y no otro. (Casación Penal. Junio 13 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084) .....512, 1ª y 2ª

— 308 —

REPOSICION (No procede contra la providencia en que el superior decide un incidente de impedimento o recusación)

Es sabido que por ministerio de la ley los

incidentes de recusación deben resolverse de plano, es decir, sin trámites, sin recursos posteriores, pues si tal resolución —como lo ha dicho la Corte— comporta recursos posteriores, ya deja de pronunciarse de plano. El superior que decide en estos casos no puede, pues, proferir sino una sola providencia, pues cualquiera otra le está vedada. Esto quiere decir que la ley les otorga un tratamiento procesal ajeno a toda traba, tendiente a una rápida decisión, sin demoras de ninguna índole. (Casación Penal. Junio 23 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084).....494, 1ª y 2ª

— 309 —

REPOSICION

El reclamante insiste en que se estudien las razones por él aducidas para sustentar la apelación contra el auto del Tribunal, a **quo,** no obstante que esas razones fueron debidamente consideradas en la providencia cuya reposición se solicita. La circunstancia de que aquí no se hiciera expresa mención de los distintos argumentos del memorialista, no puede tomarse en el sentido de que se prescindiera de tenerlos en cuenta.

Por lo demás, como en la solicitud de ahora no se le brindan a la Sala nuevas razones para reabrir la discusión sobre cuestiones ya tratadas en la providencia recurrida, es natural que no pueda accederse a lo que se pretende. (Negocios Generales. Julio 8 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....696, 2ª

— 310 —

RESGUARDO DE INDIGENAS (El solo hecho de que unas tierras lo hubieran constituído, no es indicativo de que ellas sean hoy de propiedad del respectivo municipio)

El solo hecho de que unas tierras hubieran constituído un resguardo o adjudicación colectiva de tierras en beneficio de los indígenas de un determinado pueblo, no demuestra que pertenezcan hoy al respectivo municipio, ya que si los resguardos abandonados fueron cedidos por el legislador a los respectivos municipios, para el perfeccionamiento de esa cesión estableció el artículo 4º de la Ley 55 de 1905 un procedimiento especial de carácter administrativo, procedimiento que constituye el único medio adecuado para obtener el correspondiente título o escritura de propiedad municipal.

A ese respecto dijo la Corte en sentencia de 13 de abril de 1921:

"Lo dispuesto en la ley 55 de 1905 en referencia, no es sino la transmisión a los municipios, en forma especial, de los terrenos de resguardo vacantes, que ya les pertenecían por la disposición general del artículo 82 de la ley 153 de 1887, que declaró pertenecerles los bienes vacantes, con una excepción, y esa forma especial consiste en que según la ley de 1905, el procedimiento para la cesión a los municipios de los resguardos vacantes es administrativo, en tanto que para la adquisición de las demás tierras vacantes se requiere sentencia especial dictada en juicio seguido al efecto". (GACETA JUDICIAL, Tomo XXVIII, página 334). (Negocios Generales. Agosto 16 de 1950. Tomo LXVII Número 2085).....841, 2ª 842, 1ª

— 311 —

RESPONSABILIDAD CIVIL (No es civilmente responsable el Estado por los perjuicios que puedan ocasionar los actos denominados de soberanía)

El derecho privado funda esta responsabilidad en el mismo principio de culpa, probada o presunta, que determina la de la persona física, por la negligencia o descuido en la escogencia de los agentes del servicio, **culpa in eligendo,** o por la falta de vigilancia y cuidado en la forma como dichos agentes cumplen su función, **culpa in vigilando.** El

derecho administrativo, en cambio, refiere tal responsabilidad al simple hecho del perjuicio individual producido por el acto de la Administración, porque dada la forma reglamentaria como ésta debe proveer los cargos y la forma como el agente está llamado a cumplir su función, no cabe sostener la imprevisión o negligencia en que la culpa consiste. "La falta del servicio público —sostiene Pablo Duez— no está necesariamente ligada a la idea de falta de un agente determinado e identificado. Para que aparezca la falta de un servicio público no es preciso que determinados funcionarios señalados por sus nombres hayan cometido la culpa. Es suficiente al respecto patentizar un mal comportamiento general y anónimo del servicio al que pueda imputarse el daño causado; establecer que el servicio es defectuoso, sea en su organización, sea en su funcionamiento, y que el daño proviene de ese defecto". (La Responsabilité de la Puissance Publique en dehors du contract). Lo cual ni impide que el irregular funcionamiento del servicio obedezca a una falta personal del agente encargado de obrar, y que también resulte comprometida en este caso la responsabilidad de la Administración.

Con ser éste el principio general, tanto la doctrina como la jurisprudencia han excluído de su aplicación la responsabilidad por los llamados actos de Soberanía, entre los que se cuentan precisamente los actos judiciales y de represión policiva, y los cuales, cuando se cumplen dentro del ejercicio normal de la función, sólo comprometen la responsabilidad administrativa en los términos que una ley particular y expresa lo haya prevenido. Y esto, como lo observa Lalou, "por la consideración de que hay actos por los cuales, en razón de un interés superior, es preciso dejar al Estado una libre actividad de dominio, sin que estos actos puedan ser apreciados por una jurisdicción cualquiera o dar lugar a un recurso cualquiera". (La Responsabilité Civil, pág. 68 número 1459).

Ahora bien, la responsabilidad que en este pleito se pretende contra un Departamento, se origina precisamente en la actividad judicial de uno de sus agentes, de la que se siguieron graves daños al demandante; pero, como aquella actividad no encuentra dentro de nuestra legislación un texto expreso que le asigne consecuencias reparatorias, resulta clara su improcedencia frente al simple hecho objetivo del perjuicio con que el criterio del derecho administrativo resuelve el problema. Queda, pues, solamente por establecer si el agente obró fuéra de las normas reguladoras de su función, en términos de comprometer la responsabilidad de la persona moral por quien actuaba. (Negocios Generales. Agosto 17 de 1950. Tomo LXVII. Número 2085).....858, 2ª y 859, 1ª

— 312 —

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL **(Caso de las relaciones entre el Estado y los usuarios de un servicio público)**

En el presente negocio, en el cual el apoderado del actor reclama de la Nación el pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato, no surge por parte alguna la responsabilidad contractual, ni siquiera la extracontractual. En el caso de autos se trata simplemente de la prestación de un servicio público por parte del Estado; y ante esta situación, las relaciones entre la entidad que presta el servicio y los usuarios se rigen por especiales dispociciones de derecho público. (Negocios Generales. Mayo 25 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 709, 1ª

— 313 —

RESTITUCION DE OBJETOS MATERIA DE UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD **(Requisitos para que dé lugar a la disminución de pena prevista por el artículo 429 del Código Penal)**

La disposición contenida en el artículo 429 del Código Penal no deja la menor duda

de que el reintegro tiene que ser total y como consecuencia de un acto libre y espontáneo del sujeto activo del delito, quien así demuestra un sincero arrepentimiento.

El reintegro total se justifica porque en los delitos contra el patrimonio el bien jurídico que se lesiona es la propiedad, y el legislador tiene que tomar en cuenta, al sancionarlos, el perjuicio sufrido por la víctima. De tal suerte que si a ésta se le devuelve el objeto materia del ilícito, el daño particular o privado desaparece y el hecho punible adquiere una menor gravedad, que debe compensarse con una sanción igualmente benigna y equitativa. Lo contrario sería permitir una especie de negociación con el fruto del delito, que resulta de todo punto inadmisible.

Porque no se puede olvidar que es el arrepentimiento del agente del delito, demostrado por la espontánea restitución del objeto sustraído, el aspecto más interesante de la norma, pues en el sistema de la actividad psico-física como base de la imputabilidad penal y del estado peligroso como medida de la sanción, dicho arrepentimiento indica que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida en sociedad; en una palabra, que es menos peligroso, lo cual comporta una prudente reducción de la pena.

Pero como muchas veces el reintegro total no podrá llevarse a cabo por motivos ajenos a la voluntad del agente, entonces habrá que concluir que esa devolución o resarcimiento parciales hechos en tales circunstancias no deben impedir la disminución de la pena, siempre que conste el completo ánimo reparador del delincuente. Estima la Sala, pues, que debe tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de indemnización cumplido en cuanto sea posible, que la cantidad total devuelta.

Mas como los fallos no pueden basarse en conjeturas, la ley señala el mínimo y el máximo de la disminución de la pena, para que dentro de ellos se mueva el Juez, según lo que aparezca demostrado. Debe, pues, el Juez apreciar en cada ocurrencia, según todas las pruebas, cuándo hubo ánimo de devolución o reparación total que autorice la rebaja del artículo 429, y en qué medida, y cuándo se trata únicamente de la circunstancia de menor peligrosidad del ordinal 8° del artículo 38 del Código. (Casación Penal. Abril 21 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .....262, 1ª y 2ª

— 314 —

REVISION (En juicio ordinario de lo decidido en uno especial)

El artículo 1030 del C. J. establece una de las salvedades previstas en el inciso 2° del artículo 473 a la regla general sobre fuerza de la cosa juzgada que el inciso 1° de este artículo le atribuye a la sentencia firme.

La de excepciones en juicio ejecutivo y la de pregón y remate admiten, en tal virtud, revisión en juicio ordinario, que el perjudicado, ejecutante o ejecutado, puede proponer separadamente del ejecutivo.

No sobra aclarar que esta **revisión** es cosa diferente del **recurso de revisión** de que tratan los artículos 542 y siguientes del C. J., que sólo es admisible en alguno de los cuatro casos contemplados allí, con la restricción que el Código establece.

La revisión a que aluden los artículos 473, inciso 2°, y 1039 del C. J., no es un recurso sino una acción para ventilar en juicio ordinario, ampliamente, sin restricciones y con los mismos elementos que figuraron en el ejecutivo, y con otros, si es posible aducir más, las mismas cuestiones que se debatieron y resolvieron en el juicio especial. (Casación Civil. Julio 8 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 428, 2ª

— 315 —

REVISION (Recurso de)

El demandante no presentó con la demanda ni en el término de prueba los documentos legales que pudieran acreditar, en el grado que exige la ley, sea que el condenado es irresponsable o inocente, sea que hay indicios graves que confirman tales situaciones; el demandante, en cambio, apartándose de la vía obligada que le señalaba la naturaleza de la revisión, y, especialmente, la causal invocada, y sin negar ni poner en duda la responsabilidad del condenado, suscitó una cuestión extraña al recurso, esto es, la doble condena por un mismo hecho y la contradicción resultante entre la sentencia por infracción de la Ley 48 de 1936 dictada por el Alcalde y el Gobernador, y la dictada, por infracciones a la ley penal, por el Juez y el Tribunal, lo cual es cuestión propia de otro recurso (casación) y también de las instancias. (Casación Penal. Junio 13 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084) . . . 496, 1ª y 2ª

— 316 —

RIÑA IMPREVISTA (Requisito para que la riña y la provocación constituyan circunstancias modificadoras)

La modalidad atenuante de la riña imprevista es necesario que surja en forma nítida y precisa de los mismos términos del veredicto, porque dentro de los principios que gobiernan la institución del Jurado, es a éste a quien corresponde, por el querer expreso del artículo 499 del Código Procesal Penal, la apreciación y calificación de las circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, correspondiendo, en cambio, la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, que dentro de la técnica del Código apenas sirven para la medida de la sanción a fin de individualizarla según el principio de la peligrosidad, al Juez de derecho.

Para el señor apoderado recurrente parece ser distinta la riña imprevista y la riña que se suscita de modo imprevisto. Funda este criterio en el concepto de que la atenuación no consiste en que la riña haya sido imprevista, sino en que el modo como ella ocurriera haya sido imprevisto para el agente.

Si el fundamento de esta distinción fuese, como lo anota el señor Procurador Delegado, "que la riña en sí misma no puede ser imprevista, dado que es un acto típicamente doloso, en que cada uno de los contendores actúa violentamente con conocimiento del resultado y con la voluntad de producirlo contra derecho", no habría inconveniente alguno en aceptar su exacta significación legal, encuadrándolo dentro de los términos del artículo 384 del Código Penal.

Pero una cosa es la afirmación así contenida y cuyo exacto enunciado trae la demanda al decir que "la atenuación no consiste en que la riña haya sido imprevista sino en que el modo como ella ocurriera haya sido imprevisto para el agente", y otra es sacar de este aserto conclusiones que no se compaginan con el alcance que la ley concede a la causal de atenuación prevista en aquel artículo de la ley penal.

Una de esas conclusiones que resultan erradas en la apreciación del fenómeno en estudio, es afirmar que dentro del texto del artículo 384 caben distintas modalidades de la riña, diversas especies de la misma: "Una riña imprevista que ocurre contra toda previsión, por cualquier imprudencia o por culpa de otra persona, y otra, que también tuvo en cuenta el legislador, que es la contemplada expresamente en el referido artículo de la ley penal, que es aquella que, aun cuando haya sido prevista por el agente, se suscita de un modo imprevisto, que rechaza en él la posibilidad de toda culpa".

Es indudable que éste es un planteamien-

to equivocado del problema y que al formularse así tenían que surgir conclusiones favorables a las pretensiones del recurrente. Mas sucede que no es correcto en el lenguaje legal del Código que sean distintas las hipótesis que la demanda trata de establecer como derivadas del texto legal, el cual dentro de su simplicidad no hace referencia a cosa distinta de que los hechos que ocasionan un cambio de agresiones, un ataque recíproco, o mejor, un combate singular entre dos o más personas que previamente lo aceptan con la clara intención antisocial de inferirse mutuo y recíproco daño, como sería la mejor definición jurídica de la riña, se sucedan u ocurran de modo imprevisto.

Es evidente que esta circunstancia resulta condicionada de modo principal a que todos los elementos que intergan el fenómeno de la riña surjan inesperada y casualmente para el acusado, que es lo que el Código denomina con la locución "imprevista", o mejor, sin que el que hiera o mate dentro de esta condición modificadora de su responsabilidad, haya propiciado o hecho posible, con una actividad cualquiera suya, el lance o encuentro personal que constituye la riña.

Si ocurre de otra manera, si el agente en cualquier forma produce hechos o realiza actividades que puedan situarse o tenerse como los motivos determinantes del combate o causas propiciadoras del mismo, no puede ampararse en la circunstancia que modifica la responsabilidad proveniente del fenómeno de la riña imprevista.

De aquí que esta modalidad pueda presentarse de muy distintas maneras en un mismo proceso, y para muchos de los autores de lesiones personales o de homicidio, cuando sean varios los sujetos que toman parte o ponen su actividad en el cumplimiento de esos hechos delictuosos. En este orden de ideas, bien puede acontecer que la riña sea imprevista para algunos de los contendores, porque ni la provocaron, ni incitaron a su realización, sino que se limitaron a entrar en el combate o pelea, porque, provocados o incitados al lance, ni quisieron rehusarlo por un concepto de hombría, que sin dejar de ser doloso, toma sin embargo en cuenta el legislador para estructurar una modalidad jurídica favorable, en atención a los motivos determinantes, que tienen dentro del Código una entidad muy definida para graduar la sanción, de conformidad con el concepto de peligrosidad, el cual se modifica en este caso en forma benéfica para el delincuente, y de allí el fundamento de la atenuación consagrada en la ley.

También puede ocurrir que la riña sea imprevista para todos los combatientes o que no lo sea para ninguno. En el primer caso, es condición indispensable que concurran todos los presupuestos que se han señalado para que la figura tenga su contenido legal, esto es, que los combatientes ni directa ni indirectamente, con actos de cualquier género, lo hayan provocado o incitado, y, por consiguiente, surja con esa casualidad explícita que lleva en sí el mismo concepto de lo imprevisto. Como cuando un individuo o grupo de individuos se encuentran frente a enemigos reconocidos, y el solo encuentro fortuito o coincidencial desata los odios o rencores acumulados entre ellos y surge el lance personal que caracteriza la riña.

En el segundo caso, nada autoriza para predicar una modalidad atenuante, porque faltan los elementos que la distinguen y estructuran en la ley. Como cuando en el mismo ejemplo anterior, los contrincantes ejecutan actos que suscitan el encuentro, los que con los antecedentes confluyen a determinar el estallido del impulso delictuoso, sin permitir que éste se presente con los atributos necesarios para dar al hecho que de tal manera se cumple, estructura distinta de un delito en cuya ejecución la ley no ve motivo alguno para atenuar la responsabilidad de los que obran en tales circunstancias.

De manera que las situaciones planteadas en la demanda no son más que expresiones

de un mismo hecho, y sus distinciones no pasan de ser apreciaciones subjetivas, que no obedecen al criterio objetivo que debe presidir el examen de estos fenómenos, de conformidad con el Código Penal.

Por tanto, la riña imprevista, como el modo en que ella ocurre, se desenvuelven en idéntico criterio, porque la una, para que sea lo que es, precisa que la forma de su ocurrencia coincida con la realización de los hechos que le dan categoría como entidad aminorante de la responsabilidad y, por ende, de la sanción.

Resulta imposible atribuir el carácter de riña imprevista al combate singular, al cambio de agresiones recíprocas, con provocaciones de obra y de palabra anteriores al encuentro, porque falta el elemento que determina con mayor nitidez lo imprevisto, cual es lo fortuito del incidente, lo impensado de la lucha, su falta de estímulo provocativo por parte de algunos de los contendores; en una palabra, lo casual del lance armado. Sin estas condiciones, lo imprevisto, que constituye la circunstancia atenuante consagrada en el Código, no tiene estructura en la riña, y por ello mismo, sería desquiciar el concepto, atribuírlo a quienes riñen previa disputa verbal, con exaltación psicológica y provocación de hecho, aceptando anticipadamente un choque cuyas consecuencias fueron previstas y como tal ratificadas plenamente al tomar las armas para liquidar el incidente que surgiera entre los contendores, como causa o motivo determinante.

Cuando el Jurado simplemente hace referencia a la riña, dejando por fuéra el elemento fundamental que confiere a este fenómeno la capacidad para modificar la responsabilidad y la sanción misma, esto es, la imprevisión, el homicidio así cumplido no da margen sino para la aplicación de la pena que tal delito comporta dentro del Código Penal, sin que valga alegar que la provocación por sí sola es elemento bastante para estructurar una circunstancia de atenuación en el homicidio.

Por lo general, la provocación puede considerarse como la causa determinante de la riña en no pocos casos. O en otras palabras, la provocación es la causa que engendra la riña. Y la provocación misma puede surgir por cualquier estímulo o agravio o insulto, que para ser eficaz en orden a estructurar un delito atenuado de lesiones o de homicidio, es preciso que intervenga como factor, de un lado, la imprevisión en la riña que se suscite debido a aquélla; y de otro, que ésta sea de tal magnitud que contenga en sí misma los elementos de gravedad e injusticia para que integre otra figura legal, también atenuante. De otra manera, ni la riña en sí misma considerada, es decir como pelea o contienda entre dos o más personas, con el propósito de inferirse recíproco daño, ni tampoco la simple provocación, sin los atributos de gravedad e injusticia, pueden ser consideradas independientemente como capaces de modificar una situación penal que no tolera una discriminación distinta para los efectos de la sanción. (Casación Penal. Febrero 7 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080)

48, 2ª, 49, 1ª y 2ª, 50, 1ª y 2ª y 51, 2ª

— 317 —

ROBO (Para que se configure este delito, no basta demostrar el hecho de la violencia, sino que es necesario demostrar también que ella fue el medio para consumar la sustracción)

La simple efracción, rotura o quebrantamiento de las defensas preconstituídas que guardan las cosas no sirve para estructurar el robo si no se demuestra que esa violencia así ejercida, fue precisamente el medio de que se valieron los ladrones para sustraer los objetos. Y ello es elemental, porque tales manifestaciones de violencia sobre las cosas bien pueden ser antiguas y hechas sin la

participación física ni dolosa de los responsables del apoderamiento, quienes, por lo mismo, no tienen por qué responder de la obra ajena, o bien porque el delito pudo ejecutarse recurriendo a otros sistemas distintos de la violencia, como aprovechando, por ejemplo, la falta de seguridad de las puertas de una habitación, o cualquier otro factor imputable a pura negligencia de la víctima, etc.

Por lo tanto, mientras las pruebas no destruyan estas hipótesis y mientras el vínculo de causalidad, objetiva y subjetiva, entre la violencia y el apoderamiento no aparezca plenamente establecido, jurídicamente es imposible sostener la existencia del delito de robo. En esta materia no caben suposiciones ni términos medios. (Casación Penal. Agosto 18 de 1950. Tomo LXVII. Número 2085) 788, 2ª y 789, 1ª

— 318 —

ROBO (Momento consumativo de este ilícito)

Si en el presente caso los procesados aprehendieron materialmente las mercancías, sin el consentimiento del dueño, con ánimo de apropiárselas y mediante el empleo de la violencia física, son elementos éstos que tipifican el delito de robo, aun cuando sus autores no se hubieran aprovechado de los objetos materia del ilícito. (Casación Penal. Diciembre 9 de 1949. Tomo LXVII. Número 2080) 19, 2ª

— S —

— 319 —

SENTENCIA

Los hechos conducentes de una demanda deben en su existencia y verdad aparecer demostrados de manera plena y completa según la ley, al decir del artículo 593 del C. J. Esta es la pauta del sentenciador. (Casación Civil. Abril 17 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) 161, 2ª

— 320 —

SENTENCIA (Enmienda de una sentencia)

La pretensión del peticionario en el sentido de que la Corte **enmiende** la sentencia de que se trata, equivale a que la misma sea **reformada** por la entidad que la pronunció, a lo que se opone perentoriamente el siguiente principio acogido en el artículo 482 del C. J.: "La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado". (Negocios Generales. Julio 13 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) 711, 2ª

— 321 —

SENTENCIAS EXTRANJERAS (Quién tiene personería para pedir su cumplimiento)

Conforme a la regla general de nuestro procedimiento civil, a falta de excepción aplicable a las actuaciones sobre declaratoria de procedencia en Colombia de la aplicación de sentencias extranjeras, debe el solicitante acreditar plenamente su legitimidad para obrar, o sea el interés que lo impulsa a ejercitar la respectiva acción, interés que sólo se pone de manifiesto en casos de esta naturaleza cuando ha figurado él como parte en el juicio decidido por la providencia cuyo cumplimiento pretende, y que en los demás casos es preciso establecer con la prueba de ser el peticionario heredero de la parte en cuyo favor fue ella proferida, o adquirente a cualquier otro título del derecho allí reconocido. (Casación Civil. Marzo 27 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) .....
131, 1ª y 2ª

— 322 —

SENTENCIAS EXTRANJERAS (Alcance de la facultad otorgada a la Corte por el artículo 32 del C. J.)

La función que atribuye a la Sala de Casación Civil de la Corte el ordinal 3º del artículo 32 del Código de Organización Judicial, es exclusivamente la de conocer "de las sentencias pronunciadas en país extranjero, para el efecto de resolver si procede o no su cumplimiento en Colombia, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados públicos"; y no la de calificar el mérito probatorio que tales providencias puedan tener dentro de procesos que actualmente no caen bajo su jurisdicción.

Es al Juez del conocimiento del respectivo negocio en que se exhiba "como prueba" esa resolución jurisdiccional a quien compete en su oportunidad la calificación de su valor demostrativo. (Casación Civil. Marzo 27 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) .....131, 2ª y 132, 1ª

— 323 —

SEPARACION DE BIENES (Acción de)

No desvirtúa el hecho de que se trata de una acción de separación de bienes pertenecientes a una sociedad conyugal, la circunstancia de que entre los hechos de la demanda se encuentren algunos que improcedentemente hablen de bienes aportados al matrimonio por la mujer o adquiridos durante él con el producto de los mismos, porque las cuestiones relativas a la determinación de los bienes de la sociedad conyugal o que deban reputarse sociales son ajenas al juicio de separación, como que sólo tienen su oportunidad cuando, por haberse decretado aquélla, deba practicarse posteriormente la liquidación de la sociedad con sujeción a las reglas legales correspondientes. La anotada circunstancia no desnaturaliza, pues, la verdadera índole da la acción. (Casación Civil. Abril 17 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .....377, 2ª y 378, 1ª

— 324 —

SIMULACION

Como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, "tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del C. C. y del segundo aparte del art. 91 de la ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito, confesión y principio de prueba, que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios, y con todo medio probatorio". - (Casación Civil. Marzo 28 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082) 148, 1ª

— 325 —

SIMULACION

El acto jurídico mirado en sí mismo, no puede ni debe confundirse e identificarse con la fórmula que lo expresa, ni puede tomarse como motivo de contrato el propósito de fingirlo, como también el ánimo de una y otra parte requerido para la tradición por los artículos 740, 742 y 743 del C. C., que mira a la intención de transferir y de adquirir o que en ella consiste, es algo muy diferente del hecho material de concurrir a una Notaría y extender una firma al pie de un instrumento. Y así, si se demuestra que

en una compraventa no hubo tal intención, es inadmisible el argumento de que sí la hubo porque así reza el instrumento respectivo. (Casación Civil. Julio 10 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084).....435, 1ª y 2ª

— 326 —

SIMULACION (Cuando el heredero obra en nombre propio, goza de libertad probatoria para demostrar la simulación)

Una constante jurisprudencia de la Sala de la Casación Civil, desarrollada y sostenida con base en el artículo 1766 del Código Civil y en la doctrina uniforme de los tratadistas que se han ocupado de la materia, ha venido clasificando el fenómeno jurídico de la simulación en dos grandes tipos o grados: la absoluta y la relativa, y entendiendo que la primera tiene lugar cuando se celebra voluntaria y deliberadamente un acto ostensible de mera apariencia, que carece totalmente de contenido como negocio jurídico, y simultáneamente con él se conviene entre los mismos contratantes en un acto oculto, en una contraestipulación, que están voluntariamente encaminados a destruir en forma completa los efectos del acto aparente; y que la segunda se produce cuando el acto secreto, celebrado también al mismo tiempo con el acto ostensible, está apenas destinado a adicionar, alterar parcialmente o modificar los efectos o la naturaleza del público. "Negocio simulado —lo ha dicho y repetido esta Sala— es el que tiene aspecto contrario a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento de dos actos, uno visible, y el otro invisible. El privado suprime, adiciona, modifica o desvía los efectos del público, y en lenguaje de la Corte, se llama contraestipulación". (G. J. T. XLIV, pág. 167; G. J. Nº 1966, pág. 812; G. J. Nº 2029 a 2031, pág. 79; G. J. T. LXIII, págs. 72 a 74).

La simulación absoluta tiene lugar—como insistentemente lo ha afirmado la Corte— "cuando se celebra un acto jurídico de mera apariencia, sin ninguna realidad, porque simultáneamente con él se celebra un acto oculto, una contraestipulación válida, por medio de la cual se destruyen convencionalmente los efectos del acto ostensible". Pudiera decirse que en el fenómeno simulatorio existe un verdadero contrato, consistente en la creación de una apariencia jurídica para conseguir determinado fin, con la expresa estipulación, aunque oculta de hacerla desaparecer, de destruírla, una vez alcanzada la finalidad que se propusieron, y que podría tenerse, jurídicamente hablando, como la causa o motivo que los indujo a contratar". (Casación, octubre 22 de 1947. Tomo LXIII, pág. 72).

Es, pues, conforme a esa jurisprudencia, una de las características especiales de la simulación la de la celebración simultánea de dos actos: el uno aparente, público u ostensible, y el otro oculto, privado o secreto. Y esto, que en relación con la simulación relativa es del todo evidente, no puede tampoco echarse de menos en la absoluta, si se repara en la integridad del mecanismo simulatorio. Obsérvese si no, en el caso más frecuente de esa simulación, como es el de las llamadas ventas de confianza, en que tras del contrato aparente se oculta siempre un convenio entre las mismas partes, que destruye totalmente los efectos de aquél, y en virtud del cual el aparente comprador recibe el encargo o el mandato de mantener en su cabeza la propiedad hasta tanto el aparente vendedor le exija su devolución o el otorgamiento de la correspondiente escritura de venta. He allí una verdadera contraestipulación que puede hacerse o no constar por escrito entre las partes, pero que en atención a la realidad de su existencia, es susceptible de ser probada por los medios

adecuados en cada caso, por quien le asista interés en alegarla en la respectiva acción de simulación.

Ahora bien: puede ocurrir que la declaratoria de simulación se invoque por alguna de las partes simulantes o por un tercero que ostente un interés protegido por la ley.

Cuando sucede lo primero y el contrato consta por escrito, ya porque sea legalmente solemne, o porque las partes lo hubieran consignado en esa forma, las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados sólo pueden éstos desvirtuarlas oponiéndoles una prueba legal de igual categoría o fuerza, que destruya la plena fe que a aquél se le otorga. tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios o con todo otro medio probatorio, como así se deduce de la doctrina que informa a los artículos 1759 y 1766 del Código Civil, y 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887. (G. J. Tomo XLIII, pág. 830; Tomo LVI, pág. 172 y Tomo LXIII, pág. 662).

Y, según lo ha sostenido la Corte, "Esta doctrina jurisprudencial sobre admisibilidad y eficacia de los diversos medios legales de prueba, de vigoroso fundamento en la ley, opera según que la declaratoria de simulación se invoque por alguna de las partes simulantes o por un tercero, pero en manera alguna se condiciona, contra lo que sostiene el recurrente, con la calidad de integrante o relativa de la simulación demandada". (G. J. Tomo LXIII, pág. 74).

En el segundo caso, los terceros —ha sostenido reiteradamente la Sala de Casación Civil— no tienen por qué presentar la comprobación escrita de la existencia del pacto secreto, ya que por lo mismo, que fueron ajenos al contrato, este pacto secreto se presenta para ellos como un hecho, que como tal es susceptible de ser demostrado acudiendo a todos los medios probatorios consagrados en la ley.

Se ha aceptado también, jurisprudencialmente, que el heredero forzoso de uno de los contratantes puede asumir en el juicio "una de dos situaciones distintas, según que ocupe el puesto que tendría su causante si viviese, caso en el cual va contra el adquirente ficto, o que reclame como lesionado en su derecho herencial porque con la ficción lo haya privado indebidamente de toda o parte de su herencia, caso en el cual ese heredero es un tercero ante el contrato que va contra los dos simulantes. En este último caso su acción arranca del agravio y se encamina a deshacerlo; el heredero obra per se y se enfrenta a su autor que lo ha lesionado. En el otro caso obra como continuador de la persona del **de cujus**, y la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos y es la que habría ejercido el **de cujus** por sí mismo contra el adquirente fingido". (G. J. T. LXIV, páginas 706 y 707). Cuando el heredero ejercita la acción heredada, obra a nombre de su causante y está sujeto, por tanto, a las mismas restricciones probatorias a que estaría éste si viviese; cuando actúa como lesionado en su derecho herencial, es decir, en nombre propio, es un tercero en relación con el acto simulado, y goza, en consecuencia, de entera libertad probatoria para demostrar la simulación. (Casación Civil. Junio 22 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084) .....405, 1ª y 2ª

— 327 —

SIMULACION

Cuando debido a que se declara inexistente por simulación un contrato de compraventa, surge a la vida jurídica otro oculto de mutuo, el sucesor del adquirente en el de compraventa simulado, no puede, por ese solo hecho considerase subrogado en el crédito materia del contrato oculto de mutuo,

ni este caso puede asimilarse al del comprador de un inmueble que paga a los acreedores a quienes está hipotecado, por obligarlo a ello la expresa disposición del artículo 1668 del C. C., ordinal 2º. No cabe la analogía porque dicho precepto descansa esencialmente en la fuerza real del gravamen hipotecario, que da el derecho de hacerlo efectivo contra cualquiera que posea la finca hipotecada, y al acreedor el de hacerse pagar sobre lo hipotecado (artículos 2448 y 2452 del C. C.). (Casación Civil. Agosto 4 de 1950. Tomo LXVII. Número 2085).....759, 1ª

— 328 —

SIMULACION (El acto simulado no es oponible a terceros de buena fe)

La Corte, en diversos fallos de casación, ha sentado la doctrina de que "en un contrato acusado de inexistente, por ser simulado, la contraestipulación o pacto secreto no existe en principio sino para el que tenga conocimiento de tal acto. La simulación no afecta a terceros de buena fe, y la ley y la doctrina los protege cuando, sin negligencia, se han confiado de la apariencia, única forma de sus determinaciones. Quiere esto decir que a los terceros de buena fe no les es oponible el acto simulado y así lo estatuye claramente el artículo 1766 del Código Civil, cuando dispone que 'las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros'. En desarrollo de los anteriores principios legales y doctrinarios, los que de buena fe hayan adquirido el bien, derecho o casa que en el contrato ostensible aparece como transferido, tienen derecho a invocar esa apariencia a que se atuvieron en la negociación y deben ser protegidos y amparados, no sólo porque así lo preceptúa el artículo 1766 del Código Civil, sino porque así lo exige la normalidad y estabilidad económica de las numerosas transacciones a que da lugar la vida de relación en las sociedades modernas". (G. J. Tomo XLVII, página 752). (Casación Civil. Agosto 4 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085).....758, 1ª

— 329 —

SOCIEDAD ENTRE CONCUBINOS

Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la situación de tal índole entre los concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que ha sido la común actividad de los tales en una determinada empresa, creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro, o de ambos. (Casación Civil. Mayo 19 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....195, 2ª

— 330 —

SUCESION (Cuando se trata del juicio de sucesión de una mujer casada, debe entenderse que, para efectos de determinar la competencia para conocer de él, el domicilio de la difunta era el mismo que el de su esposo)

De acuerdo con el artículo 152, ordinal 5º, del Código Judicial, del juicio de sucesión de una persona conoce privativamente el Juez de su último domicilio en el territorio nacional, y si lo ha tenido en distintos municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios.

Pero es indudable que si se trata de que la difunta era mujer casada, entonces su domicilio debe determinarse por el de su esposo, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 87 del Código Civil, disposición que se funda en el derecho del marido "para obligar a su mujer a vivir con él y a seguir-

le a dondequiera que traslade su residencia". (Negocios Generales. Agosto 30 de 1950 Tomo LXVII. número 2085).....886, 2ª

— 331 —

SUELDOS (Derecho del empleado público a recibir entero su sueldo)

Los sueldos son las remuneraciones que da el Tesoro Público a los empleados oficiales por los servicioes que éstos prestan. Realizado el servicio, el funcionario o empleado público tiene derecho a recibir íntegra su asignación, a menos que la ley o una orden de autoridad competente (embargo, por ejemplo) impongan descuentos especiales.

Por eso el artículo 132 del Decreto Ejecutivo número 1036 de 1904 dispone que "las nóminas serán acompañadas de todas aquellas explicaciones y aclaraciones que puedan estimarse necesarias o conducentes a su objeto, y cuando ocurrá el caso, llevarán una columna destinada a expresar descuentos o deducciones que deban hacerse en los sueldos por alguna causa legal".

Además, el Código de Régimen Político y Municipal asigna al Jefe de cada oficina la obligación de distribuir el trabajo entre sus subalternos de una manera equitativa, pudiendo variar la distribución cuando lo juzgue necesario o conveniente para el buen servicio público (artículo 286); y lo faculta para admitir ayudantes que trabajen SIN REMUNERACION, con el fin de instruírse prácticamente en la manera de desempeñar los diversos destinos públicos; y cuando esto suceda, se procurará colocar a dichos ayudantes, en caso de que haya puestos vacantes, que ellos puedan desempeñar perfectamente (artículo 330).

Nada más ni nada menos puede hacer en esta materia el jefe de una oficina pública con sus empleados y con los ayudantes particulares que quieran instruírse en los diversos destinos públicos, esto es, que en ningún caso le es permitido dividir el sueldo de sus subalternos, y menos recortárselo para beneficiar a personas extrañas, por más que éstas hayan colaborado en el buen mantenimiento del despacho oficial.

(Casación Penal. Junio 6 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084).....484, 2ª y 485, 1ª

— T —

— 332 —

TESTIMONIO (Su apreciación por el Juez en materia civil)

Dentro del sistema legal-moral que rige nuestro derecho probatorio, el criterio judicial para deducir el valor del testimonio no excluye la aplicación de las normas de la sana crítica, en busca de la depuración de la prueba, pero sin perder de vista las reglas y preceptos legales que imponen su aceptación dentro de determinadas condiciones, tales como las que enuncia el artículo 697 del C. J., que establece que "dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley". La condición esencial del testimonio es que debe ser fundado sobre hechos subjetivos del testigo, y para eso es necesario que exprese las circunstancias de su observación personal inmediata sobre hechos susceptibles de caer bajo la acción de sus sentidos, que su dicho sea verosímil y no contrario a las leyes de la naturaleza y que su declaración sea original y no nacida de extraña sugestión. Son éstas, en general, las condiciones de atendibilidad del testimonio en cuanto se refiere al aspecto de la correspondencia entre la declaración del testigo y las observaciones efectivamente realizadas por él. Con el objeto de que el testimonio sea, en lo posible, responsivo, exacto y completo, el Juez debe preguntar al declarante, sin detalles minuciosos sobre

todo lo que conduzca a esclarecer y completar su exposición y a investigar el fundamento en que basa el conocimiento de los hechos que afirma (artículos 687, 688 del C. J.), para lo cual, como es obvio, habrá que tratar de ubicarlos en el tiempo, expresando la época de su ocurrencia; en el espacio, determinando el sitio de su acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento. Naturalmente sin perder de vista que estas circunstancias inciden de distinta manera y tienen más o menos importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento según la naturaleza de los hechos afirmados. Así utilizando como ejemplo el caso de autos, el tiempo o época de la ocurrencia, circunstancia de evidente importancia cuando se relaciona con hechos transitorios o pasajeros, la pierde casi totalmente cuando versa sobre hechos de naturaleza permanente e invariable como es el geográfico de que un lote de tierra esté enclavado dentro de otro mayor; pueden los testigos referirse a épocas distintas sin que por eso pierda atendibilidad su testimonio. Sobre el lugar, tratándose de inmuebles, que se individualizan y determinan por su ubicación y linderos, no hay falla ni problema, como pudiera existir si se tratara de hecho móvil o susceptible de ocurrir en sitios diversos. Y por lo que hace al modo o manera de existir, en este caso inmodificable y permanente, no condicionada por modalidades efímeras que pudieran afectar un recuerdo circunstanciado, tampoco es apreciable ninguna deficiencia en el caso de estudio y de ejemplo.

En las explicaciones que hacen los cuatro testigos de que se trata, de que conocen muy bien las tierras de Santa Ana por haberlas recorrido muchas veces y en varias direcciones, está la razón de su dicho o el fundamento en que se basa el conocimiento del hecho afirmado por ellos, de que dentro de tales terrenos, cuya cabida no mencionan, pero sí alinderan, está comprendido el globo poseído por el demandado, por límites que expresan sin determinación de cabida. En este modo de adquisición del conocimiento va implicado el uso de los sentidos, que el Tribunal desecha inexplicablemente al tratar de analizar la prueba, subordinándolo arbitrariamente al tamaño del continente y del contenido, sobre datos incidentales del proceso. (Casación Civil. Abril 20 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2081-2082).....175, 2ª y 176, 1ª y 2ª

— 333 —

TESTIMONIO (Valor probatorio del testimonio único)

En la vía de fijar el alcance probatorio de la presunción que resulta del testimonio único, no puede el fallador acogerse a la regla que consagra el artículo 664 del C. J., para asignarle el valor de plena prueba, porque el artículo 696 ibídem expresamente estatuye que "la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba..." Su valor es el de una simple presunción "más o menos atendible según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición", que solamente cuando concurra con otros indicios, en las condiciones requeridas por el artículo 665 de la misma obra, alcanzaría a tener pleno valor probatorio. (Casación Civil. Julio 24 de 1950. T. LXVII. Números 2083-2084).....452, 1ª

— 334 —

TESTIMONIO

El artículo 701 del C. J. que ordena no darle crédito al testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones, no es aplicable en materia penal, porque en ésta la apreciación de los testimonios no está sujeta a las pautas de aquel código, sino a las propias de la materia, en la que prima el criterio de la persuasión racional (artículo 294 del C. de P. P.). Y es que en lo civil le

basta al juzgador la verdad formal que las partes le suministren, mientras que en lo penal el juzgador debe buscar por sí mismo la verdad material, histórica o real de los hechos investigados. (Casación Penal. Febrero 21 de 1950. T. LXVII. N. 2080) 88, 1ª

— 335 —

TESTIMONIO (Inhabilidad del Secretario de un Juzgado para declarar en un proceso contra el Juez)

El hecho de que una persona desempeñe el cargo de secretario en un juzgado no la inhabilita legalmente para declarar como testigo en un proceso penal que se siga contra el Juez. (Casación Penal. Enero 27 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080) 34, 2ª

— U —

— 336 —

USUCAPION (La sentencia en un juicio de pertenencia por usucapión, debe comprender también el análisis de la prueba del dominio pretendido por el opositor)

Conforme al artículo 11 de la Ley 120 de 1928, "El opositor en este juicio (el de pertenencia por haber adquirido por prescripción) será considerado como demandante si no está en posesión de la finca"; de donde se sigue que, trabada la controversia en tales circunstancias, el fallo con que se decida no puede limitarse —como a primera vista parece— a la simple calificación de la prueba sobre posesión por el tiempo que la ley prescribe, para declarar o negar la usucapión, sino que ha de comprender también, y para análogos efectos, la del dominio pretendido por el demandante opositor. (Negocios Generales. Julio 6 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) 691, 1ª

— 337 —

USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS

Para que exista el delito de usurpación de funciones públicas es menester —como lo ha dicho la Corte— que el agente activo del delito se haga aparecer como funcionario público sin tener tal carácter. En efecto, el artículo 182 del Código Penal — ha dicho esta corporación — "sólo reprime a quien simula ser empleado, sin título aguno para ello, a quien se finge con facultades para el desempeño de funciones públicas careciendo de toda investidura que pudiera servir de base a tales funciones, a quien se hace pasar por funcionario no siéndolo". (GACETA JUDICIAL, Tomo LII, pág. 671).

De conformidad, pues, con la reglamentación del Código en su capítulo 7º del título III, o sea delitos contra la administración pública, destinado a sancionar la usurpación de funciones públicas, no constituye infracción la extralimitación de dichas funciones o exceso en el ejercicio de ellas, como sí estaba previsto en el Código de 1890, artículo 565. (Casación Penal. Auto. Agosto 25 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085) ..817, 1ª y 2ª

— V —

—338 —

VEREDICTO

Es verdad que los jueces populares no están obligados a emplear las palabras textuales o fórmulas sacramentales contenidas en la disposición de la ley penal. Pero ello no significa que el veredicto debe dejar de contener los elementos que permitan al Juez encontrar una a manera de pauta racional que facilite su acomodamiento a aquellas normas. Si ello no ocurre así, no le es permitido a los Jueces en derecho, con pretexto de

desentrañar el espíritu del veredicto, tomarse la atribución excesiva e ilegal de llenar sus deficiencias y vacíos, o los voluntarios e intencionales silencios guardados por los jueces populares, sobre todo cuando el debate fue ampliamente ilustrativo en orden al significado de su fallo y a la manera como debían cumplir su cometido en el caso de que alguna explicación agregaran a la afirmación de responsabilidad del reo, sobre la amplia fórmula de la verdad sabida y buena fe guardada, que es lo único que la ley advierte a los jurados para el cumplimiento cabal de su misión como funcionarios al servicio de la justicia.

Si al Juez le fuera dado arrogarse una atribución de esta índole, el veredicto no sería la pauta inmodificable y definitiva que debe ser. - (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080).....80, 2ª

— 339 —

VEREDICTO (El del jurado no puede ser aclarado)

Al Jurado no es permitido, después de entregado el veredicto al Juez y de firmada el acta respectiva, aclarar el concepto del mismo con circunstancias o modalidades diferentes de las contenidas en el texto primitivo, porque con ello se arrogaría una facultad excesiva, que sobrepasaría, con mucho, el límite de sus atribuciones legales.

De ser permitido este procedimiento, los jueces populares extralimitarían la facultad que tienen de explicar el veredicto, con una simple adición a su contenido sobre las modalidades del hecho (artículo 29 de la ley 4ª de 1943), y se les daría, asimismo, una peligrosa atribución, contraria al espíritu de la ley, que apenas otorga al Jurado el derecho de deliberar en forma privada, pero sin contacto alguno con personas distintas (parágrafo del artículo 29 citado) cosa que ocurriría siempre que por influencias extrañas pudiese adicionarse lo que no es susceptible de ser alterado para que haya verdadera seriedad y garantía en la justicia. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. N° 2080).....80, 1ª y 2ª

— 340 —

VEREDICTO (Su interpretación)

Como lo ha expresado la Corte, un veredicto puede ser interpretado, no sólo porque los miembros del jurado no tienen por qué emplear términos técnicos, acomodados a la nomenclatura legal, sino porque sus fallos se profieren en conciencia y no en derecho, por la íntima convicción de que en sus ánimos produzcan tanto la lectura del expediente como las alegaciones de las partes en la audiencia pública; y, además, porque el lenguaje no traduce con fidelidad el pensamiento, y menos en decisiones que han de expresarse en frases cortas y precisas por sujetos no especializados, decisiones que muchas veces encierran o deben contener elementos jurídicos, como sucede en los veredictos.

Sin embargo, dicha interpretación debe ser restringida, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad, suplantando en sus funciones a los jueces populares. (Casación Penal. Agosto 25 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2085).....805, 2ª

—341 —

VEREDICTO (El juez no puede suplir sus vacíos o deficiencias)

En numerosas ocasiones la Corte ya ha sostenido la doctrina de que los veredictos no contentivos de elementos precisos y determinados que incluyen una modificación de la penalidad en orden a una transformación esencial de la responsabilidad misma por efecto de circunstancias aminorantes de

ésta, que el Código crea circunscritas a determinados requisitos, no son susceptibles de exégesis o adición alguna que permita al Juez suplir los vacíos, deficiencias o silencios del Jurado para dar a sus respuestas un contenido legal que no encaja en los términos mismos del veredicto; y esta doctrina tiene fundamentos tan racionales que no se ve razón alguna para modificarla. (Casación Penal. Febrero 14 de 1950. Tomo LXVII. Nº 2080).....77, 2ª

— 342 —

VEREDICTO (Interpretación del veredicto del jurado)

Es evidente que el Jurado puede calificar los hechos de manera que con sus propias palabras produzca consecuencias que digan relación al problema legal que plantea el cuestionario, y aquel Tribunal decida en conciencia, ciñéndose a lo preceptuado de que el veredicto responda a la brevedad de la explicación, permitida por el texto del artículo 29 de la ley 4ª de 1943, que modificó el sistema de los cuestionarios múltiples, creado en el Código Procesal Penal. Pero, de esto a aceptar que cualquier expresión aditiva del Jurado en el reconocimiento de la responsabilidad, con tal de que contenga idéntico o igual significado que las locuciones o modalidades que el Código Penal emplea para estructurar la atenuante, implique la aceptación de ésta, existe una fundamental diferencia

De admitirse esta tesis, se consagraría con ello una verdadera arbitrariedad en las decisiones en conciencia y, lo que todavía es peor, se daría ocasión para que los jueces en derecho tuvieran que rastrear en la intervención del Jurado, buscando en los términos del veredicto el espíritu que dio origen a éste, tolerando, de esta suerte, proceder en la forma en que la doctrina de esta Sala tiene ya resuelto que no le es permitido al Juez, a saber: "que en ningún caso puede completar el pensamiento del Jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en esas suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley; al contrario, puede considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto". (Casación Penal. Marzo 24 de 1950. Tomo LXVII. Números 2081-2082) .....235, 2ª y 236, 1ª

— 343 —

VEREDICTO (Cómo debe hacerse su interpretación)

El principio de contradicción, esencial basamento de la lógica, se funda en el hecho de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Cuando se habla de veredicto contradictorio, se trata de que el jurado afirma y niega la responsabilidad simultáneamente en relación con el mismo hecho y con el mismo sujeto. De manera que lo que hay que examinar no es si el procesado obró en determinadas condiciones, sino si las circunstancias en que actuó son incompatibles.

Pero conviene recordar que una cosa es el veredicto contradictorio y otra muy distinta es el veredicto contraevidente: "Lo contradictorio se refiere —ha dicho la Corte— a lo inconciliable en los términos del propio veredicto, a las expresiones usadas por los jueces de conciencia, mientras que la contraevidencia se relaciona con el conjunto de las pruebas del proceso". (Casación de 17 de mayo de 1949).

De este principio ha de concluírse, por tanto, que la interpretación del veredicto debe hacerse sobre sus términos mismos, sobre las proposiciones o frases de que se compone el fallo del tribunal popular, y no sobre las pruebas del proceso. Pero como el veredicto es el resultado del debate público, es lógico acudir a las exposiciones que en él se hayan hecho, como fuente de interpretación, si el sentido de aquellas frases o proposiciones no aparece por sí solo suficiente-

mente claro. Si ni de los términos del veredicto, ni de las alegaciones de la audiencia, se traduce el sentido que los jueces de conciencia quisieron darle a sus respuestas, entonces habrá que acudir al auto de proceder, en su caso, o a las pruebas del proceso, en último lugar. Pero todo ello, cabe repetirlo, como antecedentes para captar cuál fue el pensamiento que el jurado tuvo al definir la responsabilidad por medio del veredicto, que es la base de la sentencia en los juicios en que debe intervenir, y eso en los procesos comunes, que en los consejos de guerra verbales, los trámites obligan a interpretar de otro modo los veredictos.' (Casación Penal. Abril 25 de 1950. Tomo LXVII. Nos. 2083-2084) .....547, 2ª y 548, 1ª

— 344 —

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE (La Corte en casación no puede declarar contraevidente un veredicto)

Si el veredicto en las instancias del juicio no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales, la Corte —en casación— no puede hacer ese pronunciamiento, por no tener facultad legal para ello, pues dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal no se consagró como causal de casación en los juicios en que interviene el jurado, la del numeral 2° del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Julio 4 de 1950. Tomo LXVII. Números 2083-2084) .....583, 2ª y 584, 1ª

— 345 —

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE (Cuándo tiene aplicación estricta la disposición del inciso 3° del artículo 537 del C. de P. P.)

El precepto del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso tercero, no tiene aplicación estricta sino para aquellos casos en que el auto del Juzgado no sea confirmado respecto de todos los procesados, pero cuando respecto de uno de los acusados es confirmado, y revocado para el otro u otros, el fallo no puede dictarse mientras el nuevo Jurado no resuelva sobre el tema fundamental de la responsabilidad; en tal evento, la actuación se suspende hasta que el proceso se halle en el mismo pie de igualdad respecto de todos y cada uno de ellos, para que la sentencia sea una e indivisible, como resultado lógico de la investigación. (Casación Penal. Febrero 10 de 1950. Tomo LXVII. N° 2080) 56, 1ª

— 346 —

VEREDICTO DEL JURADO (El Juez de derecho carece de facultad para llenar sus vacíos)

No es lícito a los falladores en derecho suplir las deficiencias que contenga el veredicto o, como dice acertadamente el Procurador Delegado, "llenar los vacíos que, voluntaria o involuntariamente, dejen los jurados". De otra manera, los Jueces suplantarían el querer de los juzgadores en conciencia, y el sistema legal que señala la intervención de éstos se desarticularía por la involucración de competencia y el desconocimiento de los campos en que actúan uno y otro juzgador. (Casación Penal. Febrero 7 de 1950. Tomo LXVII. N° 2080) 51ª 1ª

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXVII DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras que se hallan en la columna de "números" corresponden a los apartes de doctrina que componen este INDICE. Los guiones que aparecen en la columna "artículos" indican que la doctrina cita globalmente el Código, la Ley o el Decreto en referencia.

CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE

Artículos	Números
19	218
66	166
118, num. 6º	166
120, ords. 6 y 7	166
120, ords. 8 y 9	166
165	166
166 y 167	166
170	210; 224
195	166

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
14	274
27	113
79	148
87	330
226	1
267	1
268	1
413	1
553	131
674	141
677	141
740	325
742 y 743	325
762	305
772	274
943	274
946	301; 303
946 y sigts.	303
946, inciso 3º	304
959, inciso 1º	263
965 y 966	304
1016	271
1061, ords. 2 y 3	131
1124	212
1126	271
1230 a 1235	271
1375	271
1394	249
1401	248
1546	108; 161
1546, inciso 2º	108
1603	268
1609	108; 161
1611	288
1615	150
1617	199
1668	327
1746	227
1758	147
1759	324; 326
1766	324; 326; 327
1849 y sigts.	128
1895	128
2177	223
2189	33
2341	261
2356	118; 119; 275
2452	327
2458	327
2512	274
2513	274
2517	274
2518	274
2521	273
2525	274

Artículos	Números
2531	274
Lib. I, Tít. 12	1
L. II, T. 12 C. 4º	302
CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE	
894	275
897	275
902	275
CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL	
208	141
286	331
330	331
CODIGO PENAL DEROGADO	
22 a 25	153
117, ord. 10	73
123	73
124	73
565	337
600	73
CODIGO PENAL VIGENTE	
—	74
—	95
—	144
9	163
19	208
20	208
25, numeral 3º	158
27	40; 159
28	40; 202; 203; 204; 206
29	151
33	99
35	299
36	29; 99
36 numeral 5º	151
37, ordinal 3º	81
37, ordinal 4º	79
37, ordinal 6º	76; 84
38, numeral 3º	204
38, numeral 8º	313
141	126
143	126
156	100

Artículos	Números
168	284
171	8
172	6; 132; 135
180	200
182	337
199 a 202	153
234	164
241 y 242	164
294	145
295	145
333	19
363	97
384	316
385	40; 97
392, numeral 2º	237
399	237
400	237
403	237
429	313
430	158
T. III, Cap. 7º	337
T. IV, Cap. 4º	153
T. XV, Cap. 6º	1
CODIGO JUDICIAL VIGENTE	
—	165
32, ordinal 3º	322
40	89; 113
70	189
76, ordinal 1º	90
121, ordinal 17	2
146, ordinal 3º	236
148	197
150	34
151	94
152, ordinal 5º	330
154	34
190	115
204	94; 114
205	115
205 y 206	34; 115
231	262
275	263
324	191
328	191
341	216
342	216
343	216
364	18

Artículos	Números
391	175
395	234
415	307
422	322
442	189; 297
448	231
448, numeral 2º	230
448 y sigts.	233
456	228; 234
457	225
457, inciso 2°	231
473, inciso 1º	314
473, inciso 2º	314
480	228
482	10; 320
487 a 489	307
494	61; 298
519	32; 34; 115
520	30
520, numeral 1º, inciso 2°	48; 50; 156
520, numeral 2º	64
524	34; 59; 115; 116
529 in fine	34
531	128
542	314
549	150
559	213
593	319
606	103
608	104
618	103
630	306
636	146
663	47
664 y 665	47; 333
687	332
688	332
696	333
697	332
701	334
743	107
876	211
982	150
1030	211; 314
1039	314
1151	211
Libro II, T. 37	211

Artículos	Números
CODIGO JUDICIAL DEROGADO	
407	263
407 y sigts.	266
1229	263; 266
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
7	10; 189; 297; 307
10	270
22	246
37 a 40	192
50	7
52	7
58	25; 26; 28
60	307
60, numeral 5º	192
62	238
69	238
70	238
73	28
73, numeral 4º	184; 185; 186; 245
73, numeral 7°	184
75	297
79	182
107	241
123	247
153	37; 55; 72
194	10
200 a 202	236
203	67
208	295
209	235
216	193
244	177; 294
271	67
272	67
294	67; 334
305	16, 173
306	16; 173
308	16; 173
311	253
312	289
313	177; 289; 294
317 y 318	16
374	170
426	67
431	67
473	295
480	75

Artículos	Números
499	316
537	66; 345
557	40
564	247
567	43; 60; 66; 129
567, numeral 2º	344
568	38; 53
710	162
CODIGO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	
—	106
67 a 69	93
73	91
164	252
Capítulo VII	91
CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR (Ley 3 de 1945)	
7	166; 224
122	125
180	209
181	296
184	296
186	296
188	126
190	166
241	166
LEYES PECIALES	
Ley 57 de 1887	
314	286
Ley 153 de 1887	
58	274
82	310
89	288
91	324
91 a 93	326
Ley 55 de 1905	
4	310
Ley 26 de 1913	
—	163
Ley 114 de 1913	
7	252
Ley 90 de 1920	
4	34
Ley 31 de 1925	
—	94
5	207
38	114
Ley 113 de 1928	
9	141
Ley 120 de 1928	
11	336
Ley 37 de 1931	
16	268
18	268
21, inciso 3º	268
24	267
26	87
28	263; 266
Ley 94 de 1931	
—	94
9	114
Ley 118 de 1931	
—	130
Ley 28 de 1932	
8	211
Ley 48 de 1936	
—	56; 315
Ley 50 de 1936	
2	225
Ley 96 de 1936	
—	127
2	127
Ley 160 de 1936	
4	268
7	263; 267
Ley 4 de 1943	
1 y 2	237
29	339; 342
Ley 51 de 1943	
—	274
Ley 29 de 1944	
23	19
27, inciso 2º	19
Ley 102 de 1944	
1	166
Ley 69 de 1945	
—	14
8 y 9	2
Ley 24 de 1947	
7	9
Ley 82 de 1948	
—	36; 130

Artículos	Números
4	287
5	41
DECRETOS	
Decreto 1936 de 1904	
132	331
Decreto 1405 de 1934	
—	167
Decreto 640 de 1937	
—	141
Decreto 1111 de 1938	
—	192
Decreto 1381 de 1940	
—	141
Decreto 2158 de 1948	
100	9
Decreto 2136 de 1949	
131	224
Título VII	270
Decreto 3562 de 1949	
—	88; 176
Decreto 3891 de 1949	
—	177
Decreto 1426 de 1950	
—	176; 178

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE ALFABETICO

Págs.

A

Abadía Arango Sergio contra la Intedencia Nacional del Chocó.—Juicio Ejecutivo..... 676

Abadía Arango Sergio.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad, prevaricato y usurpación de funciones 809

Acevedo Cecilia Valcárcel de. — Colisión de competencia entre el Juez del Circuito de Bogotá y el Juez del Circuito de El Cocuy, para conocer del juicio de sucesión de la mencionada señora 885

Acta de Posesión del Excmo. señor doctor Laureano Gómez, del cargo de Presidente de la República 745

Aguirre Calle Gerardo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 204

Alandete José Luis.—Impedimento para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, de un denuncio contra Reinaldo Acosta Polo..... 214

Almeida Gabriela Escobar de, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 871

Alvarez Uribe Marco Aurelio (a. Penco).—Casación por homicidio en Antonio Alvarez Uribe (a. Mocho)..... 804

Angarita Salcedo Balbino.—Casación por homicidio en Juana Joya o Pinto..... 74

Angulo Vera Bernardo.—Casación por robo. 284

Antequera César Augusto. — Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad como Juez Penal del Circuito de Barranquilla 99

Págs.

Aramburo Gabriel y otros Magistrados del Tribunal Superior de Medellín.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad y falsedad..... 58

Argüello R. Euclides.—Proposición aprobada con ocasión de su muerte..... 752

Arias Arango Antonio José. — Casación por homicidio 818

Arias Mejía Gerardo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad y detención arbitraria como Gobernador del Departamento de Caldas.... 5

Arias Herrera María Tomasa contra Carmen Agudelo—Juicio ordinario sobre filiación natural 411

Arismendi Lisímaco.—Casación por robo.... 786

Astrálaga Hipólito contra el Departamento del Atlántico.—Juicio ordinario sobre cumplimiento de un contrato..... 717

— B —

Ballesteros Gómez Dionisio contra Jesús Rodríguez Medina. — Juicio ordinario sobre que los efectos de un contrato celebrado en su propio nombre por el mandatario, corresponden y benefician exclusivamente al mandante 419

Barrera Salazar Leví y otro.—Casación por homicidio en Isidoro Herrera Castellanos. 53

Bernal Rafael Humberto.—Juicio contra este abogado por faltas contra la ética profesional 658

Bosto Carreño Juan.—Casación por homicidio en Víctor Gualdrón..... 45

Bravo Guerra Alberto. — Impedimento para

Págs.

actuar como Fiscal de un Tribunal en un proceso contra Francisco Acosta..... 43

Bustamante Ayola Juan E. — Cesación del procedimiento contra él por cargos de detención arbitraria como Juez Promiscuo del Circuito de Santuario (Caldas)..... 264

Bustos Fideligno. — Casación por lesiones personales en Sacramento Casas..... 244

— C —

Caballero Hernández Angel María y otro.— Colisión de competencias. — Aclaración del Magistrado doctor Sarasty a la providencia de la Sala de Casación Penal que dirimió la colisión 612

Caballero Hernández Angel María y Moreno Chiparra Luis. — Colisión de competencias para conocer de un proceso contra ellos por encubrimiento 606

Cabrales Antonio.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de responsabilidad como Juez del Circuito de Barranquilla... 498

Cabrales José Antonio.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de prevaricato 105

Cáceres Clemente y otros—Casación por robo 38

Cagua Reinaldo (herederos de) contra la Nación y contra el Departamento de Cundinamarca—Juicio ordinario sobre perjuicios 615

Caicedo Gil Antonio. — Juicio contra él por peculado 315

Cajias Luis Carlos.—Juicio contra este abogado por faltas contra la ética profesional 661

Campos Eusebia Garnica de, y Arquimedes Triana contra Pedro Arias Ortiz. — Juicio ordinario sobre simulación 402

Cardona Naranjo Ignacio.—Casación por homicidio 581

Carreño Mallarino Gabriel contra los Ferrocarriles Nacionales—Demanda de reconvención presentada por la parte demandada.. 831

Págs.

Carreño Mallarino Gabriel contra los Ferrocarriles Nacionales y contra la Nación.— Juicio de única instancia..... 863

Casasfranco María Belisa Hoyos v. de, contra José Castro Borrero.—Juicio ordinario. Recurso de hecho 183

Castro H. Francisco contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios..... 353

"Castro Martínez & Cía. Ltda." contra Herminia Cabrera v. de Gambín. — Juicio ordinario sobre reivindicación 384

Ceballos Miguel de la Cruz.—Extradición de este sindicado 304

Cedeño Jesús María contra Juan Pablo Cedeño y otro.—Juicio ordinario sobre simulación 145

Cobo Leoncia v. de, contra Julius Freund.— Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos 436

Colisión de competencias.—Se dirime la surgida entre el Juzgado 2º Superior de Bogotá y el Juzgado Penal Militar de la Brigada, para conocer del proceso contra los responsables del delito de homicidio en Vicente Echandía 504

Colisión de competencias.—Reposición del auto que decidió la surgida en relación con el conocimiento del proceso contra los responsables del delito de homicidio en Vicente Echandía 511

Colisión de competencias.—Se dirime la surgida entre el Juez Superior de Neiva y el Juez 1º Superior de Bogotá, para conocer de un proceso por estafa..... 514

Colisión de competencias.—Se dirime la surgida para conocer de un proceso por robo, proceso iniciado por denuncia de Fernando Posada Botero 593

Collazos Quintana Gabriel contra la Nación. Incidente de liquidación de perjuicios.... 347

Compañía Explotadora de Petróleos, S. A.— Oposición a una propuesta sobre explora-

Págs.

ción y explotación de petróleos hecha por Homer J. Smith 332

Compañía de Petróleos Caldas, S. A. contra la Nación.—Juicio ordinario sobre eficacia de la renuncia de un contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional 680

Concha María Elena Cabrera Britel de, contra Juan de Dios Mosquera.—Juicio ordinario sobre reivindicación 414

Constaín Manuel Dolores.—Casación por robo y hurto.—Reposición de un auto proferido por la Corte, pedida por la parte civil.... 777

Contreras Jacinta María contra Rufino Narváez.—Recurso de hecho 139

— D —

Daza Florella Briceño de, contra el Departamento de Norte de Santander.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato... 697

Decreto 2437 de 1948 (artículos 1º a 6º) y Decreto 4133 de 1948, acusados por inconstitucionales 369

De la Pava Pedro Antonio y otra contra Lázaro Bustamante y otra.—Juicio ordinario sobre pago de costas de crianza y educación de una niña..... 155

Del Río Próspero contra el Municipio de Cunday.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual..... 760

Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited.—Juicio ejecutivo 712

Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited. — Recurso de súplica 862

Díaz Andrade Erasmo.—Casación por homicidio 535

Diócesis de Cartagena contra Amanda Rosales de Martínez—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa.—Recurso de hecho 393

Págs.

Donado Rafael Angel. — Impedimento para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, de un proceso contra el doctor Octavio Espitia y Pardo por concusión 774

Dorada Extension Railway Limited contra el Departamento del Tolima.—Juicio ordinario sobre nulidad de otro de rendición de cuentas seguido entre las mismas partes.. 828

Durán May Luis Enrique.—Casación por lesiones personales 101

— E —

Escobar Marulanda Mario.—Juicio contra él por cargos de abuso de autoridad (intervención en política) 327

Espinosa Efraín Celestino. — Extradición de este procesado 308

Estrada Félix A. y González Fabio.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra ellos por fuga..... 613

— F —

Ferrer Mario y Próspero contra Juan J. Vásquez.—Juicio ordinario.—Recurso de hecho 772

Fiscal 2º del Tribunal Superior de Medellín. Impedimento para actuar en un proceso contra Jorge Uribe Lince y otros por falsedad y estafa 270

Flórez Esparza Ernesto y otro.—Casación por homicidio en Hilvanio o Elvanio Meneses. 230

Flórez Esparza Ernesto.—Casación por homicidio 562

Flórez L. Ignacio contra José Gabriel Romero. — Juicio ordinario sobre entrega de un predio 769

Flórez Camacho Rafael—Juicio contra él por concusión y falsedad..... 480

Franco Villegas Guillermo.—Casación por lesiones personales 241

Franco V. Justo. — Sobreseimiento definitivo

Págs.

en su favor por cargos de prevaricato como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá 108

Fuentes Gómez José Antonio contra el Departamento de Santander—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 851

— G —

Gacharná Palacios Jorge contra Alfonso Gacharná Palacios. — Juicio ordiario sobre pago de unos cánones de arrendamiento.. 408

Galindo Julio Roberto.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad como Juez Penal del Circuito de Ramiriquí 1

Garavito Alcibíades contra Salvador Duque. Juicio ordinario sobre revisión de una sentencia de lanzamiento 179

Garcés Navas Alberto.—Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de metales preciosos hecha por Genaro Payán Castro 833

García H. Carlos E.—Inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la parte civil contra la providencia que ordenó cesar el procedimiento en un proceso seguido contra aquél 478

García García Francisco contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato 641

García Julio César y otros. — Casación por asonada y robo 799

García Numa Pompilio (Juicio de sucesión de).—Casación contra la sentencia aprobatoria de la partición..... 151

García Teresa Hincapié de, contra Juan Pablo Díaz. — Juicio divisorio. — Inadmisibilidad de la casación..... 189

Gómez Prada Agustín. — Impedimento para conocer, como Magistrado de la Corte, de un proceso contra el doctor Alfonso García Rangel 784

Págs.

Gómez Arias Efraín y otros.—Cambio de radicación de un proceso contra ellos por homicidio 246

Gómez Francisco Eladio.—Cesación del procedimiento contra él por cargos de prevaricato 319

Gómez de Lavalle Simón y otros causahabientes de Antonio Rodríguez de la Torre contra la Nación. — Juicio ordinario sobre declaración de que son de propiedad privada unas tierras y el subsuelo de las mismas 342

González Laurentino.—Casación por lesiones personales en Carlos Heredia..... 278

González Urbina Luis.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 106

González Castillo Zoraida contra Segundo Virviescas—Juicio ordinario sobre filiación natural 449

Guerrero Segundo y otra, como herederos del Pbro. Mariano Jácome, contra León Gil Guerrero.—Juicio sobre división de un bien común y sobre adquisición de un bien por usucapión 454

Gutiérrez Montejo Helena. — Solicitud de **exequatur** de una sentencia extranjera.... 130

— H —

"Hacienda de Perodías, Limitada" contra Cirilo Lasso.—Juicio ordinario sobre reivindicación 133

"Hacienda Real, S. A." contra la Nación.—Juicio sobre despojo de unas aguas de uso público 664

Hanaberg Josefina Rodríguez de, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre nulidad de una hipoteca 877

Henríquez Julio César.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio 306

Hernández Clemente contra Carlina Pérez

Págs.

vda. de González.—Juicio ordinario sobre reivindicación 192

Hernández M. Enrique.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio 22

Hernández Marco A. contra el Departamento del Magdalena.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 627

Hidalgo Ester Rosero de, contra Rosenda Hidalgo.—Juicio de separación de bienes 376

Hijos de Juan Francisco Rocha, S. A. contra la Nación.—Incidente de regulación de honorarios del perito Dr. Pablo E. Lucio ... 724

Hinestrosa Daza Ricardo.—Se deplora su retiro de la Corte 752

Hurtado Israel.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio 42

— J —

Jaramillo Sánchez Alberto.—Solicitud de nulidad de un proceso que se adelantó contra él por cargos de responsabilidad como Gobernador del Departamento de Antioquia.. 532

Jaramillo María Arango de.—Objeciones a la participación en el juicio de sucesión de dicha señora 440

Jiménez Gómez Carlos.—Cesación del procedimiento contra él por cargos de intervención en política como Comisario Especial del Caquetá 533

Jiménez José Antonio.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de prevaricate e intervención en política como Juez 2º Penal del Circuito de Chiquinquirá 823

Jiménez Blanco Nicolás y otro.—No se accede a una solicitud del Procurador en la casación de ellos por robo 96

Jiménez Blanco Nicolás y otro.—Casación por robo.—Recurso de reposición contra el auto anterior 97

— K —

Klinge Luisa Schrader de, contra Drigelio Co-

Págs.

rredor N.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato 123

— L —

Lasso María Luisa contra Cayetano García.—Juicio ordinario sobre reivindicación 380

Ley 56 de 1947 (artículo 9º), acusada por inconstitucional 372

Ley 90 de 1948 (artículo 1º) acusada como inexequible 369

Lievano Nicolás contra la Nación.—Juicio ordinario sobre reivindicación 701

Loaiza Giraldo Rafael.—Casación por lesiones personales en Antonio Lazo 227

López García Miguel Angel.—Impedimento para actuar, como Fiscal del Tribunal Superior de Manizales, en un proceso contra Norberto Villa Acevedo 32

Luque Crisanto, Obispo de Tunja, y otro contra Margarita Parra de Rosas.—Juicio ordinario sobre extensión de un legado 113

— LL —

Llanes Formaris José Manuel contra United Fruit Company.—Juicio ordinario sobre cumplimiento de un contrato de promesa de contrato 390

Lloreda Tomás Domingo.—Casación por homicidio en Pedro Palacio Mosquera 8

— M —

Malo Pupo Roberto.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad como Juez 2º Penal del Circuito de Cartagena 825

Magdalena Fruit Company contra Jorge A. Bohórquez.—Juicio ordinario sobre reivindicación 170

Martínez Máximo H.—Proposición aprobada con ocasión de su muerte 752

Martínez Molina Rodolfo.—Sobreseimiento

Págs.

definitivo en su favor por cargos de prevaricato 323

Mejía A. Félix contra Caja de Crédito Agrario.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 160

Meluk Alema Gabriel.—Impedimento para conocer de un proceso contra Hermógenes Hinestrosa por homicidio 243

Molina Callejas Germán contra la Nación.—Juicio ordinario sobre derecho del avisante de una mina para que se admita el aviso .. 847

Montoya Ospina Humberto.—Casación por homicidio en Manuel José Correa..... 311

Morales José Vicente.—Cesación del procedimiento contra él por cargos de abuso de autoridad como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá 274

Morales Víctor Eduardo.—Casación por robo.. 86

Mosquera Mena Alejandro.—Cambio de radicación de un proceso contra él por peculado 595

Municipio del Carmen de Bolívar contra la Nación.—Juicio ordinario sobre que no es baldío un terreno 869

Municipio de Puebloviejo.—Oposición a la propuesta n. 117 sobre exploración y explotación de petróleos, hecha por Tolima Land Company 840

Municipio de San Jacinto contra la Nación.—Juicio ordinario sobre propiedad de un yacimiento petrolífero 345

Municipio de San Jacinto contra la Nación.—Reposición de una providencia proferida por la Corte 696

Murriel Correa Luis Angel.—Casación por homicidio 571

— N —

La Nación contra Sol María Armella.—Juicio ordinario originado en la oposición que aquella entidad hizo a la solicitud de pertenencia de un inmueble por prescripción extraordinaria, formulada por la Armella.. 690

Págs.

Nieto Felipe contra Beatriz Rubio de Montenegro y contra Guillermo Hernández.—Juicio ordinario sobre simulación 432

— O —

Ochoa Arango Rubén.—Casación por lesiones personales 565

Ojeda Vargas Aníbal.—Impedimento para actuar, como Magistrado del Tibunal Superior de Tunja, en un proceso contra el Dr. Isidro Gil Neira 85

Ojeda Vargas Aníbal.—Impedimento para conocer, como Magistrado del Tibunal Superior de Tunja, de un proceso contra Luis Avila Coy y otro por homicidio 795

Ojeda Vargas Aníbal.—Impedimento para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, de un proceso contra Luis Eduardo Pesca por homicidio 797

Olaya Josué contra Crescencio Acevedo Quirós y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de otro de simulación 753

Orozco Palacio Gustavo.—Casación por homicidio 292

Orrego Angel contra el Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario sobre reivindicación 623

Ovalle Manuel Antonio.—Cesación del procedimiento contra él por detención arbitraria como Juez Promiscuo del Circuito de Valledupar 28

— P —

Palacio Gómez Ezequiel.—Casación por homicidio 36

Parra R. Silvano contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios.. 707

Parra R. Silvano contra la Nación.—Solicitud de aclaración de la sentencia 711

Peña Baena Rodrigo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 325

Págs.

Peña Baena Rodrigo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 791

Perdomo Falla Miguel (herederos de) contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios.—Incidente de liquidación 728

Pérez Valdés Arturo.—Casación por homicidio en Fidel González 248

Pinilla Rodríguez Luis.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de prevaricato como Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona 33

Phillips Rincón José.—Casación por rebelión militar 539

Phillips Rincón José.—Casación por rebelión militar 556

Polo Marcial y esposa contra Ricardo M. Barrios y otros.—Juicio ordinario sobre revisión de una sentencia de excepciones proferida en uno ejecutivo 426

Polo Marcial y esposa contra Ricardo M. Barrios.—Juicio ordinario.—Corrección de la sentencia 431

— Q —

Quintero Rosaura y otros herederos de Eduvín Quintero contra Daniel A. Quintero.—Juicio ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa 396

— R —

Ramírez Aníbal y otro.—Casación por lesiones personales 283

Ramírez Liborio.—Colisión de competencias entre el Juzgado 4º Superior de Bogotá y el Juzgado Superior Militar de la misma ciudad, para conocer de un proceso contra aquél por hurto y robo 780

Restrepo J. Guillermo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de prevaricato como Juez del Circuito de Turbo.. 255

Reyes Alberto y Fernando y otros.—Oposición a la propuesta n. 193 sobre exploración y explotación de petróleos, formulada por Ernesto Saldarriaga 864

Reyes José Antonio.—Recusación para conocer, como Magistrado del Tibunal de Tunja, de un proceso contra el Dr. Aquileo Roa Bulla 198

Rivas Maturano Ciríaco.—Casación por homicidio 321

Rivera Pablo Julio.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio 509

Roa Bulla Aquileo.—Proceso contra él por delitos contra el sufragio—Recusación del Fiscal del Tribunal de Tunja 492

Roa Bulla Aquileo.—Reposición del auto que decidió de la recusación del Fiscal del Tribunal de Tunja 494

Roa Medina Miguel y otros, Magistrados del Tibunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y del Tribunal Centencioso.—Administrativo de Tunja.—Juicio contra ellos por haber infringido "alguna o algunas de las disposiciones contenidas en el capítulo VI del Título III, Libro II del Código Penal" 219

Robledo Aníbal contra Arcesio Jaramillo J.—Juicio ordinario sobre perjuicios 163

Robledo Lucila (a. la Cómoda).—Casación por lesiones personales en Omar Arango—Recurso desierto 773

Roca Niz Daniel y otros.—Oposición a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos formulada por la Compañía de Petróleo Atlántico, propuesta n. 144 337

Roca Niz Joaquín y otros.—Oposición a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional hecha por la Compañía de Petróleos Tolima.—Recurso de súplica contra el auto del Magistrado sustanciador que admitió la coadyuvancia del Sr. Pedro Ignacio Uribe 651

Rodríguez Luis Enrique y otros.—Casación por robo 16

Rodríguez Pablo.—Casación por lesiones personales en Antonio Beltrán 206

Págs.

Rodríguez Alarcón Santiago contra Graciliano Jiménez y contra la Nación.—Juicio sobre cancelación del registro de una marca de fábrica 838

Rojas Porras Hernando.—Recurso de hecho en un proceso contra él por robo 782

Romero Adriano contra Briceída v. de Romero.—Juicio ordinario sobre simulación.. 118

Rozo Bernal Ricardo o Ricaurte.—Casación por robo 215

Rueda Raimundo.—Proposición aprobada con ocasión de su muerte 752

Ruiz Luis Eduardo contra el Departamento de Caldas.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 879

— S —

Saladén Marrugo Carmelo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad como Juez 1º Superior de Cartagena 597

Salcedo Dulcey Julio.—Solicitud de revisión de una sentencia que reconoció una pensión 674

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala de Casación Penal proferida en la causa contra Tomás Domingo Lloreda por homicidio 15

Salvamento de voto de los Magistrados Dres. Francisco Bruno y Agustín Gómez Prada al auto de sobreseimiento definitivo proferido por la Sala de Casación Penal en favor del Dr. Gabriel Aramburo y otros Magistrados del Tribunal Superior de Medellín por cargos de abuso de autoridad y falsedad 68

Salvamento de voto de los Magistrados Dres. Ricardo Hinestrosa Daza y Arturo Silva Rebelledo al auto de la Sala de Casación Civil que decidió el recurso de hecho en el juicio ordinario de Jacinta María Contreras contra Rufino Narváez 144

Salvamento de voto del Conjuez Dr. Manuel F. Caamaño al auto de la Sala de Casación Civil que decidió el recurso de hecho en el juicio ordinario de María Belisa Hoyos de Casasfranco contra José Castro Borrero ... 187

Salvamento de voto de los Magistrados Dres. Francisco Bruno y Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala de Casación Penal proferida en el juicio contra Miguel Roa Medina y otros Magistrados del Tibunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y del Tribunal Contencioso—Administrativo de Tunja 225

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala de Casación Penal que decidió el recurso de casación de Bernardo Angulo Vera por robo 290

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala de Casación Penal que decidió el recurso de casación de Adán Urueña Galindo y otros por homicidio 530

Salvamento de voto de los Magistrados Dres. Domingo Sarasty M. y Angel Martín Vásquez a la sentencia de la Sala de Casación Penal que decidió el recurso de casación de José Phillips Rincón por el delito de rebelión militar 553

Salvamento de voto de los Magistrados Dres. Domingo Sarasty M. y Angel Martín Vásquez a la providencia de la Sala de Casación Penal que aclaró la sentencia de la misma Sala proferida en el recurso de casación de José Phillips Rincón por rebelión militar 560

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Gualberto Rodríguez Peña a la sentencia de la Sala de Negocios Generales proferida en el juicio ordinario seguido por Hernando Vergara Támara contra el Departamento de Bolivar 640

Salvamento de voto del Magistrado Doctor Luis Rafael Robles a la sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales en el juicio ordinario de Nicolás Liévano contra la Nación 705

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Agus-

Págs.

tín Gómez Prada a la sentecia de la Sala de Casación Penal que decidió el recurso de casación de Julio César García y otros por asonada y robo 802

Sánchez O. Pedro A. contra el Departamento del Cauca.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 653

Sánchez Prado Rafael.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio.. 211

Sánchez Prado Rafael.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio.. 272

Sarasty M. Domingo.—Se deplora su retiro de la Corte 752

Schering Corporation contra Química Colombiana, S. A.—Juicio sobre cancelación del registro de una marca de fábrica 725

Serrano Mardonio J. y Ortega Luis E.—Cesación del procedimiento contra ellos por cargos de abuso de autoridad como Jueces del Circuito de Guaduas 502

Sierra Benjamín y Desiderio.—Casación por homicidio 200

Sossa Juan de Dios contra José Antonio Muñoz P.—Juicio ordinario —Inadmisibilidad del recurso de casación 150

— T —

Tangarife Pedro Luis contra Samuel Castrillón y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un remate y sobre reivindicación .. 167

Torres Gómez Arturo.—Revisión por hurto y robo 495

— U —

Uribe Truque Jorge y otros.—Cesación del procedimiento contra ellos por cargos de abuso de autoridad como Jueces Superiores de Bogotá 500

Págs.

Uribe José María.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento otorgado por Isabel Uribe Mejía 474

Urueña Galindo Adán y otros-Casación por homicidio 517

— W —

White Carmen Gutiérrez de, contra Julio Villegas Arango y otro.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos.—Recurso de hecho 400

— V —

Vanegas Leonilde o Rodríguez Stella—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra ella 579

Vargas Insignares Alejandro.—Casación por homicidio—Solicitud de libertad provisional.. 602

Vargas Insignares Alejandro.—Casación por homicidio —Reposición de la providencia que negó la libertad provisional 604

Vásquez Toro Federico contra el Departamento de Antioquia.—Incidente de liquidación de perjuicios 844

Vergara Támara Hernando contra el Departamento de Bolívar.—Juicio ordinario sobre incumplimiento de un contrato de lotería.. 630

Vernaza Gómez Vicente.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de calumnia y abuso de autoridad como Magistrado del Tribunal Superior de Cali 587

Vila Escobar Carlos.—Cesación del procedimiento contra él por cargos de abuso de autoridad y prevaricato 776

Villegas Gómez Humberto.—Casación por robo 258

— Z —

Zambrano Bernal Jaime—Casación por robo.. 91